

LE CONTRÔLE DE LA LÉGALITÉ DES MESURES ADMINISTRATIVES PRISES A L'ÉGARD DES ENTREPRISES PRIVÉES EN VUE DE FAVORISER OU DE RÉGLEMENTER LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE

PREMIÈRE PARTIE

LA POLITIQUE ET LA LÉGISLATION ÉCONOMIQUES

Le droit économique (notion, contenu et histoire)

Les questions posées par ce sujet relèvent d'une matière juridique assez récente qui s'appelle « Droit économique ». Ce droit s'applique aux aspects juridiques d'une activité de l'État qui est d'ordre économique et ne ressemble guère aux activités traditionnelles de l'administration. Il s'agit de l'intervention publique ou de l'interventionnisme qui comprend l'ensemble des décisions économiques émanant des autorités publiques. Seul l'examen de l'évolution de la politique économique permet de juger, avec précision, du contenu, des objectifs et des moyens de l'intervention publique.

Durant tout le XIX^e siècle et le début du XX^e siècle, on ne peut pas parler, en Allemagne, d'une véritable politique économique. Le régime économique édifié au XIX^e siècle s'appuya sur l'opinion libérale qui crut à l'automatisme des rééquilibres et rejeta toute intervention de l'État. Trois crises majeures, les deux guerres encadrant une grande dépression, terminèrent l'ère du libéralisme. C'est à partir de la fin de la crise économique mondiale de 1929 que l'État commença à définir et à appliquer une politique économique. On reconnut que l'offre et la demande ne pouvaient pas toujours régler le marché. Certains marchés présentaient un fort déséquilibre dû à une stagnation de la demande accompagnée d'une augmentation de l'offre provoquée par les améliorations techniques.

L'État prit donc, dans le domaine de l'économie, des mesures pour lutter contre les désordres et les insuffisances du marché. De cette façon, il voulut éviter les crises, la stagnation et les déséquilibres en assurant la stabilité et le plein emploi de la main-d'œuvre.

Les premières interventions de l'État ont donc plus cherché à guérir qu'à prévenir et ont été limitées tant dans leurs objectifs que dans leurs moyens.

Le système économique actuel

La Loi Fondamentale, la Constitution de la République fédérale allemande, n'a pas opté pour un système économique déterminé. Il est loisible au législateur de poursuivre la politique économique qui lui paraît utile. Cependant, il lui faut respecter la Constitution. La politique économique est limitée par les principes et les droits fondamentaux. Ce sont notamment : le libre choix de l'emploi et le libre accès aux professions (art. 12), le droit de propriété (art. 14), la liberté du commerce et de l'industrie résultant du droit général de la liberté de la personne (art. 2), la liberté d'association (art. 9), et le principe de l'État social (art. 20) qui joue un rôle particulier dans la politique économique allemande. Le pouvoir législatif, lié par le respect de ces droits et principes, ne peut les limiter que dans le cas où le Bien Public l'exige. En aucun cas, il n'est autorisé à empiéter sur la substance des droits fondamentaux (art. 19, par. 2). Une socialisation ne se heurte pas à la Constitution, parce que l'article 15 l'admet sous des conditions déterminées.

La politique économique qu'a poursuivie le Gouvernement fédéral a pour base le principe de l'économie de marché qui tient compte des aspects sociaux (Soziale Marktwirtschaft). Ce principe reconnaît que c'est le prix qui est le régulateur de l'économie pour la couverture des besoins. Il existe donc, à l'exception des marchés agricoles, un marché libre avec des prix libres. Cependant, l'économie n'est pas autonome et abandonnée à elle-même comme au XIX^e siècle. L'État, inspiré par des raisons sociales, surveille le marché pour s'apercevoir à temps des goulots d'étranglement, des détresses et des augmentations de prix non justifiées. Mais il s'abstient, en règle générale, de prendre des mesures de coercition pour lutter contre ces événements indésirables du marché. Il se sert seulement de mesures conformes au marché (marktkonforme Mittel). Il s'agit de mesures telles qu'elles produisent leur effet sur les prix. L'augmentation des impôts, l'introduction ou l'augmentation des droits de douane, la répartition des subventions ou des primes peuvent produire cet effet.

Il convient de remarquer que l'Allemagne répugna à toute intervention contraire à ses positions libérales. Mais les craintes d'un retour de l'autoritarisme qu'engendre l'intervention sont aujourd'hui dominées par le souci de maîtriser une conjoncture troublée par l'indispensable reconversion de branches en régression comme le charbon — au moins jusqu'à une date récente — et la pénurie de main-d'œuvre.

Le système de l'intervention de l'après-guerre

Pour garantir le succès d'une politique économique déterminée qui a pour but de favoriser et maintenir le développement économique et de maîtriser la conjoncture, il y a plusieurs cas où l'État peut prendre des mesures économiques. Ce sont notamment : l'accès à la profession, le contenu d'une activité lucrative, les cartels et les monopoles, les chambres et les associations de l'industrie, du commerce et de l'agriculture. Il dépasse le cadre de ce rapport de traiter des moyens et instruments d'action sur les marchés de l'argent, qui ont également pour but d'influer sur le développement économique. Les questions concernant les chambres professionnelles et les associations (ex. syndicats, associations des chefs d'entreprise, patronat) ne seront pas traitées. Elles dépassent également le sujet posé.

La question qui se pose d'abord est de savoir, s'il existe un plan, qui renferme l'ensemble des activités économiques comme un tout et l'organise en vue d'atteindre les objectifs fixés par le pouvoir politique. La Constitution elle-même n'exige pas une planification économique; mais elle ne l'interdit pas. On entend par cette notion une technique qui comporte un ensemble d'objectifs à atteindre et un ensemble de moyens fixés pour atteindre les objectifs. Elle soumet les décisions des personnes physiques et morales à des objectifs cohérents et à terme. L'Allemagne était, au moins officiellement, hostile aux projections économiques, particulièrement aux projections d'ensemble. En 1959, le Gouvernement déclara qu'il n'avait établi aucune projection économique à long terme et qu'il n'avait pas été fait de travaux dans ce domaine. On craignait que des publications de ce genre ne soient considérées en quelque sorte comme un programme gouvernemental officiel ou même comme un « plan économique » en contradiction avec le principe de l'économie de marché avec des aspects sociaux (soziale Marktwirtschaft).

Cependant, la participation de l'Allemagne au « Comité de politique conjoncturelle » l'a conduite à faire un budget économique. Elle s'est associée à l'élaboration d'une programmation à moyen terme. Le Gouvernement a fait voter une loi permettant, en même temps qu'une meilleure maîtrise conjoncturelle de l'économie, la planification à moyen terme des finances publiques. L'article premier de la loi de stabilisation et de croissance de l'économie du 8 juin 1967 oblige l'État fédéral (Bund) et les États membres (Länder), lorsqu'ils prendront des mesures à caractère économique ou financier, à tenir compte des nécessités de l'équilibre économique dans son ensemble. Ces mesures devront être conçues de telle façon qu'elles contribuent simultanément, dans le cadre de l'économie de marché (cf. supra), à la stabilité du niveau des prix, au maintien d'un niveau élevé de l'emploi et à l'équilibre du commerce extérieur, tout en permettant un développement constant et régulier de l'économie.

Le Gouvernement fédéral présentera, en janvier de chaque année, un rapport annuel à la Chambre des députés (Bundestag) et au Conseil fédéral (Bundesrat, qui est la deuxième chambre représentant les gouvernements des États membres). Ce rapport annuel comprendra :

1° L'avis du Gouvernement sur le rapport annuel du Conseil des Experts de l'Économie. Ce Conseil, composé de « cinq sages », a été créé par une loi du 14 août 1963, modifiée par une loi du 8 novembre 1966;

2° Un exposé des objectifs économiques et financiers visés par le Gouvernement fédéral pour l'année en cours.

Cette projection annuelle sera établie d'après les méthodes de la comptabilité nationale et comportera, éventuellement, plusieurs hypothèses. Lorsque l'un des objectifs de l'article premier se trouvera compromis, le Gouvernement fédéral fournira des éléments d'information pour des actions concertées des collectivités territoriales, des syndicats et des associations des chefs d'entreprise en vue de réaliser les objectifs de l'article premier. Les éléments d'information comporteront une présentation des connexités de l'économie générale en vue de la situation donnée.

Selon l'article 9, le budget fédéral doit être établi sur la base d'un plan financier de 5 ans. Celui-ci doit indiquer le volume et la composition des dépenses prévisibles ainsi que les possibilités de couverture en tenant compte du développement probable de l'ensemble de l'économie. Pour faciliter l'établissement du plan financier, les ministres fédéraux établiront eux-mêmes, chacun pour son secteur d'activité, des programmes d'investissements s'étendant sur plusieurs années.

L'article 18 prévoit qu'un Conseil de la conjoncture pour le secteur public sera constitué auprès du Gouvernement fédéral. Il établira, compte tenu du marché des capitaux et pour une durée maximum de 3 mois, un plan fixant l'ordre de succession et le montant des emprunts prévus à l'article 20 qui stipule une limitation des possibilités d'appel au crédit des organismes publics. Le Conseil de la conjoncture peut également fixer les conditions de ces emprunts. Le ministre de l'Économie est autorisé à déclarer ce plan obligatoire. Il peut l'établir lui-même.

La loi de stabilisation et de croissance de l'économie sert de base à une planification sectorielle et limitée; jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi, il existait seulement une planification sporadique se limitant à une branche économique déterminée.

Par opposition aux secteurs public, industriel et commercial, les marchés agricoles sont réglementés d'une manière complète. L'action d'intervention de l'État n'est pas, dans ce secteur, exception, mais principe. Il s'agit d'une économie dirigée s'étendant aux six marchés, à savoir : le marché des céréales, le marché du bétail et de la viande, le marché du sucre, le marché du lait et des produits laitiers, le marché des poissons et le marché du vin. L'État a institué, pour presque chacun de ces marchés, un office fédéral s'occupant de l'importation et du stockage des produits agricoles respectifs qui, de ce fait, exerce une réglementation des marchés respectifs. Les organisations des marchés agricoles sont soutenues par le Traité de Rome instituant une communauté économique européenne. Le marché commun comprend aussi les produits agricoles (art. 38). Une période de transition est prévue pour l'abolition graduelle des droits de douane et des contingents d'importation. Mais à la fin de cette période, il n'y aura plus de marché

exempt de l'intervention de l'État. En revanche, la Communauté instituera une organisation commune des marchés agricoles. Les pouvoirs des États membres ont été déjà précisés par huit règlements du Conseil en date du 4 avril 1962. Ils ont été limités et soumis au contrôle de la Communauté.

Les moyens d'intervention économique de l'État

En ce qui concerne l'intervention de l'État, les mesures prises sont très variées. Il faut distinguer les moyens d'action directe et les moyens d'incitation. Quant aux premiers, l'État exerce, par une réglementation abondante, une influence directe sur le secteur industriel et commercial. On peut citer comme exemple : 1° Les contingents d'importation en tant que le Traité de Rome les admet encore; 2° La fixation des modes d'accès à une profession (ex. la profession de transporteur) et la limitation de la quantité de chaque catégorie d'équipement (battellerie, camions) ainsi que la fixation des tarifs; 3° L'autorisation d'exercer dans une branche du commerce ou de l'industrie; 4° L'autorisation préalable pour toute installation ou extension d'entreprise industrielle; 5° La taxation des prix; 6° La constitution des stocks (Ces deux dernières mesures ne sont prises que dans le secteur agricole).

Les moyens de coercition sont rares. En général, ils ne sont prévus et admis que dans des cas exceptionnels (cas de défense, protection de la population civile) en vertu des lois spéciales comme la loi sur l'approvisionnement du pays du 3 octobre 1968. Des lois semblables ont été promulguées pour le marché du travail, afin de garantir les prestations de travail, et pour le secteur des transports.

Dans cet ordre d'idées, il faut remarquer que l'État est autorisé à créer des organisations ou syndicats avec adhésion obligatoire, si cela est nécessaire à l'exécution d'une tâche publique légitime. Pour donner un exemple, il lui est loisible d'associer les sociétés minières à des syndicats publics pour l'utilisation de l'eau.

Les moyens d'incitation jouent un très grand rôle dans une économie où coexistent l'action publique et l'initiative privée. On peut parler aussi des stimulants économiques. L'État dispose, dans ce domaine, d'un clavier complet et nuancé.

L'État octroie aux entreprises répondant particulièrement aux objectifs actuels de la politique économique des subventions, qui prennent souvent la forme de primes. Il s'agit de sommes versées sans contrepartie directe de l'État. On peut distinguer les subventions d'exploitation ou d'équilibre et les subventions d'expansion ou d'équipement. Les premières sont destinées à permettre aux entreprises favorisées de vendre leur production à un prix déterminé, inférieur au prix qui serait pratiqué sans elles. Les destinataires de ces subventions sont notamment les services publics, les entreprises exportatrices et le secteur agricole pour la vente de ses produits. Les subventions sont censées compenser tout ou partie du manque à gagner. La question de savoir si et dans quelle mesure, ces subventions sont encore compatibles avec le Traité de Rome (cf. art. 92) n'entre pas dans le cadre du présent rapport. Les subventions d'équipement ou d'expansion sont accordées aux entreprises ou aux secteurs (ex. agriculture) n'ayant pas une capacité financière suffisante pour leur permettre de réaliser des investissements. Il existe beaucoup de subventions sous forme de primes : primes à la conversion, primes à la construction, primes de battage, primes de mouture, primes de culture des céréales, primes à la navigation, primes de productivité, primes de stockage, etc.

Étant donné que les moyens d'incitation ont pour but d'inciter à l'essor et à l'expansion économique, l'État aidera davantage les entreprises produisant des biens d'équipement et les entreprises exportatrices. Mais les objectifs de ces aides sont multiples. Dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire, toute une série d'aides ont été instituées en faveur des entreprises s'installant dans des régions déterminées. (Ce sont les régions « sous-développées » au point de vue de l'industrialisation). L'État veut aussi influencer, le choix des installations, des méthodes, de la gamme, de la qualité ou de la quantité de production, par l'octroi des subventions. Enfin, l'État a recours, en vue de promouvoir ou d'orienter des branches économiques déterminées, aux exonérations fiscales et autres avantages fiscaux (ex. facilités d'amortissement). Il accorde des prêts à un taux d'intérêt très bas, des bonifications d'intérêt et des

garanties d'emprunt. Notamment les avantages fiscaux limités dans le temps ont pour but d'influer sur la conjoncture, de stimuler le commerce extérieur, la construction navale, etc.

La loi de stabilisation et de croissance économique connaît donc des mesures qui stimulent ou freinent la conjoncture. L'article 5 de ladite loi prévoit un fonds de stabilisation de la conjoncture. Si la demande se développe au-delà des possibilités de production de l'économie, l'amortissement complémentaire des dettes auprès de la Banque fédérale (Bundesbank) ou des versements au fonds précité sont prévus. En cas de fléchissement de l'activité économique compromettant la réalisation des objectifs de l'article premier (rappelons : la stabilisation du niveau des prix, le maintien d'un niveau élevé de l'emploi et l'équilibre du commerce extérieur), les moyens supplémentaires requis devront être prélevés, en premier lieu, sur le fonds de stabilisation de la conjoncture. C'est le Gouvernement fédéral qui décide, si et dans quelle mesure, il convient d'utiliser les ressources du fonds.

Pour lutter contre une perturbation de l'équilibre économique général, le Gouvernement est autorisé, sur avis conforme du Conseil fédéral (Bundesrat), à ordonner une limitation des possibilités de recours au crédit dont disposent les pouvoirs publics (État fédéral, États membres, communes, collectivités territoriales) dans le cadre des limites d'endettement autorisées par leurs budgets respectifs.

L'article 26 modifie les dispositions de la loi concernant l'impôt sur le revenu (Einkommensteuergesetz) en vue de permettre l'octroi d'une prime aux investissements en cas de fléchissement de la conjoncture. En outre, il permet une réduction des possibilités d'amortissement en cas de surchauffe de la conjoncture. Enfin, il autorise le Gouvernement fédéral à majorer ou réduire l'impôt sur le revenu selon l'évolution de la conjoncture.

Pour illustrer les possibilités dont dispose le législateur en vue de régulariser et d'orienter l'économie, il convient de parler d'une loi ayant fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle. Il s'agit de la loi sur l'aide à l'investissement. L'essor économique qui commença, dans la République fédérale, dès la réforme monétaire, ne produisit pas son effet sur toutes les branches économiques. Tandis que certaines branches de l'économie purent effectuer des investissements grâce aux avantages fiscaux et à la libération des prix, l'industrie minière et l'industrie sidérurgique à cause de leurs prix non libérés, ne disposaient pas des moyens d'investissement nécessaires. De ce fait, on craignit une baisse de la production. La commission communautaire de l'industrie et du commerce, au sein de laquelle étaient représentés les organismes supérieurs de l'industrie et du commerce, se préoccupa de cette situation grave. Elle décida que l'industrie et le commerce devraient mettre à la disposition de l'industrie minière et sidérurgique une somme d'un milliard de Deutsche Marks comme aide à l'investissement. Ce plan ne put être réalisé. Après des négociations détaillées, la chambre des députés (Bundestag) vota la loi sur l'aide à l'investissement qui correspondait à la proposition de la commission communautaire. On créa un fonds, doté d'une personnalité juridique propre, qui accordait aux entreprises, déterminées par la loi, des prêts pour réaliser des investissements.

En contrepartie, les entreprises favorisées furent tenues d'offrir à la souscription des actions et des obligations d'un montant équivalent au prêt. La Cour constitutionnelle a affirmé la constitutionnalité de cette loi (BVerfGE, Recueil des arrêts de la Cour constitutionnelle, t. 4, p. 7). Elle a précisé dans cet arrêt que les lois visant à l'orientation de l'égalité de traitement ne sont pas inconstitutionnelles par le seul fait qu'elles changent la situation de concurrence. Il est loisible au législateur de promulguer des lois dans l'intérêt de groupes particuliers, sous réserve que de telles lois soient dictées par l'intérêt public et ne négligent pas de façon arbitraire les intérêts légitimes des tiers.

Ces mécanismes de compensation qui s'imposent à des branches particulières de l'économie, en vertu des dispositions législatives ou réglementaires, sont en train de gagner du terrain. Ils empiètent sur la libre concurrence en supprimant des facteurs essentiels du libre jeu de la concurrence, notamment le facteur du lieu d'implantation qui est écarté par l'octroi d'une compensation des frais de transport ou par une réduction des tarifs.

Les mécanismes de compensation sont très proches des cartels avec lesquels on peut réaliser les mêmes buts de compensation. Ils fonctionnent selon le même principe. L'idée fondamentale est la jonction des taxes et des paiements compensatoires alimentés par le fonds de compensation. Les paiements

compensatoires faits à des entreprises désavantagées ont le caractère d'une subvention. Mais leur particularité consiste en ce que l'aide est effectuée par des moyens (taxes compensatoires) imposés aux concurrents. Le principe se manifeste donc dans la corrélation des avantages et des charges.

Il y a lieu de remarquer que des mécanismes de compensation sont appliqués aux marchés soumis à une réglementation comme c'est le cas pour les marchés agricoles. Il existe dans ce secteur, pour prendre un exemple, une péréquation des prix en faveur de l'industrie laitière et des industries huilières.

Les particularités du marché agricole

Dans le secteur agricole des mécanismes de soutien des revenus et de réforme des structures ont été mis au point. Ils tiennent encore une large place dans la vie économique bien que modifiés par les règlements du Conseil CEE en date du 4 avril 1962 sur l'établissement graduel des organisations communes des marchés agricoles. On a créé, comme il a été dit plus haut, pour les marchés des céréales, du bétail et des viandes, du sucre, du lait et des produits laitiers, des offices fédéraux chargés de surveiller et de limiter les importations des produits agricoles sur leur marché respectif et de stocker ces produits. Ces mesures ont pour but de garantir l'approvisionnement et de compenser les désavantages dont souffre l'agriculture.

Pour comprendre le fonctionnement de ces offices, il suffit de décrire l'activité de l'office fédéral de l'importation et du stockage des céréales (Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide). Les importateurs de céréales panifiables sont tenus, en vertu de la loi portant sur les céréales, de les offrir à l'achat de l'office avant l'accomplissement des formalités de passage frontalier. L'office peut les prendre, mais il n'y est pas obligé. Lorsqu'il refuse de les prendre, il est interdit à l'importateur de mettre en circulation, de transformer ou de commercialiser les produits dans la République fédérale. L'office dispose donc d'un vrai monopole d'importation. Par ce mécanisme, le prix est réglé. Lorsque l'office prend les céréales offertes, il fixe le prix d'achat (Übernahmepreis) auquel il les achète à l'importateur et ensuite, il détermine le prix de vente. L'importateur doit racheter, à ce prix, la marchandise à l'office. Le tout n'est qu'un processus de comptabilité sans mouvement de la marchandise, sans garantie et sans perception de la taxe sur la valeur ajoutée. L'opération a seulement pour but d'augmenter ou de réduire le prix pour l'adapter au niveau du prix intérieur. Le prix d'achat est le prix du marché mondial. S'il est plus élevé que celui du marché intérieur, l'office fixe, en dépit de ce fait, un prix de vente plus bas qui correspond au prix intérieur et accorde la différence à l'importateur comme subvention. Dans le cas contraire, l'importateur est obligé de payer la différence à l'office comme prélèvement. La marge de bénéfice commercial dépend de la fixation du prix d'achat et du prix de vente.

Le stockage, deuxième tâche de l'office, se propose pour but d'avoir une réserve permanente en cas de détresse et une réserve mobile servant au soutien du prix.

L'office est autorisé à vendre les stocks et à demander aux acheteurs le respect des conditions concernant le temps et le lieu de la revente. Les restrictions de la revente peuvent aboutir à un stockage forcé.

Même si les aspects communautaires ne doivent pas être traités au colloque, il semble indispensable, dans ce contexte, de mentionner que le règlement n° 19 concernant l'établissement graduel d'un marché commun des céréales a introduit, au lieu des prix minimum et maximum, un prix recommandé. En outre, des prix d'intervention sont fixés. Lorsque le niveau des prix baisse au dessous de ce prix, les États membres C.E.E. sont autorisés à acheter toutes les céréales aux prix d'intervention. En réalité, le prix d'intervention est le prix minimum.

Une autre intervention de l'État dans le secteur agricole est la réforme des structures foncières proprement dites. En Allemagne, l'agriculture est caractérisée par l'existence de très petites exploitations souvent formées de parcelles dispersées. L'État a introduit le remembrement obligatoire accompagné d'une amélioration générale de l'infrastructure. Il reste à mentionner l'action sur les modes d'exploitation mêmes et sur la manière dont les agriculteurs s'équipent.

A la fin de la première partie, il semble utile de faire mention de la loi portant sur les restrictions de la concurrence du 27 juillet 1957 dans la nouvelle version du 3 janvier 1966. Elle contient le principe

que tout contrat ayant pour objet de restreindre la concurrence est nul. Mais ce principe est assorti d'une série d'exceptions. On a déjà dit que cette loi est une véritable charte des bonnes ententes. Selon la loi, sont licites de plein droit moyennant déclaration, les cartels portant sur l'application uniforme des conditions de vente à condition qu'il ne s'agisse pas de prix (art. 2), les cartels de rabais (art. 3), les cartels de rationalisation ou qui définissent des normes de fabrication (art. 5 et *Sa*) et les cartels d'exportation. Sont également licites de plein droit sur autorisation les cartels de crise structurelle (destinés à supprimer une capacité de production excédentaire), les cartels d'importation (art. 4 et 7) et les cartels spéciaux (art. 8). Même si la loi déclare la fixation du prix de revente illégale, l'article 16 admet une exception très importante pour les articles de marque (prix imposés). En outre, sont illégales les obligations particulières imposées à l'acheteur, les ventes liées et l'obligation d'adhérer à un cartel. En vertu des articles 22 et 23 toute concentration intéressant plus de 20 % d'un marché doit être déclarée et les contrats passés par des entreprises dominant un marché et constituant des pratiques abusives peuvent être annulés. Dans cet ordre d'idées, il y a lieu de mentionner que l'Allemagne a vécu, après la guerre, une politique de décartellisation imposée par les Alliés et, ensuite, un processus de recartellisation.

DEUXIÈME PARTIE

LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE

Compétence

La question de savoir quel ordre de juridiction peut être saisi d'un recours dirigé contre des mesures en matière économique pose déjà un grand problème eu égard aux cinq ordres de juridictions qui existent en Allemagne fédérale. Ce sont notamment les trois ordres suivants qui s'en occupent :

- a.* Les tribunaux civils (ordre judiciaire);
- b.* Les tribunaux administratifs (c'est un tribunal collectif pour tous les degrés de la juridiction administrative);
- c.* Les tribunaux de Finances (également un tribunal collectif pour les deux degrés de la juridiction fiscale).

Les deux derniers sont des tribunaux qui ne tranchent que des litiges du droit public. Mais il faut souligner que les deux juridictions sont, entre elles, indépendantes et notamment que les arrêts de la Cour suprême des Finances ne sont pas subordonnés à la Cour suprême administrative par la voie de la Cassation.

La répartition de compétence entre la juridiction judiciaire d'une part et les deux juridictions administratives d'autre part dépend, en premier lieu, du point de savoir si c'est le droit civil ou le droit public qui est à la base du litige. En outre, la compétence d'un ordre juridictionnel peut être fondée par une attribution spéciale. C'est en vertu d'une telle attribution que les tribunaux civils sont compétents pour trancher les litiges résultant de l'application de la loi relative aux restrictions à la concurrence, bien qu'il s'agisse de droit public. Dans ces procédures, c'est une décision de l'office fédéral des ententes ou du ministre de l'Économie qui est l'objet du litige.

Quant à la répartition des litiges « économiques » entre les tribunaux administratifs et les tribunaux des Finances, ce sont notamment les procédures concernant la fixation des prélèvements et les primes de licence d'importation qui relèvent de la juridiction fiscale en vertu de la loi d'exécution du règlement n° 19 du Conseil de la C.E.E. sur l'établissement graduel d'un marché commun des céréales. Bien entendu, les litiges purement fiscaux (impôts directs ou indirects, droits de douane, taxes, etc.) qui ont dans la plupart des cas des aspects économiques (exonérations fiscales) sont à trancher par les tribunaux des Finances et, en dernier ressort, par la Cour suprême des Finances (Bundesfinanzhof). La compétence des tribunaux administratifs s'étend en revanche à tous les litiges de droit public sauf en matière sociale (il existe une juridiction spéciale en ce domaine) et sauf les litiges qui ont un caractère constitutionnel (compétence exclusive de la Cour constitutionnelle). Il reste à noter que les litiges relatifs aux impôts municipaux et aux taxes municipales relèvent de la compétence des tribunaux administratifs.

La classification des mesures prises en matière économique

Les mesures « économiques » prises par l'administration soulèvent, notamment par leur multiplicité et leur variété, des problèmes juridiques fort délicats. D'abord il manque, dans la jurisprudence et dans la doctrine allemande, une distinction pratique et claire entre le droit privé et le droit public dont dépendent les compétences des tribunaux civils et des tribunaux administratifs. En général, on définit les procès administratifs par l'objet du litige. Ce dernier doit être une conséquence juridique du droit public. Mais par là, on n'est guère avancé car la question décisive, de savoir s'il s'agit du droit public ou du droit privé reste sans réponse. Selon une théorie très répandue et prédominante, ce sont les rapports de hiérarchisation et de subordination qui constituent la notion de droit public. Mais il est reconnu qu'il y a des rapports de droit public, là où un sujet de droit n'est pas subordonné à un autre. Dans ce cas, la théorie précitée n'est pas d'un grand secours. Pour résoudre ces cas, il existe une théorie qui s'appelle la théorie des intérêts : lorsque les dispositions servent avant tout l'intérêt général, il s'agit du droit public, et lorsque les intérêts des particuliers sont au premier plan, il s'agit du droit privé.

La jurisprudence des tribunaux administratifs s'est efforcée, comme on le verra, d'éclaircir, à l'aide de cette théorie, le caractère juridique des mesures prises en vue d'orienter, de favoriser et de limiter l'activité économique, notamment la question de savoir si elles sont du droit public.

Même si l'on reconnaît que le droit public est à la base de l'action administrative, il n'en existe pas moins une réelle difficulté pour ranger ces mesures selon les classifications traditionnelles du droit administratif. A titre d'exemple il faut examiner les cas où l'État octroie des prêts provenant des fonds publics qui sont mis à la disposition d'un ministre pour inciter à des activités, par exemple, à la construction des HLM. Le prêt est une institution juridique du droit privé. L'octroi d'un prêt ne serait, si l'on prenait seulement en considération ce point de vue juridique, qu'un acte du droit civil. Mais on négligerait le fait que la décision de l'autorité compétente est dominée par l'intérêt public pour la réalisation des objectifs fixés par la politique économique pratiquée par l'État. Pour faciliter la solution du problème posé par une action administrative qui semble relever purement du droit civil, la jurisprudence, s'appuyant sur la doctrine, a développé une théorie qui distingue deux processus dans une action qui semble être unique. Les deux processus s'effectuent l'un après l'autre. On parle donc d'une théorie de deux échelons ou mieux de deux actes dont l'un suit l'autre. Le premier, l'octroi d'un prêt, est un acte administratif qui peut être frappé de recours pour excès de pouvoir. Les éléments décisifs de cette décision appartiennent au droit public, parce que l'intérêt général est prédominant. Par conséquent il faut distinguer deux actes juridiquement séparés. L'octroi d'un prêt est un acte administratif tandis que la conclusion du contrat de prêt, qui suit l'octroi, est un acte juridique du droit civil. Il en résulte que la décision de l'administration concernant l'octroi — et c'est notamment le refus d'un prêt demandé qui nous intéresse — est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir porté devant les tribunaux administratifs, tandis que les litiges provenant du contrat de prêt relèvent de la juridiction judiciaire. Cette distinction est aussi très importante, lorsqu'il s'agit des conditions ou des obligations attachées à l'octroi du prêt. Étant donné qu'elles sont, à leur tour, imposées par l'intérêt public, elles peuvent être frappées par le recours en annulation dont connaissent les tribunaux administratifs. Il s'agit des actes détachables. On en parlera plus loin.

Pour illustrer le champ d'application de ladite théorie il semble utile de faire mention d'un exemple très instructif. L'État accorde, dans une grande mesure, des aides sous la forme de prêts pour encourager la construction. Le taux d'intérêt de ces prêts est très bas. La décision concernant une demande tendant à obtenir un prêt est, en tout cas, un acte administratif dont la légalité est à examiner d'après les principes généraux et les dispositions législatives ou réglementaires du droit administratif. Après l'octroi d'un prêt, un contrat est conclu devant notaire. C'est l'autre acte juridique qui relève, lui, du droit privé. Le législateur lui-même a adopté cette théorie, comme cela résulte de l'article 102 de la loi relative à la construction des habitations familiales. Mais il n'est pas toujours nécessaire d'utiliser cette théorie pour trouver une solution. C'est le cas, lorsque les normes du droit public sont suffisantes pour comprendre la mesure en question dans sa totalité et lorsqu'elles peuvent satisfaire l'intérêt du particulier à une protection juridictionnelle efficace. Ex. l'octroi ou le refus d'une subvention ou de primes.

La Cour Suprême administrative (Bundesverwaltungsgericht) qui est, dans presque tous les procès, juge de cassation, s'est occupée, dans de nombreux arrêts, de la question de savoir si une action économique de l'État et de ses administrations est une mesure relevant du domaine du droit public ou un acte du droit civil. Dans un arrêt publié dans le recueil des arrêts de la Cour suprême administrative, tome 1, p. 308 — abréviation future, BVerwGE 1, 308 — la Cour a jugé, en utilisant ladite théorie des deux échelons, que l'octroi d'un prêt à la construction est un acte administratif, parce que l'État ne répartit pas ces fonds publics pour satisfaire ses besoins fiscaux, mais pour réaliser une obligation lui incombant du fait du principe constitutionnel de l'État social.

Dans un autre arrêt, la Cour a rejeté l'opinion selon laquelle la reprise du blé importé offert par l'importateur à l'office de l'importation et du stockage est une vente au sens du Code civil. Cette opinion négligerait à son avis la tâche importante de cet établissement public. L'État s'en sert pour le dirigisme dans le secteur agricole. Or, la Cour a jugé que la fixation du prix de vente est un acte administratif susceptible de recours en annulation (BVerwGE 3, 205). Mais, dans les motivations de cet arrêt, la Cour a laissé ouverte la question de savoir, si le contrat de reprise relève du droit public ou du droit civil.

Dans l'arrêt du 7 mars 1958 la Cour s'est occupée à nouveau de cette question et elle a jugé que les rapports existant entre les importateurs et les offices fédéraux, en raison de la reprise des marchandises importées, sont de droit public (BVerwGE 6, 244). Peu après l'arrêt précité, la Cour a jugé que le calcul des prix de l'office de l'importation et du stockage des céréales, en tant qu'il s'agit des ventes de stocks de céréales, est une convention du droit civil. En ce cas, l'office n'agit pas autrement qu'un particulier qui vend des marchandises. Les motifs de l'arrêt s'appuient, de plus, sur la teneur de la loi qui parle d'un calcul et non pas d'une détermination du prix de vente. En l'espèce, un acte administratif, qui est à distinguer de cette convention — comme l'octroi d'un prêt à la construction et le contrat de prêt — n'existe pas (BVerwGE 7, 264).

Un autre exemple, très instructif pour les limites qu'a tracées la jurisprudence entre le droit civil et le droit public, concerne une décision prise sur une demande tendant à obtenir une réduction d'intérêt pour un prêt à la construction. Bien qu'il s'agisse, en ce qui concerne les intérêts, d'une partie intégrante du contrat de prêt, le refus d'une diminution d'intérêt a été regardé par la Cour comme un acte administratif, parce que c'est l'intérêt public qui est décisif pour la réduction ou la non-réduction du taux d'intérêt (BVerwGE 13, 47). En outre, il faut tenir compte de ce que la décision demandée modifie celle de l'octroi du prêt qui est elle-même à son tour un acte administratif (cf. BVerwGE 1, 308).

On peut résumer les arrêts relatifs au caractère juridique des actions de l'État dans le secteur économique de la manière suivante : la Cour a soutenu la théorie des deux échelons (de deux actes juridiquement séparés) pour garantir une protection juridictionnelle efficace. De ce fait, la jurisprudence s'est opposée, avec succès, à l'effort de l'administration pour échapper aux formes rigoureuses du droit public et se réfugier dans le droit civil qui ne connaît pas de limites d'action aussi sévères et qui n'interdit au particulier que l'abus d'une puissance économique. Dans d'autres arrêts, la Cour est allée encore plus loin en regardant l'action et les rapports qui en résultent, tous les deux ensemble, comme un processus unitaire du droit public. Cette opinion se justifie si l'on considère que l'orientation et la promotion de l'économie sont une tâche essentielle de l'administration publique. Certes, pour l'exécution de ce devoir, l'administration peut utiliser, dans des cas très rares, les formes du droit civil. Mais la jurisprudence est unanimement d'avis que l'État, quand il agit dans l'intérêt public, est soumis, dans le domaine du droit civil aussi, à des limites d'action plus restreintes que les particuliers et qu'il est lié par les droits fondamentaux, notamment le principe de l'égalité de traitement. Par là, l'administration ne peut pas échapper au contrôle du juge. Or, la fuite de l'administration dans les formes du droit privé ne lui sert à rien (cf. un arrêt de la Cour constitutionnelle publié dans le recueil des arrêts de la Cour constitutionnelle — abréviation : BVerfGE 12, 205 [246]). D'autre part, il faut admettre qu'il existe des actes de l'administration concernant le dirigisme de l'économie qui ne peuvent pas être rangés dans les classifications traditionnelles du droit administratif ou du droit privé. EX. la fixation des cours de change, la décision de la réévaluation ou de la dévaluation de la monnaie nationale, les dispositions concernant remis-

sion des billets de banque, l'émission des titres d'État, la politique de l'escompte et d'autres mesures de la stabilisation monétaire. Il s'agit de mesures n'ayant pas un effet immédiat envers les particuliers; elles échappent, selon leur nature, au contrôle du juge.

L'exigence d'un jugement unitaire se pose aussi, s'il s'agit d'un marché par appel d'offres. En cette matière, il existe des dispositions législatives qui exigent, à la passation d'un marché, le traitement privilégié d'un groupe déterminé de personnes (ex. réfugiés, sinistrés de guerre, etc.). La Cour a décidé que la passation d'un marché par appel d'offres n'est pas un acte administratif, parce que cette mesure est identique aux actions commerciales d'un entrepreneur privé (BVerwGE 5, 325). Elle a fait une exception, s'il s'agit de la passation d'un contrat avec une personne privilégiée par le droit public, parce que, dans ce cas, l'intérêt public est prépondérant (BVerwGE 7, 89). Dans un arrêt plus récent, la Cour a jugé, contrairement à la décision précitée, que la passation d'un marché, même s'il s'agit d'une personne jouissant, en vertu d'une disposition législative, d'un traitement privilégié, ne relève pas du droit administratif et que, par conséquent, les tribunaux administratifs ne sont pas compétents pour trancher cette question litigieuse dominée par le droit public (BVerwGE 14, 65). En revanche, la Cour de cassation, qui coiffe la juridiction judiciaire, a jugé que l'action d'un entrepreneur contre une commune, à cause de la révocation d'imputations diffamatoires faites au cours d'une délibération sur la passation d'un marché, relève du droit public. Comme on le voit, il existe sur ce point une divergence entre les deux ordres de juridiction et il faut espérer que la chambre commune des Cours suprêmes tranchera cette question lorsqu'une Cour suprême aura de nouveau à en connaître. D'après une loi relative à la sauvegarde de l'unité du droit, les Cours suprêmes sont tenues de renvoyer une affaire à la chambre commune, lorsqu'il existe une divergence entre les Cours sur une question de droit déterminée. La chambre commune ne décide que de la question qui est la cause de la divergence.

Pour en terminer avec ce problème, il y a lieu de remarquer que la répétition (demande de remboursement) d'un prêt destiné à permettre aux réfugiés de retrouver une base d'existence doit être jugée selon les règles du droit public (BVerwGE 13, 307). Lorsque le contrat a été dénoncé et qu'une exécution forcée a été vaine, l'autorité peut revendiquer la somme due par un acte administratif et l'exécuter grâce à une procédure de coercition administrative.

Les problèmes résultant de la Constitution

Beaucoup d'arrêts de la Cour suprême administrative s'occupent de ces problèmes. Tout d'abord il faut dire que la Cour ne peut pas décider de son propre chef, qu'une loi n'est pas conforme à la Constitution. Seule la Cour constitutionnelle est compétente pour trancher cette question. Lorsqu'un tribunal est d'avis qu'une loi est inconstitutionnelle, il est tenu de renvoyer l'affaire à la Cour constitutionnelle. En revanche, tous les tribunaux peuvent juger qu'une loi est constitutionnelle sans être obligés de demander à la Cour constitutionnelle une décision sur cette question.

L'obligation des tribunaux de vérifier la constitutionnalité de la loi a abouti à une jurisprudence abondante sur la question de savoir, si, et dans quelle mesure, la Constitution admet que l'intervention de l'État restreint les droits publics. Tout d'abord il faut traiter du problème de la compétence législative en matière économique. La Constitution de la République fédérale, qui est un État fédéral, a divisé le pouvoir législatif entre l'État central et les états membres. Le droit de l'économie est énuméré dans l'article 74 qui traite de la législation concurrente. Dans ce cas, tant que l'État central n'a pas fait usage de son pouvoir de légiférer dans les matières énumérées et dans la mesure où il ne l'a pas fait, les états membres peuvent promulguer des lois.

Même si la compétence de l'État central pour légiférer en cette matière est hors de doute, le problème se pose de savoir, dans quelles conditions le Gouvernement fédéral ou un des ministres fédéraux, notamment le ministre de l'Économie ou le ministre de l'Agriculture, est autorisé à édicter des règlements ou des ordonnances concernant l'intervention dans l'économie. D'après la Constitution, c'est la Chambre des députés (Bundestag) qui a le plein pouvoir de voter des lois. Le Gouvernement fédéral ou les ministres fédéraux ne peuvent édicter des dispositions réglementaires que si une disposition d'une loi les y

autorise. Étant donné l'abus du pouvoir législatif pendant la période de despotisme, l'article 80 de la Constitution énonce des conditions très sévères pour la délégation d'une partie déterminée du pouvoir législatif au pouvoir exécutif. Il exige que le contenu, le but et l'étendue de l'habilitation législative soient déterminés d'une manière très précise et claire. Cela crée une réelle difficulté pour le législateur qui rédige l'habilitation parce que celle-ci doit être d'une grande souplesse afin de donner la possibilité à l'administration de s'adapter immédiatement aux changements de la situation économique. Mais cette contrainte résultant de la particularité du droit économique ne permet pas dans la plupart des cas, de rédiger l'habilitation législative d'une manière très précise. La Cour constitutionnelle, gardienne de la Constitution, a, dans les premiers temps, exigé une précision très grande de l'habilitation. Plus tard, elle a atténué sa jurisprudence en ce domaine, mais depuis quelques années, elle semble être de nouveau très exigeante.

Dans ce contexte, le problème qui se pose au premier plan est de savoir si les mesures administratives prises en matière économique ont toujours besoin d'une base légale ou réglementaire. S'agissant de mesures qui peuvent porter atteinte à la liberté, à la propriété, au droit de libre choix et de libre accès aux professions ou à d'autres droits publics, une base légale est indispensable en vertu de l'article 19, paragraphe 1 de la Constitution. Mais le problème abordé se pose notamment pour l'octroi des subventions et des primes. Ce sont des actes administratifs qui ne font pas grief, mais sont générateurs de droits subjectifs. Cependant, une partie de la doctrine est d'avis, que l'article 20 de la Constitution qui souligne le principe de l'État de droit, exige, en tout cas, une loi. On dit que l'État n'a pas le droit de faire de cadeaux. La jurisprudence tient pour suffisant que le Parlement mette à la disposition de l'administration les moyens budgétaires et en indique, même d'une manière très sommaire (ex. une notice explicative dans le budget), les conditions d'octroi et le groupe de personnes à favoriser. Le ministre compétent peut fixer, en se tenant dans les limites indiquées par le législateur, des conditions plus détaillées et des formalités par voie d'instruction ou de circulaire. La question de savoir si, et dans quelle mesure, ces instructions peuvent être soumises au contrôle du juge, sera traitée plus loin quand sera étudiée l'étendue du contrôle exercé par le juge administratif. Le principe développé ci-dessus ne vaut pas, si une contrepartie est liée à l'octroi de l'aide publique. Dans ce cas, l'administration a besoin d'une base légale qui contienne les conditions exactes et détaillées de l'octroi et de la contrepartie (BVerwGE 6, 282).

Le point de vue le plus important est, dans le domaine de l'orientation et de la promotion de l'économie, le principe de l'égalité découlant de l'article 3 de la Constitution. A l'aide de ce principe, il est possible d'empêcher une compensation injustifiée et une répartition inégale des charges et de se défendre contre le refus de l'octroi des aides publiques. Une loi peut être contraire au principe de l'égalité, lorsqu'une inégalité patente découle de ses effets pratiques et que ce résultat doit être attribué à sa structure juridique. La Cour constitutionnelle s'est déjà prononcée dans ce sens (BVerfGE 8, 51).

Même s'il est loisible au législateur de promulguer des lois dans l'intérêt de groupes particuliers — ce problème a été déjà traité plus haut —, encore faut-il que de telles lois soient dictées par l'intérêt public et ne négligent pas, de façon arbitraire, les intérêts légitimes des tiers (BVerfGE 4, 7 [19]). Il faut donc qu'il existe un critère de différenciation légitime de sorte que le traitement particulier réservé aux bénéficiaires du soutien corresponde à une conception centrée sur l'idée d'équité (BVerfGE 12, 354 [367]). C'est à juste titre que la Cour de cassation a, en outre, déclaré qu'il s'impose au législateur de limiter soigneusement le groupe de personnes et les entreprises bénéficiaires (NJW, abréviation d'une revue juridique hebdomadaire 1959, p. 1429). Il faut veiller avec un soin tout particulier à ne pas exclure totalement des mesures d'aide envisagées, une personne ou une entreprise qui satisferait, dans une mesure pareillement déterminante, aux conditions qui ont présidé à l'adoption des mesures d'ordre économique considérées.

Le même principe s'applique aussi à l'action de l'administration. Dans les limites du pouvoir discrétionnaire (ce pouvoir est toujours limité en droit administratif allemand), dont elle jouit dans une très large mesure en matière économique, pour la plupart des cas, l'administration est obligée de traiter ce qui est égal d'une manière égale, sauf si un motif raisonnable et évident justifie un autre traitement.

Ce problème joua un grand rôle pour la subvention de la navigation. Dans son règlement édicté en vertu de la loi « pétrolière », le ministre fédéral des Finances a exclu la navigation de plaisance des

subventions d'exploitation. Seule la navigation commerciale fut favorisée par l'octroi des dites subventions. La Cour n'a pas vu, dans ce fait, une violation de l'article 3 de la Constitution (traitement d'égalité), car la situation économique de la navigation de plaisance était différente de celle de la navigation commerciale (BVerwGE 12,16). En ce qui concerne l'assujettissement à une taxe de compensation en vertu de la loi du lait et des produits laitiers, la Cour a examiné la question de la violation du principe de l'égalité et a décidé que la différenciation entre la charge du lait frais et celle du lait stérilisé est justifiée par des raisons de fait. La question de savoir, quelle importance doit être attribuée à la clause de l'État social (art. 20 de la Constitution qui parle d'un État de droit et d'un État social) a été et est encore fort discutée. En tout cas, la jurisprudence a attribué à cette clause une importance plus grande qu'à celle d'un programme. Ce qui est douteux, c'est seulement la question de savoir si le principe de l'État social n'est applicable qu'à l'interprétation des lois ou s'il peut être, dans des cas spéciaux, un fondement du droit. La réponse à cette question est encore indécise. Son développement peut être comparé à celui qui a eu lieu pour le principe du droit civil de « Treu und Glauben » (de fidélité et de foi) dont sont issus, dans des cas déterminés, certains droits subjectifs. En examinant la validité de l'article 12 alinéa 3 de la loi du lait et des produits laitiers, la Cour a attiré l'attention sur le principe de l'État social et déclaré que l'assujettissement des producteurs de lait concentré n'est pas inconstitutionnel.

La jurisprudence de la Cour s'est occupée, à plusieurs reprises, du droit du libre choix des professions. Il s'agit notamment des mesures de réglementation et de restriction de l'accès à une profession. Il existe des lois qui subordonnent l'accès à une profession à des conditions objectives et subjectives. L'article 12 de la Constitution n'admet des conditions objectives que si le bien public les revendique impérieusement. En général, la Cour estime que l'administration ne peut refuser une autorisation pour l'exercice d'une profession pour la seule raison qu'un besoin n'existe pas. Autrefois, la loi relative aux hôtels, aux restaurants et aux auberges exigeait qu'il existât un besoin pour l'ouverture d'un hôtel ou d'un restaurant. La Cour a considéré cette disposition comme inconstitutionnelle. Elle a pu décider elle-même de cette question, parce qu'il s'agissait d'une loi entrée en vigueur avant la Constitution actuelle. La compétence exclusive de la Cour constitutionnelle ne s'étend pas aux lois « préconstitutionnelles ». D'après l'avis de la Cour suprême administrative la condition d'une quantité minimum de chiffres d'affaires n'est pas conforme à la Constitution qui garantit le libre accès aux professions. En revanche, la preuve des connaissances suffisantes du commerce de détail ou de gros est conforme à la Constitution, parce que cette disposition vise à protéger la communauté.

Un point essentiel de la jurisprudence concerne le problème de la restriction du libre accès aux professions semi-officielles. Ce droit fondamental peut être refusé à la profession de sage-femme.

Dans le domaine des transports en commun ou dans celui des transports de marchandises, la Cour a examiné la constitutionnalité de dispositions limitant l'accès à ces professions comme la limitation numérique des autorisations pour le transport des marchandises ou la condition de l'inexistence d'une communication de trafic satisfaisante pour l'ouverture d'une nouvelle ligne d'autobus. Elle a admis que ces dispositions étaient conformes à l'article 12 de la Constitution, parce que justifiées par des raisons d'intérêt public, en l'espèce, la sauvegarde de la communauté contre les risques provenant d'entreprises non solvables.

Les questions spéciales en matière économique

Les obligations et les conditions attachées à la décision d'octroi d'une subvention ou d'une prime sont des mesures qui comptent parmi les plus importantes dans le domaine de l'orientation de l'économie. Une obligation attachée à une décision d'octroi est caractérisée par le fait qu'un avantage est lié à une charge. Les obligations et conditions supplémentaires permettent à l'administration de s'adapter mieux au cas concret et de respecter le principe de proportionnalité. Les obligations additionnelles n'ont pas toujours besoin d'une base légale, même si elles font grief à l'intéressé, mais l'administration est tenue de respecter l'objectif poursuivi par l'octroi de la subvention. Elle ne peut pas faire reposer une obligation imposée à un particulier sur des considérations illicites et notamment étrangères à la matière en question.

Les obligations peuvent être frappées de recours pour excès de pouvoir, sans qu'il soit nécessaire d'attaquer aussi la décision d'octroi (actes détachables).

La Cour s'est déjà occupée de la question de savoir, si et dans quelle mesure une promesse de l'administration d'octroyer des aides publiques a un caractère obligatoire (BVerwGE 3, 199). Elle a répondu par l'affirmative et dit, que la force obligatoire d'une promesse orale s'applique, notamment, aux négociations entre les autorités administratives et les commerçants en vue de l'exécution des mesures d'orientation économique. On se réfère, pour motiver cette décision, au principe du droit civil de « Treu und Glauben » (de fidélité et de foi) que l'on regarde comme un principe général du droit entier. La promesse d'une autorité administrative, en relation à la fois avec le contrat administratif et avec l'acte administratif générateur de droits subjectifs rattaché à une obligation, est considérée comme un contrat préliminaire (avant-contrat).

En ce qui concerne les conditions de l'octroi d'une subvention, il y a certains cas, où la décision est de droit, si l'entreprise intéressée réunit les conditions fixées par la loi.

Ce sont, avant tout, les dispositions en matière fiscale qui déterminent, le plus souvent d'une façon précise, à quelles conditions sont subordonnées les réductions du taux ou d'autres avantages fiscaux qu'elles prévoient. Toute entreprise remplissant ces conditions a un véritable droit à ces avantages. En général, le particulier n'a aucun droit à revendiquer l'octroi d'une subvention. L'autorité administrative compétente détient un pouvoir discrétionnaire à l'égard de la répartition des aides. Ce pouvoir n'est pas du tout illimité et n'échappe pas complètement au contrôle du juge administratif. Pourtant, le juge administratif ne peut vérifier et examiner l'exercice de ce pouvoir que d'une manière très restreinte. La jurisprudence et la doctrine distinguent plusieurs formes de l'exercice illégal du pouvoir discrétionnaire. On parle d'un dépassement des limites du pouvoir discrétionnaire (Ermessensüberschreitung), d'un usage du pouvoir discrétionnaire qui ne correspond pas à l'intention du législateur (Ermessensfehlgebrauch) et d'un usage abusif du pouvoir discrétionnaire (Ermessensmissbrauch) qui est à comparer au détournement de pouvoir en droit administratif français. En corrélation avec le problème du pouvoir discrétionnaire il y a eu lieu de remarquer qu'en Allemagne on parle de notions juridiques indéterminées (unbestimmte Rechtsbegriffe) ex. l'intérêt public, l'utilité publique, le besoin public, l'ordre public ou la sécurité de l'État. Il s'agit tantôt de notions tirées de l'expérience, tantôt de critères de valeur. Autrefois, la doctrine les considérait comme des critères discrétionnaires. Elle voulait établir que la question de l'existence des conditions de l'action administrative tombait dans le domaine du pouvoir discrétionnaire non contrôlable en justice. Les tribunaux administratifs et la majorité de la doctrine refusent, à quelques exceptions près, d'adopter cette théorie. Ils considèrent les notions indéterminées comme des questions de fait ou de droit pleinement contrôlables par les tribunaux. Cette forme simplifiée et schématisée rencontre quelques objections. Il s'agit de quelque chose d'autre que d'un véritable pouvoir discrétionnaire. C'est un phénomène de présomption qu'on peut qualifier d'appréciation fondée sur un jugement (Beurteilungsspielraum) par opposition au véritable pouvoir discrétionnaire. Le domaine de la responsabilité de l'Administration ne devrait pas être limité outre mesure.

En ce qui concerne la position de la jurisprudence sur ce problème, il faut répéter tout d'abord que le pouvoir discrétionnaire en matière de distribution des aides publiques est limité par le principe de l'égalité et par l'effet obligatoire des directives édictées par l'administration elle-même. Dans cet ordre d'idées il convient de mentionner, qu'un arrêt de la Cour s'est prononcé sur la question de savoir si, et dans l'affirmative, dans quelle mesure le juge administratif peut juger de la notion de « considérations de politique commerciale ». Il s'agissait d'un procès qui avait pour objet le refus d'un permis d'importation concernant l'importation du sucre polonais venant de France. L'autorité compétente faisait valoir qu'à cette époque-là il n'existait aucune obligation d'enlèvement ni appel d'offres envers la France. Ce fait seul n'aurait pas empêché de consentir à l'importation. Mais l'autorité compétente faisait valoir qu'il existait justement envers la France une situation particulière du point de vue de la politique commerciale. Par opposition à l'Angleterre et à la Suisse, la France est un pays exportateur de sucre. Du côté français, on a essayé à plusieurs reprises d'amener l'office fédéral de l'importation et de stockage du sucre, à faire des importations directes de sucre en provenance de France, malgré l'inexistence d'obligations découlant d'un traité de commerce. L'autorité disait que la situation du marché

intérieur, n'admettrait pas de telles importations. Si l'office avait fait droit à la demande du requérant, il aurait été difficile au Gouvernement fédéral de résister à la pression de la France. Le refus de l'autorisation demandée s'appuyait exclusivement sur des motifs de politique commerciale. L'office invoquait la théorie de l'acte de gouvernement afin d'exclure le contrôle du juge administratif.

La Cour a répondu qu'il s'agissait d'une présentation de moyens nouveaux qui différaient d'une manière importante des motifs que la Cour d'appel administrative avait considérés comme une justification suffisante du refus de la licence d'importation. Les moyens nouveaux font apparaître la décision attaquée comme une mesure indispensable pour éviter des désavantages dans le marché du sucre. La Cour a accepté l'opinion de l'office qui estimait que ces considérations sont difficilement contrôlables par le juge, mais elle a continué à dire, qu'elles renfermaient des faits nouveaux. L'examen de l'exactitude de ces faits ne peut être effectué par le juge de cassation qui ne s'occupe que de l'interprétation et de l'application du droit. Dès lors la Cour a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel. Dans les motifs, la Cour a estimé qu'il s'agissait d'une marge d'appréciation dont l'exercice doit s'orienter dans le sens des objectifs de la loi.

Dans ce contexte il est intéressant de noter que la Cour s'est occupée d'une notion qui joue un grand rôle dans la réglementation des transports en commun. La loi relative au transport de voyageurs subordonne l'octroi d'une autorisation à une condition : que l'intérêt public ne soit pas lésé par l'admission d'une nouvelle entreprise de transport. La Cour a décidé que la notion d'« intérêt public du transport » renferme certains critères qui sont soumis dans leur totalité au contrôle du juge et d'autres pour lesquels leur contrôle par le juge est plus restreint. Il s'agit ici d'une sorte de pouvoir discrétionnaire.

Recevabilité du recours d'un concurrent

Un problème très délicat que la Cour a abordé dans un arrêt assez récent, est la question de savoir si un concurrent n'ayant pas touché de subvention, peut attaquer une décision octroyant une subvention à un autre concurrent qu'il tient pour favorisé de façon injustifiée. Elle a répondu à cette question par l'affirmative, dès lors que le requérant allègue que ses intérêts, dignes de protection, ont été arbitrairement négligés. En l'espèce, le requérant, un négociant en vins, entendait obtenir l'annulation d'une décision allouant aux coopératives viticoles des subventions destinées à favoriser l'établissement des vigneronnes et leurs installations coopératives.

La Cour a jugé que la demande était recevable et elle a souligné, qu'elle se distinguait essentiellement du « recours des concurrents » dans le cas de la délivrance d'une autorisation. En pareil cas, le bénéficiaire acquiert seulement la possibilité de participer au libre jeu de la concurrence, à complète égalité de chances. Les autres concurrents ne peuvent s'y opposer (BVerwGE 16, 187). Il n'est pas porté atteinte aux droits des non-bénéficiaires d'une autorisation, puisqu'il est certain qu'ils n'exercent pas encore l'activité industrielle ou commerciale en cause et, dès lors, ne peuvent en aucune manière être considérés comme des concurrents. Il en va toutefois autrement de l'octroi de subventions à une entreprise concurrente ; dans le cas d'espèce, en effet, il est possible que l'État détruise l'égalité des chances en conférant à un opérateur économique des avantages qu'il refuse au concurrent de celui-ci et ce faisant, apporte à la situation existant sur le plan de la concurrence une distorsion telle que le non-bénéficiaire se trouve complètement exclu du marché.

A cet égard, il a été maintes fois souligné que, précisément dans le secteur industriel et commercial, la subvention est susceptible de constituer un acte administratif équivalant à une mesure de faveur comportant des effets à l'égard des tiers et ce, au détriment des concurrents. On peut, à ce sujet, laisser de côté la question de savoir si, dans de tels cas, un recours en annulation est ouvert de manière générale au concurrent contre les mesures de subvention en cause. Il faut tout au moins que les tiers disposent d'un recours en annulation lorsqu'ils font valoir que leurs intérêts légitimes ont été arbitrairement méconnus ; en effet, des catégories particulières de justiciables ne peuvent se voir attribuer le bénéfice de certains avantages qu'à la double condition que le bien public l'exige et que les intérêts légitimes des tiers ne soient pas méconnus (en ce sens BVerfGE 4, 7). Le fait de fonder sur l'article 3 de la Consti-

tution (principe de l'égalité) le recours visant à obtenir soit l'adoption d'une mesure, soit le prononcé d'une nouvelle décision dans le cadre d'une instance administrative, et ce à l'effet d'être admis soi-même au bénéfice des avantages considérés, n'est pas toujours de nature à assurer la protection juridique de manière suffisante, car il est possible d'imaginer des cas dans lesquels les tiers, sans pouvoir être placés sur le même rang que les ayants droit au bénéfice de l'aide considérée, voient néanmoins leurs intérêts légitimes lésés par les avantages conférés à une catégorie déterminée de personnes ou d'entreprises. Dans le cas d'espèce, il est possible de se représenter que la requérante (une société à responsabilité limitée s'occupant de négoce en vins) puisse être lésée dans ses intérêts légitimes, en raison, tant de ses relations étroites avec les vigneron (la requérante avait conclu avec beaucoup de vigneron des contrats d'une durée de dix ans, par lesquels elle s'était engagée à acheter chaque année au producteur une quantité déterminée de moût) que du risque — dénoncé par la requérante — de voir ces derniers se détourner d'elle par suite du soutien accordé aux coopératives viticoles. Les affirmations de la requérante à cet égard ne sont, en tout cas, guère dépourvues d'équivoque; en outre, elles sont manifestement inexactes. En ce qui concerne le droit auquel il aurait été porté atteinte, on pourrait admettre que l'on se trouve en présence d'un empiètement sur la liberté de la concurrence, laquelle est garantie par l'article 2 de la Constitution. En effet, le droit au libre épanouissement de la personnalité englobe également le droit fondamental de ne pas subir, du fait de la puissance publique, un préjudice qui ne trouverait pas sa justification dans l'ordre constitutionnel.

La Cour a donc regardé le recours comme recevable, mais elle a estimé qu'il n'était cependant pas fondé. Elle a jugé que la requérante s'estimait lésée dans ses intérêts, en sa qualité d'entreprise commerciale, par le fait que les coopératives viticoles, bénéficiaires de subventions, procédaient en partie elles-mêmes à la vente de leur vin aux acheteurs. Il ressort aussi bien de son argumentation que des faits qu'elle s'en prend uniquement aux subventions octroyées à des coopératives viticoles fournissant leur vin aux consommateurs finaux. L'autorité compétente n'a toutefois pas restreint, dans une mesure intolérable pour la requérante, la liberté de la concurrence dans les échanges, en octroyant son soutien aux installations de vinification des coopératives viticoles. Les coopératives de vigneron qui bénéficient de ce soutien, constituent des coopératives de production, tandis que la requérante est une entreprise commerciale et non une association de vigneron comme c'est le cas pour les coopératives.

La Cour a aussi vérifié la question de savoir, si l'octroi de subventions à des entreprises concurrentes est une violation de l'article 14 de la Constitution (sauvegarde de la propriété). Tout au plus pourrait-il s'agir d'une intervention équivalant à une expropriation, intervention qui tomberait précisément en dehors du champ d'application de l'article 14 parce que l'on se trouverait en présence non d'un cas de privation d'un droit privé subjectif, mais tout simplement de suppression de l'égalité des chances sur le plan économique (BVerwGE 30, 191).

Une autre question — également très importante — est de savoir si la confiance d'une ou des entreprises ayant reçu une subvention, en la continuité de cette aide étatique doit être protégée. La Cour de cassation (Reichsgericht — signification de la Cour de cassation jusqu'à la fin de la guerre) s'était occupée de cette question. Il s'agissait d'un procès posant un problème presque semblable. Sur les instances des importateurs de viande congelée, le Gouvernement avait admis, par voie de règlement, des facilités d'importation pour une durée de dix ans. Ensuite, les intéressés faisaient des investissements (Installations frigorifiées).

Dès 1925, les facilités d'importation étaient supprimées. La Cour de cassation a nié l'obligation pour l'État d'accorder une indemnité aux importateurs. Elle a jugé que celui qui fonde ses activités sur la situation de la législation doit supporter les risques nés du fait que des amendements législatifs font échouer son programme commercial. Il n'a aucune garantie constitutionnelle à la continuité de la législation. Il doit donc tenir compte des amendements possibles des règlements douaniers ou des règlements d'importation. Même les entreprises des branches économiques, qui — comme l'agriculture — sont mises sous la protection de l'État, ne peuvent se décharger de leurs risques sur la puissance publique. Mais, s'il n'existe aucun droit pour les particuliers ou les entreprises à la continuité des lois ou des règlements, cela n'exclut pas, en tout cas, le paiement d'une indemnité. Lorsque l'amendement

pu l'abrogation des dispositions législatives porte atteinte à la propriété, l'État est obligé d'accorder une indemnité. C'est le cas, lorsque les entreprises ont fait des investissements (installations) qui deviennent inutiles. La suppression prématurée des aides publiques peut être considérée comme un empiétement sur la propriété industrielle ou commerciale à condition que l'entreprise ait été intégrée dans un programme de promotion et y ait été engagée soit par des mesures de coercition soit par des moyens d'incitation.

Il faut distinguer entre la suppression d'une subvention qui a seulement un effet dans l'avenir (« ex nunc ») et le retrait ou la suppression rétroactive des droits existants à l'octroi d'une subvention. Un tel retrait ou une telle suppression contredirait la protection constitutionnelle de la propriété. Il faut noter que la doctrine et la jurisprudence entendent par notion de propriété, au sens de l'article 14 de la Constitution, non seulement la propriété d'une chose immobilière, mais également des droits. Le problème qui se pose dans ce contexte est celui de savoir s'il existe une responsabilité de l'État pour les dommages causés par la législation. On a déjà mentionné qu'une loi, prévoyant et réglant des subventions pour un groupe déterminé de personnes, peut léser les intérêts légitimes des concurrents. L'État est-il alors obligé d'accorder une indemnité aux entreprises ou à d'autres personnes ayant subi un dommage? Il faut répondre par l'affirmative s'il s'agit d'un empiétement sur la propriété dans le sens large que lui a donné la jurisprudence, notamment celle de la Cour de cassation. Lorsqu'une loi a un effet d'expropriation (cette notion doit être entendue également dans un sens très large, et non pas limitée à la seule propriété immobilière) le législateur est tenu et ce, en vertu de l'article 14 de la Constitution, de régler dans la même loi les conditions et la base du calcul de l'indemnité. Lorsque le législateur a négligé cette obligation imposée par la Constitution, la loi est nulle. Mais, comme on l'a déjà dit, seule la Cour constitutionnelle peut prononcer cette conséquence juridique. Dans ce cas, l'État est obligé d'accorder une indemnité suffisante pour le dommage causé, soit que la loi porte directement préjudice à des particuliers sans qu'interviennent des mesures d'application prises par l'administration, soit que seules les mesures d'application portent préjudice. Dans ce cas, il manque une règle relative à l'indemnisation. La jurisprudence parle d'un empiétement qui doit être mis au même niveau qu'une expropriation (enteignungs-gleicher Eingriff). Pour l'indemnisation, les principes généraux reconnus pour le calcul de l'indemnité sont applicables (juste indemnité). Il faut remarquer encore que l'administration ne peut, en aucun cas, pas même avec une délégation de pouvoir du législateur, prendre valablement un règlement relatif aux conséquences dommageables des activités de l'État. Pour en terminer avec ce problème, voyons un cas d'espèce concernant la réparation d'un préjudice causé directement par la législation : Une loi interdisait la fabrication de produits en vue de la protection d'autres intérêts économiques. Il n'y avait aucun caractère nocif à l'activité interdite. La Cour de Cassation a considéré cette interdiction comme un empiétement sur la propriété commerciale. Même si de telles interdictions sont admises dans un but d'utilité publique, l'entreprise ayant subi un dommage peut demander l'allocation d'une indemnité.

Un problème spécial résulte du droit des impôts. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'État prend des mesures visant à une orientation et à une promotion des secteurs économiques en accordant des exonérations fiscales ou d'autres avantages fiscaux. La compétence de la juridiction administrative ne s'étend qu'aux litiges relatifs aux impôts communaux, tandis que les autres litiges fiscaux relèvent de la compétence des tribunaux de Finances.

Le cas suivant est très instructif par les problèmes qu'il pose. Une entreprise avait l'intention d'implanter des installations industrielles sur une commune souffrant de chômage. Le Conseil municipal décida de remettre à l'entreprise, en cas d'implantation, la patente et l'impôt sur le montant des salaires versés par elle pour une durée de cinq ans et l'impôt foncier pour une durée de deux ans. L'autorité de tutelle fit usage de son droit d'opposition. Quelque temps plus tard, elle annulait la décision du Conseil municipal. Le recours de la commune contre la décision de l'autorité de tutelle fut rejeté. La Cour a estimé que la perception de l'impôt ne peut être effectuée que conformément aux lois fiscales et que des « contrats fiscaux » entre le contribuable et le fisc ne sont admissibles que dans les cas expressément prévus par la loi. La Cour en a conclu que la commune n'était pas autorisée à remettre les impôts. La décision fut déclarée illégale. La possibilité de passer un contrat fiscal avec un contribuable était autrefois prévue dans la loi d'introduction des impôts réels. Mais cette disposition a été abrogée après la guerre. La Cour a, en outre, examiné la question de savoir si la commune pouvait remettre les impôts, sinon par

la voie d'un contrat fiscal, du moins en vertu d'une disposition spéciale du Code des impôts qui concerne la remise d'impôt dans les cas particulièrement dignes d'intérêt, notamment dans le cas où le contribuable se trouve dans une situation financière difficile. La Cour n'a pas accepté les conditions d'une telle remise d'impôts et a décidé dans ce contexte que cette disposition ne pouvait servir de base à une promotion économique (BVerwGE 8, 329).

Pour finir, il faut reprendre une question qui a été traitée dans un autre contexte, à savoir : le particulier ou l'entreprise ont-ils le droit d'exiger une subvention s'ils remplissent toutes les conditions prévues pour l'octroi ou l'administration détient-elle un pouvoir discrétionnaire? Il s'agit maintenant du problème de la motivation de la décision refusant la demande tendant à obtenir une subvention. En général, il n'y a guère de texte en cette matière qui oblige l'administration à motiver ses décisions. Mais la jurisprudence a étendu cette obligation au-delà des textes exprès, notamment pour les décisions discrétionnaires. En tout cas, l'administration est tenue de s'expliquer sur ses motifs et mobiles devant le juge administratif si elle ne veut pas encourir le risque de voir sa décision annulée. Cela s'applique aussi dans le cas où l'administration fait valoir que sa décision a été influencée par des considérations de politique commerciale ou par des intérêts d'État. Même *si* le contrôle du juge est restreint, il peut demander à l'administration de s'expliquer pour pouvoir constater s'il n'y a pas des considérations illicites et notamment étrangères à la matière.

Lorsqu'une réglementation légale n'existe pas, comme c'est le cas dans une très large mesure dans le domaine des subventions, l'administration peut régler les conditions d'octroi par voie d'instruction générale ou de circulaire. Il ne s'agit pas de normes juridiques dont la violation seule peut être prise en considération. Le juge administratif est d'avis que l'administration s'est liée elle-même et ne peut pas rompre ce lien sans enfreindre le principe de l'égalité de traitement. Cependant l'administration peut modifier son instruction générale ou sa circulaire, si elle tient compte, ce faisant, des objectifs et des orientations fixés par le Parlement.

Lorsqu'on résume les problèmes résultant de l'intervention de l'État dans l'économie, il faut tout d'abord se rendre compte du fait que cette activité de l'État est maintenant la plus importante, tandis que les activités traditionnelles de l'administration reculent. Or, la tâche essentielle de la juridiction administrative consiste à garantir au particulier une protection efficace contre les mesures émanant de l'administration en matière économique. On peut constater, même en faisant quelques réserves, que la juridiction administrative, après avoir surmonté les difficultés initiales, a trouvé des solutions satisfaisantes autant pour l'administration qui n'est pas gênée sans nécessité que pour le particulier qui est protégé non seulement contre des actes arbitraires, mais également contre un traitement privilégié non justifié de ses concurrents. Certes, il y a encore des problèmes auxquels doivent être trouvées des solutions satisfaisantes, par exemple le recours d'un concurrent contre les actes de subvention en faveur de ses propres concurrents ou la valeur juridique des instructions générales ou des circulaires en ce qui concerne le contrôle par le juge de cassation restreint à la vérification du droit appliqué ou de celui qui aurait été appliqué par l'instance inférieure. On peut dire, sans exagérer ces problèmes, que de la garantie d'une protection juridique en cette matière dépend l'importance des tribunaux administratifs dans l'avenir.

EXAMEN DU CAS N° 1 (1)

Tout d'abord la question se pose de savoir, quel recours peut être engagé par l'entreprise cinématographique pour obtenir du juge administratif la décision qui lui est la plus favorable.

Le contentieux administratif allemand connaît non seulement le recours pour excès de pouvoir, si l'on veut attaquer une décision administrative refusant une demande, mais aussi le recours tendant à obtenir de l'administration un acte administratif. Tandis que le recours pour excès de pouvoir ne permet au juge que l'annulation de la décision administrative en cas d'illégalité, le juge administratif peut adresser, lorsque l'entreprise a intenté un recours tendant à obtenir de l'administration un acte administratif, des injonctions à l'administration et, sous des conditions déterminées, l'obliger à prendre la décision que lui demande l'entreprise, à savoir : l'octroi des aides financières prévues par la législation.

(1) Voir l'énoncé n° 1, p. 11.

Ce recours s'est révélé très efficace, parce qu'il donne immédiatement au requérant ce qu'il demande à l'administration.

En ce qui concerne la recevabilité, les deux recours précités doivent se diriger contre un acte administratif, qui fait l'objet du contentieux. Lorsque le requérant se borne au recours pour excès de pouvoir, il s'agit, en général, d'un acte administratif faisant grief à l'intéressé par le fait qu'il lui impose une obligation ou une charge. En ce cas, l'annulation de l'acte suffit au requérant. Dans l'autre cas, le requérant veut obtenir du juge ce que l'administration lui a refusé.

Il reste donc la question de savoir, si la décision attaquée est, d'après la thèse de l'administration, un acte politique soustrait à tout contrôle juridictionnel.

S'appuyant sur la doctrine française, la doctrine allemande du droit administratif a parlé autrefois d'actes de gouvernement. Mais, à cette époque-là, cette question n'avait pas une grande importance pour la jurisprudence, parce qu'il n'existait pas encore la possibilité d'attaquer toute décision administrative par un recours porté devant le juge administratif. Le recours n'était recevable que si un texte exprès le prévoyait. Il va de soi que le Gouvernement n'admit pas le recours contre ses décisions inspirées par des mobiles politiques. Après la fin de la deuxième guerre mondiale, la situation juridique en cette matière a changé. La Loi Fondamentale — c'est la Constitution de la République fédérale d'Allemagne — dit expressément dans l'article 19 § 4 que quiconque se trouve lésé dans ses droits par les pouvoirs publics peut recourir aux voies de droit, notamment à la voie de la juridiction administrative qui prescrit : « Les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître des litiges de droit public n'ayant pas un caractère constitutionnel à l'exception de ceux qui ont été attribués par un texte exprès d'une loi fédérale à une autre juridiction. » Il en résulte que tout acte administratif est soumis au contrôle du juge administratif. Or n'est-il pas possible, à l'aide de la notion d'acte de gouvernement ou d'acte politique, de soustraire des actes administratifs déterminés au contrôle juridictionnel?

Pourtant, le problème a une certaine importance dans la jurisprudence. La Cour suprême a décidé que la déclaration du Gouvernement fédéral concernant la nécessité d'un service de permanence militaire est un acte politique, non contrôlable par le juge administratif (BVerwGE 15, 63). Mais il faut dire que cette déclaration ne fut pas attaquée par le recours en annulation. Il ne s'agit que d'une question préjudicielle, parce que l'ordre d'appel sous les drapeaux qui fut l'objet du recours s'appuyait sur la déclaration.

Dans cet ordre d'idées il y a lieu de remarquer que les actes qui sont, dans quelques pays, considérés comme des décisions contre lesquelles les recours sont irrecevables (par exemple les actes de l'exécutif en matière de relations avec les puissances étrangères et ceux de l'exécutif pris dans ses rapports avec le Parlement), ne sont pas, en droit administratif allemand, des actes administratifs susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir. La notion d'acte administratif est plus restreinte que dans les autres pays. Elle se borne aux actes individuels, mais n'englobe pas les actes réglementaires qui ne peuvent pas être attaqués par recours pour excès de pouvoir. Il va de soi que le recours tendant à obtenir de l'administration un acte administratif est également irrecevable, si le requérant veut arriver à l'obligation de l'administration d'édicter un acte réglementaire. La définition de l'acte administratif, au sens du droit administratif allemand, met en lumière sa restriction. C'est un acte juridique pris unilatéralement par une autorité administrative pour régler un cas individuel en matière de droit public. Ce qui est essentiel, c'est l'effet immédiat à l'égard d'une personne ou des personnes déterminées. Cela explique, pourquoi ne se pose pas le problème de la classification des actes indiqués plus haut. Il leur manque déjà le caractère d'acte administratif.

On ne peut pas négliger le fait que les activités du Parlement ne sont pas exclusivement limitées à la législation, mais aussi peuvent être d'ordre administratif. Ce sont, alors, des actes administratifs soumis au recours en annulation. Seuls les actes s'inspirant de mobiles politiques, comme la levée de l'immunité d'un député, ne sont pas contrôlables par le juge.

On peut résumer la jurisprudence et la doctrine sur cette question comme suit : les actes des gouvernements n'ont pas un effet immédiat à l'égard des particuliers et ne sont pas, de ce fait, des actes administratifs. Ils ont pour but de garantir la vie et la sécurité de l'État en réglant, à l'extérieur, les

relations avec les autres États et en organisant et surveillant, à l'intérieur, le fonctionnement de l'appareil étatique par exemple la fixation de directives pour la législation et l'administration. Ce qui est essentiel pour la notion d'acte de gouvernement, c'est le caractère de direction, tandis que l'acte administratif a un caractère d'exécution.

Il en résulte que les décisions d'une autorité administrative concernant l'octroi d'une subvention ou d'une prime ou d'autres aides publiques pour favoriser ou encourager une branche déterminée de l'économie, notamment le refus d'une demande, ne sont pas des actes politiques soustraits au contrôle du juge administratif.

La question se pose de savoir, si une entreprise peut attaquer la décision administrative lui refusant des aides financières. Le recours pour excès de pouvoir et celui tendant à obtenir de l'administration un acte administratif ne sont recevables que si le requérant prétend être lésé dans ses droits par la décision attaquée. *L'actio popularis* n'est pas admise. Mais rien n'est plus difficile à interpréter que les mots « ses droits ». Il ne suffit pas que le demandeur prétende tout simplement que ses droits soient lésés. Il faut qu'il indique la base juridique de laquelle résultent ses droits et les faits qui permettent de juger si ses droits ont pu être lésés par la décision administrative. Mais cette définition met en lumière qu'il n'est pas nécessaire, en faisant cet examen, de vérifier minutieusement toutes les conditions de l'octroi des aides en question. Cela irait trop loin et dépasserait les limites qu'a déterminées le Code de procédure administrative pour la recevabilité d'un recours. En général, on peut dire que la notion de violation des droits (comme condition de recevabilité) est plus restreinte que la notion d'intérêt du droit administratif français. Pour l'examen de la recevabilité, en l'espèce, il suffit qu'il apparaisse vraisemblable que l'entreprise peut bénéficier de la réglementation invoquée. Il faut répondre à cette question par l'affirmative.

Il en résulte que le recours est recevable.

En ce qui concerne la décision juridictionnelle quant au fond, il faut examiner précisément ce que les parties font valoir en vue du contenu et de l'interprétation de la législation en question.

L'entreprise soutient que l'administration est tenue de lui accorder une aide financière, parce qu'elle remplit toutes les conditions. La teneur et le but poursuivi par la législation, déterminent si la décision est de droit ou si l'administration détient un pouvoir discrétionnaire plus ou moins large. Lorsque la législation en matière économique accorde aux entreprises favorisées le droit à une subvention ou à une prime, l'administration doit prendre une décision octroyant les aides prévues, si toutes les conditions sont remplies. Dans ce cas, il faut vérifier, si l'entreprise cinématographique exerce une activité industrielle ou commerciale et peut bénéficier, de ce fait, des aides financières. Le recours tendant à obtenir de l'administration un acte administratif serait bien fondé (la question de savoir, si l'entreprise exerce une activité industrielle ou commerciale, sera traitée plus loin).

En ce qui concerne les conditions de l'octroi d'une subvention ou d'une prime, il est très rare, que la décision soit de droit. En général, les entreprises n'ont aucun droit aux aides financières. C'est l'autorité administrative compétente qui détient un pouvoir discrétionnaire souvent très large à l'égard de la répartition de ces aides publiques. L'administration n'est donc pas liée, mais dispose d'une certaine liberté de choix si elle veut prendre telle ou telle décision.

Dans ces cas, le contrôle du juge administratif est restreint, mais pas du tout exclu. On verra, qu'il va quand même très loin.

La jurisprudence et la doctrine distinguent plusieurs cas d'exercice illégal du pouvoir discrétionnaire. On parle d'un dépassement des limites du pouvoir discrétionnaire (*Ermessensüberschreitung*), d'un usage du pouvoir discrétionnaire qui ne correspond pas à l'intention du législateur (*Ermessensfehlgebrauch*) et d'un usage abusif du pouvoir discrétionnaire (*Ermessensmissbrauch*). Tandis que le contrôle du juge dans les deux premiers cas a un caractère objectif, dans le dernier cas, ce contrôle porte sur la subjectivité de l'auteur de l'acte. L'usage abusif du pouvoir discrétionnaire est donc à comparer au détournement de pouvoir en droit administratif français.

Le contrôle du juge ne peut se réaliser que si l'administration est tenue de motiver sa décision de refus ou, au moins, de s'expliquer devant le juge et de justifier son action. En général, la jurisprudence exige que la décision de refus renferme une motivation. Ceci est particulièrement important pour l'action

de l'État en matière économique afin de garantir que la répartition des fonds publics soit faite en respectant le principe de l'égalité de traitement. La décision doit donc être claire et bien étudiée de façon à éviter qu'une entreprise ne soit avantagée au détriment des autres. Pour ces raisons, la jurisprudence exige qu'une décision refusant une demande indique toutes les considérations prépondérantes pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La motivation doit être suffisamment détaillée pour que le juge administratif puisse contrôler si la décision attaquée respecte les limites du pouvoir discrétionnaire. Une révélation des motifs au cours du contentieux n'est pas — en général — suffisante, parce qu'il est dans la plupart des cas, impossible d'examiner, si ces motifs donnés *a posteriori* étaient déterminants au moment où la décision a été prise.

En ce qui concerne la thèse de l'administration, selon laquelle l'appréciation faite par elle de l'intérêt économique de l'opération constitue une question de pure opportunité qui ne saurait être discutée par la voie contentieuse, il y a lieu de remarquer qu'on parle, en Allemagne, de notions juridiques indéterminées (unbestimmte Rechtsbegriffe) par exemple l'intérêt général, l'utilité publique, le besoin public, l'ordre public, la sécurité de l'État etc. Il s'agit de notions qui permettent une interprétation très variée. Quelques tribunaux administratifs et une partie de la doctrine veulent reconnaître que la question de l'existence des faits doit être décidée par l'administration sans contrôle des tribunaux. En tout cas, l'administration doit statuer exclusivement sur la qualification des faits. La plupart des tribunaux administratifs et la majorité de la doctrine refusent d'adopter cette théorie. Ils considèrent les notions juridiques indéterminées comme une question de fait et de droit pleinement contrôlable par le juge administratif. Certes, il existe quelques arrêts de la Cour suprême qui suivent cette théorie. Mais en matière économique, la Cour n'a pas reconnu de telles notions. En aucun cas elle ne reconnaîtrait, en l'espèce, que l'appréciation faite par l'administration ne saurait être discutée par la voie contentieuse parce que la législation veut favoriser toutes les entreprises industrielles ou commerciales qui s'établissent ou étendent leurs installations dans les régions déterminées. La Cour rejetterait ladite thèse de l'administration.

De même la thèse de l'administration, selon laquelle la production des films ne saurait être regardée comme une activité industrielle, ne saurait être reconnue par la Cour, parce que la notion d'activité industrielle renferme aussi la production des films. Il faut remarquer qu'en Allemagne l'industrie cinématographique ne bénéficie d'une législation concernant la promotion et l'aide des entreprises industrielles et commerciales que si un texte le prévoit expressément. Cela s'explique par le fait qu'il y avait et qu'il y a encore une réglementation spéciale pour les entreprises cinématographiques. En tenant compte de cette considération, on peut dire en l'espèce, que la production de films est une activité industrielle au même titre que la distribution est une activité commerciale. L'entreprise n'est pas exclue des subventions et des primes.

Enfin, l'administration n'est pas autorisée à réserver, par voie d'instruction générale ou de circulaire, le bénéfice des aides financières au secteur industriel et d'en exclure les entreprises commerciales, même si ces instructions sont conformes aux orientations données par le Plan ou par des perspectives de développement à moyen terme. L'administration détient peut-être, en vertu des dispositions de la législation, un pouvoir discrétionnaire qui lui permet, en tenant compte des principes généraux du droit, notamment du principe de l'égalité de traitement, de choisir parmi les entreprises, celles qui créent par leur implantation dans la région un grand nombre d'emplois. Mais elle ne peut décider que la législation ne s'applique qu'aux entreprises industrielles, alors que la législation renferme expressément les entreprises commerciales. Le législateur peut édicter des dispositions qui ne sont pas conformes aux orientations du Plan, mais l'administration ne peut pas abroger des dispositions légales.

On n'a pas besoin de vérifier, si la prétention de l'entreprise, à savoir qu'un concurrent aurait reçu une subvention, est matériellement exacte. En tout cas, le recours serait bien fondé. Cependant, ce fait aboutirait aussi à un succès du recours, parce que l'administration est tenue de traiter d'une manière égale tous les concurrents.

L'entreprise n'ayant pas droit à une subvention, le tribunal prononcerait dans sa décision, que la décision attaquée est annulée et que l'administration est tenue de prendre une nouvelle décision en tenant compte de la conception juridique du tribunal.

EXAMEN DU CAS N° 2 (1)

Les entreprises favorisées par le budget qui prévoit des subventions pour leur développement ne peuvent pas revendiquer que l'État maintienne ces aides et continue à les octroyer. Même s'il y avait une législation en leur faveur, elles n'auraient aucune garantie constitutionnelle à la continuité de cette législation. L'État a la liberté de décider si, pour des raisons d'intérêt public, une ou plusieurs branches de l'économie sont à subventionner ou si la subvention doit s'arrêter, parce que les prévisions du développement des branches économiques se sont relevées fausses. Il va de soi, que l'État doit avoir la possibilité d'adapter ses mesures au développement économique réel. Il n'y a aucun recours qui permette à un particulier ou à un groupe économique de contraindre l'État et ses administrations à continuer une subvention et à ne pas abroger une législation réglant cette subvention. Même si l'État n'a pas encore abrogé la législation concernant la promotion d'une branche économique déterminée, l'administration peut légalement refuser des demandes tendant à obtenir une telle subvention, à condition bien entendu que la législation encore en vigueur ne prescrive pas une décision de droit, mais donne à l'administration un pouvoir discrétionnaire. Sauf ce cas, le recours ne serait pas couronné de succès.

Tandis que le recours tendant à obtenir de l'administration l'octroi d'une subvention relèverait de la compétence de la juridiction administrative, les tribunaux civils seraient compétents pour connaître d'une action en dommages-intérêts. En ce qui concerne une telle action, j'ai déjà traité ce problème dans le rapport allemand pages 35/36. Il suffit que je m'y réfère. La jurisprudence des tribunaux civils en cette matière n'a pas encore changé.

L'administration ne pourrait pas se défendre en soutenant que l'octroi des subventions était, dès le début, illégal, parce qu'une base légale n'a jamais existé. La Cour suprême a décidé, à plusieurs reprises, que les mesures administratives prises en matière économique n'ont pas toujours besoin d'une base légale ou réglementaire. S'agissant de mesures qui peuvent porter atteinte à la liberté, à la propriété, au droit de libre choix et de libre accès aux professions ou à d'autres droits publics, une base légale est indispensable en vertu de l'article 19 § 1 de la Constitution. Mais le problème abordé se pose notamment à l'occasion des subventions et des primes. Ce sont des actes administratifs qui ne font pas grief, mais sont générateurs de droits subjectifs. Cependant, une partie de la doctrine est d'avis, que l'article 20 de la Constitution qui souligne le principe de l'État de droit impose, en tout cas, l'existence d'une loi. On dit que l'État n'a pas le droit de faire des cadeaux. La jurisprudence tient pour suffisant que le Parlement mette à la disposition de l'administration les moyens budgétaires et en indique, même d'une manière très sommaire (par exemple une notice explicative dans le budget), les conditions de l'octroi et le groupe de personnes à favoriser. Le Ministre compétent peut fixer, en restant dans les limites indiquées par le législateur, des conditions plus détaillées et les formalités par voie d'instruction ou de circulaire. Le principe développé ci-dessus ne vaut pas, si une contrepartie est liée à l'octroi de l'aide publique. En ce cas, l'administration a besoin d'une base légale qui contienne les conditions exactes et détaillées de l'octroi et de la contrepartie (BVerwGE 6, 282).

En ce qui concerne l'admissibilité des obligations et des conditions attachées à la décision de l'octroi d'une subvention, il faut remarquer qu'une obligation attachée à une décision d'octroi est caractérisée par le fait qu'un avantage est lié à une charge. Les obligations et conditions supplémentaires permettent à l'administration de mieux s'adapter au cas concret et de respecter le principe de proportionnalité. Les obligations additionnelles n'ont pas toujours besoin d'une base légale, même si elles font grief à l'intéressé, mais l'administration est tenue de respecter l'objectif poursuivi par l'octroi de la subvention. Elle ne peut pas faire reposer une obligation imposée au particulier sur des considérations illicites et notamment étrangères à la matière en question.

La question de savoir, si l'administration peut passer un contrat, au lieu d'un acte administratif, dépend de la réglementation invoquée et des circonstances. En principe, on peut dire que la Cour s'est opposée, par l'adoption de la théorie des deux échelons (voir p. 28/29 du rapport), avec succès à l'effort de l'administration pour échapper aux règles rigoureuses du droit public et se réfugier dans le droit civil qui ne connaît pas de limites d'action aussi sévères et qui n'interdit au particulier que l'abus d'une

(1) Voir l'énoncé du cas n° 2, p. 12.

puissance économique. Dans d'autres arrêts, la Cour est allée encore plus loin en regardant l'action et les rapports en résultant, tous les deux ensemble, comme un processus unitaire du droit public. Cette opinion se justifie par l'idée que l'orientation et la promotion de l'économie sont une tâche essentielle de l'administration publique. Certes, pour l'exécution de ce devoir, l'administration peut utiliser dans des cas très rares les règles du droit civil. Mais la jurisprudence est unanimement d'avis que l'État, quand il agit dans l'intérêt public, est soumis, dans le domaine du droit civil aussi, à des limites d'action plus restreintes que les particuliers et qu'il est lié par les droits fondamentaux, notamment par le principe de l'égalité de traitement. Par là, l'administration ne peut pas échapper au contrôle du juge. Or, la fuite de l'administration dans les règles du droit privé ne lui sert à rien (cf. un arrêt de la Cour constitutionnelle publié dans le recueil des arrêts de la Cour constitutionnelle — abréviation : BVerfGE 12, 205 [246]).