

Financial Law Institute

Working Paper Series

WP 2001-05

June 2001

*La discrimination dans la
vie des affaires.*

Rapport belge

Michel TISON

The **Financial Law Institute** is a department within the Law School of the Ghent University, Belgium. The research activities undertaken within the Institute focus on various issues of company and financial law, including private and public law of banking, capital markets regulation, company law and corporate governance.

The **Working Paper Series**, launched in 1999, aims at promoting the dissemination of the research results of different researchers within the Financial Law Institute to the broader academic community. The use and further distribution of the Working Papers is allowed for scientific purposes only. Working papers are published in their original language (Dutch, French, English or German) and are provisional.

For more information and a full list of available working papers, please consult the **homepage** of the Financial Law Institute at:

<http://www.law.rug.ac.be/fli>

*La discrimination dans la
vie des affaires.*

Rapport belge

Michel TISON

Abstract

The object of this paper is to analyse which rules prohibit or otherwise restrict the possibility for discriminatory behaviour in business life..

After a sketch of the general rules which apply under constitutional law in the relation between public authorities and private individuals, this paper examines some of the main rules dealing with discrimination in business, notably in company law, financial market regulation and competition law.

The final part raises the question whether general principles prohibiting discriminatory behaviour between private individuals may be found in Belgian law. We defend the point of view that this is not the case at present.

Comments to the Author:

michel.tison@rug.ac.be

To be published in:

***Association Henri Capitant, la discrimination dans la
vie des affaires (journées franco-belges, Larcier
2001.***

© *Financial Law Institute, Universiteit Gent, 2001*

Association Henri Capitant - Journées franco-belges 2001
La discrimination dans la vie des affaires.

Rapport belge

Michel TISON
Financial Law Institute, Université de Gand

INTRODUCTION	2
I. L'EGALITE DE TRAITEMENT EN TANT QUE NORME DE COMPORTEMENT DE L'ETAT: DROIT CONSTITUTIONNEL ET INFLUENCES DU DROIT EUROPEEN	3
A. L'EGALITE DEVANT LA LOI EN DROIT CONSTITUTIONNEL.....	3
B. EGALITE ET NON-DISCRIMINATION SOUS L'INFLUENCE DU DROIT EUROPEEN	7
1. Interdiction de discrimination en tant que principe général du droit communautaire	7
a. Généralités.....	7
b. Complémentarité des principes d'égalité en droit communautaire et en droit interne.....	8
c. Effet vertical et horizontal du principe d'égalité de traitement.....	9
2. Les libertés communautaires au-delà de la discrimination	13
3. Implications du principe d'égalité en droit européen pour le droit interne	15
II. L'EGALITE DE TRAITEMENT: UNE OBLIGATION JURIDIQUE APPLICABLE AUX ENTREPRISES ?	18
INTRODUCTION	18
A. L'EGALITE DE TRAITEMENT EN DROIT DES SOCIETES	19
B. L'EGALITE DE TRAITEMENT DANS LE DROIT DES MARCHES FINANCIERS	22
1. La réglementation des offres publiques d'acquisition (OPA) et des modifications du contrôle des sociétés publiques.....	22
C. L'EGALITE DE TRAITEMENT ET L'INTERDICTION DE DISCRIMINATION EN DROIT DES CONTRATS ET EN DROIT DE LA CONCURRENCE	26
2. Egalité de traitement en tant qu'instrument de lutte contre l'exclusion sociale	27
3. Egalité de traitement par les entreprises offrant des "facilités essentielles" à l'égard de leurs concurrents....	29
3. Egalité de traitement et non-discrimination en tant qu'instrument de préservation d'une concurrence non-fauscée	30
4. Egalité de traitement et non-discrimination: un instrument de régulation de l'égalité dans les relations contractuelles ?	36
CONCLUSIONS	37

Association Henri Capitant - Journées franco-belges 2001
La discrimination dans la vie des affaires.

Rapport belge

Michel TISON
Financial Law Institute, Université de Gand

Introduction

1. Le concept d'égalité, et l'interdiction de discrimination qui en forme l'expression négative¹, constitue une notion à multiples facettes. Dans un contexte juridique, le principe d'égalité en tant que source de droit subjectif est essentiellement le produit de la Révolution française², qui a érigé l'égalité devant la loi en principe de droit constitutionnel, régissant essentiellement le comportement de l'Etat et des organes de la fonction publique à l'égard des citoyens, qui furent réputés tous égaux. Ce principe se retrouve dans la Constitution de la plupart des démocraties parlementaires libérales qui ont vu le jour dans le courant du 19^e siècle, y compris la Belgique. Par contre, dans les rapports horizontaux entre sujets de droit, la liberté de chaque citoyen trouvait son expression dans le principe d'autonomie de la volonté et de la liberté de commerce, régissant également les rapports contractuels et l'activité économique dans une économie de marché. Le libéralisme économique qui sous-tendait ces principes n'avait pas vocation à introduire des règles spécifiques de protection contre les discriminations existant dans les rapports mutuels entre citoyens. Au contraire, les théories libérales traditionnelles enseignaient que la liberté économique de chaque citoyen permettait, par le jeu de l'économie de marché, d'assurer au mieux l'égalité de chacun devant les opportunités économiques d'exploitation des ressources économiques.

2. Les systèmes d'organisation et de régulation de l'économie que connaissent la plupart des pays industrialisés à ce jour sont bien fort éloignés des principes qui prévalaient il y a presque deux cents ans. Les mouvements d'émancipation sociale, le développement de l'intervention de l'état dans la vie économique, le constat des risques que comporte la concentration de pouvoir économique excessif dans le chef d'une ou d'un nombre restreint d'entreprises, le développement des marchés des capitaux, en particulier l'émergence de sociétés à actionnariat dispersé et du 'petit actionnaire' sont autant de facteurs qui ont conduit à introduire dans le droit des affaires, sous de multiples formes, des règles visant à assurer un certain degré d'égalité des acteurs dans la vie des affaires, ou au moins à éviter des inégalités patentées.

3. Le présent rapport tentera de dégager en droit belge quelques éléments – nécessairement fragmentaires et donc incomplets – d'une analyse juridique en droit positif belge des manifestations du principe d'égalité et de son expression négative, l'interdiction de discrimination, dans la vie des affaires. Au départ de l'analyse du principe d'égalité en droit constitutionnel, l'analyse se focalisera ensuite sur les manifestations d'un principe d'égalité dans les rapports de droit privé entre acteurs économiques. Cette double approche devra permettre de conclure à l'émergence ou l'existence d'un principe commun d'égalité en droit public d'une part, et dans les rapports de droit privé de d'autre part.

¹ ALEN, A., *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Anvers, Kluwer, 1995, p. 519, n° 531.

² Voy. THONISSEN, J.J., *La constitution belge annotée*, Bruxelles, Bruylant, 1879, pp. 18-19, n° 26.

I. L'égalité de traitement en tant que norme de comportement de l'état: droit constitutionnel et influences du droit européen

A. L'égalité devant la loi en droit constitutionnel

4. La Constitution forme la manifestation la plus importante du principe d'égalité. Aux termes de l'article 10, al. 2 de la constitution, "les Belges sont égaux devant la loi". L'article 11 précise que "La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination". Les deux dispositions forment en réalité un tout, car elles forment l'expression d'un même principe et sont donc indissolublement liées.³ Le principe ainsi posé vise à assurer essentiellement l'égalité formelle de tout sujet de droit devant la loi, et partant oblige le législateur à soumettre chacun de façon égale à la loi. Le principe d'égalité devant la loi ne se comprend, dans son approche traditionnelle, par contre pas dans un sens matériel, obligeant le législateur à assurer l'égalité de chacun par la loi. Dès lors, le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur maintienne un traitement inégal entre plusieurs personnes ou situations, pour autant qu'il trouve une justification objective.

Jusqu'en 1988, l'absence du pouvoir du juge de contrôler la constitutionnalité de la loi impliquait que le législateur, sous réserve du respect des normes d'origine supranational à effet direct, était le seul juge de la conformité de lois qu'il adoptait avec le principe d'égalité. Seuls les actes émanant de l'administration pouvaient être censurés par le juge – juge ordinaire par voie incidente ou Conseil d'Etat dans le cadre du contentieux administratif – lorsqu'ils méconnaissaient le principe d'égalité devant la loi. Selon une jurisprudence établie, ce contrôle des actes administratifs ne pouvait pas aboutir indirectement à un contrôle de conformité de la loi avec la constitution. Par conséquent, le pouvoir du juge s'arrêtait là où l'inégalité causé par l'acte administratif découlait directement de la loi dans laquelle l'acte trouvait son fondement juridique. En somme, il n'existait guère de contrôle généralisé du principe d'égalité devant la loi: le législateur se trouvait immunisé contre tout contrôle juridictionnel, tandis que le contrôle des actes administratifs se trouvait en fait dispersé parmi les juridictions ordinaires et le juge administratif.

5. L'attribution en 1988 à la Cour d'Arbitrage du pouvoir de contrôler la conformité de la loi avec, principalement, le principe d'égalité devant la loi, a fondamentalement modifié les données du problème. Elle a permis le développement d'un contentieux et d'une vaste jurisprudence au sein d'une unique instance juridictionnelle, qui influencera également la Cour de Cassation⁴ et le Conseil d'Etat, qui aligneront leur jurisprudence à celle de la Cour d'Arbitrage.

6. D'emblée, la Cour d'Arbitrage développera un concept d'égalité et d'interdiction de discrimination fort semblable aux conceptions avancées notamment par la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁵ et la Cour de Justice des Communautés européennes. Le principe de

³ Voy. Cour Arb., 9 déc. 1998, arrêt n° 132/98, *Mon.*, 15 mars 1999, *Arr. C.A.*, 1998, p. 1627, *R.W.*, 1999-2000, p. 249

⁴ Voy. récemment p.ex. Cass., 12 janv. 1998, *Pas.*, 1998, I, 60; Cass., 6 mai 1999, *Lar. Cass.*, 1999, p. 180.

⁵ Cf. SUTENS, L.-P., "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", in *Gelijkheid en non-discriminatie – Egalité et non-discrimination*, A. ALEN, P. LEMMENS (eds.), Anvers, Kluwer, 1991, p. 100, n° 5.

base est l'obligation de traiter devant la loi de façon égale des situations semblables et, dans la même ligne d'idées, de traiter de façon différente des situations différentes. Cependant, ne constitue pas une discrimination interdite le fait de traiter de façon différente des situations semblables ou de traiter de façon égale des situations différentes, pourvu que ce traitement trouve une justification *objective* et *raisonnable*.

Cette conception apparaîtra dès le premier arrêt prononcé par la Cour d'Arbitrage dans le cadre du contentieux de l'article 11 de la Constitution, l'arrêt *Biorim*⁶:

“Les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme considérée; le principe d'égalité est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

7. Contrairement à la censure des discriminations opérée sur base de la CEDH ou du Traité CE, le principe de non-discrimination en droit constitutionnel a une portée générale, ne contenant aucune limite quant à l'origine d'une discrimination.⁷ Il s'ensuit que certaines discriminations prohibées par les normes supranationales constitueront en même temps une entrave au principe d'égalité des articles 10 et 11 de la Constitution, pour autant qu'elles portent sur la situation de belges devant la loi. Par contre, l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité contenue à l'article 12 CE⁸, dans la mesure où ce principe vise un traitement inégal au détriment des étrangers, n'entre pas dans le champ d'application des articles 10-11 de la Constitution. Le principe constitutionnel d'égalité pourrait cependant s'appliquer aux 'discriminations à rebours', qui ne sont pas visées par le Traité CE (cf. infra).

8. Il ressort de la définition avancée par la Cour d'Arbitrage que l'examen de l'existence d'une discrimination prohibée se fait à travers cinq étapes⁹:

1. Une *différence de traitement* de situations comparables / le *traitement égal* de situations différentes.¹⁰ L'examen de la comparabilité, ou l'absence de celle-ci, implique un pouvoir d'appréciation important du juge.¹¹
2. Le traitement différencié doit avoir un *objectif légitime*. Sans pouvoir se prononcer sur l'opportunité de la loi, la Cour d'Arbitrage examinera si l'objectif recherché par la différence de traitement sert l'intérêt général et si cet objectif n'est pas contraire avec d'autres droits et libertés qui lient le législateur (p.ex. libertés du Traité CE). La

⁶ Cour Arb., 13 octobre 1989, *Biorim*, n° 23/89, *Mon.*, 8 novembre 1989.

⁷ Voy. e.a. Cour Arb., 3 déc. 1998, arrêt n° 122/98, *Mon.*, 20 janv. 1999, *Arr. C.A.*, 1998, p. 1499, *J.L.M.B.*, 1999, p. 312, *T.B.P.*, 1999, p. 271.

⁸ Anciennement l'article 6 du Traité CE (avant la renumérotation réalisée par le Traité d'Amsterdam).

⁹ Voy. également THEUNIS, J., "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende vrijheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen", in *De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht. Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/97*, Gand, Mys & Breesch, 1997, pp. 135 e.s.; MEERSSCHAUT, F., "Overzicht van rechtspraak. De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak (1992-1997)", *T.P.R.*, 1998, 889 e.s.; VANDERNOOT, P., "Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage", *A.P.M.*, 1997, pp. 89 e.s.; VANDELANOTTE, J., GOEDERTIER, G., *Inleiding tot het publiek recht. Deel 2: Overzicht van het publiek recht*, 3^e éd., Bruges, Die Keure, 2001, n° 546.

¹⁰ Voy. à cet égard Cour Arb., 23 janv. 1992, arrêt n° 4/92, *Mon.*, 11 mars 1992; Cour Arb., 13 janv., 10 juin 1998, arrêt n° 65/98, *Arr. C.A.*, 1998, p. 787.

¹¹ Comp. RIMANQUE, K., "De paradoxale werking van het gelijkheidsbeginsel", *R.W.*, 1992-93, p. 9.

recherche de cet objectif s'effectuera en principe au moyen des travaux préparatoires de la loi. La Cour d'Arbitrage se montre plutôt sévère à cet égard: lorsque les travaux préparatoires ne contiennent aucune indication quant à l'objectif recherché par la différence de traitement, il doit être admis que la distinction ainsi opérée n'est pas acceptable.¹²

3. Le traitement différencié a un caractère objectif, c.-à-d. qu'il ne dépend pas d'éléments d'appréciation personnelle. Cette condition ne pose généralement pas de problèmes spécifiques dans la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage.
4. Caractère *pertinent* du traitement différencié. La condition de pertinence signifie qu'il doit être établi que la différenciation opérée est adéquate pour atteindre le but recherché, et constitue donc une mesure raisonnable pour atteindre cet objectif.¹³
5. proportionnalité du traitement différencié pour l'atteinte de l'objectif recherché. Comme dans le contentieux de la CEDH et du Traité CE, le critère de proportionnalité constitue la pierre angulaire de l'appréciation jurisprudentielle des normes litigieuses par le juge. L'inégalité créée par la distinction opérée doit se trouver dans un rapport de proportion raisonnable avec le but recherché. L'étendue du pouvoir d'appréciation dépendra de la nature et de l'étendue de l'inégalité provoquée. Lorsque l'inégalité touche à des libertés fondamentales ou des principes généraux de droit, la cour d'Arbitrage se montre plutôt sévère et effectuera un examen approfondi de la proportionnalité. Hormis ces situations, le Cour se borne généralement à un contrôle négatif et marginal, à savoir si la distinction opérée n'est pas manifestement disproportionnée au but recherché. En outre, la Cour d'Arbitrage se gardera d'interférer dans l'opportunité des mesures adoptées par le pouvoir législatif et exécutif. Ainsi, la Cour d'Arbitrage ne recherchera pas, dans le contexte du contrôle de proportionnalité, si le même but peut être atteint par des mesures moins discriminatoires. Cette situation diffère fondamentalement avec la jurisprudence développée par la CEDH et la Cour de Justice des CE dans le cadre de leurs attributions respectives.¹⁴

9. Selon la jurisprudence et une majorité en doctrine, les articles 10 et 11 de la Constitution ont uniquement un effet vertical, s'appliquant dans les relations entre l'autorité publique et les particuliers. Par contre, il ne peut être attribué au principe d'égalité un effet horizontal, applicable dans les relations entre particuliers.¹⁵ (principe dit du *Drittwirkung*). Dès lors, une personne ou une entreprise serait libre, sous réserve d'interdictions spécifiques¹⁶, de pratiquer des discriminations dans son comportement économique. Cette liberté n'est autre que l'expression du principe d'autonomie de la volonté en droit des contrats (art. 1134 C.c.) d'une part, et la liberté de commerce et d'industrie (art. 7 du décret d'Allarde du 1-17 mars 1791) de l'autre. Tout au plus est-il possible d'identifier dans le droit positif ou dans des normes au

¹² Cour Arb., 9 nov. 1995, arrêt n° 74/95, *Mon.*, 16 janv. 1996.

¹³ Voy. e.a. Cour Arb., 27 janv. 1993, arrêt n° 8/93, *Mon.*, 23 fév. 1993.

¹⁴ Cf. dans le contexte de la CEDH: ERGEC, R., VELU, J., *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 151 e.s.. Dans le contexte du Traité CE: TISON, M., *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, Anvers, Intersentia, 1999, p. 268-272, n° 580-589.

¹⁵ Voy. CE, 27 sept. 1988, *De Leener et Ballon*, n° 30.876.; Cour Trav. Anvers, 17 nov. 1998, *R.W.*, 1998-99, p. 1078.

¹⁶ Voy. *infra*, partie II, C.

principes généraux de droit privé (p.ex. ordre public, bonnes mœurs, abus de droit, ...). des expressions spécifiques du principe d'égalité dans les rapports de droit privé.¹⁷

10. Plus récemment, un courant s'est développé en doctrine qui tente d'accorder une place plus importante aux libertés fondamentales, tel le principe d'égalité, dans les rapports de droit privé. Quelques voix isolées considèrent que les rapports de droit public et de droit privé se confondent à tel point que les droits fondamentaux peuvent être transposés sans plus aux rapports de droit privé.¹⁸ Une majorité d'auteurs se montre cependant moins affirmatif, et s'inspire de la jurisprudence constitutionnelle allemande pour prôner l'effet horizontal *indirect* (*Indirekte Drittwirkung*) des droits fondamentaux dans les rapports de droit privé, qui se conjuguerait alors mieux avec le principe de l'autonomie de la volonté en droit des contrats.¹⁹ Enfin, certains auteurs refusent une approche monolithique de la question, et soutiennent une approche au cas par cas de l'application horizontale des droits fondamentaux en fonction des intérêts en jeu.²⁰

11. Il découle de ce qui précède que, en l'état actuel des choses et au regard de la jurisprudence, il ne peut être attribué au principe d'égalité devant la loi et l'interdiction de discrimination un effet horizontal. Cependant, nous verrons qu'il existe plusieurs

¹⁷ Voy. dans ce sens MAST, A., DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 7^e éd., Gand, 1987, n° 439, p. 510-511; RIMANQUE, K., "Nationale bescherming van grondrechten", *T.B.P.*, 1981, p. 41;

¹⁸ Dans ce sens RAUWS, W., SCHYVENS, H., "De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding", in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, K. RIMANQUE (ed.), Anvers, Kluwer, 1982, p. 179-183, qui semblent limiter cet effet horizontal dans les relations contractuelles à l'hypothèse où une partie se trouve dans une position de pouvoir. Tel est généralement le cas de l'employeur en droit social (*ibidem*, p. 183-184). Une même tendance semble par ailleurs se dégager en droit (social) européen: cf. infra. Egalement VAN GERVEN, W., *Handels- en economisch recht. Deel I: Ondernemingsrecht*, Série: Beginselen van Belgisch privaatrecht XIII, Story-Scientia, 1989, pp. 24-25, n° 22, selon qui le principe d'égalité comporte une dimension horizontale à chaque fois qu'une personne se trouvant dans une position de supériorité, est tenue de traiter les personnes soumises à son pouvoir selon le principe d'égalité. Il en irait ainsi de parents, administrateurs de sociétés et de toute entreprise se trouvant dans une position dominante. La méconnaissance du principe d'égalité dans ces cas constituerait un comportement illicite, sanctionné par l'article 1382 C.c. Voy. également WILLEKENS, H., "De werking van grondrechten in de verhouding tussen samenwonende sexuele partners", in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, K. RIMANQUE (ed.), Anvers, Kluwer, 1982, p. 353.

¹⁹ Voy. outre les auteurs cités à la note 17, VAN OEVELEN, A., "Eerbiediging van de grondrechten en het woonrecht", in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, K. RIMANQUE (ed.), Anvers, Kluwer, 1982, p. 104; LAGA, H., "Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht", *R.W.*, 1991-92, p. 1169, n° 25-27, qui souligne cependant que la portée des droits fondamentaux peut être différente selon qu'ils s'appliquent aux autorités publiques ou dans une relation de droit privé; COENE, M., "Grondrechten en testeervrijheid", in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, K. RIMANQUE (ed.), Anvers, Kluwer, 1982, p. 329, selon qui il convient d'analyser au cas par cas si une restriction à un droit fondamental résulte en une situation contraire à l'ordre public.

²⁰ Voy. DIRIX, E., "Grondrechten en overeenkomsten", in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, K. RIMANQUE (ed.), Anvers, Kluwer, 1982, p. 50; RIMANQUE, K., PEETERS, P., "De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen – algemene probleemstelling", in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, K. RIMANQUE (ed.), Anvers, Kluwer, 1982, p. 23-24; DE LY, F., "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", *R.W.*, 1991-92, p. 1144-1145.

manifestations spécifiques du principe d'égalité en droit positif belge, et que des normes ou principes généraux peuvent sous certaines conditions servir d'appui pour une pénétration du principe d'égalité dans le droit privé. Il est clair qu'il s'agit ici d'une matière évolutive, en fonction de l'importance de certaines valeurs éthiques ou économiques dans la société, telles la lutte contre le racisme, l'émancipation sociale ou l'aversion contre la concentration de pouvoir économique par des entreprises.

B. Egalité et non-discrimination sous l'influence du droit européen

12. L'analyse de la discrimination dans la vie des affaires en droit interne ne peut faire abstraction des développements juridiques au niveau de la Communauté européenne. D'une part, le flux de réglementation européenne en droit des affaires sous forme essentiellement de directives influence fortement le développement du droit matériel interne. D'autre part, les Etats Membres doivent respecter les principes fondamentaux du Traité CE, plus particulièrement le principe de non-discrimination et les libertés communautaires, en droit interne. Vu l'applicabilité directe de ces libertés et leur primauté sur le droit interne, et l'évolution de la jurisprudence dans l'interprétation de ceux-ci, mérite quelques développements.

1. Interdiction de discrimination en tant que principe général du droit communautaire

a. Généralités

13. Le Traité CE contient plusieurs dispositions pouvant être rattachées à un principe plus fondamental d'égalité de traitement, sous forme d'interdiction de discriminations. En premier lieu, l'article 12 CE²¹, interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité dans le domaine d'application du Traité, et sans préjudice des dispositions particulières que le Traité prévoit. Ensuite, les libertés économiques (libre circulation de marchandises, de services, de personnes et de capitaux) interdisent l'introduction ou le maintien de discriminations fondées sur la nationalité, le lieu de résidence ou de la provenance du bien. Dans la mesure où ces libertés interdisent les discriminations, elles sont à considérer comme des expressions spécifiques du principe général d'égalité, repris à l'article 12 CE. Dès lors, une réglementation étatique qui est compatible avec les libertés communautaires ne pourra plus être censurée sur base de l'article 12 CE.²²

14. Il suffit de souligner, dans le cadre du présent rapport, quelques caractéristiques de ces dispositions, telles que éclairées par la jurisprudence abondante de la Cour de Justice, et qui démontrent la similarité avec l'interdiction de discrimination en vertu des articles 10 et 11 de la Constitution belge :

- la notion de discrimination est similaire à celle avancée par la CEDH et la Cour d'Arbitrage en droit belge: traitement différent de situations similaires ou traitement similaire de situation différentes²³ sans justification objective et raisonnable.²⁴ Sont visées tant les

²¹ Dans la version de 1957, il s'agissait de l'article 7 du Traité CEE; la disposition fut renumérotée pour une première fois après le Traité de Maastricht et devint l'article 6. La renumérotation en article 12 est intervenue après le Traité d'Amsterdam.

²² Voy. p. ex. CJCE, 9 juin 1977, *van Ameyde*, aff. 90/76, *Rec.*, 1977, p. 1091; CJCE, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec.*, 1991, p. I-1979.

²³ Voy. e.a. CJCE, 16 octobre 1980, *Hochstrass*, aff. 147/79, *Rec.*, 1980, p. 3005.

discriminations formelles ou directes que les discriminations matérielles ou indirectes, qui, par l'utilisation d'un autre critère distinctif aboutissent à une discrimination fondée sur la nationalité.²⁵

- seule la discrimination fondée sur la nationalité (art. 12 CE), la provenance du bien ou de la résidence de la personne sont prohibées;
- l'article 12 CE et les libertés communautaires visent en principe uniquement les discriminations infligées au détriment d'une personne d'une autre nationalité ou d'un bien ou service en provenance d'un autre Etat Membre. Il est par contre généralement admis que les 'discriminations à rebours' opérées par un Etat Membre à l'encontre de ses propres ressortissants ne sont pas contraires à l'article 12 CE, à défaut d'élément d'extranéité.²⁶ Ces discriminations à rebours pourraient le cas échéant tomber sous le coup du principe d'égalité en droit interne (voy. *infra* n° 17).
- Une majorité en doctrine s'accorde à attribuer à l'interdiction de discrimination sur la base de l'article 12 ou des libertés fondamentales uniquement un effet vertical, de sorte que seules les discriminations émanant de l'état (au sens large) ou des instances communautaires sont visées.²⁷ Les discriminations opérées par des particuliers pourraient le cas échéant être censurées par les dispositions du Traité en matière de concurrence. Un double correctif doit cependant être apporté à ce principe: d'une part, la Cour de Justice adhère à une conception large de l'effet vertical de l'interdiction. D'autre part, la jurisprudence récente montre une ouverture importante vers l'attribution d'effets horizontaux à l'interdiction de discrimination dans le cadre des libertés communautaires (*infra*, n° 22).

b. Complémentarité des principes d'égalité en droit communautaire et en droit interne

15. Bien que les principes d'égalité en droit communautaire et en droit interne s'interprètent largement de façon similaire, les différences dans leur champ d'application respectif leur donnent un caractère complémentaire dans une perspective de protection des citoyens contre les réglementations étatiques discriminatoires. Cette complémentarité se manifeste à plusieurs égards.

16. Premièrement, l'interdiction de discrimination en droit communautaire adresse spécifiquement le traitement inégal au détriment des étrangers, et se superpose ainsi au principe d'égalité en droit interne qui garantit uniquement l'égalité des propres ressortissants

²⁴ Voy. e.a. CJCE, 20 février 1994, *Mund & Fester*, aff. C-398/92, *Rec.*, 1994, p. I-467. La justification doit être légitime au regard des objectifs du Traité et être proportionnée au but recherché: voy. ZULEEG, M., "Artikel 6", in VON DER GROEBEN, THIESING, EHLERMANN (eds.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5^e éd., Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 1/280-281, n° 3.

²⁵ Voy. CJCE, 29 octobre 1980, *Boussac*, aff. 22/80, *Rec.*, 1980, p. 3427; Comp. LENAERTS, K., "L'égalité de traitement en droit communautaire", *Cahiers de Droit européen*, 1991, p. 12-17.

²⁶ Voy. ZULEEG, M., *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 1/286, n° 15, et les références citées; ROTH, W.-H., "Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit - Grundregeln", in *Handbuch des EG Wirtschaftsrechts*, M.A. DAUSES (ed.), Munich, Beck, feuillets mobiles (1993), p. 9, n° 22. Contra: JESSURUN D'OLIVEIRA, H.U., "Is reverse discrimination still permissible under the Single European Act ?", in *Forty years on: the evolution of postwar private international law in Europe*, Deventer, Kluwer, 1992, p. 82-86; WOLF, M., "Privates Bankvertragsrecht im EG Binnenmarkt", *Wertpapier-Mitteilungen*, 1990, p. 1945.

²⁷ ZULEEG, M., *loc. cit.*, *supra* note 24, p. 1/287-288, n° 18.

devant la loi. Cependant, il n'est pas exclu qu'une réglementation étatique tombe simultanément sous le coup du droit interne et du droit communautaire.²⁸

17. Deuxièmement, le principe d'égalité en droit interne peut fournir un complément important à l'article 12 CE en ce qu'il pourrait servir à censurer des discriminations à rebours au détriment des propres ressortissants, et aboutir ainsi à garantir une égalité "bidirectionnelle" dans un contexte international. Cette complémentarité, qui se trouve déjà bien établie en jurisprudence allemande et française²⁹, semble également influencer la jurisprudence constitutionnelle belge. Un exemple intéressant en a été fourni par un arrêt de la Cour d'Arbitrage du 9 novembre 1995³⁰, rendu sur question préjudicielle.

La question soumise à la Cour d'Arbitrage concernait la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de la taxe spéciale de 25% perçue sur les revenus mobiliers provenant de créances, emprunts et sommes données en dépôt, lorsque ceux-ci excédaient un montant de 490.000 BEF (art. 42 Loi 28 décembre 1983). La partie défenderesse invoqua que la loi, en tant qu'elle ne soumettait pas à l'impôt les revenus d'origine étrangère perçus par un contribuable belge, alors que les revenus perçus auprès de débiteurs belges y étaient soumis, violait le principe d'égalité devant la loi.

La Cour d'Arbitrage suivit ce raisonnement. Elle constata que la distinction opérée entre revenus (intérêts) d'origine belge et d'origine étrangère n'étant pas justifiée dans les travaux préparatoires de la loi. De même, la Cour rejeta l'argument invoqué par l'état belge comme quoi la distinction opérée était nécessaire pour assurer la cohérence fiscale: selon la Cour, aucune indication dans les travaux préparatoires de la loi ne permet de soutenir que l'administration fiscale aurait des difficultés à déterminer les revenus d'origine étrangère. Par conséquent, la Cour d'Arbitrage conclut à la violation du principe d'égalité devant la loi.

Le principe d'égalité en droit communautaire ne permettrait pas d'atteindre le même résultat: en effet, les situations au détriment desquelles la discrimination opère concernent les transactions ou investissements à l'intérieur d'un seul Etat Membre, et sont donc dénuées de tout élément d'extranéité. De même, il n'est pas possible de soutenir que le régime fiscal décrit ci-dessus constitue une restriction à la libre circulation des capitaux, car le régime ne crée aucun obstacle aux investissements faits par un propre ressortissant dans un autre Etat Membre. Le droit communautaire s'opposerait par contre à la situation inverse, qui consisterait par hypothèse à réserver un traitement fiscal moins avantageux aux revenus perçus auprès d'un débiteur à l'étranger comparé aux revenus perçus auprès de débiteurs belges.

c. Effet vertical et horizontal du principe d'égalité de traitement

18. Les principes d'égalité en droit interne et en droit communautaire se montrent quelque peu divergents quant à la délimitation des destinataires de l'interdiction de discrimination qui en résulte. D'une part, la Cour de Justice adopte une conception large de l'Etat en tant que destinataire de la norme; d'autre part, la jurisprudence récente semble faire un premier pas vers une extension du principe non-discrimination dans les relations horizontales.

²⁸ Voy. p.ex. Cour Arb., 14 juillet 1997, aff. 43/97, *Mon.*, 26 juillet 1997, où la Cour considéra contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution la différence dans le taux d'imposition des taxes sur les courses hippiques selon que les courses se déroulaient en Belgique ou à l'étranger. Il peut être soutenu que la même conclusion se serait imposée sur base d'un contrôle au regard du droit communautaire, et en particulier le liberté de prestation de services (art. 49 CE).

²⁹ Voy. p.ex. Cass. fr., 16 juin 1983 (2 arrêts), *J.C.P. éd. G.*, 1983, II, n° 20044, obs. A. DECOCQ.

³⁰ Cour Arb., 9 nov. 1995, aff. 74/95, *Mon.*, 16 janv. 1996.

19. Premièrement, une jurisprudence constante de la Cour de Justice a appliqué l'interdiction de discrimination résultant de l'article 12 CE et des libertés communautaires non seulement à l'Etat et aux pouvoirs publics en général³¹, mais également à toute disposition de nature générale, visant la réglementation collective d'une nature économique. Il en est ainsi des règlements édictés par une association sportive nationale³² ou internationale³³ à l'égard de ses membres, nonobstant la circonstance qu'il s'agit d'un organisme relevant exclusivement du droit privé. De même, la Cour considère que sont soumis à l'interdiction de discrimination les règles adoptées par un bureau d'assurance national en matière d'assurances véhicules, ainsi que les conditions générales de polices d'assurances approuvées par les autorités.³⁴ Ces illustrations ont de commun que les règles litigieuses proviennent à chaque fois d'organismes de droit privé qui ont une relation purement contractuelle avec leurs membres ou participants, mais dont la relation est réglée de façon collective, c.à d. sur base d'un contrat d'adhésion n'offrant aucune marge à la négociation individuelle au niveau des conditions du contrat. La jurisprudence de la Cour d'Arbitrage, par contre, n'offre aucune indication d'une même conception extensive de l'application verticale du principe d'égalité.

20. A défaut de définition précise de ce qui constitue une réglementation collective de l'activité économique, la question se pose quelles sont les limites de cette extension du champ d'application de l'interdiction de discrimination en droit communautaire.³⁵ Les applications jurisprudentielles jusqu'à présent démontrent que la Cour ne déborde pas sensiblement les limites de l'application verticale du principe d'égalité, mais adopte essentiellement une approche fonctionnelle dans cette relation verticale: dans la mesure où les règlements édictés par une association sportive ou autre organisme se substituent à ou forment un surrogat pour une réglementation étatique, et réalisent en fait le même résultat que celles-ci, ces règlements de provenance privée peuvent être assimilés à une réglementation étatique. Dans cette approche, l'effet vertical de l'interdiction de discrimination s'étend également aux formes d'autorégulation par des organismes privés, soit sur base d'une délégation par les autorités publiques, soit en absence d'une délégation lorsque l'organisme autorégulateur se substitue fonctionnellement à l'autorité publique, par exemple en réglant les conditions d'accès ou d'exercice d'une profession ou d'une activité économique. La substitution expresse ou implicite à l'exercice du pouvoir public suppose également que l'instance régulatrice dispose des moyens en droit ou en fait d'assurer le respect de ces règles, par exemple par le pouvoir d'exclure ses membres.³⁶ Par contre, lorsque toute assimilation fonctionnelle de la réglementation privée à l'exercice du pouvoir public est absente, les discriminations opérées par cette réglementation resteront en dehors du champ d'application de l'article 12 CE et des libertés communautaires. Le cas échéant, elles tomberont cependant sous le coup des règles en matière de concurrence, au titre de pratique restrictive émanant d'une entreprise ou association d'entreprises ou d'abus (collectif) de position dominante.

21. Nous illustrerons les problèmes de délimitation par deux exemples.

³¹ Incluant également les actes du pouvoir judiciaire: voy. CJCE, 24 oct. 1978, *Koestler*, aff. 15/78, *Rec.*, 1978, 1489.

³² CJCE, 14 juillet 1976, *Donà c. Mantero*, aff. 13/76, *Rec.* 1976, p. 1333.

³³ CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, aff. 36/74, *Rec.*, 1974, p. 1405; CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-425/93, *Rec.*, 1995, p. I-4921.

³⁴ CJCE, 13 déc. 1984, *Haug-Adrion*, aff. 251/83, *Rec.*, 1984, p. 4277.

³⁵ Pour une analyse détaillée de la question en matière de libre prestation de services, voy. TISON, M., *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, Anvers, Intersentia, 1999, pp. 17-22, n° 33-41.

³⁶ Comp. JARASS, H.D., "Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten", *Europarecht*, 1995, p. 210.

Premièrement, la matière des conditions générales de banque régissant les relations contractuelles entre le banquier et ses clients a fait l'objet, dans plusieurs pays européens, de concertation au sein du secteur, souvent en coopération avec des associations de protection des consommateurs, donnant parfois lieu à l'élaboration de conditions générales uniformisées pour le secteur bancaire entier, voire à des règles uniformes approuvées par les pouvoirs publics.³⁷ En général, la détermination uniforme ou concertée de ces conditions contractuelles relèvera des règles en matière de concurrence, car elles ne peuvent être considérées en soi comme un substitut à la réglementation étatique en matière d'accès à ou d'exercice d'une activité économique, bien qu'elles comportent un élément 'collectif'. Par contre, elles pourraient tomber sous le coup du principe d'égalité de traitement lorsque l'application de ces règles s'accompagne de la possibilité pour une instance professionnelle d'en assurer, en droit ou en fait, l'application et de sanctionner effectivement le non-respect des règles.

Un autre exemple concerne des conditions relatives à la nationalité d'actionnaires ou d'administrateurs dans une société commerciale ou une association. Il est clair que, lorsqu'une telle condition est imposée par voie de réglementation étatique, elle devra être considérée contraire à l'article 12 CE et aux libertés communautaires.³⁸ Il en va autrement lorsque cette condition relève des statuts, qui forment l'expression de la volonté collective des fondateurs et actionnaires existants. Faut-il considérer une telle clause statutaire comme une 'réglementation collective' qui entre dans le champ d'application du principe d'égalité de traitement et des libertés communautaires ? Une réponse nuancée semble s'imposer. En l'absence de dispositions spécifiques en droit des sociétés, la détermination des statuts relève de l'autonomie de la volonté des fondateurs et des actionnaires.³⁹ Sous réserve d'interdictions générales dans le cadre de la lutte contre le racisme⁴⁰, il leur serait dès lors loisible d'inclure des conditions relatives à la nationalité des administrateurs ou des actionnaires. Tout au plus faudrait-il le cas échéant examiner une telle clause statutaire au regard des règles de concurrence, dans la mesure où elle formerait un obstacle à ce que une entreprise concurrente acquière une participation dans la société concernée. Lorsque, par contre, l'entreprise concernée a été investie, par l'autorité publique, d'une tâche d'utilité publique lui conférant un monopole ou un monopole partagé, la clause statutaire tombera sous le coup de l'article 12 CE. En effet, la situation monopolistique étant créée par l'autorité publique, il ne saurait se concevoir de maintenir des discriminations relatives à l'accès à cette activité par voie d'une participation

³⁷ Pour un survol général des différentes techniques, voy. TISON, M., *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, o.c., *supra* note 35, p. 20-21, n° 39.

³⁸ Lorsque la condition s'impose à un administrateur, il s'agit d'une violation du principe de libre prestation de services ou de la liberté d'établissement. Une condition de nationalité imposée à un actionnaire enfreindra la libre circulation des capitaux ou la liberté d'établissement. Comp. CJCE, 19 juillet 1999, *Commission c. Belgique* qui considéra contraire à l'article 12 CE la condition de nationalité belge imposée aux fondateurs d'une a.s.b.l. de droit belge. A la suite de l'arrêt, la loi du 27 juin 1991 a été modifiée afin de permettre à tout ressortissant d'un Etat Membre de l'UE de devenir administrateur dans une a.s.b.l. de droit belge. Voy. également art. IX CE (anciennement art. 221 Traité CE), qui oblige les Etats Membres à accorder à tout ressortissant des Etats Membres un traitement national en ce qui concerne la participation financière dans le capital de sociétés. Il s'agit d'une expression spécifique du principe d'égalité repris à l'article 12 CE.

³⁹ Comp. WYMEERSCH, E., "Gestaltungsfreiheit und Gesellschaftsrecht in Belgien", *ZGR*, Sonderheft 13, 1998, p. 166-180.

⁴⁰ Voy. *infra*, partie II C.

dans le capital par de entreprises étrangères. De même, réserver la qualité d'administrateur à un propre ressortissant devrait alors se justifier par un motif d'ordre public.⁴¹

22. L'arrêt récent rendu par la Cour de Justice dans l'affaire *Angonese*⁴² pourrait constituer l'amorce d'une nouvelle évolution dans le sens d'une 'horizontalisation' des libertés communautaires. La question préjudicielle soumise à la Cour de Justice concernait la compatibilité avec le principe de libre circulation des travailleurs (art. 39 CE) et avec la directive 1612/68 de l'exigence imposée par une caisse d'épargne privée en Italie à l'encontre de candidats à un emploi dans la banque, de disposer d'une attestation officielle de connaissance de deux langues, délivrée sur la base d'un examen organisé uniquement dans la province de Bolzano, et dont la possession est en principe exigée pour l'accès à des postes supérieurs dans la fonction publique dans la province. La caisse d'épargne refusa à M. Angonese le droit de participer à la procédure d'embauche, faute de celui-ci d'être en possession de l'attestation requise, bien que M. Angonese soit parfaitement bilingue. M. Angonese intenta une action en justice contre la caisse d'épargne, arguant d'une discrimination prohibée par le droit européen. L'arrêt énonce sans équivoque que l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité reprise à l'article 39 CE (ancien art. 48 Traité CE) est formulée en des termes généraux, et s'applique dès lors également aux conventions entre particuliers.⁴³

23. Il est encore prématuré de mesurer les implications de cet arrêt, qui pourraient s'orienter en deux directions. Soit l'arrêt doit être considéré comme un cas isolé, dont les effets se limitent strictement à la libre circulation des travailleurs. Soit l'arrêt peut être extrapolé vers les autres libertés communautaires et le principe d'égalité de traitement de l'article 12 CE, dans le sens d'une application généralisée dans les rapports horizontaux. Il semblerait en tout cas que le raisonnement développé dans *Angonese* constitue plus qu'un incident de parcours. En effet, il est surprenant que la Cour n'ait pas suivi l'avocat général qui avait conclu à l'absence d'élément d'extranéité dans les faits à la base de la question préjudicielle, ce qui semble indiquer que la Cour a délibérément voulu analyser l'affaire sur le fond et affirmer le principe de l'application horizontale de la liberté de circulation des travailleurs.⁴⁴ Ceci signifie-t-il pour autant que le raisonnement dans *Angonese* s'appliquera aux autres libertés ? A première vue, il n'y a pas de raison de l'exclure, vu l'évolution qu'a connu la jurisprudence de la Cour de Justice ces dernières années dans le sens d'une convergence croissante dans l'interprétation des libertés communautaires.⁴⁵ D'autre part, l'arrêt *Angonese* concerne spécifiquement les discriminations dans les relations sociales, domaine dans lequel l'interdiction de discrimination s'applique depuis longtemps dans les relations horizontales lorsqu'elles sont fondées sur le sexe. La Cour ne s'est-elle pas surtout inspirée de ses précédents pour étendre l'interdiction de discrimination à ceux fondés sur la nationalité, sans vouloir ouvrir la voie vers une application

⁴¹ A savoir la participation à l'exercice de l'autorité publique (art. 45 CE).. La jurisprudence de la Cour de Justice se montre extrêmement restrictive dans l'interprétation de cette disposition.

⁴² CJCE, 6 juin 2000, *Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano*, aff. C-281/98, *Rec.*, 2000, p. I-4139.

⁴³ La Cour s'inspire à cet égard principalement de l'analogie avec l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe dans les rémunérations de travail (art. 141 CE, ancien art. 119 Traité CE), à laquelle elle avait déjà attribué en dans son arrêt *Defrenne* en 1976 un effet horizontal dans les relations entre particuliers.

⁴⁴ En ce sens STUYCK, J., obs. sous CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, *Sociaal-Economische Wetgeving*, 2001, p.113.

⁴⁵ Voy. en particulier CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, *Rec.*, 1995, p. I-4188, où la Cour développe une règle d'interprétation commune à toutes les libertés communautaires.

horizontale généralisée de toutes les libertés communautaires ? Les développements de la jurisprudence de la Cour de Justice dans les mois à venir devront fournir plus d'éclaircissements à ce sujet, faute de quoi un climat d'insécurité juridique risque de s'installer dans cette matière.

2. Les libertés communautaires au-delà de la discrimination

24. Il est bien connu que la Cour de Justice a développé, depuis le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*⁴⁶, une jurisprudence conférant aux libertés communautaires une signification dépassant l'interdiction de discriminations dans leur sens commun, mais s'opposant en général à toute restriction, qu'elle soit discriminatoire ou non, qui rend impossible, plus difficile ou moins attrayant l'exercice des libertés communautaires. La Cour adopte à présent une approche commune à l'interprétation de toutes les libertés communautaires.⁴⁷ L'importance de ce développement jurisprudentiel ne peut être sous-estimé, ainsi qu'il ressort d'un survol des questions soumises ces dernières années à la Cour. En affirmant l'interdiction de toute restriction à la libre circulation, la Cour transcende la conception traditionnelle de la discrimination et de l'égalité de traitement en tant qu'instrument pour garantir l'égalité formelle entre sujets de droit. La jurisprudence *Cassis de Dijon* peut par contre être rattachée à une conception matérielle de l'égalité de traitement, en ce sens qu'elle vise à garantir qu'un Etat Membre offre aux acteurs économiques relevant des autres Etats Membres une égalité de chances en termes d'accès à leur marché: toute barrière au développement du commerce inter-étatique, même si elle résulte uniquement d'une disparité entre réglementations des Etats Membres, est à même d'affecter cette égalité et peut infliger un handicap concurrentiel aux ressortissants des autres Etats Membres par rapport aux agents économiques de l'état d'accueil.

25. La jurisprudence *Cassis de Dijon* se traduit positivement en un principe de reconnaissance mutuelle: un bien ou service légalement fabriqué et commercialisé dans son état d'origine doit pouvoir être commercialisé sous les mêmes conditions dans les autres Etats membres, qui ne pourront dès lors pas lui appliquer leurs propres réglementations divergentes lorsqu'elles résultent en une restriction à la libre circulation. Il en résulte la possibilité de survenance de discriminations à rebours: les biens ou services fabriqués dans le pays d'accueil se verront le cas échéant soumis à des règles plus sévères que ceux en provenance d'autres Etats Membres. Cette situation ne sera cependant pas contraire au principe d'égalité devant la loi en droit interne, car le traitement différent peut être rattaché à une différence objective entre les deux situations, à savoir la circonstance que le bien ou le service importé est en conformité avec les règles en vigueur dans l'Etat membre d'origine, qui assurent une protection suffisante des intérêts que se veut de protéger également la réglementation dans le pays d'accueil.

Ce principe de reconnaissance mutuelle découlant des libertés communautaires n'est cependant pas absolu: dès son arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour a souligné que le besoin d'assurer la libre circulation doit être mis en balance avec le besoin objectif que peut conserver un Etat Membre, en l'absence d'harmonisation communautaire, à protéger des valeurs sociales, telles la protection du consommateur, l'intégrité des marchés financiers, la cohérence du système fiscal, l'efficacité des contrôles fiscaux etc. Cette balance entre intérêt communautaire et intérêt des Etats membres se manifeste au travers de l'exception d'intérêt général: une réglementation qui restreint la libre circulation peut être maintenue par un Etat Membre et imposée aux biens et

⁴⁶ CJCE, 20 février 1979, *Rewe v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ('*Cassis de Dijon*'), aff. 120/78, *Rec.*, 1979, p. 649.

⁴⁷ Voy. l'arrêt *Gebhard*, cité *supra*, note 45.

services importés lorsque celle-ci est objectivement nécessaire pour atteindre un but légitime d'intérêt général et est proportionnée à celui-ci. Lorsqu'il est satisfait aux conditions de nécessité objective et de proportionnalité, un Etat Membre demeure en droit d'appliquer sa réglementation à l'encontre du principe de reconnaissance mutuelle. Dès lors, le principe de reconnaissance mutuelle tel qu'il ressort de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, revêt un caractère 'imparfait'.⁴⁸

Vu la spécificité du concept de libre circulation développé dans la jurisprudence de la Cour de Justice, il nous apparaît peu souhaitable de rattacher cette jurisprudence au concept de discrimination, fut-ce dans un sens élargi. La Cour de Justice souligne elle-même que la notion de restriction ne se confond pas à celle de discrimination, lorsqu'elle souligne que la libre circulation s'oppose non seulement à toute discrimination, mais en général à toute restriction aux libertés fondamentales.⁴⁹

26. Point n'est besoin de souligner l'importance de ces principes développés dans la jurisprudence de la Cour de Justice pour le droit interne dans une perspective d'intégration des marchés. La multiplication des questions préjudicielles portant sur la compatibilité de réglementations dans tous les domaines de la vie économique avec la libre circulation l'illustre pleinement. L'examen des arrêts démontre également un glissement graduel dans les matières soumises à la Cour: alors que dans les années '80 la majorité des procédures en matière de libre circulation portait sur la circulation de marchandises (art. 28 CE), les procédures portant sur les services et la liberté d'établissement se sont multipliées au cours de la dernière décennie. Ceci reflète non seulement la croissance de leur importance relative dans les échanges internationaux à l'intérieur de la communauté européenne, mais traduit également la pénétration de la jurisprudence 'Cassis de Dijon' dans le domaine des services et de l'établissement transfrontière des entreprises.

27. A titre d'exemple, signalons que, en matière de police économique des Etats Membres, la Cour de Justice a eu à se prononcer sur l'application des libertés communautaires à de nombreux domaines de réglementation:

- le respect des règles déontologiques par des avocats⁵⁰
- le respect de règles professionnelles par des intermédiaires en assurances⁵¹
- l'obligation d'obtenir une autorisation administrative préalable pour l'exercice d'activités par des entreprises d'assurances⁵², par des établissements de crédit⁵³, par des guides touristiques⁵⁴, pour les services relatifs à la demande et au renouvellement de brevets⁵⁵, etc.

⁴⁸ Voy. pour plus de détails TISON, M., *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten*, cité supra note 35, p. 323, n° 675.

⁴⁹ Voy. par exemple la formule utilisée dans l'arrêt Säger (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Rec.*, 1991, p. I-4221, para 12): "l'article 59 du Traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues."

⁵⁰ CJCE, 3 décembre 1974, *van Binsbergen*, aff. 33/74, p. 1299

⁵¹ CJCE, 26 novembre 1975, *Coenen*, aff. 39/75, p. 1547.

⁵² CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c. Allemagne*, aff. 205/84, *Rec.*, 1986, p. 3755.

⁵³ CJCE, 9 juillet 1997, *Parodi*, aff. C-222/95, p. I-3899.

⁵⁴ CJCE, 26 février 1991, *Commission c. France*, aff. C-154/89, *Rec.*, 1991, p. I-659; CJCE, 26 février 1991, *Commission c. Italie*, aff. C-180/89, *Rec.*, 1991, p. I-709; CJCE, 26 février 1991, *Commission c. Italie II*,

De même, la matière de la fiscalité n'a pas échappé à la censure de la Cour de Justice. Une jurisprudence abondante s'est développée dans le domaine de la liberté d'établissement censurant de nombreuses discriminations – dans le sens traditionnel du terme – opérées par des règles de fiscalité directe à l'encontre d'établissements d'entreprises étrangères.⁵⁶

3. Implications du principe d'égalité en droit européen pour le droit interne

28. Les principes de primauté du droit européen et l'applicabilité directe des libertés communautaires impliquent d'une part la soumission intégrale du droit interne aux libertés communautaires, et d'autre part la possibilité pour tout intéressé d'invoquer ces libertés devant une juridiction nationale. Pour ce qui concerne l'étendue de l'effet direct des dispositions du Traité CE, il convient de ne pas confondre cette question à celle de leur effet normatif vertical ou horizontal.⁵⁷ En effet, le caractère horizontal de l'effet direct des libertés communautaires réfère uniquement à la possibilité d'invoquer ces libertés devant le juge national dans un litige opposant des particuliers. La *Drittwirkung* des libertés par contre réfère à la détermination du destinataire des obligations (négatives) découlant des libertés et du principe de non-discrimination, à savoir si celles-ci lient uniquement les autorités étatiques, ou également les particuliers. Il peut être soutenu que le principe d'égalité de traitement a un effet direct horizontal, mais par contre est dénué de *Drittwirkung*, tel qu'analysé ci-dessus.⁵⁸ Ainsi, l'incompatibilité d'un règle légale étatique imposée à un particulier avec l'égalité de traitement pourra être invoquée par celui-ci devant un juge national dans un litige l'opposant à un autre particulier qui sollicite l'application de la règle légale litigieuse.

Une illustration en est fournie par l'arrêt *Parodi*⁵⁹ en droit bancaire: une banque néerlandaise avait consenti à un ressortissant français un prêt hypothécaire sans avoir sollicité un agrément administratif auprès de la Banque de France pour l'exercice d'une activité bancaire en France. L'emprunteur intenta par après une action en nullité du prêt à l'encontre de la banque néerlandaise, invoquant l'absence d'agrément de celle-ci comme motif d'annulation. La banque néerlandaise invoqua en défense le principe de libre prestation de services à l'encontre de l'emprunteur (effet direct horizontal), qui impliquait selon elle que l'exigence d'un agrément imposée par la loi bancaire française était incompatible avec le droit communautaire (effet 'vertical' de la liberté). Partant, le prêt accordé au ressortissant n'était pas entaché de nullité. Dans son arrêt, la Cour de Justice fit application de sa jurisprudence 'Cassis de Dijon', exigeant pour l'application de l'exigence d'agrément un motif légitime d'intérêt général.

aff. C-198/198/89, *Rec.*, 1991, p. I-727; CJCE, 22 mars 1994, *Commission c. Espagne*, aff. C-375/92, *Rec.*, 1994, p. I-923.

⁵⁵ CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, *Rec.*, 1991, p. I-422.1.

⁵⁶ Voy. pour une étude d'ensemble WOUTERS, J., "Fiscal Barriers to Companies' Cross Border Establishment in the Case Law of the EC Court of Justice", *Yearbook of European Law*, 1994, vol. 14, p. 73-109; WOUTERS, J., "The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme", *Maastricht Journal of European and comparative Law*, 1994/2, pp. 179-220.

⁵⁷ Voy. cependant VAN GERVEN, W., WOUTERS, J., "Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention", in *EC Financial Market Regulation and Company Law*, M. ANDENAS, S. KENYON-SLADE (eds.), Londres, Sweet & Maxwell, 1993, p. 67; voy. également (en matière de liberté d'établissement) WERNICKE, Th., *Privates Bankvertragsrecht im EG Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 51, qui déduisent de l'effet direct horizontal des libertés communautaires que même les restrictions découlant d'une clause contractuelle ressortent du champ d'application de ces libertés.

⁵⁸ Voy. *supra*, n° 19 e.s., et sous réserve, bien sûr, des développements amorcés par l'arrêt *Angonese*.

⁵⁹ CJCE, 9 juillet 1997, *Parodi*, citée *supra* note 53.

29. De façon générale, la subsistance de discriminations prohibées par le Traité CE dans la réglementation économique belge semble peu probable: dans les domaines d'accès aux activités économiques, que ce soit par voie d'établissement ou en prestation de services, le droit positif belge s'est traditionnellement montré ouvert à l'étranger. Par contre, il est bien plus difficile d'identifier dans quelle mesure la réglementation économique satisfait à la jurisprudence 'Cassis de Dijon'. Ainsi, nombreux sont encore les régimes juridiques d'accès à des activités réglementées, parfois allant de pair avec des régimes de surveillance administrative, qui ne prennent apparemment pas en compte les implications du droit à la libre prestation de services dont bénéficient les ressortissants des autres Etats Membres. En effet, la loi s'appliquera souvent intégralement, et de façon non-discriminatoire, à chacun qui exerce l'activité réglementée en Belgique, que ce soit une entreprise relevant du droit belge ou d'un autre Etat Membre de la Communauté européenne. Or, il faudrait en principe examiner au cas par cas dans quelle mesure l'application intégrale de cette réglementation se justifie, à l'égard des ressortissants CE, par un motif d'intérêt général, dans l'hypothèse où ceux-ci tombent déjà sous une réglementation analogue dans leur pays d'origine.

A titre d'illustration, signalons le statut des entreprises de conseil en placement en instruments financiers en droit belge. La Loi du 6 avril 1995 soumet les entreprises qui à titre professionnel offrent contre rémunération des services de conseil en placement au public à un régime d'autorisation préalable et de contrôle par la Commission bancaire et financière.⁶⁰ Ce statut s'applique à toute entreprise qui désire déployer les activités réglementées par voie d'un établissement principal ou secondaire (succursale) en Belgique. Par contre, pour les entreprises qui désireraient offrir des services de conseil en placement en Belgique sans disposer d'un établissement, la loi délègue au Roi le pouvoir de déterminer quelles règles s'appliqueront à elles. En l'absence de mise en œuvre de cette habilitation par le Roi, le constat s'impose qu'une entreprise relevant d'un autre Etat Membre de la CE ne disposera pas de la faculté de déployer une activité de conseil en placement sous le régime de libre prestation de services.⁶¹ Cette situation doit être considérée incompatible avec l'article 49 CE, qui implique l'obligation positive des Etats Membres de prendre les mesures nécessaires afin de garantir la liberté de prestation de services.

30. La matière de la fiscalité semble offrir aux Etats Membres un domaine de prédilection pour une politique visant à influencer la direction de flux financiers, soit en créant des pôles d'attraction fiscaux en faveur d'entreprises étrangères, soit en stimulant le placement ou l'épargne par les résidents fiscaux à l'intérieur du pays, voire à décourager l'exportation de capitaux. La jurisprudence de la Cour de Justice à cet égard a longtemps montré des signes de prudence ou d'hésitation dans l'application des principes de droit européen à la matière de la fiscalité directe, s'expliquant vraisemblablement par une certaine réticence de la Cour quant à interférer dans le domaine par excellence national de la fiscalité. En outre, l'absence de libéralisation complète des mouvements de capitaux jusqu'au début des années '90 permettait aux Etats Membres de maintenir certains régimes fiscaux pouvant être qualifiés de discriminatoires.

31. En droit belge, un exemple connu d'un régime fiscal visant à attirer des entreprises étrangères vers la Belgique concerne les centres de coordination. Les avantages conférés à ces

⁶⁰ Voy. artt. 119 e.s. Loi 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements, *Mon.*, 3 juin 1995.

⁶¹ Hormis l'hypothèse où cette entreprise a, dans son pays d'origine, le statut d'établissement de crédit ou d'entreprise d'investissement, lui conférant un 'passeport européen' en vertu des directives bancaires (directive codifiée 2000/12/CE) ou de la directive en matière de services d'investissement (93/22/CEE).

entreprises, et dont ne bénéficient pas nécessairement les entreprises belges, ne sont pas contraires à l'interdiction de discrimination en droit européen, puisque l'inégalité de traitement opère à rebours'. De même, le principe d'égalité en droit constitutionnel belge ne semble pas enfreint dans la mesure où la différence de traitement est objectivement motivée par le législateur.

32. Les règles ou avantages fiscaux visant à éviter les flux d'épargne vers l'étranger ou à promouvoir le placement en Belgique peuvent susciter des interrogations quant à leur compatibilité avec le droit européen, et en particulier le principe de libre circulation des capitaux. De façon générale, il est loisible à un Etat Membre de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux. La Cour de Justice contrôlera cependant le caractère objectivement nécessaire et proportionné de ces mesures lorsqu'elles restreignent la libre circulation, dans le cadre du test d'intérêt général. La Cour se montre dans ce contexte plutôt sévère à l'égard des Etats Membres.⁶² D'autre part, la Cour s'est montrée bien plus tolérante dans le passé à l'égard de certaines mesures en matière de fiscalité de l'épargne qui résultaient en un traitement favorable aux entreprises belges. Nous illustrerons ce constat par deux arrêts.

33. Dans l'arrêt *Bachmann* était en cause le régime fiscal belge en matière d'impôts sur les revenus qui permettait dans certaines limites de déduire des revenus imposables les primes payées pour une assurance-vie. La déduction ne pouvait être obtenue que lorsque le contrat d'assurance était conclu avec une entreprise d'assurances établie en Belgique, par voie d'établissement primaire ou secondaire. M. Bachmann, qui avait conclu un contrat avec un assureur établi en Allemagne préalablement à son déménagement vers la Belgique, introduisit un recours en justice contre le refus de l'administration fiscale belge d'accepter la déduction des primes d'assurance payées par M. Bachmann à son assureur allemand. La Cour de Justice, saisie sur question préjudicielle et dans le cadre d'un recours direct introduit par la Commission européenne, suivra l'argument invoqué par le gouvernement belge que la restriction découlant de l'exigence que l'assureur soit établi en Belgique était nécessaire dans une optique de cohérence fiscale. Il existait selon la Cour un lien nécessaire entre le régime de déductibilité des primes d'une part, et le régime fiscal de revenus perçus par après par le bénéficiaire de l'assurance, qui justifiait le maintien du régime discriminatoire⁶³ pour les entreprises d'assurance étrangères ne disposant pas d'un établissement en Belgique. Cette jurisprudence, fortement critiquée en doctrine, a permis le maintien en Belgique jusqu'à ce jour du régime fiscal préférentiel en faveur des entreprises d'assurances établies en Belgique.⁶⁴ Fort heureusement, la Cour n'a par après plus jamais accueilli favorablement l'argument tiré de la cohérence fiscale, bien qu'il ait été invoqué fréquemment par les Etats Membres.⁶⁵

⁶² Voy. pour des applications CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90, *Rec.*, 1992, p. I-249.

⁶³ La Cour s'est gardée de qualifier la situation qui lui était soumise de 'discrimination' dans le sens traditionnel du mot. Il peut cependant être soutenu qu'il s'agit bien d'une discrimination fondée sur le lieu de résidence de l'assureur, en ce sens qu'il y a une différence de traitement entre entreprises belges et entreprises étrangères, qui se trouvent dans une situation similaire dans l'offre de produits d'assurances à des résidents fiscaux belges. Voy. également WOUTERS, J., ., "The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme", *loc. cit.*, cité *supra* note 56, p. 189-190; FOSSELDARD, D., "L'obstacle fiscal à la réalisation du marché intérieur", *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 492-493.

⁶⁴ Cf. art. 145¹, 2° et 145³ C.I.R. 1992.

⁶⁵ Voy. pour plus de détails TISON, M., *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten, o.c.*, cité *supra* note 35, pp. 256-260, n° 551-558, et les références citées.

34. Dans le contexte de la fiscalité de l'épargne en droit belge, l'arrêt *Van Eycke c. ASPA*⁶⁶ mérite également une attention particulière. La question préjudicielle soumise à la Cour de Justice concernait la compatibilité avec les libertés communautaires du régime fiscal – encore en vigueur à ce jour⁶⁷ – des revenus de comptes d'épargne. Les intérêts produits par ces comptes sont, sous certaines conditions, exempts de précompte mobilier⁶⁸, ce qui revient à une exemption définitive d'impôt pour les particuliers, pour qui le précompte équivaut en effet à un impôt final. L'obtention de l'exemption est cependant soumise à la condition que le compte d'épargne soit tenu auprès d'un établissement de crédit établi en Belgique, excluant ainsi l'exemption au profit des comptes ouverts directement auprès d'une banque étrangère sous le régime de libre prestation de services. La Cour de Justice avait considéré que l'exigence que la banque dépositaire soit établie en Belgique ne violait pas le principe de libre prestation de services, dans la mesure où au temps des faits litigieux – l'arrêt date de septembre 1988 – les mouvements intra-communautaires de capitaux afférents à de tels comptes n'étaient pas encore libéralisés. Par le jeu de l'article 61 CEE⁶⁹, le principe de libre prestation de services ne pouvait dès lors pas non plus être invoqué dans cette situation.

Avec la libération totale des mouvements de capitaux à l'intérieur de l'Union européenne, inscrite dans le Traité CE depuis le traité de Maastricht⁷⁰, la question se pose dans quelle mesure le régime d'exemption en droit belge peut être maintenu. Il est clair que l'exigence que le dépositaire soit établi en Belgique rend moins attrayant pour les banques étrangères l'offre de comptes d'épargne à des particuliers, résidents fiscaux belges, sous le régime de libre prestation de services. Le régime actuel peut être qualifié de discrimination fondée sur le lieu de résidence de la banque dépositaire, restreignant dès lors la libre circulation de services (art. 49 CE). Contrairement à la situation dans *Bachmann*, le maintien de ce régime ne peut être rattaché à un motif de cohérence du système fiscal, ou à un quelconque autre motif d'intérêt général.⁷¹ A défaut de justification objective, la conclusion s'impose dès lors que le maintien de ce régime fiscal en réalité discriminatoire ne saurait être maintenu.

II. L'égalité de traitement: une obligation juridique applicable aux entreprises ?

Introduction

35. Comme souligné dans la première partie du présent rapport, ni le principe d'égalité de traitement en droit constitutionnel, ni les principes équivalents en droit communautaire peuvent en soi être considérés comme créant des obligations juridiques dans les relations entre

⁶⁶ CJCE, 21 septembre 1988, *Van Eycke c. Aspa*, aff. 267/84, Rec., 1988, p. 4769.

⁶⁷ Voy. art. 21, 5° C.I.R. 1992.

⁶⁸ A présent, l'exemption s'applique à la première tranche de 55.000 BEF en intérêts.

⁶⁹ Le paragraphe 2 de cet article – actuellement art. 51 CE – dispose en effet que “la libération des services des banques et des assurances qui sont liées à des mouvements de capitaux doit être réalisée en harmonie avec la libération progressive de la circulation des capitaux”.

⁷⁰ Principe actuellement repris à l'article 56 CE (ancien article 73B Traité CE).

⁷¹ Nous n'analyserons pas ici dans quelle mesure la faculté de maintenir des ‘discriminations fiscales’ sur base de l'article 58 CE (ancien article 73 D Traité CE) pourrait s'appliquer au présent cas de figure. Voy. pour une analyse détaillée, et une réponse négative: TISON, M., *De interne markt voor bank- en beleggingsdiensten, o.c.*, cité *supra* note 35, pp. 111-113, n° 250-255.

particuliers. Néanmoins, de plus en plus voyons-nous apparaître dans le droit des affaires des dispositions de droit positif qui forment des expressions spécifiques d'un principe d'égalité de traitement dans les relations horizontales. Bien que certaines de ces dispositions, essentiellement en droit des sociétés, existent déjà de longue date, la prolifération de ces règles en droit des affaires est un phénomène relativement récent. Ceci peut s'illustrer par référence au droit des marchés financiers et au droit belge de la concurrence. Après un survol succinct de ces différentes dispositions, nous tenterons d'examiner dans quelle mesure se dégage, au travers de ces règles de droit positif et de la jurisprudence y afférente, un concept unitaire d'égalité de traitement dans le comportement des entreprises.

A. L'égalité de traitement en droit des sociétés

36. Il n'est pas étonnant de voir que le droit des sociétés s'est développé comme un des "terrains d'essai" pour l'application des principes d'égalité de traitement dans les relations entre particuliers. La microstructure particulière d'une société – et de la société anonyme en particulier – et de ses organes décisionnels est en effet partiellement inspirée de la structure décisionnelles de l'état dans une démocratie parlementaire⁷², avec un 'gouvernement' (conseil d'administration) et un 'parlement' (assemblée générale), formant ainsi une pôle d'attraction particulier pour la transposition du principe d'égalité de traitement. Il est en effet généralement admis en doctrine que l'obligation pour les organes de la société de traiter de façon égale les actionnaires qui se trouvent dans de circonstances comparables, constitue une règle fondamentale du droit des sociétés.⁷³ La règle a par ailleurs un fondement en droit européen des sociétés⁷⁴, bien qu'elle n'ait pas été explicitement reprise dans le droit interne. ⁷⁵

Le question du fondement juridique du principe d'égalité de traitement fait cependant moins d'unanimité en doctrine. Hormis le fondement spécifique en droit européen des sociétés, certains réfèrent à *l'affectio societatis* et la *jus fraternitatis*, concepts généraux qui traduisent la

⁷² Comp. NELISSEN GRADE, J.M., "Het gelijkheidsbeginsel in het bijzonder bij inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering", in *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Jan Ronse Instituut (ed.), Kalmthout, Biblo, 1999, p. 632.

⁷³ Voy. COPPENS, P., *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, Louvain, Fonteyn, 1947, p. 141 e.s., r 107 e.s.; ERNST, Ph., *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 625, n° 725; FORIERS, P.A., MAUSSION, F., SIMONT, L., "L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge", in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions. Travaux de l'Association Henri Capitant*, vol. XXVIII, Paris, Economica, 1980, p. 180-182; FREDERICQ, L., *Traité*, vol. V, 1950, p. 698, n° 492, VAN RYN, J., *Principes*, vol. I, 1954, p. 235-239, n° 336-340; LAGA, H., "Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht", *oc. cit.*, cité *supra* note 19, p. 1161; NELISSEN GRADE, J.M., "Het gelijkheidsbeginsel in het bijzonder bij inkoop van eigen aandelen en kapitaalvermindering", *o.c.*, cité *supra* note 72, p. 632-633; PARDES, M., "Les notions d'égalité et de discrimination en droit commercial belge", in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, vol. XIV, 1961-62, Paris, Dalloz, 1965, p. 267-269; SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., "La nullité des décisions d'organes de sociétés et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit", *R.C.J.B.*, 1973, p. 279, n° 14; SUETENS-BOURGEOIS, G., *De verhouding meerderheid-minderheid in de N.V.*, 1969, p. 293, n° 477; VAN OMMESLAGHE, P., *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 1960, p. 128, n° 69; WAUWERMANS, P., *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 1933, p. 328, n° 483;

⁷⁴ Voy. art. 42 Deuxième Directive, qui dispose que pour l'application de la présente directive les Etats Membres doivent assurer le traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans ces circonstances égales.

⁷⁵ Apparemment, le législateur n'avait pas jugé nécessaire la transposition par voie de disposition légale expresse de ce principe, car il apparaissait déjà clairement de la loi et de la jurisprudence: cf. *Doc. Parl.*, Chambre, 1979-80, n° 388/1, p. 12.

volonté des actionnaires de coopérer dans un esprit d'égalité dans le contexte sociétaire.⁷⁶ D'autres critiquent cependant le caractère vague de ce fondement, et de l'*affection societatis* en général, et basent le principe d'égalité des actionnaires plutôt sur l'article 19 du Code des Sociétés⁷⁷ selon lequel la société est contractée pour l'intérêt commun des parties.⁷⁸ Dans cette approche, le fondement ultime du principe d'égalité serait à rechercher dans l'intérêt social, notion qui se confond à l'intérêt commun des associés.⁷⁹ Enfin, certains rattachent le principe d'égalité en droit des sociétés à l'effet horizontal du principe constitutionnel d'égalité devant la loi.⁸⁰

37. S'il existe un large consensus en doctrine quant à l'existence d'un principe général d'égalité, la portée de ce principe et ses limites sont moins clairement circonscrites. Premièrement, il semble généralement admis que le principe d'égalité de traitement s'applique aux organes sociaux: tant le conseil d'administration que l'assemblée générale sont tenus de traiter les actionnaires se trouvant dans une situation comparable de façon égale. La loi ne sanctionne cependant pas explicitement la violation de ce principe: la méconnaissance du principe d'égalité n'est pas reprise parmi les causes de nullité d'une décision de l'assemblée générale.⁸¹ La sanction semble surtout se manifester au travers de l'abus de majorité, et se rattache ainsi plus généralement à la méconnaissance des principes de bonne foi et de l'abus de droit dont peuvent être entachées les décisions des organes sociaux. Ceci démontre l'importance relative limitée du principe d'égalité en tant qu'il s'applique aux organes sociaux: le principe d'égalité ne se conçoit pas en des termes similaires au principe tel qu'il s'articule en droit public, c.à d. s'opposant à tout traitement inégal qui ne trouve pas une justification objective et raisonnable. Il forme simplement un des aspects de l'obligation générale des organes sociaux d'agir dans l'intérêt social. L'intérêt social en tant que critère d'appréciation apparaît comme bien plus vague et flexible que le critère de justification objective en droit public. Le juge devra se limiter à une appréciation marginale, ne pouvant sanctionner une discrimination opérée par l'organe social que lorsqu'elle apparaît manifestement contraire à l'intérêt social et dès lors arbitraire.

38. Il est classiquement soutenu que le principe d'égalité ne s'applique pas au comportement d'un actionnaire individuel, notamment dans l'exercice de son droit de vote. L'actionnaire n'est pas tenu à un devoir fiduciaire envers la société, et il peut donc légitimement poursuivre ses intérêts personnels dans l'exercice de son droit de vote en vue de la maximisation de ses intérêts patrimoniaux. Seule la bonne foi pourrait apporter, le cas échéant,

⁷⁶ Voy. VAN RYN, J., *Principes*, t. I, 1954, p. 235, n° 336; COIPEL, M., in *Répertoire notarial*, t. XII, livre II: *Dispositions communes*, p. 94-96, n° 77-83; SIMONT, L., "L'égalité entre les actionnaires de la société anonyme", *R.P.S.*, 1997, n° 6724, p. 243.

⁷⁷ Ancien art. 1833 Code civil.

⁷⁸ Voy. VAN GERVEN, D., "De gelijkheid en gelijke behandeling van vennoten onder Belgisch recht", in *Beginselen van vennootschapsrecht in binational perspectief*, H.-J. DE KLUIVER, J. WOUTERS (eds.), Anvers, Intersentia, p. 155-157; TILQUIN, TH., SIMONART, V., *Traité des sociétés*, I, Diegem, Kluwer, 1996, p. 826, n° 1100.

⁷⁹ Voy. FRANÇOIS, A., *Het vennootschapsbelang*, Anvers, Intersentia, 2000.

⁸⁰ LAGA, H., étude précitée, *supra* note 19, p. 1169 e.s.

⁸¹ Seul un précédent fort ancien en jurisprudence semble avoir fondé la nullité d'une décision d'une assemblée générale sur la méconnaissance du principe d'égalité: Comm. Bruxelles, 24 juin 1924, *R.P.S.*, 1926, n° 2695, p. 195, obs. F. PARIDANT; Bruxelles, 8 février 1927, *R.P.S.*, 1927, n° 2752, p. 98, obs. F. PARIDANT. Dans d'autres décisions, le principe d'égalité apparaît en tant que principe directeur des actes ou décisions des organes sociaux, cependant sans accueillir les actions en annulation sur le fond: p.ex. Bruxelles, 1 mars 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 115

des limites à l'exercice du droit de vote et pourrait obliger un actionnaire à prendre en compte l'intérêt des autres actionnaires.⁸² De même, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'un actionnaire confère à un ou plusieurs autres actionnaires un droit de préemption ou une option d'achat sur ses actions.

Enfin, le principe d'égalité s'applique uniquement dans les rapports internes dans la société, et n'interdit aucunement aux organes sociaux ou aux actionnaires à opérer des discriminations à l'égard de tiers. Ainsi, l'actionnaire conserve pleinement son autonomie de la volonté dans le choix d'un acheteur de ses actions.⁸³

39. Au-delà du principe général d'égalité de traitement, aux contours cependant vagues, la législation sur les sociétés contient de nombreuses dispositions spécifiques qui traduisent le principe d'égalité des actionnaires, dont les limites sont plus ou moins clairement délimitées et qui sont assorties de sanctions spécifiques. Ces dispositions complètent et concrétisent en partie le principe général d'égalité de traitement. A titre indicatif, les exemples suivants peuvent être cités:

- la prohibition de clause léonine (art. 32 C. Soc.), qui interdit l'attribution de tous les bénéfices à un seul actionnaire, ou qui l'affranchit de toute contribution aux pertes. La disposition ne s'oppose pas à un régime de répartition asymétrique ou inégale des pertes ou des bénéfices parmi les actionnaires, et permet dès lors un traitement inégal/discriminatoire des actionnaires, par exemple sous forme d'attribution de dividendes préférentiels. Seules les inégalités extrêmes sont prohibées, et sanctionnées par la nullité.
- le principe "une action, une voix": la loi impose l'attribution impérative d'une voix par action, hormis l'hypothèse de la création d'actions sans droit de vote dans la société anonyme. L'attribution de droits de vote multiples aux actions est interdite.
- Plusieurs dispositions en matière de protection du capital social réfèrent à l'égalité de traitement. ainsi:
 - le droit de souscription préférentielle dont dispose chaque actionnaire en cas d'augmentation du capital social (art. 592-593 C. Soc.); le principe n'est cependant pas absolu, car aussi bien l'assemblée générale que le conseil d'administration dans le cadre du capital autorisé sont en droit de déroger au droit préférentiel (artt. 595-599 et 603 C. Soc.)
 - lorsqu'une société non cotée décide d'un rachat de ses propres actions, elle doit en faire l'offre à tous les actionnaires aux mêmes conditions (art. 521 C. Soc.), sauf si la décision de rachat a été prise à l'unanimité par l'assemblée générale ou tous les actionnaires étaient présents ou représentés. Cette dernière hypothèse revient à la faculté des actionnaires de renoncer à leur droit au traitement égal;
 - la réduction du capital social doit être décidée par l'assemblée générale dans les conditions requises pour les modifications aux statuts, moyennant le traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des situations identiques (art. 612 C. Soc.); il est admis que les actionnaires peuvent, par vote unanime, renoncer à leur droit au traitement égal.

D'autre part, le Code des Sociétés institutionnalise la possibilité d'un traitement différencié de plusieurs catégories d'actionnaires, tout en réglant les modalités procédurales d'une modification des droits attachés à certaines catégories d'actions (art. 560 C. Soc.). La faculté offerte aux organes sociaux d'opérer de telles différenciations n'est cependant pas illimitée: la

⁸² Voy. pour plus de détails NELISSEN GRADE, J.M., étude précitée, *supra* note 72, pp. 645-646.

⁸³ Sous réserve, bien sûr, de limitations apportées à cette liberté par les statuts ou des conventions, sous forme notamment de clauses d'agrément ou de préemption.

justification, au regard de l'intérêt social, d'une telle différenciation, doit apparaître de façon détaillée dans un rapport établi par le conseil d'administration.⁸⁴

40. En guise de conclusion, le constat s'impose que le principe d'égalité des actionnaires en droit des sociétés peut être qualifié de concept à géométrie variable. Loin de constituer un principe similaire à celui prévalant en droit constitutionnel, il n'en demeure que l'existence du principe général est généralement admis en doctrine, bien que les contours de celui-ci soient plutôt vagues. Sur le plan des sanctions, les discriminations opérées par les organes sociaux au détriment de certains actionnaires (minoritaires) pourront être sanctionnées lorsqu'elles méconnaissent l'intérêt social, par le biais de l'abus de droit. De nombreuses dispositions du Code des Sociétés traduisent l'idée de l'égalité de traitement de façon spécifique, en y rattachant des sanctions, mais également en précisant dans quelles circonstances l'égalité peut être rompue.

B. L'égalité de traitement dans le droit des marchés financiers

41. Le principe d'égalité de traitement, et l'interdiction de discrimination qui en résulte, s'est développé de façon bien plus prononcée dans le droit des marchés financiers, ainsi qu'au carrefour du droit des sociétés et du droit des marchés financiers, comme dans la réglementation sur les offres publiques d'acquisition. Ce constat peut s'expliquer par les impératifs spécifiques de protection existant sur les marchés financiers: le bon fonctionnement et l'intégrité d'un marché financier dépendent dans une large mesure du degré de transparence que celui-ci assure envers tous les investisseurs, permettant à ceux-ci d'agir dans des conditions d'égalité. Le processus de formation des cours sur le marché se trouvera déformé lorsqu'il s'avère que certains investisseurs disposent d'information dites privilégiées. De même, en matière d'offres publiques d'acquisition, un des motifs essentiels de la réglementation consiste à offrir à tout investisseur une égalité de chances face à l'offrant. Les manifestations spécifiques du principe d'égalité s'expliquent non pas par des motifs de justice ou de redistribution de richesses, mais essentiellement par le souci d'assurer le fonctionnement efficace des marchés financiers.⁸⁵ La concurrence accrue entre marchés boursiers et financiers ne fera qu'amplifier ce souci du législateur.

Nous passerons brièvement en revue quelques manifestations en droit positif dans la matière des offres publiques d'acquisition (OPA) d'une part, et dans le droit des marchés financiers de l'autre.

1. La réglementation des offres publiques d'acquisition (OPA) et des modifications du contrôle des sociétés publiques

42. Issue de l'affaire 'de Benedetti' qui a profondément secoué le paysage financier belge à la fin des années '80, la réglementation belge sur les OPA est fortement imprégnée du souci d'égalité de traitement des actionnaires/investisseurs. L'article 15 de la Loi du 2 mars 1989, qui habilite le Roi à élaborer les détails de la réglementation, mentionne explicitement que celle-ci doit 'assurer l'information et l'égalité de traitement des porteurs de titres et sauvegarder leurs intérêts'. Ce principe d'égalité s'applique aux deux volets de la législation, à savoir les OPA volontaires, et le régime des cessions de contrôle.

⁸⁴ Comp. WYCKAERT, M., *Kapitaal in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, p. 568, n° 820.

⁸⁵ Cf. NELISSEN GRADE, J.M., étude précitée, *supra* note 72, p. 633.

43. La consécration du principe d'égalité dans la matière des OPA peut s'expliquer par le caractère public de l'offre d'acquisition: dès que l'offrant s'adresse publiquement au marché, le bon fonctionnement de celui-ci suppose que chaque intervenant sur le marché puisse répondre sous les mêmes conditions à l'offre. La réglementation (Chapitre II de l'arrêté royal du 8 novembre 1989), reprend l'idée d'égalité de traitement dans plusieurs dispositions. Citons à titre d'exemple:

- L'obligation pour l'offrant de faire l'offre sur l'ensemble des titres conférant le droit de vote ou assimilés, donnant ainsi à tout détenteur de titres visés la possibilité de sortir de la société en acceptant l'offre (art. 3)
- L'obligation d'offrir le même prix à chacun: lorsque l'offrant ou les personnes agissant de concert avec lui acquièrent, en dehors du cadre de l'offre, des titres de la société visée à un prix supérieur à celui de l'offre, le prix de l'offre doit être aligné sur le prix supérieur (art. 11, § 5)
- Lorsque l'offrant, avant la clôture de l'offre, s'engage à acquérir des titres de la société visée à un prix supérieur à son offre initiale ou à une contre-offre, il est tenu de rouvrir l'offre à ce prix supérieur et à verser la différence de prix aux titulaires de titres qui ont répondu à la précédente offre ou contre-offre (art. 30)
- Les règles en matière d'information au public: l'information doit être mise à disposition du public sous forme d'un prospectus, approuvé par la Commission bancaire et financière. Aucun autre document et aucune déclaration ou communication émanant de l'offrant au sujet de l'offre ne peuvent être effectués sans mentionner qu'il existe un prospectus (art. 25). Le cas échéant, un complément de prospectus doit être approuvé et publié concernant tout fait significatif qui survient entre l'approbation du prospectus initial et la clôture de l'offre (art. 24). Ces dispositions soulignent l'importance de l'égalité de chacun en matière d'information. Ce principe se trouve encore renforcé par un arrêt récent de la Cour d'Appel de Bruxelles, rendu en référé.⁸⁶ La Cour refusa d'accueillir la demande de plusieurs investisseurs visant à obtenir certaines informations de la part de l'offrant, en dehors du prospectus qui avait été dûment approuvé par la Commission bancaire et financière. Sans nier l'existence d'un droit subjectif à l'information dans le chef des investisseurs, la Cour considéra que ce droit se trouve consacré et organisé au travers de l'appréciation, par la Commission bancaire et financière, du caractère complet et exact de l'information contenue au prospectus qu'elle approuve. Par conséquent, un actionnaire ne saurait faire appel au juge ordinaire pour obtenir des informations additionnelles. Indirectement, l'égalité des investisseurs en matière d'information se trouve par ce biais confirmée.⁸⁷

44. Dans la matière des cessions de contrôle, le principe de l'égalité de traitement s'est développé, dès avant la réglementation (chapitre III de l'A.R. du 8 novembre 1989), dans la pratique administrative de la Commission bancaire dans le cadre de sa mission de protection de l'épargne publique. En recommandant que l'acquéreur du contrôle d'une société qui avait payé une prime de contrôle procède à une offre publique d'achat aux autres actionnaires aux mêmes conditions, la Commission bancaire donnait au principe de l'égalité des actionnaires un effet externe⁸⁸, qui fit l'objet de critiques en doctrine.⁸⁹ L'article 41 de l'A.R. du 8 novembre

⁸⁶ Bruxelles, 19 janvier 2001, *FF-Dr.banc.fin.*, 2001/2, note D. WILLERMAIN.

⁸⁷ Comp. également PRIoux, R., "La transparence. Principe général de droit en matière d'information des actionnaires et du marché?", *J.T.*, 1994, p. 221-222, n° 19, qui émet des doutes à propos d'un automatisme dans l'identification de droits subjectifs à l'information dans le chef des investisseurs à chaque fois que le droit positif impose des obligations d'information à charge des sociétés.

⁸⁸ Cf. BRUYNEEL, A., "Les offres publiques d'acquisition. Réforme de 1989", *J.T.*, 1990, p. 144, n° 11.

⁸⁹ Voy. LAGA, H., étude précitée, *supra* note 19, p. 1175, n° 37, et les références citées.

1989 transformera la règle déontologique en obligation légale, attribuant ainsi aux investisseurs, sur pied d'égalité, le droit subjectif ⁹⁰ à la reprise de leurs titres en cas de cession privée du contrôle d'une société faisant publiquement appel à l'épargne ⁹¹ lorsqu'elle s'effectue avec une prime de contrôle. La reprise des titres doit s'opérer sous forme soit d'une offre publique d'achat (OPA obligatoire), soit d'une procédure de maintien de cours sur le marché secondaire. La consécration du principe d'égalité s'explique par le souci d'un traitement pécuniaire égal de tous les actionnaires face à une modification du contrôle, en permettant de répartir de façon égale la prime de contrôle entre tous les actionnaires. En limitant l'offre publique obligatoire à l'hypothèse de paiement d'une prime de contrôle, le législateur n'a apparemment pas voulu offrir en général la possibilité aux actionnaires (minoritaires) de quitter la société dans la survenance de chaque modification du contrôle.⁹²

Il faut se garder de voir dans la réglementation concernant le transfert de contrôle la consécration d'un principe général d'égalité de traitement, tel qu'il s'articulait déjà dans la jurisprudence prétorienne de la Commission bancaire. Par conséquent, la personne qui acquiert le contrôle d'une société qui ne tombe pas dans le champ d'application de l'A.R. du 8 novembre 1989 ne sera pas tenue de reprendre les titres des actionnaires minoritaires, et, plus généralement, de respecter l'égalité des actionnaires. ⁹³

2. Le droit des marchés financiers

45. Le droit des marchés financiers contient, pour des motifs évidents de bon fonctionnement des marchés, de multiples expressions de l'égalité de traitement des investisseurs. Celles-ci débordent le cadre de l'égalité des actionnaires dans le droit des sociétés, et se rapportent à des devoirs fiduciaires plus larges de la part des entreprises dont les titres sont négociés sur les marchés financiers. Ces devoirs s'appliquent tant à l'égard des actionnaires que, plus largement, aux autres intervenants et investisseurs sur les marchés, qui peuvent potentiellement diriger leurs investissements vers l'une ou l'autre société émettrice. La question se pose dès lors dans quelle mesure il peut être fait état d'un principe général d'égalité de traitement dans le droit des marchés financiers similaire au principe identifié au sein des sociétés au bénéfice des actionnaires.

Dans la relation entre émetteurs de titres et investisseurs, la réglementation financière attribue une importance primordiale à l'égalité de traitement en matière d'information mais plus spécifiquement également dans les relations entre la société et ses actionnaires ou détenteurs d'autres titres. Le dernier aspect forme un complément au principe d'égalité, tel qu'identifié dans le droit commun des sociétés, et est assorti d'un régime de surveillance administrative.

Le principe d'égalité se manifeste en premier lieu au niveau de l'information. La réglementation sur les émissions publiques (Titre II de l'A.R. du 9 juillet 1935) et la pratique

⁹⁰ Cf. Cass. 10 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 237.

⁹¹ Il s'agit des sociétés dont les titres sont cotés sur une bourse de valeurs mobilières ou dont les titres sont répandus dans le public: voy. art. 1, § 2 A.R. 8 novembre 1989.

⁹² Lorsqu'il existe un marché liquide de ces actions, un investisseur individuel aura toujours la faculté de céder ses titres sur le marché secondaire. Il n'aura cependant pas la garantie de pouvoir le faire aux mêmes conditions financières que l'actionnaire qui a cédé le contrôle.

⁹³ Com. Anvers, 26 octobre 1995, *T.R.V.*, 1996/5, p. 409; LAGA, H., étude précitée, *supra* note 19, p. 1176; NELISSEN GRADE, J.M., "Het openbaar bod: zes jaar ervaring", in *De regulering van het beursapparaat*, K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP (eds.), Série: Financiewezen nu en morgen n° 4, Bruges, Die Keure, 1997, p. 87-88.

administrative de la Commission bancaire et financière dans l'application de celle-ci traduisent fortement le souci d'une information complète et exacte au public sur pied d'égalité: mise à disposition du public d'un prospectus, établissement d'addenda au prospectus si nécessaire, réticence quant à l'utilisation d'Internet comme canal d'information à défaut d'accessibilité généralisée par le grand public⁹⁴, interdiction de fournir d'autres informations sur une émission que celles contenues dans le prospectus à l'occasion de 'road shows' à l'attention d'un public spécialisé etc.

Outre l'information à fournir initialement au public sous la forme d'un prospectus, les sociétés cotées sont tenues d'informer le public sous diverses formes. Deux arrêtés royaux du 3 juillet 1996 réglementent les obligations spécifiques au titre de, respectivement, information périodique⁹⁵ et information occasionnelle⁹⁶. Les modalités de diffusion de ces informations et leur contrôle traduisent le souci de traitement égal des investisseurs:

- d'une part, les sociétés cotées doivent diffuser un rapport semestriel⁹⁷, voire trimestriel⁹⁸ sur leurs activités et les prévisions pour la période à venir, ainsi qu'un communiqué peu de temps après la clôture de l'exercice comptable annuel. Ces informations doivent entre autres être repris dans deux journaux à diffusion répandue, permettant ainsi au grand public d'en prendre connaissance.
- d'autre part, les sociétés cotées sont tenues au titre d'information occasionnelle, de diffuser toute information non publique dont ils ont connaissance et qui est de nature, si elle était rendue publique, à influencer sensiblement le cours des titres de la société. Cette obligation vise essentiellement à assurer l'égalité des investisseurs en matière d'information et à endiguer en partie le risque de délit d'initiés. La diffusion de ces informations se fait en principe après la clôture des marchés financiers – évitant ainsi que certaines personnes rapidement informées puissent encore tirer un avantage de l'information avant les autres – et par voie de communiqués dans la presse écrite à large diffusion.

Enfin, la répression pénale de tout abus d'information privilégiées⁹⁹ vise clairement à assurer l'égalité entre investisseurs en matière d'information de nature à influencer leur comportement sur le marché.

46. La réglementation boursière consacre également l'obligation à charge de toute société cotée¹⁰⁰ d'assurer un traitement égal des détenteurs d'instruments financiers. Le principe, qui trouve son origine en partie dans le droit européen¹⁰¹, complète à divers égards le droit

⁹⁴ Voy. en particulier le circulaire de la C.B.F. du 8 juin 2000, relative au fonctionnement du marché primaire (http://www.cbf.be/pe/peb/fr_eb00.htm).

⁹⁵ A.R. 3 juillet 1996 relatif aux obligations en matière d'information périodique des émetteurs dont les instruments financiers sont inscrits au premier marché et ou nouveau marché d'une bourse de valeurs mobilières, *Mon.*, 6 juillet 1996, errata *Mon.*, 5 octobre 1996..

⁹⁶ A.R. 3 juillet 1996 relatif aux obligations en matière d'information occasionnelle des émetteurs dont les instruments financiers sont inscrits au premier marché et ou nouveau marché d'une bourse de valeurs mobilières, *Mon.*, 6 juillet 1996.

⁹⁷ Applicable aux sociétés dont les titres sont cotés au Premier Marché de Euronext Bruxelles.

⁹⁸ Pour les sociétés dont les actions sont cotées sur le Nouveau Marché de Euronext Bruxelles.

⁹⁹ Voy. artt. 181-189 Loi 4 décembre 1990, *Mon.*, 22 déc. 1990.

¹⁰⁰ Il s'agit des sociétés dont les titres sont cotés sur le premier ou le nouveau marché de Euronext Bruxelles.

¹⁰¹ En effet, le schéma C de la directive 79/279/CEE du Conseil du 17 mars 1980 portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs (*JOCE*, L66/21 du 16 mars 1979), impose l'obligation aux sociétés cotées d'assurer le traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques. Le droit belge élargit ce principe au

commun des sociétés: premièrement, le champ d'application du principe d'égalité ne se limite pas aux actionnaires, mais est élargi à tous les détenteurs de titres (obligations, warrants, ...). Ensuite, l'obligation, en tant que loi de police en matière boursière, s'appliquera non seulement aux sociétés cotées de droit belge, mais également aux sociétés étrangères cotées en Belgique. Le droit boursier impose ainsi certaines obligations en matière de fonctionnement interne d'une société, qui pourraient le cas échéant se chevaucher aux règles de la *lex societatis* étrangère. Enfin, le principe d'égalité de traitement s'accompagne d'un régime de surveillance administrative par l'autorité de marché compétente. L'autorité de contrôle peut enjoindre la société cotée de se conformer à l'obligation d'égalité de traitement, et rendre public son avis.¹⁰² Le cas échéant, l'autorité de marché peut procéder à la suspension temporaire, voire à la radiation du titre.¹⁰³

47. Faut-il déduire de l'analyse qui précède qu'il existe, en droit des marchés financiers, un principe général de droit d'égalité de traitement à charge des entreprises dont les titres sont négociés sur les différents marchés. Un telle conclusion irait à notre sens trop loin: il est vrai que le fonctionnement efficace du marché repose dans une large mesure sur l'égalité des intervenants sur le marché. Ceci explique les préoccupations du législateur dans ce sens. Par contre, il ne semble pas que ce motif suffise à ériger l'égalité de traitement en principe général du droit, constituant une source matérielle de droit. Par conséquence, le principe s'appliquera uniquement dans les hypothèses délimitées par la réglementation.

C. L'égalité de traitement et l'interdiction de discrimination en droit des contrats et en droit de la concurrence

1. Discrimination et autonomie de la volonté

48. La place centrale occupée par le principe d'autonomie de la volonté et la liberté d'entreprise dans notre système de régulation économique, implique en principe la possibilité pour tout particulier de choisir librement ses cocontractants et le contenu des contrats. Il est en principe parfaitement loisible à une personne d'opérer des discriminations dans le choix de ses cocontractants, de pratiquer des conditions de contrat différentes entre cocontractants comparables, et de réserver un traitement différent à l'exécution et le dénouement de liens contractuels.¹⁰⁴

49. Comme il a déjà indiqué plus haut, ce principe connaît plusieurs tempéraments, qui peuvent être attribués à différents motifs. Premièrement, des motifs de protection des intérêts patrimoniaux des agents économiques, ont inspiré le législateur ou le juge à interférer dans l'autonomie de la volonté afin d'assurer le traitement égal des cocontractants. Ainsi, le droit de la faillite préserve dans une certaine mesure l'égalité de traitement des créanciers, en

bénéfice de tous les porteurs de titres: voy. FERON, B., TAEVERNIER, B., *Principes généraux du droit des marchés financiers*, Bruxelles, Larcier, 1997, note 628.

¹⁰² Voy. art. 9 de l'A.R. 3 juillet 1996 précité, *supra* note 96. Les cas d'application jusqu'à présent concernent surtout les régimes de rachat par des sociétés cotées, ou des sociétés liées à celles-ci, de leurs actions en vue d'assurer la liquidité du marché: cf. COMITE DE DIRECTION DE LA BOURSE DE BRUXELLES, *Rapport d'activités 1997*, p. 29-30, et *Rapport d'activités 1998*, p. 36-37.

¹⁰³ Artt. 29-30 A.R. 22 décembre 1995 relatif à l'admission d'instruments financiers au premier marché d'une bourse de valeurs mobilières, *Mon.*, 6 janvier 1996.

¹⁰⁴ Comp. DE LY, F., "Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht", étude précitée, *supra* note 20, p. 1142, n° 5. certains créanciers publics.

permettant au curateur de rendre inopposable à la masse certains actes du futur failli en période suspecte qui contreviennent à cette égalité.¹⁰⁵ De façon moins prononcée, la loi sur les concordats du 17 juillet 1997 traduit le souci de l'égalité de traitement des créanciers dans l'élaboration du plan de redressement. Le plan peut prévoir un traitement différencié des créanciers, pour autant que cette différenciation trouve une justification objective et raisonnable, tel le montant ou la nature de la créance.¹⁰⁶ Le juge devra, lors de l'approbation du plan de redressement approuvé par les créanciers, vérifier si cette condition est remplie.¹⁰⁷ Dans la même ligne, l'atteinte par une personne des attentes légitimes d'une autre personne à ce qu'une relation contractuelle se noue ou continue, peut selon la jurisprudence donner lieu à un droit à réparation (en équivalent), par exemple dans le cas de la rupture subite des négociations précontractuelles ou d'un refus de vente s'analysant en un abus de droit (cf. *infra*).

50. Deuxièmement, des motifs de protection sociale peuvent conduire à édicter des règles visant à éviter l'exclusion sociale dans l'obtention de certains biens ou services de base. Il peut en découler une obligation de contracter dans le chef de certaines entreprises, et, partant, l'interdiction d'opérer des discriminations dans le choix des cocontractants. De même, la lutte contre le racisme et la xénophobie ont conduit à introduire des interdictions spécifiques de discrimination s'appliquant également dans les rapports économiques. Enfin, des motifs liés à la protection de l'ordre économique, notamment lié au maintien d'une situation de concurrence non faussée, ont inspiré le législateur et les tribunaux à apporter des limites à l'autonomie de la volonté en s'opposant à des pratiques discriminatoires à l'égard d'autres opérateurs économiques lorsque celles-ci constituent un abus de droit ou menacent la libre concurrence. Nous focaliserons notre examen en particulier sur le refus de vente ou de prestation de services, en distinguant selon que ce refus constitue ou non une menace à la libre concurrence.

2. Egalité de traitement en tant qu'instrument de lutte contre l'exclusion sociale

51. Ces dernières années sont apparues plusieurs réglementations ou codes de conduite visant à éviter que l'autonomie de la volonté mène à des situations où certaines personnes n'arrivent plus à obtenir certains biens ou services de base, souvent par la suite de difficultés financières aiguës. La dimension sociale de cette problématique s'est accentuée suite à la privatisation ou la plus grande autonomie accordée aux entreprises qui offrent de tels biens ou services de base. Dans une perspective de lutte contre l'exclusion et l'isolement social, le législateur a imposé dans certains secteurs des obligations visant à assurer un service minimal à l'égard de chaque citoyen, limitant ainsi le droit au refus de contracter dans le chef de ces entreprises.¹⁰⁸ Citons à titre d'exemple:

- le droit à un service minimum en matière de télécommunication, incluant un appareil téléphonique permettant de recevoir des appels, et de faire des appels aux services d'urgence;¹⁰⁹

¹⁰⁵ Voy. en particulier artt. 17-21 L. 17 août 1997 sur les faillites, *Mon.*, 28 oct. 1997.

¹⁰⁶ Art. 29, § 3 Loi 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire, *Mon.*, 28 oct. 1997, err. 4 déc. 1997.

¹⁰⁷ L'égalité des créanciers relève du contrôle de conformité à l'ordre public imparti au juge: art. 34 Loi 17 juillet 1997. Voy. pour une application Liège, 25 novembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 137, ou le juge rejeta le plan aux motifs qu'il impliquait une discrimination non-justifiée à l'égard d.

¹⁰⁸ Voy. pour une analyse d'ensemble DEJEMEPPE, P., "Le service minimum (énergie, eau, téléphone)", *D.C.C.R.*, 1999, n° 43, pp. 43-109; CHEFFERT, J.M. e.a., *Service universel, concurrence et télécommunication*, Cahiers du CRID, n° 15, Diegem, Story Scientia, 1999.

¹⁰⁹ Voy. art. 84, 5° Loi 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, tel que modifié par Loi 19 décembre 1997.

- le droit à une livraison minimale d'eau, de gaz et d'électricité afin de satisfaire aux besoins ménagers selon les standards de vie courants.¹¹⁰

Le service minimum que les entreprises susvisées sont obligées de fournir à chacun doit être distingué du service universel auquel ces entreprises sont également tenues, essentiellement dans le cadre de leur privatisation ou de la libéralisation de ces services d'utilité publique: l'imposition d'un service universel vise à assurer que l'ouverture à un environnement concurrentiel ne porte pas préjudice à l'offre continue de certains produits et services considérés comme nécessaires. Le service universel tend donc à mitiger les effets de la liberté d'entreprise dans certains secteurs précis lorsque ceux-ci sont soumis à la logique du marché et de la libre concurrence.

52. En matière bancaire, une 'charte relative au service bancaire de base' conclue au sein de l'Association belge des Banques et auquel la majorité des banques belges a adhéré, contient l'engagement volontaire des banques participantes de permettre à chaque personne disposant d'un domicile légal en Belgique d'ouvrir un compte à vue, auquel est lié un service minimum en matière de virements, retraits et dépôts d'argent, et extraits de compte. Ce service de base, pour lequel les tarifs courants opérés dans la banque s'appliquent, limite pour la banque le droit au refus de contracter. L'obligation dans le chef de la banque n'est cependant pas absolue: la charte permet aux banques de refuser la prestation du service de base lorsque le demandeur dispose déjà d'un compte auprès d'un autre établissement de crédit ou en raison de certains antécédents du demandeur.¹¹¹

53. La lutte contre le racisme et la xénophobie a donné lieu à l'adoption d'interdictions réprimées pénalement, concernant les discriminations opérées dans les relations économiques entre particuliers. Ainsi, l'article 2 de la Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie punit de peines correctionnelles quiconque, fournissant ou offrant de fournir un service, un bien ou la jouissance de celui-ci, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son origine ou de sa nationalité. Le champ d'application de l'interdiction a été étendu en 1994 à la sphère des relations de travail (placement, formation professionnelle, offre d'emploi, recrutement, exécution du contrat de travail ou licenciement de travailleurs).¹¹²

Les applications de la loi dans la sphère des relations d'affaires semblent jusqu'à présent plutôt rares. La jurisprudence concerne entre autres l'exigence de nationalité belge imposée par un courtier immobilier à l'égard d'un candidat-bailleur.¹¹³

A la lumière de la finalité de la loi, il ne saurait s'en déduire que toute discrimination fondée sur la nationalité entre particuliers entre dans le champ d'application des articles 2 et 2bis de la Loi du 30 juillet 1981. L'interprétation stricte de la loi pénale implique à notre sens que seul la discrimination qui forme la manifestation d'un comportement de racisme ou de

¹¹⁰ La matière relève des Régions: voy. en Flandre Décret 20 décembre 1996, tel que mis en œuvre dans le secteur de l'électricité par arrêté du Gouvernement flamand du 16 sept. 1997. Voy. pour plus de détails BALLON, G.-L., dans *Consumentenzakboekje 2000*, Kluwer, 2000, pp. 409-412; Dans la région Wallonne: Décret du Conseil Wallon du 25 février 1999, *Mon.*, 26 mars 1999.

¹¹¹ Voy. pour le texte de la Charte et la liste des établissements de crédit qui y ont adhéré: <http://www.abb-bvb.be>

¹¹² Art. 2bis Loi 30 juillet 1981, inséré par art. 3 Loi 12 avril 1994.

¹¹³ Corr. Anvers, 21 juin 1996, *T. Vreemd.*, 1996, p. 165.

xénophobie est visée par la loi. Par contre, la discrimination 'économique' fondée sur la nationalité, inspirée par un motif de protectionnisme économique, dépasse l'objectif de la loi.¹¹⁴ Englober ce type de discriminations dans le champ d'application de la loi du 30 juillet 1981 reviendrait non seulement à attribuer un effet horizontal au principe de non-discrimination en droit interne absent en droit économique européen, mais érigerait en outre toute discrimination économique en délit, assorti de sanctions correctionnelles.

3. Egalité de traitement par les entreprises offrant des "facilités essentielles" à l'égard de leurs concurrents

54. Outre les obligations à caractère social que doivent assumer certaines entreprises (quasi-)monopolistiques offrant des biens ou services de base, le mouvement de privatisation de certains secteurs d'utilité publique a également donné lieu à l'élaboration de règles spécifiques en droit positif visant à assurer un droit d'accès à des conditions équitables de nouveaux concurrents sur le marché en cours de libéralisation aux services et à l'infrastructure offerts par ces entreprises. Ces obligations peuvent être rattachées à la théorie dite des "essential facilities", aux termes de laquelle le maintien d'un système de concurrence non-fauscée implique certaines obligations en matière d'accès par des entreprises à des infrastructures et biens stratégiques.¹¹⁵

55. Le secteur de la télécommunication et, plus récemment, de l'électricité, connaissent plusieurs règles garantissant l'accès par des concurrents à l'infrastructure exploitée par des entreprises (quasi-)monopolistiques, essentiellement imposées par des directives européennes. Ainsi, la loi du 19 décembre 1997 règle les modalités d'interconnexion entre les nouveaux opérateurs et Belgacom, fournisseur du réseau public de télécommunication, et instaure un régime de surveillance par l'Institut Belge des Postes et Télécommunications.¹¹⁶

Dans le secteur de l'électricité, la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité¹¹⁷, qui constitue la mise en œuvre en droit interne de la directive européenne 96/92/CE¹¹⁸ garantit le droit d'accès aux 'clients éligibles' au réseau de transmission sur la base de critères objectifs définis par le gestionnaire du réseau (art. 15, § 1) Il ne s'agit ici que d'une application partielle de la théorie des "essential facilities", car le droit d'accès ne revient qu'à une partie limitée de grands clients. Les distributeurs d'électricité qui ne satisfont pas au qualificatif de 'client éligible' ne pourront obtenir l'accès aux mêmes conditions qu'à partir de 2007.¹¹⁹

¹¹⁴ Comp. Corr. Liège, 16 septembre 1993, *Rechtspraak Antiracismewet*, 1999, p. 147: les statuts d'une a.s.b.l. limitaient le terrain d'action à l'aide à certaines victimes qui étaient ressortissants de l'Union européenne. Cette limitation ne fut pas considérée manifester l'intention de discrimination opo de xénophobie au sens de la loi du 30 juillet 1981.

¹¹⁵ Cette théorie, d'origine américaine, est apparue ces dernières années en droit européen de la concurrence dans plusieurs décisions de la Commission européenne en matière d'accès aux installations portuaires. voy. VEGIS, E., "La théorie des "essential facilities": genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence ?", *R.D.C.B.*, 1999, p. 4.

¹¹⁶ artt. 106 e.s. Loi 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, tel que modifié par Loi 19 décembre 1997.

¹¹⁷ *Mon.*, 11 mai 1999.

¹¹⁸ Directive 96/92/CE du Parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996, *JOCE*, L 27 du 30 janv. 197, p. 20.

¹¹⁹ Voy. VANDERSTAPPEN, E., VERBRUGGEN, A., "De nieuwe elektriciteitswet: meer marktwerking via regulerend toezicht, corporate governance bepalingen en de toepassing van het boekhoudrecht ?", *DAOR*, 2000, n° 53, p. 45, qui critiquent le risque de discriminations au détriment des distributeurs par la différenciation opérée par la loi en ce qui concerne le droit d'accès au réseau.

56. En dehors des manifestations en droit positif de la théorie des “facilités essentielles”, l’interdiction d’abus d’une position dominante constituera l’instrument essentiel pour la préservation de conditions de concurrence normales (voy. *infra*, n° 63)

3. *Egalité de traitement et non-discrimination en tant qu’instrument de préservation d’une concurrence non-fauscée*

57. Plusieurs dispositions en droit positif traduisent le souci du législateur d’éviter que la liberté dont disposent les agents économiques dans le choix de leurs partenaires commerciaux conduise à fausser les conditions normales de libre concurrence.

58. Un premier exemple est la législation sur les marchés publics: largement inspirée du droit européen, la législation belge impose essentiellement l’obligation d’égalité de traitement aux pouvoirs publics dans le choix de ses fournisseurs de biens ou de services. La législation¹²⁰ organise cette égalité par voie de procédures d’appel à offres publiques, impliquant pour l’autorité publique l’obligation de motiver objectivement le choix ultime de ses cocontractants, et l’interdiction d’inclure des conditions discriminatoires dans l’appel à offres. ¹²¹.

59. Dans le secteur des entreprises privées, la loi belge du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique (ci-après: LPCE)¹²² reprend aux articles 2 et 3 quasi-littéralement les dispositions des articles 81 et 82 CE en matière de, respectivement, les ententes anticoncurrentielles entre entreprises et l’abus d’une position dominante par une entreprise, en les transposant aux situations qui ne sont pas couvertes par le droit européen à défaut d’influence sur le commerce interétatique.

60. La LPCE vise explicitement deux hypothèses dans lesquelles des pratiques discriminatoires opérées par une entreprise soumise à la loi sont prohibées:

- (1) l’entreprise a conclu des accords avec d’autres entreprises impliquant l’application, à l’égard de partenaires commerciaux, de conditions différentes pour des prestations équivalentes, portant préjudice à la situation concurrentielle de ces partenaires (art. 2, § 1, d). La disposition vise essentiellement les hypothèses de ‘discriminations collectives’ qui prennent la forme de, par exemple, des accords collectifs d’exclusivité entre un groupe de fournisseurs et un groupe de clients, assorti d’une clause d’exclusivité dans, respectivement, la fourniture et l’achat des produits couverts par l’accord. De tels accords ont pour effet d’exclure les entreprises qui ne participent pas à l’accord, et affectent ainsi substantiellement leur position concurrentielle. Il est dès lors peu probable que de tels accords collectifs puissent obtenir une dispense;¹²³
- (2) une entreprise abuse de sa position dominante sur le marché par l’imposition de conditions inégales à l’égard de ses partenaires commerciaux pour des prestations équivalentes, portant ainsi préjudice à la situation concurrentielle de ces partenaires (art. 3, al. 2, c). L’interdiction de discrimination a une portée large. Ainsi, les discriminations prohibées englobent tant celles portant sur les prix pratiqués par l’entreprise dominante que sur toute autre condition liée à la fourniture des biens ou

¹²⁰ Le régime général des marchés publics est repris à la loi du 24 décembre 1993, *Mon.*, 22 janv. 1994.

¹²¹ Voy. pour des détails D’HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 1997, p. 316.

¹²² *Mon.*, 11 octobre 1991, entrée en vigueur le 1er avril 1993.

¹²³ Dans ce sens VANDERMEERSCH, D., *De mededingingswet*, Anvers, Kluwer, 1994, p. 97, n° 8-28.

services (quantité, conditions contractuelles, ...).¹²⁴ A défaut de justification objective pour la différence de traitement, le comportement de l'entreprise dominante sera prohibé pour autant qu'il porte atteinte à la situation concurrentielle des partenaires affectés par l'inégalité de traitement.¹²⁵

61. A côté des pratiques discriminatoires explicitement énoncées dans la loi, les interdictions générales des articles 2 et 3 visent d'autres hypothèses s'analysant en un traitement discriminatoire d'une entreprise à l'égard de ses partenaires commerciaux. Deux hypothèses connaissent des applications intéressantes dans la jurisprudence belge: la distribution sélective et le refus de vente.

a. La distribution sélective¹²⁶

62. La distribution sélective consiste en la mise en place d'un réseau de contrats 'verticaux' par lesquels lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés.¹²⁷ La politique de sélection des revendeurs opérée par le fournisseur comporte l'avantage pour les revendeurs existants que leur nombre sera nécessairement limité, préservant ainsi une certaine part de marché. D'autre part, la sélection opérée par le fournisseur implique nécessairement l'impossibilité pour les revendeurs qui ne satisfont pas aux critères avancés, de distribuer les produits concernés, et affecte de ce fait leur position concurrentielle. La jurisprudence tant européenne que belge se montre dès lors vigilante face à ces pratiques, qui peuvent constituer des accords verticaux entre entreprises interdits au titre de respectivement l'article 81 CE (ancien article 85) et l'article 2 LPCE. L'interdiction ne requiert pas que le fournisseur se trouve dans une position économique dominante pour que le refus d'accepter un revendeur dans son réseau de distribution sélective soit considéré comme illicite: le comportement du fournisseur s'inscrit en effet dans le cadre des relations contractuelles nouées au sein du réseau, relevant ainsi du domaine d'application de l'article 81 CE et l'article 2 LPCE.¹²⁸ D'autre part, bien qu'il soit loisible à une entreprise d'organiser un réseau de distribution sélective, le fournisseur est tenu à une obligation d'égalité de traitement: le choix des revendeurs doit s'opérer en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés de manière uniforme et appliqués de façon non discriminatoire.¹²⁹ Le refus d'accepter un revendeur dans le circuit de distribution, fondé sur des critères arbitraires, discriminatoires, ou d'ordre quantitatif est dès lors prohibé.¹³⁰

¹²⁴ Voy. par exemple Prés. comm. Bruges, 17 février 1994, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1994, p. 509; Prés. comm. Bruxelles, 30 juin 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 801.

¹²⁵ VANDERMEERSCH, D., *o.c.*, cité *supra* note 123, p. 159, n° 13-32 à 13-33. Comp. en droit européen les décisions de la Commission européenne et la jurisprudence de la Cour décrites dans VAN GERVEN, W., GYSELEN, L., MARESCAU, M., STUYCK, J., STEENBERGEN, J., *Handels- en economisch recht. Kartelrecht*, série: Beginselen van Belgisch privaatrecht, XIII, Story-Scientia, 1996, pp. 501-505, n° 401-404.

¹²⁶ Voy. par exemple Gand, 3 février 1999, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1999, p. 859.

¹²⁷ Voy. la définition de 'distribution sélective' à l'article 1, d) du Règlement CE n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOCE, L 336 du 29/12/1999 p.21.

¹²⁸ Comp. Bruxelles, 3 novembre 1998, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1998, p. 747.

¹²⁹ Bruxelles, 3 novembre 1998, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1998, p. 747.

¹³⁰ Voy. par ex. Bruxelles, 22 avril 1999, *R.D.C.B.*, 1999, p. 418.

Au niveau européen, les accords de distribution sélective peuvent depuis le 1er janvier 2000 bénéficier d'une exemption générale sur la base du Règlement n° 2790/1999/CE.¹³¹

b. Le refus de vente

63. La question de la licéité du refus de vente opéré par une entreprise a donné lieu à une jurisprudence abondante en droit belge de la concurrence comme en droit européen¹³², ainsi que des études doctrinales approfondies qui ont tenté d'éclairer les fondements théoriques de la sanction juridique du refus de vente.¹³³

Du point de vue des sanctions juridiques possibles du refus de vente, une distinction fondamentale peut être opérée entre deux situations¹³⁴:

- le refus de vente conduit à une distorsion des conditions normales de concurrence dans une économie de marché, du fait de la position de pouvoir économique dans laquelle se trouve l'entreprise à l'origine du refus. Le rétablissement de conditions normales de concurrence implique dès lors que l'entreprise dominante puisse être mise sous contrainte de conclure le contrat de fourniture de biens ou de services. En droit positif belge, la LPCE permet à présent d'atteindre cet objectif.
- le refus de vente ou de prestation de services ne fausse pas les conditions normales de concurrence, mais s'analyse en un comportement portant préjudice à la personne qui se voit opposer ce refus. Du point de vue juridique, il ne s'agit plus d'assurer le bon fonctionnement du marché, mais uniquement de faire droit, le cas échéant, aux attentes légitimes de la victime du comportement ou de pourvoir dans la réparation du dommage causé par ce comportement au profit de la personne lésée. Les mécanismes juridiques correcteurs doivent dès lors être recherchés en droit des contrats et de la responsabilité extra-contractuelle (voy. ci-après, n° 71-73).

¹³¹ Règlement 2790/1999/CE, cité *supra*, note 127.

¹³² Pour une analyse de la jurisprudence européenne, voy. VAN GERVEN, W., GYSELEN, L., MARESCHEAU, M., STUYCK, J., STEENBERGEN, J., *o.c.*, cité *supra* note 125, pp. 506-516, n° 406-416.

¹³³ Voy. notamment DE BAUW, H., "Verkoopsweigerig, economische mededinging en eerlijke handelspraktijken", *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1994, pp. 555-560; ROMAIN, J.F., "La liberté de commerce et le refus de contracter", *R.G.D.C.*, 1994, pp. 440-462 et 1995, pp. 7-25; STUYCK, J., VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., "Weigerig van verkoop en van levering", *R.D.C.*, 1984, pp. 324-347; STUYCK, J., BUELENS, I., COUNYE, D., "Verkoopsweigerig en eerlijke handelsgebruiken", *R.D.C.*, 1995, pp. 788-805; VAN DEN BERGH, R., "Ongelijkheid en 'discriminatie' in de verhouding tussen leveranciers en afnemers", *R.W.*, 1991-92, pp. 1229-1239.

¹³⁴ Comp. la typologie des situations de refus de vente proposée par J.F. Romain, qui identifie trois types de refus de vente:

- 1) le refus de vente entre deux personnes qui n'entretiennent aucune relation contractuelle ou précontractuelle
- 2) le refus de vente opéré lorsqu'il existe des relations précontractuelles préliminaires (pourparlers) ou avancées (offre)
- 3) le refus de contracter dans une situation de relations contractuelles établies entre parties (p.ex. contrat-cadre)

Voy. ROMAIN, J.F., "La liberté de commerce et le refus de contracter", *R.G.D.C.*, 1994, p. 441 et 1995, p. 18.

64. Lorsque le refus de contracter est à même de créer une distorsion dans les conditions normales de concurrence sur le marché, la LPCE permet à présent d'appréhender ces situations. Ainsi, lorsque l'entreprise à l'origine du refus se trouve dans une position dominante sur le marché en cause, et que le refus de vente ou de fourniture de services peut menacer la situation concurrentielle de ses partenaires commerciaux, ce comportement peut s'analyser en un abus de cette position dominante lorsque les conditions de l'article 3 LPCE sont réunies, à savoir:

- le refus doit provenir d'une entreprise rentrant dans le champ d'application de la loi ¹³⁵;
- l'entreprise pratiquant le refus doit se trouver dans une position économique dominante¹³⁶, tenant compte de la délimitation du marché en cause, tant du point de vue du produit ou service que géographiquement.¹³⁷ La seule circonstance qu'une entreprise se trouve dans une situation de dépendance économique par rapport à l'entreprise qui pratique le refus de vente, ne suffit pas à établir un abus de position dominante dans le chef de celle-ci.¹³⁸
- le refus de vente doit produire un effet anticoncurrentiel substantiel sur le marché belge ou une partie essentielle de celui-ci (règle *de minimis*) .
- le refus de vente ne trouve pas de justification objective et peut dès lors être qualifié d'arbitraire. ¹³⁹ Ainsi, le fournisseur pourra valablement opposer un refus de vente lorsqu'il s'avère que le candidat acheteur est resté en défaut dans le passé de payer des factures¹⁴⁰ ou se trouve en difficultés financières, ou lorsque le fournisseur risque de perdre des clients importants en acceptant de contracter¹⁴¹.

65. L'interdiction d'abus de position dominante de l'article 3 LPCE forme également le cadre pour une application de la théorie des "essential facilities", visant à promouvoir la concurrence en garantissant l'accès à des services ou infrastructures 'stratégiques' détenus par de entreprises (quasi-)monopolistiques. Contrairement à la jurisprudence européenne¹⁴², la théorie des "essential facilities" n'a pas encore été consacrée ouvertement en jurisprudence belge

¹³⁵ Incluant, comme en droit européen, les entreprises publiques.

¹³⁶ Voy. notamment Prés. comm. Courtrai, 7 avril 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 784; Prés. comm. Bruxelles, 5 mai 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 790; Prés. comm. Bruxelles, 25 août 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 807; Prés. comm. Furnes, 29 octobre 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 815.

¹³⁷ Voy. TERRY, E., "Verkoper, consument en de beperkende werking van de W.E.M. op de W.H.P.C.", *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1999, p. 636-638, critiquant la motivation dans Prés. Comm. Bruxelles, 28 mai 1999, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1999, p. 608; PLATTEAU, K., "Competition Law in Belgium", in *Competition Law in the EU, its Member States and Switzerland*, F.O.W. VOGELAAR, J. STUYCK, B.L.P. VAN REEKEN (eds.), Kluwer, 2000, p. 526. La détermination du marché en cause doit être faite par le juge avec précision, en vérifiant notamment si le marché en cause comporte ou non des produits interchangeables: voy. Cass., 9 juin 2000, *R.D.C.B.*, 2000, p. 493.

¹³⁸ Prés. comm. Courtrai, 7 avril 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 784; STUYCK, J., BUELENS, I., COUNYE, D., étude précitée, *supra* note 133, p. 793, référant à la répression en France de l'abus de dépendance économique".

¹³⁹ Voy. Bruxelles, 21 juin 1995, *R.W.*, 1995-96, p. 853; Bruxelles, 9 octobre 1996, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1996, p. 808.

¹⁴⁰ Voy. notamment Courtrai, 7 avril 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 784;

¹⁴¹ Prés. comm. Bruxelles, 16 décembre 1994, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1994, p. 551; Prés. comm. Bruxelles, 12 juin 1996, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1996, p. 903.

¹⁴² Voy. à ce sujet en particulier VAN GERVEN, W., GYSELEN, L., MARESCEAU, M., STUYCK, J., STEENBERGEN, J., *o.c.*, cité *supra* note 125, pp. 513-516, n° 414-416 et les références citées.

dans l'application de la LPCE, bien que quelques décisions individuelles puissent y être rattachées.

Dans un arrêt du 7 décembre 1995, la cour d'Appel de Bruxelles considéra que le refus opéré par la Régie des Voies Aériennes et Belgavia d'accepter l'accès à l'aéroport de Bruxelles-National à une entreprise pour le traitement de passagers pour des tiers, était contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, et en ordonna la cessation.¹⁴³ De même, la tentative de Belgacom d'interdire une société de distribuer un CD-rom reprenant les données de l'annuaire téléphonique fut qualifié d'abus de position dominante par le juge, en ce que ce comportement empêchait un nouveau concurrent sur le marché d'obtenir les données nécessaires au développement du produit concurrent.¹⁴⁴

66. Sur le plan des remèdes contre une discrimination s'analysant en un abus de position dominante, une enquête pourra être ouverte par le Service de la Concurrence (art. 23, § 1 LPCE), soit d'office, soit sur plainte d'une personne intéressée, soit sur demande du Conseil de la Concurrence. Le Service a l'obligation d'examiner la plainte et d'introduire la cause devant le Conseil de la Concurrence, après avoir établi son rapport et formulé une proposition de décision à l'attention du Conseil. Le Conseil de la Concurrence prendra sa décision après une procédure contradictoire. Lorsque le Conseil conclut que l'entreprise concernée a violé la loi, elle enjoindra celle-ci de mettre fin à l'infraction, et peut assortir sa décision d'une amende de concurrence de maximum 10% du chiffre d'affaires de l'entreprise.

67. Pour la personne lésée, il est cependant plus efficace de solliciter la cessation du refus de contracter devant le président du tribunal de commerce. L'abus d'une position dominante dans le sens de l'article 3 LPCE constitue en effet une pratique contraire aux usages honnêtes en matière commerciale, dont la cessation peut être ordonnée par le président du tribunal, siégeant comme en référé, sur la base des articles 92-93, de la Loi sur les Pratiques du Commerce et l'information et la protection du consommateur (ci-après: LPCC). Pour être admis à l'action en cessation, il suffit que le requérant soit un 'vendeur' ou un 'consommateur' et que la personne à l'encontre de qui l'action est introduite soit un 'vendeur' au sens de l'article 1er de la LPCC.

L'ordonnance de cessation prononcée par le juge n'implique pas en soi l'obligation de contracter dans le chef du destinataire de l'ordonnance: le juge se borne en effet, de façon négative, à interdire l'utilisation de motifs arbitraires ou non objectifs pour le refus de vendre. En l'absence de motifs justifiés, l'entreprise dominante devra cependant donner suite à une (nouvelle) demande de contracter de la part du plaignant. Par contre, lorsque le juge ordonne à l'entreprise en position dominante de fournir certains biens ou services, ceci dépasserait à notre sens le cadre des pouvoirs dont dispose le juge.¹⁴⁵

68. La question se pose dans quelle mesure une pratique de refus de vente qui n'est pas prohibée par la loi du 5 août 1991 peut être qualifiée néanmoins de pratique contraire aux usages en matière commerciale, ouvrant ainsi la voie de l'action en cessation sur la base de la LPCC. La doctrine était divisée sur ce point, bien qu'une majorité considérait que la notion 'd'usage en matière commerciale' ne pouvait pas être étendue au-delà des comportements de refus de vente explicitement réprimés dans le cadre de lois particulières, telle la loi du 5 août

¹⁴³ Bruxelles, 7 décembre 1995, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1995, p. 676.

¹⁴⁴ Prés. comm. 19 juillet 1995, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1995, p. 788.

¹⁴⁵ Voy. également STUYCK, J., BUELENS, I., COUNYE, D., étude précitée, *supra* note 133, p. 801-802, n° 33-34, et les références citées.

1991 ou la réglementation sur les prix. De même, la jurisprudence des cours et tribunaux consacrait généralement le principe de l'effet restrictif de la Loi du 5 août 1991 sur la LPCC.¹⁴⁶ Par arrêt du 7 janvier 2000, la Cour de Cassation a tranché la question dans le sens d'une conception restrictive de la notion d'usage honnête en matière commerciale dans ce contexte. La Cour considéra que les agissements d'une entreprise qui restreignent la concurrence mais sont licites au regard tant du droit européen de la concurrence que de la loi belge de la concurrence, ne peuvent être interdits sur la base de l'obligation de respecter les usages honnêtes en matière commerciale si la prétendue violation de ces usages honnêtes ne consiste qu'à limiter la concurrence entre les acheteurs, et ne résulte pas en un abus de droit pouvant établir l'existence d'une méconnaissance des usages en matière commerciale.¹⁴⁷

69. La prise de position de la Cour de Cassation peut être accueillie en ce qu'elle permet d'harmoniser les objectifs respectifs de la LPCE et la LPCC en matière de préservation du fonctionnement du marché. En interdisant les usages 'malhonnêtes' en matière commerciale, la LPCC non seulement introduit un élément moralisateur dans l'appréciation du comportement des entreprises¹⁴⁸, mais permettait également au juge de protéger les entreprises contre les effets de la libre concurrence en dehors du cadre délimité par le législateur dans la loi du 5 août 1991. Ceci reviendrait à dénaturer les 'usages honnêtes' en un instrument limitant la liberté de commerce dans des situations où le législateur estime que le libre jeu de la concurrence n'est pas faussé. C'est dès lors à juste titre que la Cour de Cassation a limité l'utilisation de l'action en cessation pour méconnaissance des 'usages honnêtes' aux pratiques visées par la loi du 5 août 1991.

70. Les implications de l'arrêt de la Cour de Cassation sont considérables: la discrimination opérée par une entreprise dans le choix de ses partenaires commerciaux, sous forme d'un refus de contracter à l'encontre de certains d'entre eux, ou de l'application de conditions inégales, sera, sous réserve d'un abus de droit, licite dès lors qu'elle n'est pas prohibée par la LPCE. Il en sera ainsi notamment lorsque l'effet anticoncurrentiel sur le marché n'est pas substantiel (règle

¹⁴⁶ Voy. notamment Prés. Comm. Bruxelles, 22 juin 1994, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1994, p. 529; Prés. comm. Courtrai, 6 février 1995, *R.W.*, 1995-96, p. 160; Prés. comm. Bruxelles, 15 février 1995, *R.D.C.*, 1995, p. 744; Prés. comm. Bruxelles, 8 novembre 1995, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1995, p. 443; Prés. comm. Bruxelles, 12 juin 1996, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1996, p. 903; Prés. comm. Bruxelles, 13 juin 1996, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1996, p. 692; Prés. comm. Bruxelles, 31 décembre 1996, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1996, p. 930; Prés. comm. Anvers, 29 mai 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 793; Prés. comm. Turnhout, 19 septembre 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 811; Prés. comm. Furnes, 29 octobre 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 825; Bruxelles, 25 novembre 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 779; Bruxelles, 7 janvier 1998, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1998, p. 426; Anvers, 2 novembre 1998, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1998, p. 515; Bruxelles, 3 novembre 1998, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1998, p. 747; Gand, 3 février 1999, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1999, p. 859 (confirmé par Cass., 7 janvier 2000, cité *infra* note 147). Plus nuancé: Anvers, 25 novembre 1996, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1996, p. 827, où la cour considère que dans des cas concrets une pratique commerciale produisant un effet restrictif sur la concurrence mais qui n'est pas visée par la loi du 5 août 1991 parce qu'elle n'émane pas d'une entreprise se trouvant dans une position dominante, puisse néanmoins constituer une méconnaissance des usages honnêtes en matière commerciale lorsque la désorganisation du marché résulte d'un manque de 'fair-play' en matière commerciale.

¹⁴⁷ Cass., 7 janvier 2000, *R.D.C.B.*, 2000, p. 369, note D. VANDERMEERSCH.

¹⁴⁸ Voy. VANDERMEERSCH, D., "Een door de de mededingingswet toegelaten beperking van de mededinging strijdt op zich niet met de eerlijke handelspraktijken. De verkoopsweigerings opnieuw herbekeken", note sous Cass., 7 janvier 2000, *R.D.C.B.*, 2000, p. 373.

de *minimis*) ou lorsque l'entreprise pratiquant le refus de vente ne dispose pas d'une position dominante sur le marché en cause.

4. Egalité de traitement et non-discrimination: un instrument de régulation de l'égalité dans les relations contractuelles ?

71. En l'absence d'une atteinte aux conditions normales de concurrence entre entreprises, le refus de vente ou de fourniture de services est le corollaire de l'autonomie de la volonté et de la liberté du commerce, et ne saurait donc se heurter à une interdiction générale. La Cour de Cassation belge s'est clairement prononcée dans ce sens par arrêt du 13 septembre 1991¹⁴⁹:

“ [la liberté du commerce, de l'industrie et du travail] implique la liberté de toute personne de conclure des conventions à son gré; qu'il en résulte que le fait qu'une personne fait une offre ne lui confère pas un droit subjectif en vertu duquel elle aurait le pouvoir de forcer celui à qui elle fait l'offre à exécuter une obligation qui reviendrait à ce qu'il serait tenu d'accepter l'offre à moins qu'il justifie son refus de le faire; que celui à qui on fait une offre n'a aucune obligation de le faire à moins qu'une disposition légale l'y oblige”;

Lorsqu'une entreprise privée ne dispose pas d'une position économique dominante, la liberté contractuelle implique donc également, sous réserve d'obligations légales spécifiques¹⁵⁰, la liberté de faire des choix discriminatoires parmi les partenaires commerciaux et de leur appliquer le cas échéant des conditions contractuelles différentes, voire discriminatoires.¹⁵¹ Sur l'entreprise concernée ne pèse pas l'obligation de motiver le refus de contracter ou l'application de conditions différentes.¹⁵²

72. Hormis l'hypothèse où le refus de contracter constitue une faute contractuelle¹⁵³, la liberté du refus de contracter est seulement cantonnée par la théorie de l'abus de droit. Ainsi, il ressort de la jurisprudence que le refus de contracter pourrait être constitutif d'abus de droit, et ouvrir un droit à réparation au profit de la personne lésée, lorsque:

- le droit au refus de contracter est exercé dans l'intention de nuire. Cette intention peut apparaître de l'absence d'intérêt, à la lumière des motifs avancés pour ce refus.¹⁵⁴
- l'exercice du droit dépasse manifestement les limites de l'exercice de ce droit par une personne normalement prudente et diligente, notamment parce qu'il y a une disproportion entre l'intérêt retiré et la charge imposée par le refus. Ainsi, le refus discriminatoire de reprendre une publicité dans une revue peut constituer un abus de

¹⁴⁹ Cass., 13 septembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 33, *R.W.*, 1991-92, 882, obs. K. BROECKX.

¹⁵⁰ Voy. *supra*, n° 53 en matière de lutte contre le racisme et la xénophobie. Par ailleurs, la législation sur les prix (Loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix) contient encore quelques dispositions en matière de refus de vente, fortement inspirées par le climat de pénurie de biens dans l'après-guerre. Leur importance est à présent très limitée. Pour plus de détails, voy. STUYCK, J., BUELENS, I., COUNYE, D., étude précitée, *supra* note 133, p. 792.

¹⁵¹ Comm. Hasselt, 4 janvier 2000, *DAOR*, 2000, n° 55, p. 297.

¹⁵² Bruxelles, 15 septembre 1999, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1999, p. 894; Prés. comm. Furnes, 29 octobre 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 815.

¹⁵³ Notamment lorsqu'il existe un contrat-cadre ou que l'entreprise concernée avait émis une offre. Voy. pour plus de détails ROMAIN, J.F., étude précitée, *supra* note 133, pp. 20-24.

¹⁵⁴ Voy. Prés. comm. Hasselt, 24 septembre 1997, *DAOR*, 1998, n° 47, p. 95; STUYCK, J., BUELENS, I., COUNYE, D., étude précitée, *supra* note 133, p. 795, n° 17.

droit lorsque cette discrimination, qui n'est d'aucune utilité pour l'éditeur, cause un préjudice considérable au demandeur.¹⁵⁵

73 La jurisprudence des cours et tribunaux des dernières années se montre généralement fidèle aux principes susmentionnés. L'arrêt de la Cour de Cassation du 7 janvier 2000 semble accepter que l'abus de droit constitue la seule limite générale au droit de discriminer dans les relations contractuelles dans des situations de concurrence non faussée.¹⁵⁶ Une analyse de la jurisprudence des juges de fond en matière de refus de vente révèle que les juges se montrent relativement sévères dans l'application des critères d'abus de droit. En fait, les cas où le juge établit l'existence d'un abus sont plutôt exceptionnels.¹⁵⁷ Ainsi, il a été jugé que le refus de vendre n'était pas abusif lorsqu'il était motivé par le souci de se garantir un réseau de distributeurs suffisant et satisfaisant¹⁵⁸, ou de limiter le nombre de distributeurs afin de préserver leur chiffre d'affaires et leur rentabilité.¹⁵⁹ L'abus de droit sera par contre plus facilement accueilli dans la situation de l'arrêt de relations d'affaires existantes que dans celle du refus de nouer de nouvelles relations. Dans le premier cas, l'abus de droit peut découler du caractère intempestif du refus, causant ainsi un dommage disproportionné au client, et portant atteinte aux attentes légitimes que celui-ci pouvait avoir.¹⁶⁰

Conclusions

74 Les manifestations du principe d'égalité de traitement et de non-discrimination dans le droit belge des affaires sont multiples et diverses. A l'origine un concept s'appliquant essentiellement dans les relations entre le citoyen et les pouvoirs publics, l'interdiction de discrimination a pénétré durant les dernières décennies la sphère des relations de droit privé dans différents domaines et pour des motifs divers: protection sociale dans les relations de travail (égalité de sexe), protection contre le racisme et la xénophobie, protection de la libre concurrence, promotion de l'efficacité et du bon fonctionnement des marchés financiers, et, plus récemment, protection contre l'exclusion sociale. Inévitablement se pose alors la question dans quelle mesure se dégage, à travers ces évolutions, un concept unitaire de l'égalité de traitement et de la non-discrimination dans les relations de droit public et de droit privé, interdisant de façon générale à chaque sujet de droit d'opérer des discriminations non justifiées. Une telle approche comporte l'avantage qu'un cadre juridique unique, inspiré du concept d'égalité en droit constitutionnel, peut servir à faire la distinction entre différenciations légitimes et discriminations prohibées.

75 Plusieurs auteurs ont soutenu l'idée d'une approche unitaire du principe de non-discrimination, pouvant être déduite d'une horizontalisation du principe constitutionnel d'égalité. Depuis longtemps déjà, le professeur Van Gerven défend le point de vue que le

¹⁵⁵ Bruxelles, 21 février 1989, *R.D.C.*, 1989, p. 728.

¹⁵⁶ Cité *supra*, note 147.

¹⁵⁷ Comp. Prés. comm. Anvers, 29 mai 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 793, où le juge considère qu'en matière de refus de nouer des relations contractuelles la liberté contractuelle constitue la règle et l'abus de droit ne peut restreindre cette liberté qu'en des circonstances exceptionnelles.

¹⁵⁸ Bruxelles, 13 juin 1996, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1996, p. 692.

¹⁵⁹ Bruxelles, 15 septembre 1999, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1999, p. 894.

¹⁶⁰ Voy. Prés. comm. Anvers, 29 mai 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 793; Prés. comm. Bruxelles, 27 août 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 807; Prés. comm. Furnes, 29 octobre 1997, *Ann. Prat. comm. & Conc.*, 1997, p. 815; Comm. Hasselt, 4 janvier 2000, *DAOR*, 2000, n° 55, p. 297..

principe d'égalité s'applique dans les relations horizontales à toute personne qui se trouve dans une situation de pouvoir ou supériorité par rapport à une autre personne, obligeant la première à traiter les personnes soumises à son pouvoir de façon égale. Ce principe vaudrait tant pour l'administration d'une société que pour les entreprises disposant d'une position dominante. La méconnaissance du principe d'égalité ouvrirait un droit à compensation sur la base de la responsabilité quasi-délictuelle.¹⁶¹

Dans le même ordre d'idées, le professeur Laga s'est appuyée sur la '*Drittwirkung*' du principe d'égalité en droit constitutionnel pour soutenir que, en droit des sociétés, chaque actionnaire a droit au traitement égal face au conseil d'administration ou à la majorité des actionnaires dans l'assemblée générale, qui se trouvent dans une situation de pouvoir économique.¹⁶²

Quant à la question de savoir quels critères serviront en droit privé pour la délimitation entre différenciations justifiées et discriminations prohibées, les auteurs précités reconnaissent cependant les spécificités des rapports de droit entre particuliers comparé aux rapports 'verticaux' avec les pouvoirs publics. Une première limite découle des situations dans lesquelles le principe d'égalité s'appliquerait, à savoir les hypothèses où une personne se trouve dans une position de pouvoir par rapport à une autre, comparable à la situation de pouvoir entre l'autorité publique et le citoyen. Ensuite, et à la lumière de cette finalité, l'égalité de traitement est à considérer non pas comme un droit (subjectif) revenant à tout particulier, mais au contraire comme un obligation pesant sur la personne se trouvant dans une position de pouvoir.¹⁶³

76 Un tel concept unitaire du principe d'égalité en droit public et privé, tel qu'il s'applique dans la vie des affaires, ne semble pas à présent pouvoir se dégager dans notre droit. Bien qu'une telle approche unitaire puisse sembler à première vue attrayante, elle risque de niveler les nuances dont sont entourées les applications et manifestations spécifiques du principe de non-discrimination dans les rapports de droit privé, tels qu'ils ont été identifiés ci-dessus.

77 Il est vrai que, au travers des règles de droit positif énoncées ci-dessus, l'obligation d'égalité de traitement imposée à des particuliers repose sur l'assomption que cette personne dispose d'un pouvoir certain de nuire les intérêts d'un autre particulier. Il en est ainsi en matière des règles de concurrence (abus de position dominante), mais également du refus de vente s'analysant en un abus de droit: l'abus se déduit de la disproportion entre l'intérêt pour la personne qui pratique le refus et le dommage causé à la personne lésée par ce comportement, ce qui suppose que la première personne dispose du pouvoir de provoquer ces effets par son comportement. De même, les règles en matière de droit à un service minimum de certains biens ou service essentiels, et l'accès par des entreprises à des "facilité essentielles"

¹⁶¹ Voy. VAN GERVEN, W., "Schets van een Belgisch Economisch Grondslagenrecht", *S.E.W.*, 1971, 414; VAN GERVEN, W., "Variaties op het thema misbruik", *R.W.*, 1979-80, p. 2492; VAN GERVEN, W., "Beginselen van behoorlijk handelen", *R.W.*, 1982-83, p. 961-978; VAN GERVEN, W., *Handels- en Economisch Recht.*, I, A, série: Beginselen van Belgisch privaatrecht XIII, 3^e éd., Story-Scientia, 1989, p. 24-25.

¹⁶² LAGA, H., étude précitée, *supra* note 19, pp. 1169 e.s.; Voy. également DIEUX, X., in *Het vernieuwd juridisch kader van de ondernemingen: financieel, vennootschaps- en boekhoudrecht*, Série: Financiewezen nu en morgen 1, Bruges, Die Keure, 1993, p. 117.

¹⁶³ Voy. LAGA, H., étude précitée, *supra* note 19, p. 1178-1180, qui qualifie cette obligation de "obligation fondamentale", par analogie au concept de "droit fondamental".

offrent un instrument contre l'éventuel abus de la liberté de commerce par des entreprises face à leurs clients et partenaires commerciaux.

La jurisprudence a également démontré la similitude des critères utilisés en droit public et droit privé pour déterminer dans quelle mesure une différenciation entre situations comparables peut être justifiée: nécessité de critères objectifs et raisonnables et absence de disproportion entre la différenciation opérée et le but recherché. Ces critères apparaissent dans l'appréciation de l'existence tant d'un abus de position dominante (art. 3 LPCE) que d'un abus de droit au refus de contracter.

78 Faut-il conclure pour autant de ces constatations de façon inductive à l'existence d'un principe général d'égalité de traitement dans les rapports tant de droit privé que public selon des critères similaires, à chaque fois que ce rapport est caractérisé par l'existence d'une situation de pouvoir d'une personne sur une autre ? Ceci semble aller trop loin. D'une part, sur le plan des principes un tel point de vue méconnaîtrait à notre sens les différences qui continuent d'exister entre les rapports de droit public avec les autorités et les rapports de droit privé. De par l'existence des principes d'autonomie de la volonté et de liberté de commerce, les rapports de droit privé sont en principe moins vulnérables aux effets que peuvent produire les discriminations opérées par une personne à l'égard d'une autre. Le degré de pouvoir dont jouit une personne déterminera dans une large mesure son aptitude à léser les intérêts des autres lorsqu'il se livre à des pratiques discriminatoires. Tant que les conditions normales de fonctionnement du marché ou les intérêts patrimoniaux d'autrui ne s'en trouvent pas manifestement affectés, il n'y a pas de raison de censurer le comportement discriminatoire. Le cocontractant garde en principe la faculté, sans coûts marginaux considérables, de se soustraire aux effets du comportement discriminatoire en recherchant un autre partenaire dans le marché. Il en va autrement pour les discriminations opérées par les autorités publiques: l'essence de la relation entre l'autorité et les sujets de droit implique l'impossibilité pour ces derniers de se soustraire aux effets des règles et comportements des autorités qui s'imposent à eux. L'exercice du pouvoir par les autorités publiques est unilatéral, tandis que l'autonomie de la volonté régissant les rapports d'affaires entre particuliers permet à chacun de défendre leurs intérêts sur pied d'égalité. Cette différence devra également se refléter dans l'approche juridique des discriminations: dans les rapports 'verticaux', l'égalité sera la règle, et la discrimination l'exception stricte. Par contre, dans les rapports entre particuliers sans relation de dépendance, la liberté de discriminer constitue la règle, pouvant être rattachée à l'autonomie de la volonté, et l'obligation d'égalité de traitement l'exception.¹⁶⁴ En d'autres termes, tandis que dans les rapports verticaux chacun a un droit à l'égalité de traitement, ce droit existe dans les rapports horizontaux uniquement en tant que sanction contre des abus de puissance économique ou de pouvoir, et doit être mis en balance avec l'autonomie de la volonté.¹⁶⁵ Même si les critères d'appréciation d'une discrimination prohibée sont similaires dans les deux situations, leur application concrète laissera au juge et aux acteurs concernés une marge d'appréciation bien plus grande dans les relations horizontales que verticales. Cette différence affecte également la charge de la preuve: tandis que dans le contentieux, il incombe à l'autorité publique d'apporter la preuve de la justification d'une différenciation opérée entre situations comparables, le principe inverse prévaut dans les rapports horizontaux: la personne qui opère une différenciation n'est pas tenue d'en fournir la motivation, mais il revient à la prétendue victime d'apporter la preuve d'un abus, en ce que la différenciation ne repose pas sur une justification objective et raisonnable.

¹⁶⁴ Comp. Gand, 2 février 1996, *R.W.*, 1996-97, p. 259.

¹⁶⁵ Comp. THEUNIS, J., étude précitée, *supra* note 9, p. 179.

79 Une démarche inductive dans le sens d'un concept unitaire de l'égalité de traitement risque enfin de créer un nivellement dans la diversité et la gradation des situation de pouvoir et dépendance entre acteurs économiques. La jurisprudence en matière de refus de vente en forme l'illustration: d'une part, il existe un clivage entre les hypothèses d'existence ou non d'une puissance économique dans le chef de l'entreprise qui pratique la discrimination. A cet égard, le droit positif (la LPCE) détermine quels critères doivent être pris en compte pour établir l'existence d'une telle puissance économique. D'autre part, dans l'appréciation concrète de l'existence d'un abus à l'intérieur de chaque catégorie, le critère de proportionnalité permet de raffiner l'analyse en concluant à l'existence d'un abus concomitamment avec le degré de puissance de l'entreprise, et, partant, de l'effet de ses comportements sur la situation de la contrepartie.

80 En guise de conclusion, il peut être soutenu que l'émergence d'un concept général d'égalité de traitement apparaît essentiellement au niveau des critères abstraits utilisés pour apprécier le caractère justifié ou non d'une discrimination. Une telle approche est positive et cohérente, mais ne peut tenir à l'écart les différences essentielles entre les rapports horizontaux et verticaux d'une part, et la diversité des rapports de force dans les relations horizontales de l'autre.