



**HAL**  
open science

# Les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme de l'Union - Essai sur un mode durable de régulation du libre-échange

Christophe Tran

## ► To cite this version:

Christophe Tran. Les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme de l'Union - Essai sur un mode durable de régulation du libre-échange. Droit. Univ Rennes, 2019. Français. NNT : . tel-02155820

**HAL Id: tel-02155820**

**<https://hal.science/tel-02155820>**

Submitted on 13 Jun 2019

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

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

# Thèse de doctorat de

L'UNIVERSITE DE RENNES 1

Comue Université Bretagne Loire

ECOLE DOCTORALE N° 599

*Droit et Science politique*

Spécialité : *Droit*

Par

**Christophe TRAN**

**Les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme de l'Union**

Essai sur un mode durable de régulation du libre-échange

Thèse soutenue à Rennes, le 10 mai 2019

Unité de recherche : UMR CNRS IODE

## Rapporteurs avant soutenance :

Laure Clément-Wilz Professeure des universités,  
Université Paris-Est Créteil

Thierry Bonneau Professeur des universités,  
Université Paris 2 Panthéon-Assas

## Composition du Jury :

Gérard Jazottes Professeur des universités,  
Université de Toulouse 1- Capitole

Laure Clément-Wilz Professeure des universités,  
Université Paris-Est Créteil

Thierry Bonneau Professeur des universités,  
Université Paris 2 Panthéon-Assas

Cécile Rapoport Professeure des universités,  
Université de Rennes 1

Catherine Barreau Professeure des universités,  
Directeur de thèse Université de Rennes 1

## AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## SOMMAIRE

### **PARTIE I : LA LEGITIMATION DE L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE PAR LA DEFENSE DE L'INTERET DE L'UNION**

TITRE I : La protection juridique de l'Union contre la déloyauté commerciale internationale

CHAPITRE I : Les écueils des régimes antidumping et antisubvention en droit de l'Union

CHAPITRE II : Les voies d'amélioration de la défense commerciale de l'Union contre les pratiques déloyales

TITRE II : La conciliation du régime de sauvegarde avec les libertés de circulation

CHAPITRE I : La clause de sauvegarde, antagonisme nécessaire à l'intégration négative du marché

CHAPITRE II : La mesure de sauvegarde, référé économique d'utilité publique

### **PARTIE II : L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE AU SOUTIEN DU DEVELOPPEMENT DURABLE DE L'UNION**

TITRE I : La protection du citoyen européen au cœur de l'exception protectionniste durable

CHAPITRE I : L'affirmation européenne de l'exigence environnementale

CHAPITRE II : La tentative d'ordre public social de protection européen

TITRE II : Les nouveaux instruments de l'exception protectionniste durable

CHAPITRE I : La dualité de l'exception protectionniste à caractère financier

CHAPITRE II : Le financement durable de l'Union par l'exception protectionniste à caractère financier

## REMERCIEMENTS

Les belles rencontres sont rares, d'autant plus lorsqu'elles modifient de façon profonde le chemin d'une vie. Il faut les chérir autant qu'elles nous ont apporté.

C'est en ce sens que j'adresse mes plus sincères remerciements à madame la Professeure Catherine BARREAU, dont la compétence et le niveau d'exigence ont transformé mon goût pour le droit en une véritable passion pour la recherche, dont la hauteur de vue et la juste distance par rapport au sujet furent essentiels pour le faire advenir sous ma plume.

Je remercie mon épouse Cécile, témoin constant de mon engagement de long terme dans cette recherche, aux dépens du temps conjugal et familial, et pourtant soutien tout aussi infailible que nécessaire à l'aboutissement de cette thèse.

Je remercie Marc BONCORS qui, par sa confiance accordée depuis seize années à titre professionnel, a rendu possible ma reprise d'études en droit, du CAPA jusqu'au doctorat.

Je remercie très affectueusement mes parents, et en particulier mon père, à qui je dédie cette thèse pour m'avoir toujours exhorté à poursuivre mes études.

Enfin, je remercie mon relecteur Florian MAUGER pour ses précieux conseils, ainsi que mes amis Arnaud, Messan et Reynald pour leurs contributions respectives à ma motivation.

**PRINCIPALES ABREVIATIONS**

|        |   |
|--------|---|
| ABE    | Autorité bancaire européenne  |
| ABSPP  | Asset-backed securities purchase programme – programme d’achat de titres adossés à des actifs |
| ADEME  | Agence de l’environnement et de la maîtrise de l’énergie                                      |
| AECG   | Accord économique et commercial global (CETA) entre l’Union européenne et le Canada           |
| AEMF   | Autorité européenne des marchés financiers  |
| AEAPP  | Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles                           |
| AGCS   | Accord général sur le commerce des services   |
| ALE    | Accord de libre-échange   |
| BCE    | Banque centrale européenne  |
| Cass.  | Cour de cassation   |
| CE     | Communauté européenne   |
| CECA   | Communauté européenne du charbon et de l’acier  |
| CEE    | Communauté économique européenne  |
| CERS   | Comité européen du risque systémique  |
| CFIUS  | Committee on Foreign Investment in the United States  |
| CFP    | Cadre financier pluriannuel   |
| CJUE   | Cour de Justice de l’Union européenne   |
| CNUCED | Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement                              |
| DS     | Dispute settlement  |
| FDD    | Fonds de développement durable  |
| FMI    | Fonds monétaire international   |
| FR     | Federal Register  |
| FRU    | Fonds de résolution unique  |
| GATT   | General Agreement on Tariffs and Trade  |
| IDE    | Investissement direct étranger  |
| JORF   | Journal officiel de la République française   |
| JOUE   | Journal officiel de l’Union européenne  |
| MES    | Mécanisme européen de stabilité   |

|          |  |
|----------|--|
| MiFid II | Directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers                  |
| MRU      | Mécanisme de règlement unique  |
| MSU      | Mécanisme de surveillance unique   |
| OIT      | Organisation internationale du travail   |
| OMC      | Organisation mondiale du commerce  |
| OMS      | Organisation mondiale de la santé  |
| OPA      | Offre publique d'achat   |
| ORD      | Organe de règlement des différends de l'OMC  |
| OTAN     | Organisation du traité de l'Atlantique nord  |
| PESC     | Politique étrangère et de sécurité commune   |
| PIB      | Produit Intérieur Brut   |
| PIIEC    | Projet industriel d'intérêt européen commun  |
| PNB      | Produit National Brut  |
| PSPP     | Public sector asset purchase programme – programme d'achat d'actifs publics sur le marché secondaire |
| RCAE     | Régime commun applicable aux exportations  |
| RCAI     | Régime commun applicable aux importations  |
| RNB      | Revenu National Brut   |
| RTD      | Revue trimestrielle de droit   |
| SEBC     | Système européen de banques centrales  |
| SEQE     | Système européen/d'échange de quotas d'émission  |
| SESF     | Système européen de stabilité financière   |
| SPG      | Système de préférences généralisées  |
| TARP     | Troubled asset relief program  |
| TFUE     | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne   |
| TSCG     | Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance   |
| TTF      | Taxe sur les transactions financières  |
| TUE      | Traité sur l'Union européenne  |
| UEM      | Union Économique et Monétaire  |
| USTR     | United States Trade Representative   |

## INTRODUCTION GENERALE

*« ...à force de démesure, un jour vient où une machine à cent opérations, conduite par un seul homme, crée un seul objet...Il n'est pas sûr, naturellement, que la démesure industrielle s'engagera tout de suite dans cette voie. Mais elle démontre déjà, par son fonctionnement, la nécessité d'une mesure, et elle suscite la réflexion propre à organiser cette mesure. Ou cette valeur de limite sera servie, en tout cas, ou la démesure contemporaine ne trouvera sa règle et sa paix que dans la destruction universelle. »*

CAMUS Albert, *L'homme révolté*, 1951, page 307.

1. La logique pacifique d'ouverture de l'Union impose l'exigence complémentaire d'une capacité de défense de son intérêt sur la scène internationale. Ainsi, d'un côté, la construction européenne doit à l'économie une grande partie de son génome<sup>1</sup> dont le libéralisme constitue le gène dominant. Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'objectif principal de la Communauté économique européenne (CEE), énoncé dans le Traité de Rome dès son article 2<sup>2</sup>, à savoir la création d'un marché commun dont la « protection » doit être assurée, spécialement par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), « pour faire admettre la supranationalité<sup>3</sup> ». De l'autre côté, le protectionnisme était dès lors réduit à un gène récessif du patrimoine génétique des États membres, fruit de la sédimentation d'instruments juridiques restrictifs conçus en vue de la protection d'économies nationales. Pour autant, l'affirmation des libertés de circulation par le droit primaire en vue de la réalisation d'un marché intérieur sans frontières avait pour pendant nécessaire l'édification de frontières douanières aux portes de l'Union. Ainsi, par ce déplacement souverainement consenti des frontières tarifaires des États membres vers celles de l'Union, cette entité supranationale singulière déployait sa première manifestation fiscale de protectionnisme à l'endroit des marchandises issues de pays tiers. Serait-ce la seule ?

---

<sup>1</sup> GAUTRON Jean-Claude, GRARD Loïc, Centre de Recherches et de Documentations européennes et internationales (CRDEI), Histoire de la construction européenne, Université de Bordeaux, Université Numérique Juridique Francophone : « Tout commence avec l'intuition d'une intégration économique progressive fondée sur un marché intérieur, au sein duquel, doivent disparaître les barrières aux échanges de marchandises, de services, de capitaux et de travailleurs : libre circulation des facteurs de production. », [https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/246/Cours/01\\_item/index10.htm](https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/246/Cours/01_item/index10.htm).

<sup>2</sup> « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques... », 25 mars 1957.

<sup>3</sup> CLEMENT-WILZ Laure, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice*, Bruxelles, Bruylant, 2011, page 28.

Pour devenir une puissance économique de premier plan, la logique libérale d'ouverture de l'Union a été portée à son paroxysme, en particulier à l'égard de la libre circulation des capitaux, affirmée sans notion de frontières par le droit primaire<sup>4</sup>. Cette démarche a démontré son pouvoir nocif par incident à la faveur de la crise financière<sup>5</sup> de 2007. La crise de la dette souveraine consécutive de 2010-2011 a quant à elle mis en évidence l'exposition de l'Union à la prise de contrôle de ses infrastructures stratégiques – à l'instar du port du Pirée<sup>6</sup> – par des partenaires commerciaux de premier plan. Les conséquences de l'élection du 45<sup>ème</sup> président des États-Unis le 8 novembre 2016 sont venues confirmer l'intuition persistante d'une très grande, trop grande ouverture juridique de l'Union à la logique du libre-échange. L'Europe serait-elle démunie face à la déloyauté commerciale internationale et à l'importation massive de produits issus de pays, à l'instar de la Chine, dont on peut douter du fonctionnement sous forme d'économie de marché ? En guise d'aveu de faiblesse, cette période de trouble commercial international aura marqué la progression concomitante de la défense commerciale commune de l'Union, en particulier dans le cadre de sa législation antidumping et antisubvention, révélant un changement d'orientation dans ses relations internationales. Ainsi, alors que l'Union a toujours affirmé sa détermination à « lutter contre toute forme de protectionnisme<sup>7</sup> », qu'il s'agisse des déclarations politiques du G20 ou des libertés de circulation<sup>8</sup> du droit primaire, elle prend l'initiative de renforcer ses instruments de défense commerciale conformément à la compétence exclusive dont elle est investie en vertu de l'article 207 TFUE. Serions-nous à un moment de bascule idéologique quant à l'approche par l'Union du libre-échange ? À la lumière de l'enjeu de développement durable visé dans le droit primaire, force est de constater que l'incertitude demeure : « il y a autant d'aveuglement idéologique à glorifier l'intervention des pouvoirs publics qu'à louer sans retenue le rôle des forces du marché. Aucun argument ne permet d'affirmer que, sur le plan du développement durable, la première de ces options apporte nécessairement de meilleures solutions que la seconde<sup>9</sup>. »

2. Considérant toutefois cette gradation potentielle dans la volonté de régulation du libre-échange, puisant sa source dans « l'ordolibéralisme allemand » issu de l'école de FRIBOURG<sup>10</sup>, dont la caractéristique première était de « considérer ... que l'économie de marché est la plus efficace mais qu'il faut la réguler, à travers l'État comme le fait la Cour de justice<sup>11</sup> », serait-il possible d'imaginer une protection par l'Union contre toute forme d'externalité négative résultant du libéralisme ? Autrement dit, le protectionnisme a-t-il un rôle à jouer au sein de l'Union face à la mondialisation ?

<sup>4</sup> Article 63§1 TFUE (ex-article 56 TCE) : « ...toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites. »

<sup>5</sup> European Central Bank, *The side effects of national financial sector policies, Framing the debate on financial protectionism, occasional papers series, September 2015, n°166, page 27*: "the crisis has demonstrated that financial globalization facilitates the international contagion of crisis, thereby increasing calls for measures that insulate economies from such spillovers".

<sup>6</sup> GUILLOT Adéa, *Le port du Pirée cédé au chinois COSCO*, Le Monde, 21 janvier 2016 ; voir aussi : *En Grèce, le groupe chinois COSCO développe à marche forcée le port du Pirée*, 8 mars 2018, La Chaîne Parlementaire.

<sup>7</sup> Extrait des déclarations communes du G20 ayant précédé celle du mois de mars 2017, date à partir de laquelle les États-Unis se sont retirés.

<sup>8</sup> Articles 34 (marchandises), 45 (travailleurs), 49 (établissement), 56 (services) et 63 (capitaux) TFUE.

<sup>9</sup> CHENEVIERE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre*, Protéger le climat, préserver le marché intérieur, Bruylant, 2018, page 49.

<sup>10</sup> EUCKEN Walter, ROPKE Wilhelm, revue ORDO, *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*.

<sup>11</sup> DEVOLUY Michel, *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, Discours et réalités, Bruylant, 2015, page 87, « deuxièmement, la stabilité des prix doit être maintenue de manière rigoureuse, ce qui a été fait à travers la BCE indépendante ; la troisième caractéristique est la rigueur budgétaire « à outrance ».



À la lecture du considérant ci-après énoncé par la commission du commerce international du Parlement européen, on pourrait valablement penser que non : “Considérant que le protectionnisme est une réponse simpliste et faible aux défis de la mondialisation; que les politiques protectionnistes qui ne sont pas mises en œuvre conformément aux règles de l’OMC auront un effet domino pour tous, au détriment des importateurs, des exportateurs et des consommateurs; que des relations commerciales équitables et éthiques devraient devenir la norme dans les relations économiques internationales<sup>12</sup>”. Joseph STIGLITZ n’est pas plus enthousiaste lorsqu’il évoque la « montée mortifère du protectionnisme <sup>13</sup>».

3. Cette condamnation définitive du protectionnisme soulève dès lors la question de sa définition. Que recouvre le protectionnisme ainsi évoqué ? On observe ainsi que d’aucuns en limitent le sens aux seuls droits de douane<sup>14</sup>, représentant simplement « 16% de l’ensemble des instruments protectionnistes à disposition des administrations<sup>15</sup>», et plus précisément à leur augmentation, ce qui réduirait très fortement l’intérêt de la présente étude. La démarche scientifique visant à une meilleure connaissance de la notion de protectionnisme en droit de l’Union impose que le champ de sa définition soit élargi, laissant la place à des critères de qualification à géométrie variable aux fins de délimiter le périmètre de recherche de manière pertinente. Pour témoigner une dernière fois de cet écart de définition du protectionnisme, deux sources sérieuses<sup>16</sup> traitant du commerce international se contredisent la même année sur le nombre de mesures restrictives et leur évolution. Cette situation conduit à des commentaires contradictoires dans le constat mais pas dans le regard porté sur le protectionnisme, condamné dans les deux cas.
4. Le terme « protectionnisme » contient en outre une part d’irrationalité ancrée dans les représentations collectives qui le dessert. En effet, le protectionnisme peut d’abord évoquer un mode de fonctionnement économique appartenant à l’histoire et devant y rester. Il serait donc, par nature, incongru car anachronique. Ensuite, le protectionnisme est souvent perçu comme une menace face à la doctrine commerciale fondée sur l’économie de marché. Il représente alors le pendant rétrograde de la pensée économique dominante. Pour autant, le protectionnisme peut s’entendre dans un sens, sinon positif, au moins objectif comme le système de défense des intérêts de l’entité souveraine qui la met en œuvre. Si l’on devait comparer la théorie économique à la vie biologique, dans un état de nature, la protection serait de l’ordre du réflexe rattaché à la survie alors que l’ouverture relèverait de la réflexion, de la projection dans le temps permettant l’expansion.
5. On pourrait en déduire que le protectionnisme relève donc du réflexe vital de repli sur soi alors que le libre-échange, dont l’objectif ultime réside dans la globalisation – autrement dit l’obtention d’un marché mondial unique – serait la manifestation d’une démarche profondément réfléchie.

<sup>12</sup> SCHUSTER Joachim, Parlement européen, Rapport, *Maîtriser la mondialisation : aspects commerciaux* (2018/2005(INI)), Commission du commerce international, A8-0319/2018, 12 octobre 2018, page 6.

<sup>13</sup> STIGLITZ Joseph, *Combattre la mondialisation du mécontentement*, Les Échos, 14 décembre 2017.

<sup>14</sup> HIAULT Richard, *Les fausses illusions du protectionnisme*, Les Échos, 28 février 2017.

<sup>15</sup> DE GRANDI Michel, *Le protectionnisme a des effets indirects non négligeables*, Les Échos, 10 octobre 2018.

<sup>16</sup> « Les statisticiens de l’OMC ont compté à peine plus d’une centaine de mesures restrictives au cours de l’année écoulée, pratiquement deux fois moins que l’année précédente » in VITTORI Jean-Marc, *Le nouveau visage du protectionnisme*, Les Échos 13 décembre 2017, alors que l’on peut lire à partir du troisième rapport sur le commerce international d’Euler Hermes que « le catalogue de mesures restrictives devrait être augmenté de 400 dispositions cette année. » in DE GRANDI Michel, *Le commerce mondial rebondit malgré le protectionnisme*, Les Échos, 24 et 25 novembre 2017 ou encore « 73% des exportations des pays du G20 devaient faire face en 2017 à des mesures restreignant le commerce », d’après Global Trade Alert. C’est dix fois plus que les chiffres communiqués par l’OMC in DE GRANDI Michel, op. cit.

Sur le plan intellectuel, la seconde hypothèse serait donc nettement supérieure à la première eu égard à sa rationalité intrinsèque. En vérité, réflexion<sup>17</sup> et réflexe sont indissociables et cumulativement indispensables au monde vivant comme à l'économie. De sorte que le protectionnisme et le libéralisme se complètent finalement autant qu'ils s'opposent, la question étant de savoir quelle dose du premier élément contribue à la meilleure configuration du second.

Cette question se pose avec acuité à l'échelle de l'Union dans la mesure où l'on observe, dès les débuts de la construction européenne, le spectre du protectionnisme en filigrane du droit de l'Union (**Section 1**). Il s'agira cependant de mettre en évidence que le protectionnisme, en particulier pour assurer sa fonction régulatrice du libre-échange, ne peut s'envisager que par exception dans le droit de l'Union (**Section 2**).

### Section 1 : Le protectionnisme en filigrane du droit de l'Union

6. Le protectionnisme présente un aspect dynamique dans la mesure où il est sous-tendu par la logique des flux. Ces flux permettent de réaliser une première délimitation du champ d'étude. Ainsi, la notion de protectionnisme pourrait aussi bien embrasser les flux commerciaux, migratoires, financiers, informationnels, voire d'idées si l'on voulait revenir à la philosophie libérale des lumières. Les flux migratoires méritent quant à eux, en tant qu'ils concernent des personnes humaines mues par l'urgence économique voire vitale, un traitement spécial et différencié qui ne sera pas réalisé dans cette étude. On observera simplement que la gestion désordonnée des flux migratoires au niveau national plutôt qu'unifié aux frontières extérieures de l'Union crée un trouble social et politique dont les plus démagogues se sont emparés au profit de la désunion. Il ressort de tout ce qui précède que la logique protectionniste renvoie à l'enjeu de limiter tout flux qui ne serait pas sollicité car contraire aux intérêts de l'entité en cause. Or toute limitation appelle une régulation volontaire, qui se trouve être source de contrariété, voire d'antagonisme avec la notion de libéralisme. En ce sens, la création de la CEE et l'établissement correspondant du marché commun ont eu pour effet de rendre illégale toute limitation à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux entre États membres. Il en est résulté tout à la fois la volonté de prohibition du protectionnisme au sein de l'Union (§1), paradoxalement associée à l'impossible disparition du protectionnisme à l'échelle de l'Union (§2).

#### §1 : La volonté de prohibition du protectionnisme au sein de l'Union

7. **Corollaire de l'intégration négative du marché intérieur** – Compte tenu de son ampleur, cette recherche sur le protectionnisme se concentrera sur la volonté de régulation des seuls flux résultant du libre-échange trouvant leur déclinaison juridique dans les libertés de circulation du droit de l'Union. On pourrait en premier lieu imaginer que ces manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme soient étudiées classiquement dans l'ordre interne de l'Union, à contre-emploi du libéralisme, notamment en tant qu'entraves au marché intérieur<sup>18</sup>. Il est en particulier prégnant que, dès l'origine, la libéralisation du marché intérieur a été assurée par l'application du principe de prohibition de toute restriction au commerce entre États membres, également connue sous le nom d'intégration négative. Ce principe s'est manifesté dès le Traité de Rome par l'exigence d'élimination progressive des droits de douane<sup>19</sup> ainsi que des restrictions quantitatives<sup>20</sup> entre les États membres.

<sup>17</sup> GARELLI Stéphane, *Réflexes et réflexion*, Le Temps, 27 juillet 2018.

<sup>18</sup> MICHEL Valérie (Dir.), *1992-2012, 20 ans de marché intérieur*, 2012, Bruylant, 208 pages.

<sup>19</sup> Articles 12 à 17.

Il a ensuite été confirmé par l'Acte unique européen<sup>21</sup> de février 1986 abolissant définitivement les frontières douanières existant entre États membres pour mieux les déployer aux frontières de la CEE. Est-ce pour autant que les « frontières fiscalotechniques<sup>22</sup> » et autres obstacles au libre-échange ont totalement disparu ? Trente années plus tard, la pertinence de cette question demeure tant à l'intérieur des frontières de l'Union qu'à l'égard des pays tiers. Cette prohibition légale de toute restriction revient à manifester la volonté de prohibition du protectionnisme au sein de l'Union. Sur le plan contentieux, la Cour de justice de l'Union européenne veille ainsi au strict respect de ces libertés économiques et exerce par là-même une forme de « libéralisme politique<sup>23</sup> » propice à privilégier « l'intérêt marchand<sup>24</sup> » sur l'intérêt général. Au sein de l'Union, l'intégration négative nécessitée par l'objectif de réalisation du marché intérieur a donc rendu le délaissement textuel du protectionnisme hautement probable face à la primauté des libertés de circulation. L'interdiction du protectionnisme au sein de l'Union est également vérifiée en matière fiscale<sup>25</sup> au visa des articles 110 et 111 TFUE, pour leurs versions défensive et offensive, respectivement. La disparition du protectionnisme dans le droit de l'Union est-elle pour autant actée ? En son principe, non. Dans ses modalités, la restriction aux échanges doit toutefois constituer l'exception, strictement encadrée : « Le principe de l'arrêt Rivoira (C.J.C.E., 28 mars 1979, Rivoira, aff. 179/78) demeure néanmoins : la dérogation à la liberté de circulation des marchandises doit être expressément prévue par une disposition du droit primaire ; elle est d'interprétation stricte. L'objectif est en effet que l'acte de droit dérivé affecte de la manière la plus limitée qui soit la liberté de circulation<sup>26</sup>. »

8. Dans cette même perspective, la thèse sur l'intégration négative<sup>27</sup> des marchés rédigée par Aimée JEANNE propose une analyse de droit comparé sur la manière dont les entraves aux libertés de circulation sont combattues, en droit de l'Union comme aux États-Unis, à l'intérieur de leurs frontières respectives : « la lutte contre le protectionnisme économique apparaît, comme aux États-Unis, constituer un objectif majeur...le principe d'égalité de traitement constitue le dénominateur commun de l'intégration négative dans les deux Unions<sup>28</sup>. » On observera d'abord que cette affirmation a perdu de sa vérité, que l'on aurait certes pu penser immuable avant l'élection du 45<sup>ème</sup> président des États-Unis. On remarquera ensuite l'exclusion du champ de l'étude de l'intégration négative de la libre circulation des capitaux, s'exerçant pourtant *erga omnes* au visa de l'article 63§1 TFUE, que l'auteur justifiait par une analyse de droit comparé avec les États-Unis insatisfaisante à cet égard. On relèvera enfin que le protectionnisme exercé à l'échelle de l'État membre ne résiste pas à l'épreuve du droit du marché.

<sup>20</sup> Articles 30 à 37.

<sup>21</sup> Article 7 a du traité CEE : « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée ».

<sup>22</sup> WOLF Marc, *Transposer le modèle TVA pour taxer les émissions de CO2 sans « fuites de carbone »*, Revue européenne et internationale de droit fiscal, N°2018/2, Bruylant, page 312 ; Aussi : « Beaucoup de pays réfléchissent actuellement à des mesures ciblant les groupes étrangers pour protéger leurs champions. Le débat sur la remise en question des traités de libre-échange est en train de déteindre sur la fiscalité », MC LERNON Nancy, Présidente de l'Organisation pour l'investissement international (OFII), *Le projet américain qui inquiète les entreprises françaises*, Les Échos, 6 novembre 2017.

<sup>23</sup> CLEMENT-WILZ Laure (Dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, série Monographies, 2018, page 145.

<sup>24</sup> *Ibidem*, page 180.

<sup>25</sup> BERLIN Dominique, *Synthèse Droit fiscal de l'Union européenne*, LexisNexis, 31 Décembre 2017.

<sup>26</sup> MARTUCCI Francesco, *L'entrave imputable à l'Union* in MICHEL Valérie (Dir.) *1992-2012, 20 ans de marché intérieur*, op. cit., page 52.

<sup>27</sup> JEANNE Aimée, *L'intégration négative des marchés aux États-Unis et dans l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Université de Paris Panthéon-Sorbonne, 2013, 627 pages.

<sup>28</sup> *Ibidem*, page 37.

C'est à cette conclusion<sup>29</sup> qu'arrive Aimée JEANNE dans sa thèse. La contrariété du protectionnisme de l'État membre avec le marché intérieur s'avère ainsi préjudiciable au consommateur européen, étant toutefois précisé que des exceptions, légales ou prétoriennes, existent, notamment sous le vocable « d'exigences impératives<sup>30</sup> » devenues « exigences impérieuses d'intérêt général ». On en déduit que l'enjeu de localisation des manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme importe dans la mesure où il entre en résonance avec la notion de frontières. La deuxième délimitation du champ de cette recherche sera ainsi d'ordre géographique.

9. **Approche européen-centrée plutôt que stato-centrée du protectionnisme** – En second lieu, ce projet de thèse a émergé de la confrontation de la documentation économique et juridique sur le sujet du protectionnisme avec l'intuition d'un commencement de solution aux externalités négatives du libre-échange par cette voie. D'une manière générale, les mesures protectionnistes ont pour objet ou pour effet d'endiguer la concurrence extérieure à l'entité qui les met en œuvre. Avec l'idée, par la suite vérifiée et que nous nous attacherons à démontrer tout au long de cette étude, d'une plus grande richesse de la réflexion à l'échelle de l'Union, révélant tout à la fois l'impératif de cohésion interne pour la défense de son intérêt et les conditions de son influence sur la scène internationale conformément aux objectifs définis à l'article 21§1 TUE. C'est avec cette grille de lecture singulière, européen-centrée plutôt que stato-centrée, que peuvent être parcourues les contributions sur le sujet des prix Nobel<sup>31</sup> d'économie Paul KRUGMAN<sup>32</sup> pour le libéral et Maurice ALLAIS<sup>33</sup> quant à lui protectionniste, pour qui « attribuer la crise de 1929 à des causes protectionnistes est une contradiction historique. La véritable origine était déjà le développement insouciant du crédit les années qui l'ont précédée<sup>34</sup> ». Étant précisé que le précurseur en la matière opérait au XIX<sup>e</sup> siècle, en pleine révolution industrielle : Friedrich LIST<sup>35</sup> et son « protectionnisme éducateur ». De manière plus tempérée, on relève une certaine tolérance à l'égard des manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme. Ainsi, l'idée de protectionnisme, sans que cette qualification ne soit toutefois employée, trouve un écho favorable implicite dans la recherche économique, qui se questionne « sur la valeur relative des bienfaits liés à l'ouverture des échanges (spécialisation productive, baisse des prix avec la production dans des pays à coûts faibles) et des inconvénients de l'ouverture des échanges... (perte d'emplois industriels, bipolarisation du marché du travail, perte de la capacité à imposer des normes)<sup>36</sup> ».

<sup>29</sup> *Ibidem*, page 161.

<sup>30</sup> JAZOTTES Gérard, *La notion d'exigences impératives dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : contribution à l'étude du principe de libre circulation*, Thèse, Toulouse 1, 1997.

<sup>31</sup> Plus précisément prix de la Banque de Suède en sciences économiques.

<sup>32</sup> La mondialisation n'est pas coupable. Vertus et limites du libre-échange, Paris, La découverte, 2000 ; aussi : The Conscience of a liberal: A Protectionist Moment, New York Times, March 9, 2016 : "You do want to be careful about announcing a political moment, given how many such proclamations turn out to be ludicrous. Remember the libertarian moment? The reformocon moment? Still, a protectionist backlash, like an immigration backlash, is one of those things where the puzzle has been how long it was in coming. And maybe the time is now."

<sup>33</sup> *La mondialisation : la destruction des emplois et de la croissance : l'évidence empirique*, Paris, C. Juglar, 1999.

<sup>34</sup> ALLAIS Maurice, *Lettre aux Français – contre les tabous indiscutés*, Marianne, n°659, 5 décembre 2009, pages 82 à 85 ; Contra : la loi Smoot-Hawley promulguée aux États-Unis le 17 juin 1930 relève les droits de douane de plus de 20000 produits importés et institue des mesures de rétorsion. On constatera 70% de réduction des échanges mondiaux entre 1929 et 1933, voir Hiault Richard, Les fausses illusions du protectionnisme, Les Échos, 28 février 2017.

<sup>35</sup> ALLAIS Maurice, *La mondialisation : la destruction des emplois et de la croissance : l'évidence empirique*, Paris, C. Juglar, 1999, 647 pages.

<sup>36</sup> ARTUS Patrick, *Les nouvelles énigmes de l'économie mondiale*, Les Échos, 27 décembre 2017.

Par ailleurs, une littérature que l'on qualifiera volontiers de militante à l'endroit du protectionnisme<sup>37</sup> s'est fait jour à la faveur de la crise de 2007, à rebours de la doctrine économique dominante. Citons en ce sens Jacques SAPIR<sup>38</sup>, à la fois économiste, directeur de recherche à l'EHESS<sup>39</sup> et intervenant chez BFM BUSINESS dans l'émission « intégrale placements », ou encore François RUFFIN<sup>40</sup>, devenu depuis député de l'Assemblée nationale sous la quinzième législature<sup>41</sup> pour « la France Insoumise ». Une approche économique et sociale du protectionnisme<sup>42</sup> en rapport avec l'hypothèse de la fin de la mondialisation a par ailleurs été proposée sous la forme d'un ouvrage universitaire collectif présenté sous forme de rapport.

10. La doctrine juridique s'est également penchée sur la question du protectionnisme, sans pour autant que l'intérêt pour le sujet n'ait été manifesté par une production pléthorique. Ainsi, rares et lointaines sont les thèses<sup>43</sup> en droit portant dans leur titre le terme « protectionnisme » ou « protectionniste ». De manière plus récente et au niveau de l'Union qui nous intéresse au premier chef, un colloque sur le protectionnisme<sup>44</sup> avait été tenu, permettant d'inventorier et de dessiner ses manifestations juridiques dans les domaines économique, financier, fiscal et même migratoire. On relèvera également la thèse de Damien REYMOND consacrée à l'intéressante comparaison entre le droit antidumping et le droit de la concurrence<sup>45</sup> à l'échelle de l'Union, dans laquelle l'instrument protectionniste que représente la législation antidumping est identifiée comme source de « biais protectionnistes » au point que l'auteur envisage l'abandon<sup>46</sup> pur et simple de telles dispositions en droit de l'Union. Selon cet auteur, la protection de la concurrence dans l'intérêt du consommateur primerait la protection des concurrents de l'industrie de l'Union. Les contours de cet intérêt de l'Union notamment définis dans la clause d'intérêt public des régimes antidumping et antisubvention serviraient alors moins à des fins de protection contre les pratiques commerciales déloyales des pays tiers que de réduction des effets potentiellement préjudiciables à la concurrence des mesures antidumping. Avec respect, la présente recherche s'inscrit en contradiction avec cette position de thèse de Damien REYMOND. En particulier, dans les conditions décrites par cet auteur, comment envisager la création de champions non pas nationaux mais européens dont les règles de concurrence relatives au contrôle des concentrations peuvent contrarier le dessein ?

<sup>37</sup> CHANG Ha-Joon, HALIMI Serge, LORDON Frédéric, RUFFIN François, SAPIR Jacques, *Le protectionnisme et ses ennemis*, Les liens qui libèrent, 2012.

<sup>38</sup> *Retour vers le futur : le protectionnisme est-il notre avenir ?* L'économie politique, 2006 n°31, pages 74 à 81.

<sup>39</sup> École des Hautes Études en Sciences Sociales.

<sup>40</sup> *Leur grande trouille : journal intime de mes « pulsions protectionnistes »*, Arles, France, Actes Sud, 2013.

<sup>41</sup> À compter du 27 juin 2017.

<sup>42</sup> COLLE David, Association Anteios, *D'un protectionnisme l'autre : la fin de la mondialisation ?* Paris, Presses universitaires de France, 2009.

<sup>43</sup> BARIL, A., *Le protectionnisme à l'intérieur dans la législation des boissons*, Thèse, Université de Rennes, Faculté de droit et des sciences économiques, 1907 ; FONTAINE André, *Le protectionnisme financier*, Thèse de doctorat, Université de Lille. Faculté de droit et des sciences économiques, 1912. GAMERDINGER Didier, *Les formes nouvelles ou renouvelées du protectionnisme étatique. Aspects juridiques*, Université de Nice, 1989. KIM Chai-Hyung, *La politique commerciale des États-Unis à l'égard des nouveaux pays industrialisés d'Asie sous l'angle du protectionnisme. Aspects juridiques et institutionnels*, Thèse de doctorat, Paris I, 1989.

<sup>44</sup> BARBOU DES PLACES Ségolène, IREDIES, *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*. Cahiers Européens 6. Paris, Pedone, 2014.

<sup>45</sup> REYMOND Damien, *Action antidumping et droit de la concurrence dans l'Union européenne*, Université Panthéon-Assas, 2014, 677 pages.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pages 113 et suivantes.

Certes, la condamnation de l'Irlande dans l'affaire Apple<sup>47</sup> au regard de la réglementation sur les aides d'État apparaît salutaire en tant que régulation de la concurrence fiscale déloyale au sein du marché intérieur exercée par l'État membre en cause. *A contrario*, la conclusion d'absence d'existence d'une aide d'État de la part du Luxembourg au profit de McDonald's Europe<sup>48</sup> conforte la légalité de l'objectif de double non-imposition<sup>49</sup> manifestement poursuivi par certaines entreprises. Elle renvoie alors à la question du renforcement de la protection par le droit de l'Union contre ce type de pratique fiscale dommageable. L'intérêt de l'Union n'est-il pas une nouvelle fois contrarié voire affecté par la Commission dans le cadre de la fusion entre l'allemand Siemens et le français Alstom au point de voir le projet finalement refusé<sup>50</sup> par la Commission ? La protection du marché intérieur dans l'ordre interne ne mérite-t-elle pas son juste complément dans l'ordre externe ? L'obsession de protéger la concurrence – et pas les concurrents – au sein du marché intérieur revêt-elle plus d'importance que de protéger l'Union contre la concurrence des pays tiers ? En l'état du droit positif de l'Union, une réponse affirmative à cette dernière question ne fait aucun doute, et sa stricte application par la Commission en constitue simplement la démonstration.

11. Enfin, la thèse sur le patriotisme économique<sup>51</sup> de Martial SIMEN intéresse à double titre. En premier lieu par voisinage sémantique, la curiosité est attisée au regard de la distinction entre les deux notions. Cette distinction est-elle d'ordre purement esthétique, le patriotisme économique ne jouissant pas de la représentation péjorative du protectionnisme mais visant à « rechercher les outils permettant aux États de protéger leurs entreprises stratégiques ou de défendre leurs intérêts fondamentaux et stratégiques<sup>52</sup> » ? Autrement dit peut-on voir dans le patriotisme économique une présentation promotionnelle, socialement acceptable donc politiquement défendable, du protectionnisme ? Ou doit-on y voir une ou plusieurs divergences substantielles ? Cette thèse intéresse en second lieu par la conjonction de certaines problématiques juridiques, au premier rang desquelles la contrariété partagée du patriotisme économique et du protectionnisme avec les libertés de circulation du droit primaire. Pour autant, le choix de l'auteur a été de réaliser l'étude du patriotisme économique au niveau des États membres à titre principal, pour ensuite l'envisager à l'échelle de l'Union sous forme de question. La présente étude n'envisagera pas l'hypothèse du protectionnisme à l'échelle de l'Union comme une question mais plutôt comme la condition de réussite d'un mode durable de régulation du libre-échange.

---

<sup>47</sup> C(2016)5605 final, décision de la Commission du 30 août 2016 concernant l'aide d'État SA.38373 (2014/C) octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple, JOUE L187/1 s.

<sup>48</sup> Décision de la Commission du 19 septembre 2018 relative aux décisions fiscales anticipatives SA.38945(2015/C)(ex 2015/NN)(ex 2014/CP) accordées par le Luxembourg à McDonald's Europe, C(2018)6076 final, considérant (126).

<sup>49</sup> Rapport du 18 décembre 2018 de la commission des affaires économiques et monétaires sur le rapport annuel sur la politique de concurrence, REIMON Michel (rapporteur), 2018/2102(INI), A8-0474/2018, point 28.

<sup>50</sup> Statement by Commissioner Vestager on the proposed acquisition of Alstom by Siemens and the proposed acquisition of Aurubis Rolled Products and Schwermetall by Wieland, 6 February 2019, Satement/19/889. Voir aussi Ducourtieux Cécile, Fusion Alstom-Siemens : à Bruxelles, Margrethe Vestager prépare sa défense. La commissaire à la concurrence rejette l'accusation selon laquelle les règles européennes bloqueraient la formation de « champions » continentaux, Le Monde, 18 janvier 2019.

<sup>51</sup> SIMEN Martial, *Le patriotisme économique à l'épreuve du droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, droit, Université de La Rochelle, 2014, 499 pages.

<sup>52</sup> *Ibidem*, page 16.

12. La présente démarche scientifique entend par ailleurs reprendre à son compte l'axiome selon lequel « une formulation théorique n'est compréhensible et utilisable que par rapport à la formulation alternative à laquelle elle s'oppose explicitement ou implicitement<sup>53</sup> ». C'est dans cette perspective de recherche du meilleur mode de régulation alternative du libre-échange que cette thèse s'inscrit. Il ne fait ainsi pas de doute que le protectionnisme ainsi qu'il a été défini s'oppose explicitement au libéralisme. Il sera ensuite question de rechercher la juste place du protectionnisme dans un système dominé par le libre-échange. En ce sens, l'analyse du droit positif complétée par une approche de droit prospectif permettront de comprendre les mécanismes juridiques et fiscaux qui concourent ou pourraient contribuer à l'exercice de politiques protectionnistes au sein et à l'échelle de l'Union, qu'elles soient explicites ou implicites. Le droit constitue dès lors le socle incontournable de conception puis de déploiement d'une telle politique protectionniste. Cette dernière se matérialise par des législations qui trouveront application dans l'ordre juridique de l'Union. En conséquence, la qualification de manifestation juridique ou fiscale du protectionnisme résultera de son objet ou de son effet réducteur des flux issus du libre-échange. Étant toutefois précisé que seules les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme à l'échelle de l'Union ont un rôle à jouer dans la régulation durable du libre-échange, ce qui justifie leur impossible disparition à ce niveau, qu'il convient par ailleurs d'expliquer.

## §2 : L'impossible disparition du protectionnisme à l'échelle de l'Union

À l'échelle de l'Union, la justification d'une restriction juridique ou fiscale des échanges relève de deux approches. Il est en effet permis d'envisager une approche systémique et une approche axiologique du protectionnisme de l'Union.

13. **Approche systémique du protectionnisme de l'Union** – Penser l'Union comme un système, autrement dit comme « un ensemble d'éléments en interaction<sup>54</sup> », mérite deux précisions importantes si l'on s'en réfère à la théorie générale des systèmes de Ludwig von BERTALANFFY. La première précision réside dans la qualification de l'Union en tant que système ouvert qui « se maintient dans un flux entrant et un flux sortant continuel<sup>55</sup> ». La seconde précision tient au fait que l'Union, en tant que système ouvert, aspire à la stabilité, ou « homéostasie », et s'y emploie par le recours au concept de rétroaction<sup>56</sup>, boucle d'ajustement de la réponse aux contraintes exercées par son environnement. On observe ainsi que la stabilité est érigée en objectif dans le droit primaire en matière de prix à la consommation<sup>57</sup> et de système financier<sup>58</sup>, piliers de l'économie de marché sur laquelle repose l'Union. Dès lors le principe de régulation en vue d'atteindre cette stabilité du système que constitue l'Union permet d'envisager l'hypothèse de la régulation du libre-échange par les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme à l'échelle de l'Union. Cette hypothèse est en particulier vérifiée par l'instauration du tarif douanier commun aux frontières de l'Union. Elle peut l'être encore à la faveur du contrôle des investissements étrangers. *A contrario*, force est de constater, au cœur même de l'Union, l'investissement croissant d'entreprises étrangères, notamment chinoises, dans les actifs financiers, mais aussi matériels voire fonciers d'États tels que la Grèce, structurellement contraints d'abandonner une partie de leur souveraineté pour des raisons budgétaires.

<sup>53</sup> WALLERSTEIN Immanuel, *Le capitalisme historique*, La Découverte, 2011, page 10.

<sup>54</sup> BERTALANFFY (von) Ludwig, *Théorie générale des systèmes*, 1968, traduit par Jean-Benoît Chabrol, Dunod, Paris, 2012, page 37.

<sup>55</sup> *Ibidem*, page 38.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pages 41 et 165.

<sup>57</sup> Article 3§3 TUE, articles 119§2 et 127§1 TFUE.

<sup>58</sup> Article 127§5 TFUE.

La mondialisation crée ainsi une forme de « fuite » de souveraineté aux dépens de l'Union et de ses États membres. Cette typologie d'ingérence économique ne représente-t-elle pas une nouvelle forme d'impérialisme économique qu'il convient à tout le moins de contenir, sinon de combattre ?

Ainsi confrontés à l'impossible disparition du protectionnisme en raison de sa fonction régulatrice du libre-échange, autrement dit de correction des déséquilibres qu'il occasionne, la question se pose de savoir si le droit de l'Union ne devrait pas, une nouvelle fois, devenir le relais naturel du politique au lieu d'être au service de l'économie : « la régulation ne se réalise plus par une instance unique – l'État – mais une pluralité d'instances, telles que les entreprises transnationales qui participent à une régulation soft...La « gouvernance » de l'État et du monde international réalise alors un nouveau « basculement » du politique vers l'économique<sup>59</sup>. » L'importance d'une régulation du libre-échange émerge même de la doctrine économique libérale à la faveur d'éléments de langage : « Que sera le post-libéralisme ? Une correction des excès, avec davantage de protections économiques, sociales, et environnementales<sup>60</sup>. » Cette formulation habile et chronologique de post-libéralisme, devenu un usage contemporain de la post-modernité et de la post-vérité, ne correspond-elle pas précisément à l'objet du protectionnisme tel qu'il devait être conçu et appliqué ? Elle présente toutefois l'avantage sémantique d'une représentation sociale plus acceptable. De telles mesures post-libérales existent déjà au niveau sectoriel mais ne présentent pas la même intensité selon les secteurs économiques. Ainsi, l'agriculture, les transports, notamment aériens, la sécurité nationale, et plus précisément la défense, font l'objet de mesures protectionnistes importantes motivées par des politiques publiques et légitimées en ce sens.

14. De surcroît, l'impossible disparition du protectionnisme réside tout autant dans sa finalité fondamentalement protectrice. La question du champ d'application personnel de cette protection se pose alors avec la volonté taxonomique du juriste de distinguer les catégories de personnes bénéficiaires de cette protection. Qui mérite une protection ? Qui nécessite une protection ? Faut-il une protection juridique des individus, des organisations, des secteurs économiques ou stratégiques, des États membres, de l'Union dans son ensemble ? Quel est le critère de la protection : la situation de faiblesse, ou la simple exposition à un risque ? En droit, cette fonction protectrice peut être assurée de manière transversale par la notion d'ordre public de protection, susceptible de venir contrarier la logique libérale du contrat. On peut illustrer ce caractère protecteur de la partie faible en droit français par la notion de « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties », qui reflète à bien des égards l'objectif de protection dévolu à certaines branches du droit. S'inscrivant d'abord dans le droit spécial du plus grand nombre – le droit de la consommation<sup>61</sup> – puis dans celui des commerçants<sup>62</sup>, le déséquilibre significatif a enfin été consacré dans le droit commun<sup>63</sup> des contrats : « Par un phénomène de contagion bien connu, le droit spécial d'hier, lorsqu'il a fait ses preuves, devient le droit commun d'aujourd'hui<sup>64</sup> ». Pour autant, identifier et qualifier le déséquilibre significatif permet simplement de déterminer le besoin de protection de la partie faible. L'exercice effectif de la protection ne trouve son application réelle qu'à la faveur de la sanction intéressant l'acte litigieux. L'engagement de

<sup>59</sup> LHUILLIER Gilles, *Le droit transnational*, Dalloz, méthodes du droit, 2017, page 459.

<sup>60</sup> SEUX Dominique, *Réformer la France sans tout casser*, Les Échos, 5 avril 2017, cit. La France va s'en sortir, Grasset, 2017.

<sup>61</sup> Article L212-1 C. conso.

<sup>62</sup> Article L442-6 2° C. com.

<sup>63</sup> Article 1171 C. civ., étant précisé que le champ d'application de la protection est limité aux contrats d'adhésion et aux clauses non négociables dans ce type de contrat.

<sup>64</sup> DELPECH Xavier, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence – Distribution*, Dalloz, 2015 page 119.



la responsabilité de son auteur pour les commerçants, voire le « réputé non écrit<sup>65</sup> » en droit de la consommation ou en matière civile, autrement dit le refus catégorique d'existence juridique à la clause en cause, garantissent cette protection du cocontractant à qui l'on imposerait des obligations ou l'on réduirait les droits de manière disproportionnée.

À l'échelle de l'Union, le droit de la consommation prévoit également une protection susceptible de contrarier la liberté contractuelle par l'exercice du droit de rétractation<sup>66</sup>, produisant l'anéantissement rétroactif du contrat et impliquant les restitutions réciproques des cocontractants afin de revenir au *statu quo ante*. Ainsi, l'exercice de la protection a pour effet la restriction d'une liberté économique. Est-ce à dire que les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme seraient un fait stylisé au sens des économistes ? Loin des représentations sociales dominantes relayées par le bruit médiatique, il apparaît que le protectionnisme constitue effectivement une pratique généralisée des États souverains, qui à l'origine exerçaient le protectionnisme à titre principal et n'accordaient le droit de commercer que par voie d'exception : « les études les plus étayées qui remontent au Moyen-Âge montrent qu'au développement des premiers échanges commerciaux transnationaux se sont greffés des engagements des souverains, sous forme d'abord unilatérale puis conventionnelle, d'accorder certains privilèges aux commerçants étrangers qui, en principe privés de toute personnalité juridique, se voyaient ainsi reconnaître des droits suffisants pour leur garantir une sécurité (relative) et une liberté de circulation<sup>67</sup>. » On peut considérer à bien des égards que la Chine a conservé cette tradition protectionniste en ce qu'elle impose<sup>68</sup> notamment aux investisseurs étrangers la constitution de joint-ventures pour tout établissement d'une entreprise sur son territoire.

15. **Approche axiologique du protectionnisme de l'Union** – En outre, le protectionnisme de l'Union peut se manifester selon une approche singulière fondée sur les valeurs que cette entité supranationale promeut au visa de l'article 2 TUE. Comptent parmi ces valeurs la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit. Paradoxalement, cette politique protectionniste trouve son fondement dans la conception même de l'économie de marché mondialisée : « KEYNES, ...Attaché aux valeurs de liberté et de justice que véhicule somme toute le capitalisme...entend prémunir celui-ci contre le risque de sa propre destruction... il charge l'État non d'éliminer mais de réguler la concurrence subie par le système productif du pays. De là découle le protectionnisme, axe principal de l'interventionnisme qu'il préconise...Tous les pays reconnaît-il, subissent la concurrence extérieure : quand elle est excessive, tous en pâtissent. Chacun a donc intérêt, pour la défense de l'emploi chez lui, à protéger son économie...Il ne s'agit pas d'éradiquer le protectionnisme, sans lequel les taux de chômage de par le monde serait encore plus élevés, mais, puisque tous les pays ont des objectifs au fond concordants (la lutte contre le chômage), de négocier le protectionnisme<sup>69</sup>. » Au niveau de l'Union, l'adhésion à ces valeurs se décline notamment en termes d'exigences sur l'État de droit. En ce sens, la protection unilatérale assurée par une entité respectueuse de l'État de droit n'est pas vertueuse en ce qu'elle empêche ou entrave certaines libertés économiques. En revanche, elle le devient en permettant au citoyen d'exercer ses droits fondamentaux en toute sérénité, en toute confiance, mais aussi au travers d'une exigence de niveau élevé de

<sup>65</sup> Article L241-1 C. conso.

<sup>66</sup> Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, JOUE 22 novembre 2011, L304/78, article 9. Voir transposition en droit français, article L221-18 C. conso.

<sup>67</sup> ROBERT-CUENDET Sabrina (Dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruylant, 2017, page 248.

<sup>68</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1979 sur les « joint-ventures utilisant des investissements chinois et étrangers », complétée par la loi du 13 avril 1988, elle-même réformée par une loi du 4 avril 1990.

<sup>69</sup> POULON Frédéric, Le principe d'un gouvernement économique européen in AUBY, J.-B., IDOUX P. (Dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruylant, 2017, page 36.

protection, particulièrement en matière environnementale. Dès lors, l'urgence écologique et climatique ne mérite-t-elle pas des dispositions exorbitantes du droit économique ?

Dans ces conditions, est-il possible d'envisager une restriction des échanges fondée sur une approche par les valeurs de l'Union au nom desquelles les mesures protectionnistes seraient instituées ? Autrement dit, est-il permis de réaffirmer que les valeurs humanistes dont l'Union serait le vecteur primeraient les valeurs économiques, simple moyen d'assurer une paix intérieure ?

16. De ces deux approches systémique et axiologique du protectionnisme à l'échelle de l'Union se dégage le trait commun essentiel constituant la troisième délimitation du champ de cette recherche : son recours doit rester exceptionnel dans le fonctionnement juridique de l'Union. En effet, la fonction régulatrice du libre-échange par complément qu'apporte le protectionnisme de l'Union n'a précisément de sens que s'il perturbe le moins possible le système par traitement curatif voire préventif dans la mesure nécessaire à l'homéostasie. Dans le même esprit, le protectionnisme ne peut trouver à s'appliquer pour la défense des valeurs de l'Union que dans l'hypothèse, vérifiée, où ces valeurs se diffusent à titre principal dans l'ordre interne et ne sont contrariées qu'à titre exceptionnel.
17. Dans le cadre de cette recherche, les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme de l'Union peuvent donc être définies comme toute législation de l'Union ou de ses institutions ayant pour objet ou pour effet de restreindre le libre-échange des biens, des services et des capitaux avec les pays tiers. Ainsi, les manifestations juridiques du protectionnisme sont particulièrement nombreuses et il convient d'opérer une catégorisation pour clarifier le paysage. On peut classiquement distinguer les manifestations qualitatives et quantitatives du protectionnisme. Pour les premières, on parle encore de barrières non tarifaires. Du point de vue qualitatif, les exigences normatives élevées de certaines entités souveraines sont autant de signaux comminatoires pour les États tiers. Sur le plan quantitatif, les manifestations juridiques du protectionnisme peuvent prendre la forme de restrictions quantitatives ou quotas, voire d'embargo. Ces manifestations peuvent aussi être de nature conventionnelle par la voie de concessions commerciales, d'autolimitation des exportations, voire de clauses conventionnelles de sauvegarde. Aussi, le droit de l'Union prévoit que les aides d'État *ad valorem*, spécifiques, crédits bonifiés ou assurances conférant un avantage coexistent avec les règles libérales du droit de la concurrence. Enfin, la manière dont les investissements directs à l'étranger sont réglementés est révélatrice du niveau de protectionnisme mis en œuvre par l'État d'accueil des fonds investis. Les manifestations fiscales du protectionnisme de l'Union reposent quant à elles sur les tarifs douaniers mis en œuvre à l'égard des importations, mais aussi sur les droits institués en application des législations antidumping, antisubvention ou de sauvegarde de l'Union. Cette étude questionne donc de manière transversale la discipline juridique, interrogeant le droit matériel de l'Union en ce qu'il peut être restrictif des échanges, qu'il s'agisse de la défense commerciale commune, de la législation environnementale ou sociale, mais aussi de l'Union bancaire venue renforcer sensiblement le droit bancaire et financier par suite de la grande récession. Le sujet interroge tout autant le droit institutionnel, notamment dans la dialectique de compétences qui se joue entre les États membres et l'Union, dont le sous-jacent politique réside dans la souveraineté, avec en filigrane l'idée d'une révision des traités et la lancinante question de l'unanimité. Ainsi, cette recherche dépasse, sur le plan de la réflexion, le domaine juridique pour interpeller la pensée politique et économique à l'égard de l'Union.

18. Identifié comme un risque<sup>70</sup> pour la croissance, le protectionnisme est pourtant largement pratiqué de manière ostensible. Il suffit pour s'en convaincre de consulter les statistiques du commerce mondial<sup>71</sup> et de l'investissement dans le monde<sup>72</sup> produites et commentées par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). On peut notamment lire que « certains pays adoptent une position plus critique à l'égard des prises de contrôle par des intérêts étrangers, en particulier lorsque la sécurité nationale est en jeu ou lorsqu'il s'agit de la vente d'actifs stratégiques et d'entreprises technologiques nationales. De plus, des projets visant à durcir les mécanismes de sélection des investissements étrangers sont à l'étude dans plusieurs pays<sup>73</sup>. » Devant ce paradoxe, la question se pose alors de déterminer si ces mesures protectionnistes s'équilibrent effectivement dans un jeu de la concurrence mondiale au profit de l'entité initiatrice – l'Union dans notre sujet – plutôt que des pays tiers. Une démarche d'évaluation de l'efficacité des mesures par rapport à l'objectif recherché implique l'exploitation de données statistiques qu'il conviendra de synthétiser si cela n'a pas encore été le cas. Il s'agit d'une recherche économique plus que juridique, par conséquent hors du champ de cette recherche. De même, ne sera pas traitée l'exigence de contenu local que le législateur pourrait décliner au niveau de la commande publique comme une manifestation juridique de patriotisme économique à la manière du Buy American Act<sup>74</sup>. Ce choix d'écarter la commande publique de la présente étude se justifie par trois séries de raisons. D'une part, la probabilité de voir advenir une structure fédérale à l'échelle de l'Union telle que celle rencontrée aux États-Unis est infime, bien plus encore que celle d'une révision des traités, de sorte que le projet d'un Buy European Act reste à l'état d'idée<sup>75</sup>. D'autre part, si l'on s'en tient à l'état actuel du budget de l'Union et donc des ressources publiques qui pourraient faire l'objet d'une préférence communautaire, alors on constate un hiatus en valeur comparativement aux budgets des États membres, sensiblement mieux dotés. Enfin, l'idée de voir s'exercer un protectionnisme à titre principal à l'échelle de l'Union par la voie de la commande publique ne sied pas à la ligne directrice de cette étude, dont la conviction profonde réside au contraire dans le caractère d'exception que doivent revêtir les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme de l'Union.

---

<sup>70</sup> HIAULT Richard, *Protectionnisme et risques financiers menacent la croissance mondiale*, Les Échos, 8 mars 2017.

<sup>71</sup> UNCTAD, *Key Statistics and trends in Trade Policy 2018, Trade tensions, implications for developing countries*, 4 february 2019, 35 pages. Page 7 : "In 2017, tariff restrictiveness was still substantially higher in developping countries than in developed countries."

<sup>72</sup> CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2018, l'investissement et les nouvelles politiques industrielles, Repères et vue d'ensemble*, 52 pages.

<sup>73</sup> *Ibidem*, page 19.

<sup>74</sup> 41 U.S.C. : Public Contracts §§8301 – 8305, March 3, 1933, modifié en particulier par Ex. Ord.N°13788. Buy and Hire American, April 18, 2017, 82 FR 18837, Donald Trump.

<sup>75</sup> L'idée du Buy European Act figurait notamment dans le programme électoral d'Emmanuel Macron en vue des élections présidentielles, et a été repris à plusieurs reprises depuis par le Président de la République.

## Section 2 : Le protectionnisme par exception dans le droit de l'Union

19. Il importe d'avoir à l'esprit que le protectionnisme est bien plus une question de degré que de nature précisément en raison de son antagonisme avec le libre-échange, ainsi que pouvait déjà l'affirmer Friedrich LIST au XIX<sup>ème</sup> siècle : « La protection est accordée sous la forme, soit de la prohibition absolue de certains articles fabriqués, soit de droits élevés qui équivalent ou à peu près à la prohibition, soit enfin de droits modérés. Aucun de ces modes n'est absolument bon ou mauvais, et c'est la situation particulière de la nation et celle de son industrie qui indiquent lequel lui est applicable<sup>76</sup>. » Cette approche graduelle du protectionnisme doit être complétée par un caractère restrictif quant à son champ d'application matériel. Ainsi, à la fois simple par sa mise en œuvre et spectaculaire par son ampleur, le protectionnisme manifesté par les États-Unis n'en demeure pas moins sélectif : « le repli américain concerne les échanges de biens, les investissements directs étrangers et les migrations, mais non les échanges de services, dans lesquels les États-Unis ont une place dominante, et les flux financiers<sup>77</sup> ». Ce double filtre graduel dans l'intensité et sélectif dans le contenu renvoie au caractère d'exception que les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme doivent revêtir. Il importe alors de s'attacher au sens juridique de l'exception protectionniste (§1), pour ensuite l'envisager comme un étalon de souveraineté de l'Union (§2).

## §1 : Le sens juridique de l'exception protectionniste de l'Union

À l'échelle de l'Union, l'exception protectionniste est pourvue de sens juridique à double titre. D'abord, empruntant à la terminologie judiciaire, l'exception protectionniste peut être considérée comme un moyen de défense incident. Ensuite, l'exception protectionniste peut être envisagée comme une composante de l'ordre public de l'Union.

20. **Moyen de défense incident** – L'exception protectionniste peut d'abord se manifester à l'aune de la défense commerciale de l'Union contre la concurrence déloyale exercée par les autres partenaires économiques mondiaux. On pourrait alors spontanément penser que le droit commercial multilatéral incarné depuis 1994 par l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) satisfait, ou à tout le moins contribue à cette défense commerciale de l'Union. Ceci devrait être d'autant plus vérifié que la législation de l'Union en pareille matière est largement inspirée du droit de l'OMC, qu'il s'agisse des régimes antidumping<sup>78</sup>, antisubvention<sup>79</sup> ou encore des mesures de sauvegarde<sup>80</sup>. Pourtant, le droit commercial multilatéral, dont les textes trouvent normalement à s'appliquer à l'ensemble des membres de l'OMC – dont l'Union par conséquent – souffre de manière désormais récurrente d'un manque d'effectivité en raison de l'affaiblissement structurel de sa clef-de-voûte : l'Organe de Règlement des Différends (ORD). La pertinence d'une subordination de l'Union au droit commercial multilatéral dans le but de remédier à ses différends avec les pays tiers s'en trouve dès lors largement amoindrie. Dans ce contexte, la question de l'ampleur de l'interventionnisme, se juxtaposant avec le changement de paradigme institutionnel intervenu lors de l'édification de l'Union par le transfert de la compétence liée à la politique commerciale à cette entité supranationale, se pose alors au regard du principe de réciprocité en droit international.

<sup>76</sup> Op.cit., page 422.

<sup>77</sup> SUWA-EISENMANN Akiko, *Les conséquences du virage protectionniste américain*, Les Échos, 1<sup>er</sup> mars 2017.

<sup>78</sup> Article VI du GATT de 1947 et Accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT de 1994.

<sup>79</sup> Article VI du GATT de 1947 et Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC).

<sup>80</sup> Article XIX du GATT de 1994 et Accord sur les sauvegardes.

Réciprocité non pas des concessions tarifaires jusqu'à leur complète disparition en application de la règle commerciale multilatérale de la nation la plus favorisée<sup>81</sup>, mais plutôt réciprocité dans la réponse à apporter aux pratiques commerciales d'entreprises établies dans des pays tiers ayant pour effet des importations dans l'Union à des prix anormalement bas. Par ailleurs, concilier préférences collectives et libertés individuelles à la lumière du protectionnisme interroge également sur l'origine d'une telle politique. Se dessine alors le dilemme désormais classique entre politique et économie, dans lequel le droit peut s'insérer comme déterminant d'un rééquilibrage en faveur du premier : « La régulation des compromis entre la société et le marché tend à inverser les rapports entre la politique et l'économie, la seconde cherchant à s'autonomiser de la première... », de sorte que l'on observe des « tendances au démantèlement de la démocratie interventionniste<sup>82</sup>. » Paradoxalement, l'interventionnisme économique s'avère particulièrement prégnant dans les secteurs considérés comme stratégiques par les entités souveraines. Pour ce faire, elles disposent de modes de protection juridique puissants. Le droit, en tant qu'instrument majeur de régulation et d'organisation des sociétés, représente alors le véhicule privilégié des politiques protectionnistes. Toute la gamme institutionnelle comme matérielle peut ainsi être mobilisée pour organiser et faciliter cette approche. On comprend alors que la limite de ces déclinaisons juridiques et fiscales se confond avec celle de l'imagination des juristes à l'œuvre. C'est la raison pour laquelle il est intéressant d'observer, concomitamment à la constance des droits de douane en tant que manifestation fiscale d'un protectionnisme à l'état brut, l'émergence de normes dont l'objet ou les effets sont protectionnistes, en particulier outre-Atlantique : « the TRUMP Administration...is willing to use tough tactics ... through strict enforcement of its procurement and trade defense law; expansive tax provisions; bringing the WTO dispute settlement to a halt; withdrawing from and forcing others to renegotiate existing bilateral and multilateral agreements; adopting a novel “national security” argument to justify breaking WTO tariff commitments for steel, aluminum and possibly autos; and enacting punitive tariffs on billions of dollars of imports from China, possibly threatening a trade war<sup>83</sup>. » La stabilité structurelle des politiques protectionnistes se matérialise ainsi par un polymorphisme juridique de nature conjoncturelle.

21. Comment pourrait alors s'exercer le protectionnisme à l'échelle d'une Union qui répondrait au « concept d'un « cosmopolitisme juridique », tel qu'il fut élaboré par Immanuel KANT, il y aura bientôt deux-cent-vingt ans<sup>84</sup> ? » La qualification « d'union transnationale<sup>85</sup> », de laquelle on peut rapprocher l'émergence d'un droit transnational<sup>86</sup> à la faveur de la domination des sociétés transnationales sur le monde économique – et politique ? – questionne avec acuité le quiproquo historique portant sur la finalité de la construction européenne : « L'ambiguïté fondatrice entre ceux qui concevaient l'Europe comme un vaste marché et ceux qui la pensaient comme une union politique à caractère fédéral n'a jamais véritablement été levée. L'approche gradualiste, basée sur une série d'engagements concrets portant sur des périmètres bien déterminés ayant un effet de levier sur les prochaines étapes, c'est-à-dire la méthode des petits pas...a permis de réconcilier ces deux visions du projet européen<sup>87</sup>. »

<sup>81</sup> Article 1<sup>er</sup> du GATT de 1947.

<sup>82</sup> DJOULDEM Mohamed, TELLIER Geneviève, DE VISSCHER Christian, *Les réformes des finances publiques, enjeux politiques et gestionnaires*, Bruylant, 2014, page 51.

<sup>83</sup> CHASE Peter, SPARDING Peter, MUKAI Yuki, Committee on International Trade, European Parliament, *Consequences of US trade policy on EU-US trade relations and the global trading system*, November 2018, page 2.

<sup>84</sup> FERRY Jean-Marc, *Fédéralisme ou cosmopolitisme : Quel principe politique pour l'Union européenne ?* CEVIPOF : « Qu'est-ce que la souveraineté européenne ? » 2018.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> LHUILLIER Gilles, *Le droit transnational*, Dalloz, méthodes du droit, 2017.

<sup>87</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, 2018, page 14.

Ainsi, la mise en œuvre du protectionnisme pourrait-elle devenir un moyen d'affirmation, de développement voire de maîtrise de la souveraineté économique de l'Union ? Cette question se pose à la lumière de l'interdépendance économique mondiale et de l'exposition aux crises qui procèdent du caractère procyclique de l'économie de marché. Ce caractère renferme ainsi tant sa force que sa faiblesse intrinsèques. Sa force car, en période de croissance, l'interdépendance économique a un effet vertueux d'entraînement. Sa faiblesse, car toute crise présente une propension à s'essaimer rapidement à l'ensemble de l'économie mondialisée, par le truchement des marchés financiers qui toucheront ensuite leurs sous-jacents dans l'économie réelle. La simple potentialité d'une réponse protectionniste de l'Union, matérialisée par sa seule existence juridique, lui confère dès lors une vertu comminatoire.

Cet aspect dissuasif de l'exception protectionniste en tant que moyen de défense incident de l'Union se combine alors judicieusement avec ses aspects régulateur de l'approche systémique voire répressif de l'approche axiologique.

22. **Composante de l'ordre public de l'Union** – L'émergence d'un ordre public de protection de l'Union par la voie de ses manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme serait ainsi d'autant plus importante qu'elle est immanente, non délibérée, s'imposant par elle-même comme une nécessité existentielle. À l'échelle de l'Union, le meilleur exemple de cette approche à la fois graduelle et sélective du protectionnisme réside dans l'édification de frontières tarifaires aux portes de l'Union par le tarif douanier commun<sup>88</sup> et la classification<sup>89</sup> des milliers de marchandises et tarifs applicables<sup>90</sup> sous forme de « nomenclature combinée<sup>91</sup> », manifestation fiscale du protectionnisme par excellence. En effet, dans l'hypothèse où le tarif appliqué au bien importé est supérieur à zéro, alors s'exerce une restriction de nature fiscale, même infinitésimale, à la mise en libre pratique de la marchandise au sein du marché intérieur. Est-ce à dire que ces frontières douanières concordent avec la théorie protectionniste exposée par Friedrich LIST dans les termes suivants : « Les droits fiscaux doivent toujours être assez modérés pour ne pas restreindre sensiblement l'importation et la consommation, sans quoi ils diminueraient la puissance productive du pays, mais ils manqueraient leur but. Les mesures de protection ne sont légitimes que dans le but d'aider et d'affermir l'industrie manufacturière du pays, chez des nations qu'un territoire étendu et bien arrondi, une population considérable, de vastes ressources naturelles, une agriculture avancée, un haut degré de civilisation et d'éducation politique appellent à prendre rang parmi celles qui excellent<sup>92</sup>... » ? Il est encore plus manifeste que la situation construite par le droit de l'Union est celle d'une économie de marché libérale dont les origines remontent au Traité de Rome. Dès lors, l'exception protectionniste doit d'abord s'envisager au sens statistique par sa marginalité au regard du volume de flux qu'elle est susceptible d'affecter. La question se pose en revanche de savoir si l'exception protectionniste doit présenter un caractère ponctuel, un caractère éphémère ou plutôt un caractère systémique ? L'exception protectionniste au sens juridique doit-elle en outre être envisagée en qualité de moyen de défense affirmatif de la souveraineté de l'Union ou comme simple moyen de défense incident par réaction ?

<sup>88</sup> PERALDI-LENEUF Fabienne, BERTRAND Brunessen, BLUMANN Claude et al., *Introduction au marché intérieur. Libre circulation des marchandises*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2015, pages 85 à 168.

<sup>89</sup> Allant des animaux vivants à l'acier, des matières plastiques aux réacteurs nucléaires...

<sup>90</sup> Allant de l'exemption à la tarification au quintal pour la viande ou les produits laitiers, ou sous forme de taux pour les métaux, vêtements...

<sup>91</sup> Règlement d'exécution (UE) 2018/1602 du 11 octobre 2018 modifiant l'annexe I du règlement (CEE) n°2658/87 relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun, JOUE du 31 octobre 2018, L273/1.

<sup>92</sup> Op.cit., page 421.

L'exigence impérieuse d'application du principe de réciprocité, au fondement des relations économiques internationales, doit-elle renvoyer au nécessaire confinement de la réponse protectionniste aux fins d'éviter la guerre commerciale, ou au contraire faire de l'exception protectionniste une composante essentielle de l'ordre public de l'Union ? L'avis 2/15 de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 16 mai 2017<sup>93</sup> serait-il en ce sens dans la mesure où il aurait pour effet de rendre nettement plus difficile le processus de conclusion d'accords de libre-échange (ALE) approfondis avec les pays tiers ?

23. Rappelons en premier lieu que la part des ALE dans le commerce mondial représente environ la moitié des échanges<sup>94</sup>. Rappelons en second lieu, pour tempérer cette observation générale, que l'Union n'a pour autant conclu aucun ALE avec ses deux partenaires commerciaux principaux que sont les États-Unis et la Chine. Concernant les États-Unis, l'échec du Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) repousse *sine die* toute perspective d'accord économique global comme il a pu en être conclu avec son voisin le Canada<sup>95</sup>. Concernant la Chine, le principe d'une négociation d'ALE avec l'Union n'est tout simplement pas à l'ordre du jour, alors que quinze ALE sont en vigueur<sup>96</sup> entre la Chine et ses partenaires commerciaux. Reprenant très brièvement le raisonnement de l'avis 2/15, selon la CJUE, si l'ALE en cause revêt la qualification d'accord mixte de libre-échange, dont les domaines négociés ne relèvent pas de la seule compétence de l'Union au visa de l'article 207 TFUE, alors l'ALE ne peut être conclu que conjointement par l'Union et l'ensemble des États membres. Autrement dit, là où l'on imaginait que la conclusion de l'accord serait une formalité, elle relève en vérité de la gageure mâtinée d'incertitude liée à l'exigence de l'unanimité. Dans ce cas précis, l'ordre juridique de l'Union, par la voix de la CJUE, protège cette entité supranationale contre ses propres excès à l'endroit du libre-échange et la met en garde contre l'écueil d'en oublier les limites de ses compétences.
24. Ainsi, pour générer des externalités positives, l'exception protectionniste doit pouvoir s'exercer à une échelle territoriale et économique suffisamment importante. Cette hypothèse, pour être vérifiée en pratique, implique le développement d'une gouvernance politique européenne qui manque cruellement à ce jour. Paradoxalement, la déconfiture de LEHMANN BROTHERS<sup>97</sup> a eu notamment pour effet de générer une telle exception protectionniste à la faveur d'une convergence politique européenne de circonstance. Devant le risque d'effondrement du système financier, il s'agissait de déterminer non pas les conditions dans lesquelles les banques d'importance significative devaient être régulées, mais plutôt comment ces banques devaient être sauvées et redressées par les

<sup>93</sup> Assemblée plénière, 16 mai 2017, ECLI :EU :C :2017 :376. Voir aussi TTIP and Beyond...Negotiating and implementing the EU's Free Trade Agreements in an uncertain environment, LawTTIP Joint Conference, Jean Monnet Network, The uncertain negotiating and concluding process of TTIP and other FTAs: exclusive, shared or mixed competences? Faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes 1, 15 et 16 juin 2017.

<sup>94</sup> UNCTAD, *Key Statistics and trends in Trade Policy 2018, Trade tensions, implications for developing countries*, 4 february 2019, page v: "As of 2017, about half of world trade has occurred under some form of PTA [Preferential Trade Agreement]".

<sup>95</sup> Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, JOUE 14 janvier 2017, L11/23.

<sup>96</sup> <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2018/01/05/chine-les-accords-de-libre-echange-conclus-ou-en-cours-de-negotiation>.

<sup>97</sup> L'éclatement de la bulle immobilière américaine en 2006-2007 combiné à la titrisation (voir GRANIER T., *Vision économique et définition juridique de la titrisation, l'intérêt d'une confrontation*, revue trimestrielle de droit financier, n°2009/4, page 104) massive des créances bancaires correspondantes contractées auprès de ménages devenus insolvables ont produit un effet de contagion et d'exposition de tous les détenteurs de ses titres à un risque baissier significatif. Ce fut le cas pour LEHMAN BROTHERS, qui détenait des quantités très élevées de ces actifs titrisés dans son bilan.

États, y compris par voie de nationalisation – observée de manière d'autant plus spectaculaire qu'inattendue aux États-Unis<sup>98</sup> – dont on peut rapprocher le sens de celui visé à l'article 9 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. » Cet épisode de l'histoire récente témoigne en outre d'une capacité significative de création juridique – en particulier au travers de l'Union bancaire<sup>99</sup> – pour protéger ou soutenir un secteur d'activité considéré comme stratégique, ou plutôt systémique<sup>100</sup>. Ne s'agit-il pas précisément d'une démarche protectionniste décidée au plus haut niveau de l'Union ? Par un jeu de miroir déformé, la Suisse serait ainsi victime du protectionnisme de l'Union sur fond d'entrave réglementaire à la libre circulation des capitaux, même si le grief sous-jacent concerne les aspects prudents : « on ne peut que constater la présence d'une forte tendance protectionniste à cet égard au sein de l'Union européenne (UE)...l'UE prévoit, au titre de la directive MiFID II, la possibilité pour les pays tiers d'obtenir un passeport européen dépendant de la reconnaissance par la commission d'une équivalence du cadre réglementaire et de la surveillance. Néanmoins, cette procédure de reconnaissance est très incertaine et politique, car ni son octroi ni sa pérennité ne sont garantis par des critères objectifs<sup>101</sup>. » La prétendue contrariété apportée par l'Union à la liberté de circulation des capitaux produit alors une forme d'adaptation de l'environnement économique de la Suisse à la faveur de la liberté d'établissement : « Ce protectionnisme est d'autant plus dommageable pour la place financière helvétique qu'il pousse les banques suisses à développer leurs activités par l'établissement de filiales ou de succursales au sein de l'UE<sup>102</sup>. » La question des fondements sur lesquels ces opérations de protection du système bancaire et financier de l'Union ont été réalisées méritera attention. Émerge alors naturellement la question de la causalité de cette crise financière : « On remet ...aussi en cause la libre circulation des capitaux, en raison de la taille croissante des dettes et actifs extérieurs bruts<sup>103</sup>... » Est-ce à dire que le principe d'une restriction de la libre circulation des capitaux doit être mis en œuvre dans la mesure où il s'agit de la seule liberté économique trouvant à s'appliquer *erga omnes* au visa de l'article 63§1 TFUE ? Cette question ne se limite pas à un intérêt rétrospectif d'analyse des causes de la crise. Elle revêt encore une actualité intacte et un intérêt prospectif majeur compte tenu de l'importance des mouvements de capitaux et de l'endettement, ce dernier élément constituant le terreau favorable d'une nouvelle crise potentielle, dont le niveau s'est même aggravé dix années après la grande récession : “Another legacy of the crisis is the very high level of public debt in many advanced countries, meaning that governments are increasingly willing to resort to financial repression<sup>104</sup>.” Surtout, mettre en œuvre la protection juridique du système à l'origine de crises successives est-il suffisant ? Est-il même pertinent ?

<sup>98</sup> Troubled Asset Relief Program, Emergency Economic Stabilization Act of 2008, Public Law 110-343, page 122 stat. 3765, enacted October 3, 2008.

<sup>99</sup> BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 3<sup>ème</sup> édition, 2016, 950 pages.

<sup>100</sup> GAUDEMET Antoine, *Le risque de système – État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités Collège de France*, 29 mars 2016.

<sup>101</sup> BRAILLARD Philippe, *La place financière suisse confrontée au protectionnisme de l'UE*, Le Temps, 24 septembre 2018.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> ARTUS Patrick, *Les nouvelles énigmes de l'économie mondiale*, Les Échos, 27 décembre 2017.

<sup>104</sup> European Central Bank, *The side effects of national financial sector policies, Framing the debate on financial protectionism*, occasional papers series, September 2015, n°166, page 27; Voir aussi HIAULT Richard, *L'économie mondiale enregistre un endettement record*, Les Échos, 4 et 5 janvier 2019. L'endettement est ainsi estimé par le FMI à 225% de la richesse mondiale qui s'élève quant à elle à environ 80000 milliards de dollars pour 2017.



## §2 : L'exception protectionniste, étalon de souveraineté à l'échelle de l'Union

En filigrane de ces prolégomènes revient de manière lancinante la question de l'extension du concept de souveraineté à l'échelle de l'Union, à laquelle l'exception protectionniste apporterait sa contribution. Elle pourrait ainsi constituer un mode de protection de l'intérêt de l'Union tout en permettant une combinaison vertueuse de souverainetés entre les États membres et l'Union.

25. **Mode de protection de l'intérêt de l'Union** – Dans une perspective citoyenne, il semble utile de compléter l'analyse qui suit, exacte à l'échelle d'un État isolé, mais qui peut être dépassée pour être pensée à l'échelle de l'Union et de ses États-membres : « si le citoyen se situe au centre d'une communauté composée de plusieurs sphères, correspondant à son environnement local, régional, national et international, en règle générale, il ne peut guère se faire entendre au-delà du cadre national<sup>105</sup>. » Considérons à cet égard que le citoyen de l'Union a cette chance de pouvoir faire entendre sa voix au-delà de l'État membre par le truchement du Parlement européen, seule institution de l'Union dont les représentants sont élus au suffrage universel direct. À l'échelle de l'Union, il s'agirait de servir cette entité supranationale en assurant la défense de ses intérêts non seulement économiques, mais aussi sociaux et environnementaux regroupés dans le seul intérêt général de l'Union. Sur le plan téléologique, l'exception protectionniste n'a effectivement de sens que pour assurer la sauvegarde ou l'amélioration du bien-être des populations au sens large. Dès lors, se situant à rebours de la théorie de la filière inversée de GALBRAITH<sup>106</sup> conduisant à la surproduction, les mesures protectionnistes doivent encourager le cercle vertueux qui doit démarrer de l'emploi, créateur de pouvoir d'achat, générateur de consommation (demande), inducteur de production de biens et services de manière spécialisée à l'intérieur de l'Union (origine de l'offre), générateur de richesse. La transition énergétique ne constitue-t-elle pas une formidable opportunité en ce sens ? Dans ce versant positif, l'exception protectionniste prendrait alors la forme d'un instrument de promotion économique avantageux en ce qu'elle vise à soutenir le développement d'un secteur en devenir. Dans son versant défensif, la protection de l'intérêt de l'Union se traduirait par l'objectif de maintien ou de redressement d'un secteur en difficulté en raison de la concurrence extérieure. Une conception extensive de la protection pourrait-elle dès lors faire émerger l'idée, moins intuitive, que le protectionnisme serait susceptible de contenir une composante sociale et environnementale ? Au moyen de quelle exception protectionniste pourrait être assurée la protection de l'intérêt général de l'Union ? Pourrait-elle se présenter en tant que remède potentiel à la mise en concurrence sociale et environnementale des États membres entre eux – en l'absence de politique commune dans ses matières – et de l'Union avec les pays tiers, en particulier dans le cadre de ses ALE ? Le développement de la conditionnalité sociale et environnementale dans les négociations commerciales bilatérales constitue-t-elle un moyen « d'exporter vers les autres parties du monde des normes européennes élevées en matière de sécurité alimentaire, en matière de droit du travail, en matière environnementale<sup>107</sup>... » ? Dès lors l'exception protectionniste pourrait-elle représenter l'instrument juridique privilégié « d'égalisation dans le progrès<sup>108</sup> » à l'échelle mondiale ? Au sein de l'Union, privilégier la norme sociale la plus exigeante aura nécessairement pour effet vertueux de protéger les ressortissants de l'État membre qui l'applique, et pour effet pervers son isolement compétitif.

<sup>105</sup> GUEVREMONT Véronique, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruylant, 2013, page 8.

<sup>106</sup> *Le Nouvel État industriel, essai sur le système économique américain*, 1967, Gallimard, 1969, 504 pages. Étant précisé que GALBRAITH critiquait cette filière inversée théorisée par l'étude de l'économie de marché at ayant pour fondement que la « technostructure », le management des entreprises, imposait ses produits au consommateur.

<sup>107</sup> JUNCKER Jean-Claude, Commission européenne, *L'état de l'Union en 2018*, 12 septembre 2018, page 7.

<sup>108</sup> Traité de Rome, article 117, 25 mars 1957.

En revanche, pratiquée à l'échelle de l'Union, la clause sociale pourrait contribuer à l'influence normative, à l'instar du règlement appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées<sup>109</sup> (SPG). Pour autant, à la lumière de la déjà difficile proclamation d'un socle européen de droits sociaux à Göteborg le 17 novembre 2017 – premier sommet social européen depuis vingt années – l'Union est-elle véritablement bien placée pour ce faire ? La question se pose plus gravement encore en matière environnementale, où l'Union démontre tout à la fois son volontarisme législatif face aux enjeux climatiques – à commencer par la mise en place du système européen d'échanges de quotas d'émissions – et sa difficulté à atteindre ses propres objectifs<sup>110</sup> fixés en matière d'énergie et de lutte contre le changement climatique. Est-ce à dire que l'Union manque de moyens pour assurer la réalisation de ces objectifs ? Ou manque-t-elle tout simplement de compétence, d'instruments juridiques de protection à son échelle correspondant à ses ambitions, particulièrement en matière de transition énergétique ?

26. **Combinaison vertueuse de souverainetés** – La revue attentive des propos précédents révèle un dénominateur commun aux manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme. Le protectionnisme correspond à un principe d'organisation du monde économique existant à l'état latent ou activé, alternativement, depuis que les échanges commerciaux existent entre les différents niveaux de l'organisation sociale : « L'État imposa le système mercantile au protectionnisme acharné des villes et des principautés <sup>111</sup> ». Le protectionnisme a donc précédé le libre-échange tout comme le principe de souveraineté des États, fondement du droit international public. En tant que manifestation de volonté unilatérale de l'entité qui le met en œuvre, le protectionnisme serait-il l'étalon, l'instrument de mesure, voire le révélateur de cette souveraineté ? Lorsque Jean-Claude Juncker clame dans son dernier discours sur l'État de l'Union : « je n'aime pas l'unilatéralisme irrespectueux des attentes et des espoirs des autres. Je resterai toujours un multilatéraliste », qu'en est-il du respect des attentes et des espoirs des citoyens de l'Union ? La défaillance de l'OMC en tant qu'institution tout comme dans ses négociations commerciales multilatérales ne témoigne-t-elle pas du caractère anachronique ou à tout le moins partiel de cette profession de foi du président la Commission, pourtant garante de l'intérêt général au visa de l'article 17§1 TUE ? Comment concilier cette approche multilatérale affirmée à titre exclusif avec la volonté tout autant manifestée de conclure un grand nombre d'ALE ? N'est-ce pas l'apanage d'une entité pleinement souveraine de privilégier une approche holistique, où les actions multilatérales, bilatérales et unilatérales se complètent utilement ? Ces questions présentent une acuité particulière à la lumière de l'état de la diplomatie commerciale internationale en 2018, où le protectionnisme pourrait constituer l'ultime manifestation, ferme mais encore pacifique, de souveraineté de l'entité en cause : « the US does not need to win wars, it only needs to cause enough disruption to prevent the development of any serious challenge. As a result, international diplomacy in the 21<sup>st</sup> century will revolve around the need for other governments to strengthen institutions and coalitions both economically and politically to control US behaviour, while the US simultaneously works to attack or undermine them<sup>112</sup>. » Le concept de souveraineté doit donc être regardé sous différentes dimensions. Il peut d'abord se décliner sous l'angle du droit international. Le concept de souveraineté peut ensuite trouver des déclinaisons en matière économique, monétaire, budgétaire, fiscale, voire même sociale.

<sup>109</sup> Règlement (UE) n°978/2012 JOUE 31 octobre 2012, L303/10.

<sup>110</sup> À l'horizon 2020, l'Union devait avoir réduit ses émissions de gaz à effet de serre de 20% par rapport aux niveaux de 1990, avoir porté à 20% la part des énergies renouvelables dans la consommation d'énergie de l'Union, et amélioré l'efficacité énergétique de 20%.

<sup>111</sup> POLANYI Karl, 1983 (1944), *La grande transformation*, Gallimard, page 98.

<sup>112</sup> European Parliament, *Protectionism and international diplomacy*, Policy Department for external relations, PE 603.874 – June 2018.

Dans chaque cas, la notion de souveraineté renvoie à l'autonomie de l'entité qui l'exerce, à son indépendance au sens de liberté de manifester ses préférences collectives par des dispositions légales et réglementaires choisies, idoines dans son référentiel de valeurs sociales propres. Elle renvoie pour le juriste à la notion juridique de compétence. C'est dans ce contexte que l'on peut s'interroger sur la juxtaposition d'une souveraineté de nature double au sein de l'Union. D'abord, la classique souveraineté nationale, dont les populistes cherchent à s'octroyer l'exclusivité, usant et abusant du vecteur de la peur, existe au niveau de chaque État membre. À l'extrême, elle est susceptible de conduire à une manifestation de volonté démocratique<sup>113</sup> à rebours de l'intérêt général de l'entité qui la met en œuvre : le Brexit. C'est aussi par l'utilisation habile des écueils manifestes de cette souveraineté nationale au sein de l'Union que les États tiers protègent leur propre souveraineté, à l'instar de « la Russie », qui « poursuit, dans le cadre de ses relations bilatérales avec les États membres de l'Union, des objectifs susceptibles d'affecter l'unité politique fragile de l'Union<sup>114</sup>. » Dans ce contexte accru d'influence néfaste de la souveraineté nationale sur l'avenir de l'Union, la question se pose de la mise à l'échelle supranationale d'une souveraineté qui viendrait à la fois s'ajouter et compléter l'exercice de leur souveraineté nationale par ses États membres. Est-ce à dire que « l'heure de la souveraineté européenne a définitivement sonné<sup>115</sup> » ? Le lien, le liant entre ces deux formes de souveraineté, n'oubliant pas ses racines mais pouvant tout autant donner des ailes, est tout entier contenu dans la devise de l'Union : « unis dans la diversité ». C'est donc à cette notion d'unité<sup>116</sup>, dont on sait qu'elle est plus une question de degré que de nature, qu'il s'agit de s'attacher dans l'étude pour identifier des démonstrations ou tentatives d'affirmation de souveraineté de l'Union par le truchement de manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme. À ce titre, quoi de plus révélateur de la souveraineté d'une entité que sa fiscalité, autrement dit sa capacité à rechercher auprès de ses citoyens les contributions nécessaires à la mise en œuvre de ses politiques ? Serait-il permis d'envisager un impôt européen – aujourd'hui absent – en tant que manifestation fiscale du protectionnisme en vue d'encourager ou de dissuader l'investissement dans certains secteurs d'activité considérés comme stratégiques ? Les règles de majorité exigées en matière de fiscalité pourraient-elles être allégées en vue de permettre une fiscalité, donc une souveraineté européenne ? Faut-il plus radicalement encourager une révision des traités ?

27. Longtemps principale manifestation du protectionnisme par le niveau élevé des tarifs douaniers, le protectionnisme fiscal s'est étiolé pendant une longue période à la faveur du General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) de 1947, auquel a succédé l'OMC en 1994. Il ressurgit désormais tant par l'expression du protectionnisme primaire des États-Unis sous l'administration TRUMP qu'au soutien de considérations sociétales telles que la régulation financière ou la protection de l'environnement. Ce protectionnisme fiscal légitimerait ainsi l'entorse au principe d'égalité devant les charges publiques et au principe de neutralité fiscale par le bénéfice général attendu de la mesure. En pratique, l'entité souveraine opère un arbitrage ou un panachage entre investissement direct dans un domaine, création de niches fiscales et taxation comminatoire dans d'autres.

<sup>113</sup> Sous l'impulsion du référendum mis en œuvre par David Cameron du 23 juin 2016, dont les résultats furent 17 410 742 votes for « leave » EU (51.9%) versus 16 141 241 votes for « remain » (48.1%).

<sup>114</sup> RAPOPORT Cécile, *Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011, page 367.

<sup>115</sup> JUNCKER Jean-Claude, Commission européenne, *L'état de l'Union en 2018*, 12 septembre 2018, page 9.

<sup>116</sup> TRAN Christophe, *L'unité de l'Union sous l'angle du protectionnisme durable*, Annuaire de droit de l'Union européenne, 2017, pages 289 à 301.

Il en fut par exemple ainsi de la taxe carbone en France, dont seuls les climatosceptiques peuvent contester le bien-fondé dans sa finalité, qui s'est pourtant trouvée à la croisée d'une représentation de l'urgence de subsistance de certaines populations face à l'urgence de réduction des émissions au bénéfice de l'ensemble des populations. Le caractère indirect de cette taxe, dont la vertu indolore habituellement prêtée à la TVA était normalement attendue par l'État, s'est révélé de manière inopinée dans son versant socialement injuste par la colère du contribuable assujéti à la lumière du mouvement des « gilets jaunes<sup>117</sup> ».

28. De sorte que le consentement à l'impôt peut s'avérer intimement corrélé au sentiment de protection auquel il contribue de manière immédiate, défiant ainsi la rationalité fiscale sur le terrain sociologique : « la thèse de la crise fiscale est ambiguë, voire douteuse...la hausse des prélèvements obligatoires...liée pour une large part à l'explosion des dépenses sociales, n'a pas jusqu'ici conduit les grands États à la faillite...L'avenir de l'État-Providence est surtout un problème sociologique et politique [pas économique]<sup>118</sup> ». Si l'on met en perspective cette analyse à la lumière de l'essor de l'économie socialiste de marché de la Chine concomitant du libéralisme occidental en déclin, doit-on en déduire que la pérennité d'une civilisation reposerait probablement plus sur la fixation autoritaire des exigences collectives que sur la défense constitutionnelle de libertés économiques ? La défense des valeurs de l'Union ne mérite-t-elle pas au contraire une protection à sa mesure, beaucoup plus large par conséquent ? La communication de la Commission du 2 mai 2018 « pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend<sup>119</sup> » paraît en ce sens. Ainsi, il ne doit pas s'agir d'une simple juxtaposition ni encore moins d'un télescopage de souverainetés entre l'Union et ses États membres, mais plutôt d'une combinaison vertueuse de souverainetés dont les modes juridiques de protection ne s'opposent pas mais se conjuguent en vue de la constitution d'un ensemble solide au comportement unitaire face aux externalités négatives du libre-échange.
29. Répondre à toutes ces questions nécessite de prendre conscience que la teneur et l'ampleur des manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme constituent autant d'indices concordants dans le sens de la poursuite d'un intérêt supérieur : celui de l'entité qui les met en œuvre. Au sein de l'Union, il est manifeste que le seul intérêt de l'État membre ne saurait suffire à assurer la pleine efficacité de mesures protectionnistes. La légitimation de l'exception protectionniste ne peut dès lors intervenir qu'à raison de la défense de l'intérêt de l'Union dans son ensemble (**Partie I**).
30. Se pose alors avec insistance la question de la direction que pourrait prendre le protectionnisme sous une forme renouvelée, celle d'un mode durable de régulation du libre-échange. Dans cette perspective, il en résulte la nécessaire étude de l'exception protectionniste au soutien du développement durable de l'Union (**Partie II**).

---

<sup>117</sup> Mouvement social contestataire émergé en France des réseaux sociaux en octobre 2018, ayant donné lieu à des manifestations hebdomadaires et notamment eu pour effet politique la suspension de la hausse de la taxe carbone de même que d'autres mesures sociales. Voir en ce sens Loi n°2018-1213 du 24 décembre 2018 portant mesures d'urgences économiques et sociales, JORF n°0298 du 26 décembre 2018, texte n°1.

<sup>118</sup> LEROY Marc, Idéologie de la contrainte et performance budgétaire, in *Les réformes des finances publiques*, Op. cit., pages 29-30.

<sup>119</sup> COM(2018)321 final, SWD(2018)171 final, 2 mai 2018.

## PARTIE I : LA LEGITIMATION DE L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE PAR LA DEFENSE DE L'INTERET DE L'UNION

31. Sur le plan conceptuel de l'intégration européenne, l'exception protectionniste présente plus de mérites à l'échelle de l'Union qu'à l'échelle de l'État membre<sup>120</sup>. En effet, l'intérêt de l'Union doit être à la fois supérieur et inclusif de l'intérêt de chaque État membre : la raison d'être de l'Union consiste, au-delà de la réalisation du marché intérieur, à fédérer pacifiquement ses États membres autour des valeurs communes visées à l'article 2 TUE. Cela signifie en particulier, au visa de l'article 22 TUE, que l'unanimité est requise afin que « le Conseil européen identifie les intérêts et objectifs stratégiques de l'Union. » D'autre part, la cohérence et l'unité de l'exception protectionniste en droit de l'Union se manifestent notamment<sup>121</sup> par le truchement d'une défense commerciale résultant de sa politique commerciale commune. La rédaction du TFUE<sup>122</sup> ne laisse ainsi aucune ambiguïté sur le transfert de compétence exclusive de cette prérogative, essentielle, de l'action extérieure de l'Union, tant son influence sur le reste du monde s'avère plus économique que politique<sup>123</sup>. Dès lors, au-delà des nombreuses questions économiques et politiques<sup>124</sup> qui se rattachent aux instruments de défense commerciale, le juriste peut quant à lui s'interroger sur l'efficacité de ces législations au regard de l'objectif poursuivi qui réside dans la protection des parties prenantes que l'intérêt de l'Union englobe sans toutefois contrarier les possibilités d'accès au marché des pays tiers. Exercice particulièrement difficile en théorie, manifestement encore plus ardu en pratique. L'efficacité des instruments de défense commerciale en droit de l'Union peut ainsi se mesurer à l'aune de la protection juridique de l'Union contre la déloyauté commerciale internationale (**Titre I**). C'est l'objectif assigné aux législations antidumping et antisubvention en vigueur au sein de l'Union, dirigées contre les exportateurs déloyaux de certains pays tiers. L'efficacité de la défense commerciale européenne peut également s'apprécier au regard de ses mesures de sauvegarde (**Titre II**) applicables, qui sont susceptibles de produire des effets plus énergiques encore, à l'égard de l'ensemble des pays tiers. La mesure de l'efficacité de cette défense commerciale permettra de déterminer si les instruments de l'Union en la matière exercent une fonction prophylactique, régulatrice voire répressive.

---

<sup>120</sup> SAURUGGER Sabine, *Théories et concepts de l'intégration européenne*. Paris, Presses de Sciences Po, 2010, l'Union représentant une « gouvernance multiniveaux de type II », fondée sur des politiques de régulation, agissant indépendamment des représentants des États membres au niveau communautaire, page 239.

<sup>121</sup> La recherche de progressivité de la présente étude impose de limiter, dans ce titre, l'analyse de l'exception protectionniste à la politique commerciale commune de l'Union. Les aspects sociaux et environnementaux du protectionnisme seront traités dans la seconde partie.

<sup>122</sup> Art.3 §1 e) TFUE.

<sup>123</sup> JOANNIN Pascale. « L'Europe en 2025 : géant économique, nain politique ? » *Géoéconomie*, n°50 (1<sup>er</sup> juillet 2009), pages 79 à 85. [http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=GEOEC\\_050\\_0079](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=GEOEC_050_0079).

<sup>124</sup> Relevant *in fine* plus de la diplomatie de portefeuille.

## TITRE I : LA PROTECTION JURIDIQUE DE L'UNION CONTRE LA DELOYAUTE COMMERCIALE INTERNATIONALE

32. Franchissant un pas supplémentaire vers l'intégration, l'instauration du Tarif Douanier Commun le 1<sup>er</sup> juillet 1968 a eu pour corollaire la création d'une barrière tarifaire déployée aux frontières de la Communauté économique européenne (CEE), alors composée de six États membres. L'Union douanière prenait donc forme et le régime de mise en libre pratique des produits<sup>125</sup> en provenance de pays tiers se mettait en place. Le pendant interne de cette union douanière résidait dans la mise en place progressive du marché intérieur permis par l'affirmation des quatre libertés économiques de circulation.
33. Selon André COMTE-SPONVILLE, le capitalisme<sup>126</sup> serait amoral<sup>127</sup>, en particulier parce qu'il n'est pas fondé sur des valeurs. Pourtant, le fonctionnement des affaires, donc de l'économie, réelle à tout le moins, nécessite l'application constante dans le temps et dans l'espace d'un principe érigé en valeur : la loyauté. Celle-ci se matérialise au niveau microéconomique par la conclusion du contrat, atome juridique relationnel de l'entreprise, permettant la rencontre des volontés et la conciliation des intérêts privés par application du principe « de bonne foi<sup>128</sup> » recouvrant la notion de loyauté. Au niveau macroéconomique, l'émergence d'intérêts contradictoires susceptibles de s'entrechoquer relève notamment du fait que chaque entité souveraine cherche à favoriser ses intérêts propres. Dès lors, de manière à la fois structurelle et minoritaire, cette situation favorise la survenance de la déloyauté commerciale par le fait des entreprises comme des pays dans lesquels ils exercent leur activité. Ainsi, la concurrence mondiale fondée sur le libre-échange constitue le terreau favorable de la déloyauté commerciale à l'échelle des entités souveraines au bénéfice des entreprises locales par comparaison avec les entreprises ayant des contrôles établis dans des pays tiers. Cette déloyauté commerciale internationale présente un symptôme : le prix à l'exportation du bien ou service concerné se trouve anormalement bas. La cause en est fréquemment la pratique d'un dumping par les entreprises exportatrices, mais aussi le fait que ces agents économiques puissent bénéficier de subventions de l'État ou de ses émanations. Les effets pour l'entité souveraine importatrice et le tissu économique local sont potentiellement dévastateurs. D'une part, les entreprises locales du même secteur peuvent se trouver évincées du marché en cause à mesure que les partenaires économiques – en ce compris les consommateurs qui sont autant de citoyens européens susceptibles d'agir dans l'intérêt de l'Union mais aussi à ses dépens – succombent aux prix bas. D'autre part, une fois que l'industrie de l'importateur aura périclité, l'exportateur ou le groupe d'exportateurs pratiquant initialement le dumping pourront réviser leurs prix à la hausse en raison de leur domination du marché.

---

<sup>125</sup> Relevant de la nomenclature combinée (NC) qui récapitule toutes les formes de marchandises connues, y compris les éléments radioactifs, NC 2844 s., page 200 (sous l'empire des trois communautés européennes, économique, du charbon et de l'acier, et de l'énergie atomique (Euratom, en vigueur).

<sup>126</sup> Entendu, selon le Larousse, comme système de production dont les fondements sont l'entreprise privée et la liberté du marché, ce qui décrit de manière assez juste le marché intérieur de l'Union.

<sup>127</sup> COMTE-SPONVILLE André, *Le capitalisme est-il moral ?* Albin Michel, 2004.

<sup>128</sup> En droit français, selon l'article 1104 du code civil, ce principe liminaire du droit des contrats est d'ordre public, révélant ainsi une condition nécessaire à la vie et à la fluidité des affaires, renvoyant, dans son pendant relationnel, à la confiance.

34. Ces comportements déloyaux d'États et d'entreprises méritent d'être combattus sur le fondement d'une certaine éthique des affaires : c'est la raison d'être des législations antidumping et antisubvention de l'Union, largement inspirées du droit commercial multilatéral. Pour autant, cette première catégorie<sup>129</sup> d'instruments de défense commerciale n'est pas exempte de vices (**Chapitre I**) si on les analyse sous l'angle de la protection de l'intérêt de l'Union. C'est la raison pour laquelle il apparaît utile d'identifier les voies d'amélioration de la défense commerciale de l'Union contre les pratiques déloyales issues des pays tiers (**Chapitre II**).

---

<sup>129</sup> La seconde catégorie d'instrument de défense commerciale réside dans les mesures de sauvegarde.

## CHAPITRE I : LES ECUEILS DES REGIMES ANTIDUMPING ET ANTISUBVENTION EN DROIT DE L'UNION

35. Les modes de protection juridique de l'Union contre la déloyauté commerciale internationale ne sont pas simplement utiles, mais nécessaires. Les institutions de l'Union en ont très rapidement pris conscience puisque les premières législations antidumping et antisubvention ont été mises en place dès 1968 sous forme de règlement. De nombreux autres règlements ont succédé à cette législation originelle, notamment dans le but de définir, clarifier, détailler, voire d'illustrer le régime. Toutefois, on ne peut que constater, au-delà de l'existence et de la complexité des textes en vigueur, une aporie manifeste entre la théorie séduisante et la pratique peu impactante des instruments antidumping et antisubvention en termes de flux commerciaux. En effet, seulement 0,31% des importations faisaient l'objet de mesures antidumping et/ou antisubvention en 2017 dans l'Union<sup>130</sup>. Est-ce à dire que les échanges commerciaux entre l'Union et le reste du Monde sont empreints de loyauté à hauteur de 99,69% ? Qu'il nous soit permis d'en douter. Il semble en revanche plus probable que les mesures antidumping et antisubvention recèlent un certain nombre d'écueils.

Ces écueils résultent d'une part de vices dans la conception même des mesures. Ainsi, les régimes antidumping et antisubvention du droit de l'Union subissent l'influence dirimante du droit commercial multilatéral (**Section 1**). D'autre part, de nouveaux écueils trouvent leur source dans le mécanisme de réunion des conditions d'application de cette catégorie d'instrument de défense commerciale (**Section 2**).

---

<sup>130</sup> Trente-sixième rapport annuel de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de l'Union européenne (2017), COM(2018)561 final SWD(2018) 392 final, page 3, 31 juillet 2018.



Section 1 : L'influence du droit commercial multilatéral sur les régimes antidumping et antisubvention en droit de l'Union

36. Le droit commercial international résultant de l'évolution du General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) de 1947 jusqu'à l'institution de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) constitue la source d'inspiration majeure des règlements antidumping et antisubvention dans le droit de l'Union. À la lumière de sa genèse<sup>131</sup>, du contexte international actuel et de l'évolution probablement défavorable du multilatéralisme commercial, cette inspiration apparaît sinon contestable, à tout le moins discutable (§1). Par ailleurs, la divergence fondamentale d'approche qui existe entre l'Union et l'OMC n'est pas étrangère à l'incompatibilité croissante de l'influence de cette institution multilatérale sur l'Union (§2).

§1 : La discutable inspiration du droit de l'OMC

37. L'histoire des textes régissant les mesures antidumping et antisubvention en droit de l'Union mérite attention au regard de l'influence du droit commercial multilatéral sur cette législation.

On observera ainsi la pente progressive qui a conduit l'Union à adopter des règlements toujours plus dépendants des dispositions du droit de l'OMC en la matière (A). Cette assimilation du droit de l'OMC dans la protection juridique de l'Union contre la déloyauté commerciale internationale pose la question de son opportunité, à la faveur d'une vaste et constante remise en cause de l'ordre juridique commercial international qui en compromet la pérennité (B).

A. De la convergence législative à la dépendance juridique des régimes antidumping et antisubvention de l'Union à l'égard du droit de l'OMC

38. Depuis l'institution de son premier règlement (CEE) n°459/68 du Conseil relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne du 5 avril 1968, l'Europe n'a cessé de faire converger cette législation avec celle du droit commercial multilatéral (1), grevant par là même son indépendance en matière de répression de la déloyauté commerciale internationale (2).

1. La convergence des législations antidumping et antisubvention

39. La déclinaison législative de la défense commerciale commune de l'Union en matière de commerce déloyal issu des pays tiers résulte de l'influence historique du GATT de 1947 (a). Cette influence s'est par ailleurs maintenue avec l'institution de l'OMC par l'accord de Marrakech (b).

<sup>131</sup> « Ce sont les Etats-Unis qui, pour l'essentiel, ont écrit la réglementation et créé les institutions touchant à la mondialisation. » STIGLITZ Joseph, *Combattre la mondialisation du mécontentement*, Les Echos, 14 décembre 2017. Plus précisément, Les Etats-Unis, grands vainqueurs de la seconde guerre mondiale, ont dicté les règles commerciales propices à leur développement économique, en particulier en direction de l'Europe à reconstruire. La question de l'accès aux marchés des pays tiers et donc du libéralisme à l'échelle mondiale était dès lors centrale pour les Etats-Unis et devait être dictée par ses soins en raison de sa suprématie sur la scène internationale.

a. Le développement de l'influence du GATT de 1947 dans la réponse juridique européenne au commerce déloyal issu des pays tiers

40. L'évolution des règlements européens antidumping et antisubvention témoigne d'une succession de règlements de base faisant l'objet de multiples modifications jusqu'à leur remplacement par un nouveau règlement de base. Il en fut ainsi en 1979<sup>132</sup>, en 1984<sup>133</sup>, en 1988<sup>134</sup>, en 1994<sup>135</sup>, en 1996<sup>136</sup>, en 1997<sup>137</sup>, en 2009<sup>138</sup>, année des derniers règlements de base entrés en vigueur juste avant le Traité de Lisbonne. En 2016<sup>139</sup>, deux règlements de base supplémentaires sont venus compléter cette liste.

Dès la genèse de la défense commerciale européenne, le règlement (CEE) n°459/68 témoigne de l'inspiration explicite du droit commercial multilatéral, en particulier de l'article VI du GATT de 1947 ainsi que de l'accord relatif à la mise en œuvre de cet article. En effet, le 6<sup>ème</sup> considérant dudit règlement<sup>140</sup> prévoit expressément que son contenu doit respecter les règles commerciales multilatérales. Cette exigence se justifie juridiquement par le fait que tant la C.E.E. que les six États membres qui la composaient alors étaient parties au GATT de 1947. On observe toutefois que, fort heureusement, l'article VI du GATT ne figure pas au visa de l'acte législatif étudié. Ce qui n'a pas empêché la Commission de préférer s'inspirer des règles commerciales multilatérales plutôt que des législations nationales de défense commerciale des États membres, dont les différences<sup>141</sup> auraient pu être capitalisées pour construire de nouveaux instruments sur une base purement européenne. On relève en outre que, dès la période de transition vers l'union douanière, « les mesures de défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions de la part de pays non membres de la C.E.E. représentent un des éléments importants de la politique commerciale commune<sup>142</sup> ».

41. À partir de 1979, l'influence du droit commercial multilatéral se fait plus forte encore. Ainsi, le règlement de base (CEE) 3017/79 du 20 décembre 1979, qui annule et remplace le premier règlement n°459/68, invoque, dès son deuxième considérant, non plus le respect, mais la « conformité avec les obligations internationales existantes ». Cette gradation sémantique se conjugue avec un troisième considérant qui nous informe de ce que le législateur européen détermine sa défense commerciale « à la lumière des accords de 1979 », ceux résultant des négociations commerciales multilatérales du Tokyo Round<sup>143</sup>. Il se limite ainsi à établir une forme de code suiveur des règles commerciales multilatérales en matière de lutte contre le dumping et les subventions. En revanche, le règlement de base (CEE) 2176/84 n'apporte pas d'exigence de conformité supplémentaire aux règles commerciales multilatérales en matière de dumping et de subvention.

<sup>132</sup> Règlement (CEE) 3017/79 du 20 décembre 1979, JOCE 31 déc. 1979, N° L 339/1.

<sup>133</sup> Règlement (CEE) 2176/84 du 23 juillet 1984, JOCE 30 juil. 1984, N° L 201/1.

<sup>134</sup> Règlement (CEE) 2423/88 du 11 juillet 1988, JOCE 2 août 1988, N° L 209/1.

<sup>135</sup> Règlement (CE) 3283/94 (Antidumping) du 22 décembre 1994, JOCE 31 déc. 1994, N° L 349/1 et Règlement (CE) 3284/94 (Antisubvention) du 22 décembre 1994, JOCE 31 déc. 1994, N° L 349/22.

<sup>136</sup> Règlement (CE) 384/96 (Antidumping) du 22 décembre 1995, JOCE 6 mars 1996, N° L 56/1.

<sup>137</sup> Règlement (CE) 2027/97 (Antisubvention) du 6 octobre 1997, JOCE 21 oct. 1997, N° L 288/1.

<sup>138</sup> Règlement (CE) 1225/2009 (Antidumping) du 3 novembre 2009, JOUE 22déc. 2009 N° L 343/51 et Règlement (CE) 597/2009 (Antisubvention) du 11 juillet 2009, JOUE 18 juil. 2009, N° L 188/93.

<sup>139</sup> Règlement (UE) 2016/1036 (Antidumping) du 8 juin 2016, JOUE 30 juin 2016 N° L 176/21 et Règlement (UE) 2016/1037 (Antisubvention) du 8 juin 2016, JOUE 30 juin 2016, N° L 176/55.

<sup>140</sup> « Considérant que, compte tenu des engagements internationaux de la Communauté et des États membres, le présent règlement doit être établi dans le respect des règles posées par l'article VI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ainsi que par l'accord relatif à la mise en œuvre de cet article ».

<sup>141</sup> 3<sup>ème</sup> considérant du règlement (CEE) 459/68.

<sup>142</sup> *Ibidem*, 2<sup>ème</sup> considérant.

<sup>143</sup> De septembre 1973 à avril 1979.

On relève simplement des volontés de précision de certaines règles. Le règlement 2423/88 s'inscrit dans le même sillage, le législateur européen tirant notamment de sa pratique antérieure « la nécessité de définir de façon plus précise certaines des règles à appliquer et des méthodes à suivre dans le contexte des procédures antidumping<sup>144</sup> ».

b. Le maintien d'une législation antidumping et antisubvention européenne fidèle à l'accord de Marrakech

42. Après 1979, l'année 1994 s'avère majeure en matière de législation antidumping et antisubvention européenne. La raison en est à la fois simple et édifiante : il s'agit de l'avènement de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), non sans la participation active de l'Union européenne. L'accord de Marrakech du 15 avril 1994 marquant le succès de l'Uruguay Round<sup>145</sup> avait notamment pour conséquence de modifier l'accord sur la mise en œuvre de l'article VI du GATT. Le Conseil de l'Union a dès lors opéré deux catégories de modifications à la législation antérieure. D'une part, alors que les règlements précédents regroupaient les règles applicables tant en matière de dumping que de subvention, chacun de ces deux types de mesures relativement similaires aura désormais son règlement propre<sup>146</sup>. D'autre part, le Conseil de l'Union européenne entreprend « de transposer, dans toute la mesure du possible, le langage des nouveaux accords dans le droit communautaire<sup>147</sup> ». L'utilisation du verbe « transposer » ne peut être neutre dans un texte d'une telle importance. Elle correspond à l'idée que le législateur de l'Union peut avoir du droit commercial multilatéral au regard de sa politique commerciale commune. C'est l'idée que l'OMC impose des règles sous forme de directives à ses membres dont fait partie l'Union européenne, dans le même esprit que l'Union impose des directives à ses États membres. Une différence mérite toutefois d'être relevée dans la célérité, autrement supérieure à celle rencontrée au niveau des États membres, de transposition en droit de l'Union des règles de l'OMC en matière de dumping et de subvention. En effet, tant le règlement antidumping (CE) 3283/94 que le règlement antisubvention (CE) 3284/94 sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995, soit très exactement au même moment que l'accord de Marrakech.
43. Un tempérament doit toutefois être apporté à cette analyse. Il témoigne de la marge de manœuvre laissée par le législateur au juge dans son appréciation de cette exigence de conformité au droit de l'OMC. Il se trouve dans le 5<sup>ème</sup> considérant ci-dessus commenté du règlement de base en ce sens que le législateur prévoit la transposition des règles de l'accord antidumping de l'OMC en droit de l'Union « dans toute la mesure du possible ». L'explication de cette formulation peut être lue au point 52 de l'arrêt C-21/14 P - Commission / Rusal Armenal du 16 juillet 2015 : « En effet, ainsi que Mme l'avocat général l'a relevé aux points 44 et 46 de ses conclusions, cette expression doit être comprise dans le sens que même si le législateur de l'Union entendait tenir compte des règles de l'accord antidumping lors de l'adoption du règlement de base, il n'a, cependant, pas manifesté la volonté de procéder à une transposition de chacune de ces règles dans ledit règlement. » Ce pouvoir d'appréciation donnera lieu à des décisions divergentes au niveau du Tribunal et de la Cour<sup>148</sup>.

Bien que le règlement 3283/94 se soit fixé une nouvelle fois comme objectif de clarifier certaines règles antidumping, en particulier concernant le calcul de la valeur normale<sup>149</sup>, ce

<sup>144</sup> 32<sup>ème</sup> considérant du règlement (CEE) 2423/88.

<sup>145</sup> De 1986 à avril 1994.

<sup>146</sup> 3<sup>ème</sup> considérant du règlement (CE) 3283/94 : « ... compte tenu de la nature différente des règles nouvelles applicables au dumping et aux subventions... ».

<sup>147</sup> 5<sup>ème</sup> considérant du règlement (CE) 3283/94.

<sup>148</sup> V. infra, L'émergence d'une dépendance de l'Union, dépendance jurisprudentielle.

<sup>149</sup> 6<sup>ème</sup> considérant du règlement (CE) 3283/94.

règlement s'est avéré contenir des erreurs importantes<sup>150</sup> de l'aveu même du législateur. Il a donc été très rapidement abrogé et remplacé par le règlement (CE) 384/96 du 22 décembre 1996, dont la longévité en tant que règlement de base sera nettement plus importante. On relève une nouvelle fois le « souci de clarté, de transparence et de sécurité juridique<sup>151</sup> » du législateur, objectif repris *in extenso*<sup>152</sup> dans le règlement antisubvention (CE) 2026/97 du 6 octobre 1997, qui abroge et remplace le règlement de base 3284/94. Comme pour le règlement antidumping 384/96 qui sera abrogé et remplacé par le règlement (CE) 1225/2009 du 30 novembre 2009, il faudra attendre plus de dix années pour que le règlement de base antisubvention 2026/97 soit quant à lui abrogé et remplacé par le règlement (CE) 597/2009 du 11 juin 2009. Ces deux règlements ont, « dans un souci de clarté et de rationalité<sup>153</sup> », été abrogés et remplacés par les règlements antidumping (UE) 2016/1036 et antisubvention 2016/1037 du 8 juin 2016, entrés en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2016. Depuis, ces règlements ont une nouvelle fois été modifiés par le règlement (UE) 2017/2321 du 12 décembre 2017 dans le sens d'une extension des marges de manœuvre de la Commission concernant le calcul de la valeur normale en matière de dumping<sup>154</sup> et de la détection puis de l'intégration de nouvelles subventions durant l'enquête<sup>155</sup>. Le partenaire commercial visé est clairement la Chine, ainsi que l'on peut le lire dans le document de travail<sup>156</sup> particulièrement complet et étayé de la Commission à cet égard, en référence au 4<sup>ème</sup> considérant du règlement 2017/2321. Le différend DS516 de la Chine contre l'Union du 12 décembre 2016 concernant la méthode de comparaison des prix est à ce titre pendant devant l'ORD.

44. Cette posture de l'Union en tant que promoteur des négociations commerciales multilatérales se manifeste donc par une volonté affirmée de s'inspirer fidèlement des règles de l'OMC. Elle a pour effet pervers de la rendre dépendante de ce mode de création de droit dans le cadre de sa politique commerciale commune, en particulier dans la conception de sa défense commerciale.

## 2. L'émergence d'une dépendance de l'Union au droit de l'OMC

45. De façon paradoxale, l'Union, au fur et à mesure de son évolution vers le statut d'entité souveraine supranationale<sup>157</sup>, sans toutefois aller jusqu'au stade fédéral, témoigne d'une dépendance de plus en plus prégnante à l'égard de la législation antidumping et antisubvention du droit de l'OMC. Ainsi que l'écrit Vincent BOUHIER dans la conclusion générale de sa thèse consacrée à la défense commerciale de l'Union<sup>158</sup> : « La Communauté européenne et l'OMC sont devenues trop interdépendantes pour que leurs objectifs ne s'articulent pas autour de la défense commerciale [...] Aussi la défense commerciale doit-elle être confortée. Afin d'aboutir à un renforcement satisfaisant, celui-ci doit s'opérer dans les différents systèmes juridiques dont elle dépend, c'est-à-dire celui de la Communauté européenne et celui de l'OMC. »

<sup>150</sup> 32<sup>ème</sup> considérant du règlement (CE) 384/96.

<sup>151</sup> 34<sup>ème</sup> (et dernier) considérant du règlement (CE) 384/96.

<sup>152</sup> 37<sup>ème</sup> (et dernier) considérant du règlement (CE) 2026/97.

<sup>153</sup> Considérant (1), règlement (UE) 2017/2321 du 12 décembre 2017, JOUE du 19 décembre 2017, L338/1.

<sup>154</sup> Article 1 du règlement (UE) 2017/2321 du 12 décembre 2017

<sup>155</sup> *Ibidem*, article 2.

<sup>156</sup> European Commission, Commission staff working document on significant distortions in the economy of the people's republic of China for the purposes of trade defence investigations, SWD(2017)483/2 final, 20 December 2017.

<sup>157</sup> Par le jeu de transferts de compétence des États membres, de l'acquisition de la personnalité juridique, de la négociation au nom de l'ensemble des États membres...

<sup>158</sup> BOUHIER Vincent, *La défense commerciale de la Communauté européenne : du bien-fondé d'un instrument identitaire*, Thèse de doctorat, Université de Nantes. Faculté de droit et des sciences politiques, 2005, Bruylant, 2011, pages 639-640.

On observe effectivement que cette défense commerciale antidumping et antisubvention de l'Union présente tant une dépendance textuelle (a) que jurisprudentielle (b) à l'égard du droit de l'OMC.

#### a. La dépendance textuelle de l'Union au droit de l'OMC

46. Dans son article 21 concernant les dispositions générales relatives à l'action extérieure de l'Union, le TUE prévoit notamment que « L'action de l'Union sur la scène internationale repose sur...le respect des principes de la charte des Nations unies et du droit international. » Puis le paragraphe 2 du même article indique : « L'Union définit et mène des politiques communes et des actions ...afin : [...] h) de promouvoir un système international fondé sur une coopération multilatérale renforcée... »

En matière de défense contre les pratiques de dumping et de subvention, le législateur de l'Union semble aller encore au-delà de la lettre de l'article 21 TUE. Précisément, il s'agit plutôt d'intégration des règles commerciales multilatérales que de simple respect et de coopération. À ce titre, le règlement (UE) 2015/476 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2015, relatif aux mesures que l'Union peut prendre à la suite d'un rapport adopté par l'ORD de l'OMC concernant des mesures antidumping ou antisubvention, est particulièrement édifiant. Pourtant, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009, la procédure d'adoption d'un tel règlement relève du mécanisme de codécision institué par la procédure législative ordinaire. On en déduit en particulier l'absence d'opposition du Parlement européen, représentant pourtant les citoyens de l'Union, à cette dépendance vis-à-vis des règles de l'OMC.

En effet, dans ce texte succinct constitué de 3 visas, 9 considérants et 7 articles, il est permis à la Commission de fonder ses potentielles mesures d'exécution en matière de défense commerciale de l'Union sur un rapport de l'ORD issu de l'OMC. On peut dès lors s'interroger sur le point de savoir si le droit de l'OMC ne se trouve plus simplement être une source d'inspiration voire de conformité en droit de l'Union, mais plutôt la base juridique implicite voire même explicite sur laquelle repose une mesure de défense commerciale potentielle décidée par la Commission.

47. Cette typologie de règlement « suiveur », permettant de renvoyer à l'adoption d'un rapport de l'ORD, n'est toutefois pas nouvelle en droit de l'Union. En effet, le règlement (CE) n°1515/2001 que le règlement (UE) 2015/476 abroge par son article 6 contenait déjà cette référence explicite à la possibilité pour la Commission de prendre pour base juridique un rapport de l'ORD.

#### b. La dépendance jurisprudentielle de l'Union au droit de l'OMC

48. Cette gradation dans la dépendance textuelle des législations antidumping et antisubvention de l'Union se retrouve-t-elle dans la jurisprudence ? Très tôt dans l'histoire jurisprudentielle de la Cour, la question s'est posée de savoir quelles dispositions du GATT 1947 liaient la CEE. La réponse fut apportée dès 1972 à l'occasion de l'arrêt *International Fruit*<sup>159</sup> : « Dans toute la mesure où, en vertu du traité, la Communauté a assumé des compétences précédemment exercées par les États membres dans le domaine d'application de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), les dispositions de cet accord ont pour effet de lier la Communauté. » La dépendance du droit de l'Union aux règles du GATT se trouve donc validée très tôt par la jurisprudence européenne, ce qui ne choque pas dans son principe. En effet, la Communauté étant partie « contractante » au GATT, la signature de cet accord multilatéral l'obligeait juridiquement à respecter les termes de ce texte, en particulier l'article VI du GATT 1947. Cette

<sup>159</sup> Arrêt de la Cour du 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, affaires 21-24/72, Rec., p.1219, ECLI:EU:C:1972:115, voir note RIDEAU Joël, *Droit international et droit communautaire*, Cahiers de droit européen, 1973, pages 465 à 483.

dépendance est donc plus une question de degré, qui reste à déterminer, que de nature. La portée de cette obligation de suivre le droit commercial multilatéral peut s'analyser selon deux approches, à la fois verticale puis horizontale.

49. Selon une approche verticale, la question se pose de savoir à quel niveau le droit de l'OMC se situe dans la hiérarchie des normes du droit de l'Union. La jurisprudence est particulièrement constante à cet égard, et décide invariablement d'affirmer la primauté du droit de l'OMC sur les textes de droit dérivé en matière de droit antidumping, comme le précise par exemple le point 109 de l'arrêt *Since Hardware*<sup>160</sup> : « La primauté des accords internationaux conclus par la Communauté sur les textes de droit dérivé de l'Union commande d'interpréter ces derniers, dans la mesure du possible, en conformité avec ces accords. »
50. Selon une approche horizontale, il importe de rechercher dans quelle mesure les règles commerciales multilatérales antidumping et antisubvention peuvent être invoquées devant le juge européen.
- Tout d'abord, la question s'est posée de l'effet direct éventuel des accords de l'OMC sur le droit de l'Union. En effet, ainsi que l'écrit Pieter Jan KUIJPER dans son acte de colloque sur l'UE et la gouvernance mondiale : « ...les pères fondateurs de la Communauté n'étaient pas très originaux. En écrivant le traité de Rome, ils avaient devant eux le GATT qui existait déjà, et ils lui ont emprunté beaucoup de dispositions, qu'ils ont embellies dans un certain nombre de cas. Cela concernait surtout le marché intérieur, avec des notions comme la non-discrimination, et le domaine fiscal. Tout cela est très influencé par l'article III du GATT. À cet égard, la Cour a toujours beaucoup redouté de subir une influence rétrograde ... Il en résulte que la Cour a maintenant presque totalement verrouillé la non-application directe. D'un côté existe la crainte que la Communauté ne se retrouve dans une position fâcheuse vis-à-vis d'autres membres de l'OMC qui ne connaissent pas l'effet direct. Mais la Cour a également la hantise de devenir une grande Cour pour l'interprétation de l'OMC<sup>161</sup> ... »
51. Ensuite, et en principe, l'interprétation des règlements antidumping et antisubvention en droit de l'Union doit tenir le plus grand compte des accords internationaux, en particulier du code antidumping du GATT 1994. Pour illustrer cette jurisprudence bien établie, citons la formulation, contemporaine du règlement antidumping en vigueur, que l'on retrouve également au point 109 de l'arrêt *Since Hardware*<sup>162</sup> : « ...les textes de l'Union doivent être interprétés, dans la mesure du possible, à la lumière du droit international, en particulier lorsque de tels textes visent précisément à mettre en œuvre un accord international conclu par la Communauté, comme c'est le cas du règlement antidumping de base n° 1225/2009,

<sup>160</sup> Arrêt de la Cour du 18 septembre 2012, *Since Hardware (Guangzhou) c/Conseil*, (points 108-109), affaire T-156/11, ECLI:EU:T:2012:431, voir note IDOT Laurence, *Antidumping, droit de l'OMC et droit de l'Union, Europe, 2012, Novembre, commentaire n°11, page 47* ; dans le même sens : arrêts de la Cour du 10 septembre 1996, *Commission/Allemagne*, C-61/94, Rec. page I-3989, point 52 ; du 14 juillet 1998, *Bettati*, C-341/95, Rec. page I-4355, point 20 ; du 23 novembre 1999, *Portugal/Conseil*, C-149/96, Rec. page I-8395, point 49 ; du 9 janvier 2003, *Petrotub et Republica*, C-76/00 P, Rec. page I-79, points 56 et 57, et du Tribunal du 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic/Conseil*, T-35/01, Rec. page II-3663, point 138.

<sup>161</sup> La politique commerciale commune de l'UE dans le cadre de l'OMC, in LE BARBIER LE BRIS Muriel, *L'Union européenne et la gouvernance mondiale : quel apport avec quels acteurs ?* Bruxelles, Bruylant, 2012.

<sup>162</sup> Dans le même sens : arrêts de la Cour du 14 juillet 1998, *Bettati*, affaire C-341/95, Rec. p. I-4355, ECLI:EU:C:1998:353, ; du 23 novembre 1999, *Portugal/Conseil*, C-149/96, Rec. page I-8395, point 49, et du 9 janvier 2003, *C-341/95*, Rec. page I-4355, point 20, et *Petrotub et Republica/Conseil*, point 76 supra, point 57 ; arrêt du Tribunal du 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic/Conseil*, T-35/01, Rec. page II-3663, point 138, Arrêt du 27 septembre 2011, *Gul Ahmed Textile Mills / Conseil* T-199/04, Rec. page II-321 point 54, par suite du pourvoir, voir aussi Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, aff. C-638/11, Arrêt du 11 juillet 2013, *Hangzhou Duralamp Electronics / Conseil* T-459/07, point 80.

qui a été adopté pour satisfaire aux obligations internationales découlant de l'accord sur la mise en œuvre de l'article VI de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994. » Ensuite, se pose la question plus précise et pratique de savoir s'il est possible d'invoquer les règles antidumping du droit de l'OMC au soutien de l'illégalité d'un règlement d'exécution antidumping du droit de l'Union. À cet égard, l'arrêt *Gold East Paper*<sup>163</sup> est éclairant. Le principe est formulé au point 147 : « Il ressort d'une jurisprudence constante que, compte tenu de leur nature et de leur économie, les accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne figurent pas en principe parmi les normes au regard desquelles le juge de l'Union contrôle la légalité des actes des institutions de l'Union en vertu de l'article 230<sup>164</sup>, premier alinéa, CE<sup>165</sup> ».

52. Toutefois, deux exceptions tirées des arrêts *Fediol*<sup>166</sup> et *Nakajima*<sup>167</sup> sont rappelées au point 148 : « ... dans l'hypothèse où l'Union a entendu donner exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de l'OMC ou dans l'occurrence où l'acte de l'Union renvoie expressément à des dispositions précises des accords de l'OMC, il appartient au juge de l'Union de contrôler la légalité de l'acte de l'Union en cause au regard des règles de l'OMC<sup>168</sup> ». En l'espèce, le requérant fondait notamment sa demande d'annulation des actes litigieux<sup>169</sup> sur le refus de statut d'entreprise évoluant dans une société à économie de marché. Selon le juge européen, cette décision de refus ne reposait sur aucune des deux exceptions pour lesquelles le juge avait pour obligation de contrôler la légalité des règlements d'exécution antidumping et antisubvention. Il ajoute par ailleurs un troisième argument dans le sens de l'irrecevabilité de la demande, point 148 également : « ... Dans ce contexte, une décision relative au statut d'entreprise opérant en économie de marché n'est pas une mesure particulière aux fins de l'article 32, paragraphe 1, de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires de l'OMC étant donné que, en premier lieu, l'article 2, paragraphe 7, sous c), premier alinéa, troisième tiret, du règlement n° 1225/2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, ne met pas en œuvre l'article 32, paragraphe 1, de cet accord, en deuxième lieu, cette décision ne renvoie pas expressément à des dispositions précises des accords de l'OMC, en ce compris l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires et, en troisième lieu, une telle décision relative au statut d'entreprise opérant en économie de marché n'est pas adoptée après l'établissement d'un dumping ou d'un subventionnement et n'est pas indissociablement liée aux éléments constitutifs d'un dumping ou d'une subvention. »
53. Ce statut de société à économie de marché constitue un enjeu important pour les sociétés exportatrices. En effet, lorsque ce statut leur est refusé, la méthode de calcul de la valeur normale, et donc de la marge de dumping par ricochet, repose sur la comparaison avec un « pays analogue ». Cette méthode est généralement défavorable à l'exportateur et fait en conséquence l'objet de contestations devant le Tribunal. On rappellera utilement que la Chine n'a finalement pas obtenu le 12 décembre 2016 le statut d'économie de marché<sup>170</sup>

<sup>163</sup> Arrêt du 11 septembre 2014, *Gold East Paper* et *Gold Huasheng Paper* / Conseil (T-443/11) (cf. points 147, 148, 151-153).

<sup>164</sup> Devenu article 263, premier alinéa, TFUE.

<sup>165</sup> Dans le même sens, arrêts de la Cour du 23 novembre 1999, *Portugal/Conseil*, C-149/96, Rec. Page I-8395, point 47, et du 9 janvier 2003, *Petrotub et Republica/Conseil*, C-76/00 P, Rec. page I-79, point 53.

<sup>166</sup> CJCE, 22 juin 1989, *Fediol*, aff. 701/87.

<sup>167</sup> CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima*, aff. C-69/89.

<sup>168</sup> Dans le même sens, arrêts de la Cour *Portugal/Conseil*, point 147 supra, point 49 ; *Petrotub et Republica/Conseil*, point 147 supra, point 54, et du 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale*, C-351/04, Rec. page I-7723, point 30.

<sup>169</sup> Règlement d'exécution antidumping (UE) 451/2011 et antisubvention (UE) 452/2011.

<sup>170</sup> Sur cette question, voir DE MARCILLY Charles, GARDE Angéline, *Octroi du statut d'économie de marché à la Chine : Quelles réponses politiques face au carcan juridique ?* Question d'Europe, n°389, 18 avril 2016, Fondation Robert SCHUMAN.

comme le prévoyait l'article 15 de son protocole d'accession à l'OMC le 11 décembre 2001. Ceci en raison du fait que cette économie socialiste de marché « n'applique pas l'esprit et les principes des doctrines de traitement national de l'OMC<sup>171</sup>. »

54. Cette restriction jurisprudentielle du contrôle de légalité au regard du droit de l'OMC se rencontre également dans l'arrêt RFA International<sup>172</sup>. Cette fois, la contestation porte sur la durée et sur les modalités de réexamen des droits antidumping, traitées aux points 135 à 137 de la décision : « Or, il ressort du considérant 3 du règlement de base qu'il a notamment pour objet de transposer en droit de l'Union, dans toute la mesure du possible, les règles contenues dans l'accord antidumping, au rang desquelles figurent, en particulier, celles relatives à la durée et au réexamen des droits antidumping (voir, par analogie, arrêt Petrotub et Republica/Conseil, point 134 supra, point 55).

136 Il s'ensuit que les dispositions du règlement de base doivent être interprétées, dans la mesure du possible, à la lumière des dispositions correspondantes de l'accord antidumping (voir arrêt Petrotub et Republica/Conseil, point 134 supra, point 57).

137 Or, d'une part, l'accord antidumping ne comporte pas de dispositions équivalentes à celles de l'article 11, paragraphe 9, du règlement de base, de sorte que la règle que cette dernière disposition comporte ne saurait être considérée comme une transposition de l'une des règles détaillées dudit accord devant être interprétée en conformité avec ce dernier (conclusions de l'avocat général CRUZ VILLALON dans l'affaire Valimar, C-374/12, point 74). »

55. Toutefois, peu de temps avant les arrêts Gold East Paper et RFA International, le Tribunal a également pu juger à sens contraire dans l'arrêt Rusal Armenal, considérant qu'un règlement d'exécution de mesure antidumping pouvait être annulé pour violation du droit de l'OMC<sup>173</sup>, en particulier des dispositions relatives à la qualification d'un pays considéré, à tort selon le Tribunal, comme tiers à l'économie de marché par le Conseil : l'Arménie. Le raisonnement du juge se trouve exposé aux points 59 à 62 : « Force est donc de constater que, après l'accession de la République d'Arménie à l'OMC, l'inclusion de ce pays dans la liste figurant dans la note en bas de page insérée à l'article 2, paragraphe 7, sous a), du règlement de base n'est plus compatible avec le système de règles qu'établissent les articles 2.1 et 2.2 de l'accord antidumping et la deuxième disposition additionnelle à l'article VI du GATT, dans la mesure où pareille inclusion a pour effet de faire dépendre l'application de l'article 2, paragraphes 1 à 6, du règlement de base de l'acceptation préalable d'une demande d'octroi du statut d'entreprise évoluant en économie de marché introduite par l'entreprise concernée et, en cas de rejet de ladite demande, entraîne l'application de la méthodologie du pays tiers à économie de marché.

60 Ainsi, comme le fait valoir la requérante, en l'absence de tout élément justifiant de considérer que l'Arménie répond aux critères établis par la deuxième disposition additionnelle au paragraphe 1 de l'article VI du GATT et compte tenu du fait que, selon les appréciations formulées par la Commission durant la procédure administrative, l'Arménie ne remplit pas les conditions de cette disposition (voir point 58 ci-dessus), la référence à l'Arménie dans la note en bas de page insérée à l'article 2, paragraphe 7, sous a), du règlement de base ne constitue pas un fondement valide pour l'application, en l'espèce, de la méthodologie du pays tiers à économie de marché en vertu de l'article 2, paragraphe 7, sous a) et b), du même règlement et doit, dans cette mesure, être déclarée inapplicable en

<sup>171</sup> LANGE Bernd, RUBIG Paul, Parlement européen, Commission du commerce international, *Rapport sur l'OMC : la voie à suivre*, A8-0379/2018, 2018/2084(INI), 22 novembre 2018, considérant 11, page 7.

<sup>172</sup> Arrêt du 17 mars 2015, RFA International / Commission (T-466/12) (cf. points 135-137, 139). Arrêt de la Cour du 4 mai 2017, RFA International c/Commission, rejet des demandes de remboursement des droits antidumping acquittés, affaire C-239/15, ECLI:EU:C:2017:337.

<sup>173</sup> Trib. UE, 5 nov. 2013, aff. T-512/09, Rusal Armenal ZAO.



vertu de l'article 277 TFUE. Par conséquent, les institutions n'étaient pas en droit de faire dépendre l'application de l'article 2, paragraphes 1 à 6, du règlement de base de l'acceptation d'une demande d'octroi du statut d'entreprise évoluant en économie de marché que la requérante devait, selon elles, soumettre à cet effet en vertu de l'article 2, paragraphe 7, sous b), de ce même règlement ni d'appliquer, à la suite du rejet de ladite demande, la méthodologie du pays tiers à économie de marché.

61 Dans ces conditions, en prenant appui sur la référence à l'Arménie dans la note en bas de page insérée à l'article 2, paragraphe 7, sous a), du règlement de base et en appliquant, à la suite du rejet de la demande d'octroi du statut d'entreprise évoluant en économie de marché, introduite par la requérante en vertu de l'article 2, paragraphe 7, sous b), du même règlement, la méthodologie du pays tiers à économie de marché, le règlement attaqué a mis en œuvre une méthode de calcul de la valeur normale incompatible avec les articles 2.1 et 2.2 de l'accord antidumping et avec la deuxième disposition additionnelle au paragraphe 1 de l'article VI du GATT en enfreignant également l'article 2, paragraphes 1 à 6, du règlement de base.

62 Partant, il y a lieu de constater que le premier moyen est fondé et d'annuler le règlement attaqué sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens avancés à l'appui du recours. »

56. Cette décision, publiée au recueil, démontre la subordination du règlement de base antidumping de l'Union aux règles antidumping de l'OMC... Subordination qui n'est pas du goût de la Cour puisque, réunie en grande chambre le 16 juillet 2015<sup>174</sup>, elle annule la décision du Tribunal en ce qu'il a commis une erreur de droit sur son interprétation trop extensive de la jurisprudence Nakajima<sup>175</sup> et sur l'absence de prise en compte d'une « approche propre à l'ordre juridique de l'Union<sup>176</sup> ».

#### B. La remise en cause d'un hypothétique ordre juridique commercial international

57. Cet assujettissement prégnant de l'Union au droit de l'OMC résulte de son histoire institutionnelle de promotion d'un ordre juridique commercial multilatéral. Hélas, force est de constater que cet ordre juridique commercial international régi par l'OMC a largement perdu de sa superbe au fur et à mesure que la mondialisation faisait son œuvre. L'OMC est ainsi confrontée à « sa plus grave crise... qui menace les fonctions essentielles de l'organisation, à savoir la définition des règles et d'une structure fondamentales pour le commerce international et la capacité à fournir, parmi toutes les organisations multilatérales, le mécanisme de règlement des différends le plus efficace et le plus développé<sup>177</sup>. » Ceci à tel point qu'il est désormais question de la réformer<sup>178</sup> sans pour autant que son effectivité ne continue d'interroger en son principe même<sup>179</sup>.

Il s'avère en effet que la gouvernance du commerce mondial relève moins de l'imbroglie des négociations commerciales multilatérales (1) que de l'essor des négociations bilatérales voire plurilatérales (2).

<sup>174</sup> Arrêt de la Cour (grande chambre) C-21/14 P - Commission / Rusal Armenal, V. note Denys Simon, *Effets des accords internationaux en droit de l'Union*, EUROPE n°10 oct 2015, comm. 358.

<sup>175</sup> Conclusions de l'avocate générale Juliane Kokott, point 48.

<sup>176</sup> Point 53 de la décision C-21/14 P.

<sup>177</sup> LANGE Bernd, RUBIG Paul, Op. cit., considérant E, page 4.

<sup>178</sup> European Parliament, *Multilateralism in international trade : Reforming the WTO*, 22 October 2018.

<sup>179</sup> HIAULT Richard, *L'avenir de l'OMC en débat à Ottawa sans la Chine et sans les Etats-Unis*, les Echos, 24 octobre 2018.

## 1. L'imbroglia des négociations commerciales multilatérales

58. L'état de la diplomatie commerciale internationale est à ce point dégradé que l'on peut désormais plus justement évoquer le désordre que l'ordre commercial international. Cette situation résulte de l'impossibilité désormais structurelle de concilier tous les intérêts souverains des membres de l'OMC au-delà des règles existantes (a). Elle révèle également une certaine manifestation de volonté des États-Unis de réaliser ce que l'on peut qualifier d'entreprise de démolition de l'OMC (b).

### a. L'impossible conciliation de tous les intérêts souverains

59. Depuis l'échec du cycle de Doha, les négociations commerciales multilatérales patinent. Cet imbroglia patent résulte de l'infinie complexité du monde commercial<sup>180</sup> contemporain qui ne peut tout simplement plus être appréhendé de façon satisfaisante au niveau de l'OMC, c'est-à-dire permettre d'aboutir à un consensus sur les questions restant en suspens. Il en est par exemple ainsi de l'agriculture. Les négociations commerciales multilatérales achoppent également sur la question des services. Pour schématiser, ainsi que l'écrit Vincent BOUHIER<sup>181</sup>, sans toutefois qu'il en soit tiré les mêmes conclusions dans cette étude, « l'OMC constitue le lieu de confrontation d'intérêts profondément divergents entre l'Union et les États-Unis d'un côté, favorables au développement des instruments de défense commerciale, et le reste du Monde de l'autre, favorables à la réduction de tels instruments. » D'une part, la défense commerciale actuelle de l'Union ne couvre pas l'ensemble des domaines pour lesquels elle s'est vue transférer la compétence exclusive en matière de politique commerciale commune. Cette limitation des domaines de négociation nuit nécessairement aux avancées normatives en droit du commerce international. La rédaction de l'article 207§1 TFUE prévoit *a contrario* un domaine d'action de sa politique commerciale commune beaucoup plus vaste que les échanges portant sur les seules marchandises. Il en est par exemple ainsi des services, mais aussi des investissements étrangers directs, voire des aspects commerciaux de la propriété intellectuelle. Ce que relève, à raison, Vincent BOUHIER comme une menace en particulier au regard des relations de l'Union avec la Chine<sup>182</sup> : « La Chine pourrait s'imposer d'autant plus comme un concurrent redoutable pour les pays occidentaux, si elle confirmait son orientation de développement vers les industries de haute technologie et les services. Or, dans ces domaines, les règles de protection sont encore insuffisantes au niveau de la Communauté européenne et restent à négocier au niveau international. » Dès lors, la soumission de l'Union aux bases juridiques de la législation antidumping et antisubvention de l'OMC a ainsi pour effet de réduire son indépendance au regard du champ d'application matériel des mesures de répression des pratiques commerciales déloyales internationales. Par ailleurs, non content d'échouer sur des domaines relevant pourtant de sa compétence matérielle, les échanges internationaux méritent des négociations à l'aune de leur volet tant économique que non économique. Ainsi, l'insertion de la clause sociale comme de la clause environnementale au sein des nombreux projets d'ALE revêt désormais un caractère important dans les négociations de l'Union avec ses partenaires stratégiques. Or il n'est pas prévu de négocier des accords intégrant de telles exigences en matière sociale et environnementale au sein de l'OMC. L'intégration des dimensions du développement durable peut même apparaître incongru tant il est déjà difficile pour l'institution de simplement maintenir son attribut principal, à savoir son caractère multilatéral dans le domaine commercial. Cette carence de compétence matérielle de l'OMC constitue un

<sup>180</sup> Que l'on combine volontiers avec la complexité financière.

<sup>181</sup> Op. cit., pages 633 s.

<sup>182</sup> *Ibidem*, page 641.

défaut structurel qui peut condamner l'institution en tant que tel pour l'avenir. En effet, il semble difficilement concevable que les prochaines négociations sur les ALE ne tiennent pas compte de certains aspects non économiques pour autant consubstantiels à l'activité économique, ceci pour au moins une raison. Les populations sont de mieux en mieux informées et donc conscientes des effets favorables mais aussi défavorables de la mondialisation. La transparence spontanée ou provoquée<sup>183</sup> des institutions à l'origine des accords commerciaux empêche ainsi les représentants politiques d'éluder des problématiques de flux de long terme, intergénérationnelles, qui dépassent de loin leur calendrier électoral.

#### b. L'entreprise de démolition de l'OMC par les États-Unis

60. L'élection de Donald TRUMP le 8 novembre 2016 en tant que quarante-cinquième président des États-Unis à la suite des deux mandats de Barack OBAMA a marqué une bascule paradigmatique de l'exercice du pouvoir des États-Unis dans ses relations internationales. Alors que, sur le fond, les États-Unis ont privilégié de façon constante et logique leurs intérêts propres sur la scène internationale – on observera à ce titre qu'ils n'ont jamais ratifié les accords de Kyoto sur le changement climatique jugés trop contraignants – il apparaît clairement que le comportement de l'administration TRUMP à l'égard de l'OMC relève désormais plus de la nuisance que de la simple tolérance voire de l'indifférence.
61. Indifférence en raison de l'exercice par les États-Unis de ce qu'il est convenu d'appeler le protectionnisme primaire par la violation de l'article 1<sup>er</sup> du GATT relatif à la clause de la nation la plus favorisée à l'encontre de la Chine. Ainsi, le 6 juillet 2018<sup>184</sup>, sur la base d'une enquête au visa de la section 301 of the Trade Act of 1974 portant sur les transferts de technologie, la propriété intellectuelle et l'innovation, environ 34 milliards de dollars d'importations chinoises en valeur annuelle ont subi une hausse de 25% des droits de douane américains *ad valorem*, auxquelles s'ajoutent 16 milliards<sup>185</sup> de dollars de produit. La Chine ayant riposté par des mesures tarifaires miroir, les États-Unis ont surenchéri en prévoyant l'application supplémentaire de tarifs douaniers de 10% sur 200 milliards de dollars déterminés à partir de 6031 produits chinois<sup>186</sup>. Le 24 septembre 2018<sup>187</sup>, ce sont 189 milliards de dollars de produits chinois supplémentaires qui se voient taxés à la frontière des États-Unis à hauteur de 10% en moyenne, contre moins de 5% pour les autres pays tiers. Il était même prévu que ces taxes s'élèvent à 25% à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, mais un moratoire s'est instauré, prolongé jusqu'en mars 2019. Ce télescopage de l'exercice théorique que constitue cette thèse avec la pratique actuelle de manifestations fiscales archaïques du protectionnisme par une puissance économique de premier plan contre son principal concurrent et fournisseur impose une analyse croisée. Le premier angle relève de la politique interne consistant à promouvoir la ferveur patriotique par sa déclinaison juridique la plus simpliste : la hausse des droits de douane. Le second angle de l'analyse tient à l'unilatéralisme intrinsèque des États-Unis dont la singularité depuis la présidence TRUMP réside dans le fait qu'il s'agit du trait essentiel sinon exclusif de sa politique extérieure. Il en résulte l'affirmation offensive de la souveraineté économique des États-Unis à l'encontre de son rival principal : la Chine.
62. La qualification de nuisance à l'égard de l'OMC réside par ailleurs dans le fait que l'ordre juridique commercial international que tentait de représenter l'OMC se trouve amputé de son pouvoir judiciaire par le comportement d'obstruction des États-Unis : « l'organe

<sup>183</sup> Par les lanceurs d'alerte en particulier, mais également par les ONG de manière plus systémique.

<sup>184</sup> Notice by the Trade Representative, Office of United States, document 83 FR 28710, June 20, 2018.

<sup>185</sup> Trump et Xi mettent l'OMC en péril, Challenges n°580, 4 octobre 2018, page 56.

<sup>186</sup> Notice by the Trade Representative, Office of United States, document 83 FR 33608, July 17, 2018.

<sup>187</sup> Notice by the Trade Representative, Office of United States, document 83 FR 47974, September 21, 2018, modified by notice 83 FR 49153, September 28, 2018.

d'appel est le «joyau de la couronne» de l'OMC en raison du caractère contraignant de ses décisions et de son statut d'organe de réexamen indépendant et impartial...l'organe d'appel de l'OMC ne comprenait plus que le nombre minimum de juges nécessaires à son fonctionnement, à savoir trois, après la fin du mandat du juge Shree Baboo Chekitan SERVANSING...ce blocage, dû au gouvernement des États-Unis, pourrait entraîner l'effondrement d'un système essentiel à la gestion des différends entre tous les membres de l'OMC<sup>188</sup>. » Dans ces conditions, on imagine difficilement que les règles commerciales multilatérales puissent présenter une quelconque effectivité si elles sont privées de leur caractère contraignant, spécificité la plus remarquable à ce niveau.

63. Violant le principe cardinal du traitement national du droit de l'OMC et s'employant à réduire le pouvoir judiciaire de cette institution à néant, il en résulte que l'existence même de l'OMC est en jeu par cette double action convergente des États-Unis à son encontre.

## 2. La réorientation des négociations en dehors de l'OMC

64. Dans un tel contexte, le développement voire l'application au sein de l'OMC du « concept de multilatéralisme flexible » ou la tentative de négociations « d'accords de masse critique qui étendent les concessions négociées aux membres de l'OMC sur la base du principe de la nation la plus favorisée<sup>189</sup> » apparaissent peu probables.

Alors que les négociations tant multilatérales que plurilatérales et bilatérales coexistent de longue date en matière de commerce international pour servir les intérêts économiques des entités souveraines, on observe toutefois un délaissement sensible et parfois ostensible du droit commercial multilatéral, résultat du pragmatisme des membres de l'OMC (a). Ce délaissement se réalise au profit du plurilatéralisme et du bilatéralisme (b).

### a. Le résultat du pragmatisme des membres de l'OMC

65. Le pragmatisme des membres de l'OMC a donc conduit, d'abord de manière parallèle et tempérée, puis de manière principale et majoritaire, à la conduite de négociations, en dehors du cadre de l'OMC, entre États ou régions économiques. En effet, de façon constante, l'objectif commercial majeur d'un État souverain à économie de marché réside dans la recherche de nouveaux débouchés pour les entreprises de son territoire, qui se traduit par la mise en œuvre de négociations en vue de l'accès aux marchés des pays tiers. Ainsi que l'a déclaré Carla Anderson HILLS<sup>190</sup> lors de son audition devant le Sénat américain préalablement à son entrée en fonction : « We will open foreign markets with a crowbar where necessary, but with a handshake whenever possible. » À titre de comparaison avec l'Union, « la Communauté européenne est l'une des plus concernée par l'aboutissement de certains ajustements, car elle a une position particulière au sein du commerce international, qui la place tout autant comme importateur que comme exportateur. Elle subit alors non seulement les contraintes des pratiques déloyales, mais également les obstacles à l'entrée des marchés étrangers. Ce particularisme, lié à la valeur et au flux des échanges, est partagé par les États-Unis. Néanmoins, ces deux membres ont une approche différente des échanges internationaux, la Communauté européenne se positionnant expressément dans le cadre du système commercial multilatéral et du respect

<sup>188</sup> LANGE Bernd, RUBIG Paul, Op. cit., considérant G, page 5 ; voir aussi, HIAULT Richard, *L'avenir de l'OMC en débat à Ottawa sans la Chine et les États-Unis*, Les Echos, 24 octobre 2018 : « les États-Unis bloquent tout remplacement des juges de l'ORD dont le mandat est arrivé ou arrive à son terme...fin 2019, il ne restera plus qu'un seul juge pour statuer sur ces différentes affaires. »

<sup>189</sup> *Ibidem*, considérant 12, page 8.

<sup>190</sup> Juriste de formation (Yale Law School) devenue représentante des États-Unis au commerce de 1989 à 1993.

de ces règles. En revanche, les États-Unis entretiennent un rapport peu légaliste et conflictuel avec les règles internationales, pour des raisons de politique intérieure<sup>191</sup>». Les membres de l'OMC, y compris l'Union, ont pris acte que cette institution ne pourvoit plus à cette mission de manière satisfaisante, puisqu'il est un fait constant qu'aucun accord multilatéral ne peut plus aboutir<sup>192</sup>. C'est la raison pour laquelle on constate l'essor des négociations bilatérales, et que l'enjeu de négociations plurilatérales et régionales va croissant.

#### b. La préférence du plurilatéralisme et du bilatéralisme

66. Dès lors, considérant que le degré d'efficacité des négociations sera ainsi d'autant plus élevé que le nombre de parties à cette négociation sera faible, Jean-Marc SIROEN écrivait justement : «... l'adhésion au libre-échange s'estompe et le multilatéralisme est mis en concurrence avec la prolifération d'accords commerciaux régionaux qui, de plus en plus, sont appelés à régler des questions qui ne peuvent aboutir à l'OMC : l'environnement, les investissements, les normes de travail, le mode de gouvernance<sup>193</sup>. » En vérité, le niveau de négociation idoine dans le monde contemporain se trouve plutôt être bilatéral, voire plurilatéral ou régional. La première raison réside dans la taille du marché à conquérir ou à développer chez le partenaire régional. La seconde explication peut également reposer, dans le cas de l'Union, sur un aspect non négligeable de la pratique diplomatique et de la négociation en général : la réduction du nombre d'interlocuteurs. Ainsi, au lieu d'engager les négociations avec chacun des émissaires des vingt-huit États membres, le partenaire trouvera un intérêt évident à limiter ses pourparlers avec les représentants de la seule Commission<sup>194</sup>, mandatée par le Conseil en ce sens au visa de l'article 218 §3 TFUE. L'avis 2/15 de la CJUE du 16 mai 2017<sup>195</sup> faisant suite aux conclusions de l'avocat général SHARPSTON du 21 décembre 2016 a toutefois posé des limites strictes au mandat de la Commission quant aux domaines de l'ALE pouvant faire l'objet d'une négociation puis d'un accord exclusif de la ratification par les Parlements des États membres, en particulier lorsque l'accord en cause comporte des dispositions relatives aux investissements. En amont et en aval de l'action de négociation de la Commission, le Parlement joue également un rôle depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne : « Certes, le Parlement peut en définitive accepter ou refuser, et contrôler ainsi ce qui a été fait auparavant. Mais comme dans les autres branches du droit de l'Union, il n'est en théorie pas impliqué dans l'autorisation de négocier donnée par le Conseil, avec des directives de négociation, à la Commission ;

Le Parlement s'octroyant le droit de fixer des préconditions aux négociateurs de l'Union<sup>196</sup>... La question que tout le monde se pose est finalement de savoir si le Parlement va être plus protectionniste ou pas. Il va certainement être plus sensible que le Conseil et que la Commission actuelle d'ailleurs, à ce qu'on appelle les trade ands,

<sup>191</sup> BOUHIER Vincent, Op. cit., page 355.

<sup>192</sup> Le dernier accord de l'OMC en date concerne la révision de l'Accord sur les Marchés Publics, Annexe 4.b). Cet accord a fait l'objet d'une simple révision le 15 décembre 2011. Par ailleurs, il est de nature plurilatérale, et pas multilatérale.

<sup>193</sup> *l'UE et la régulation du commerce mondial, point de vue de l'économiste*, Op. cit., page 170.

<sup>194</sup> KUIJPER Pieter Jan, *La politique commerciale de l'UE dans le cadre de l'OMC : quelques enjeux juridiques*, Op. cit., pages 191 s.

<sup>195</sup> *TTIP and Beyond...Negotiating and implementing the EU's Free Trade Agreements in an uncertain environment*, LawTTIP Joint Conference, Jean Monnet Network, The uncertain negotiating and concluding process of TTIP and other FTAs : exclusive, shared or mixed competences ? Faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes 1, 15 et 16 juin 2017.

<sup>196</sup> BRAKELAND Jean-François, Membre de la DG Commerce, traitant des aspects juridiques de la PCC, *Les acteurs de la politique commerciale commune de l'UE : perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne*, Op. cit., pages 170 s.

commerce et environnement, normes sociales...S'agira-t-il de protectionnisme ? Probablement pas.<sup>197</sup> »

67. L'infini respect par l'Union du droit commercial multilatéral explique la très large utilisation des règles de l'OMC comme source majeure d'inspiration de ses législations antidumping et antisubvention. Il en résulte une dépendance préjudiciable pour l'Union à la faveur du développement des négociations bilatérales et plurilatérales en dehors de l'OMC, qui achoppe désormais de façon constante dans la conclusion d'un accord multilatéral depuis l'échec du cycle de Doha.

## §2 : La divergence d'approche entre l'Union et l'OMC

68. Outre l'influence notable du droit commercial multilatéral dans les législations antidumping et antisubvention de l'Union ayant choisi les règles de l'OMC comme source d'inspiration devenues, par effet pervers, causes de dépendance, on relève une divergence d'approche fondamentale entre les deux entités. Ainsi, on observe d'un côté une institution internationale exclusivement dédiée au développement du commerce mondial et de l'autre le projet européen se fixant la paix comme impératif catégorique par la voie d'une intégration économique progressive de ses États membres au sein du marché intérieur. On constate donc à tout le moins une divergence d'approche téléologique entre l'Union et l'OMC (**A**). Cette divergence étant par ailleurs susceptible de soulever un risque de contestation des régimes antidumping et antisubvention de l'Union devant l'ORD (**B**).

### A. La divergence d'approche téléologique entre l'Union et l'OMC

69. La divergence d'approche entre l'Union et l'OMC réside d'abord dans leur finalité respective. Ainsi, alors que l'Union propose le principe d'une civilisation fondée sur l'humanisme incarné par des valeurs (**1**), l'OMC est en son principe même fondée sur le libéralisme dont la conception diffère de celle de l'Union (**2**).

#### 1. L'absence de valeurs de l'OMC face à la primauté des valeurs de l'Union

70. Lorsqu'il est question de valeurs, l'Organisation Mondiale du Commerce, ainsi que son nom l'indique, ne se préoccupe que de l'avènement du marché sur l'ensemble de la planète (**a**). Ceci alors que l'Union s'emploie à promouvoir et diffuser ses valeurs humanistes au-delà de ses frontières (**b**).

#### a. L'OMC : incarnation de l'objectif de marché mondial

71. La lecture du chapeau relatif à l'accord général sur les tarifs douaniers nous expose les aspirations suivantes des membres de l'OMC : « Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique doivent être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, la pleine utilisation des ressources mondiales et l'accroissement de la production et des échanges de produits, Désireux de contribuer à la réalisation de ces objets par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international ». Quand bien même il est question de relèvement des niveaux de vie et de réalisation du plein emploi, il n'est pas question de valeurs mais d'objectifs, par ailleurs non atteints. S'agissant de commerce, même mondial, il n'est pas

<sup>197</sup> *Ibidem*.

étonnant que la notion de valeur soit entendue uniquement dans son acception mercantile, à rapprocher du prix. Ainsi, à la valeur de partage est préférée le partage, très inégal, des valeurs ajoutées selon le mécanisme de division internationale du travail. En matière d'échanges et comme cela a déjà été écrit, nul ne doute que le commerce ne peut fonctionner que sous réserve de la loyauté des agents économiques qui le pratiquent. Il s'agit d'ailleurs d'une condition de la fluidité et de la célérité des échanges. Toutefois, un distinguo doit être opéré dans la mesure où cette valeur de loyauté est guidée non par une autre valeur humaniste mais par une notion beaucoup plus juridique et objective, ayant notamment trait au droit des obligations : l'intérêt. C'est par exemple ainsi que Marc BLANQUET identifie la finalité du devoir de loyauté des fonctionnaires vis-à-vis de l'Union « en ayant uniquement en vue les intérêts de l'Union<sup>198</sup>. »

b. L'Union : entité supranationale porteuse de valeurs humanistes

72. De manière radicalement différente, l'Union a voulu inscrire dans le droit primaire ses valeurs qu'elle affirme et promeut en son sein comme dans ses relations extérieures. Elle s'exécute en ce sens au plus haut de la structure du Traité sur l'Union européenne, dans les dispositions communes, dont on peut raisonnablement penser qu'elles constituent le chapeau de l'ensemble du droit primaire de l'Union. Ainsi, l'article 2 TUE dispose : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. » Ces dispositions, du fait de leur degré de généralité important, doivent-elles être considérées comme ayant une valeur juridique ou une valeur symbolique ? Très certainement les deux. Ainsi, le préambule du Traité sur l'Union européenne, qui préfigure l'esprit de l'ensemble du droit primaire, contient les déclarations des États membres selon lesquelles ils s'inspirent « des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit ». Ou encore ces mêmes États membres confirment-ils « leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit ». Les valeurs de l'Union sont dès lors investies d'une haute portée symbolique qui se complète utilement d'une portée juridique par leur inscription à l'article 2 TUE. Toutefois, la question de l'effectivité<sup>199</sup> de cette disposition peut être posée au regard de son caractère contraignant, ou plutôt de l'applicabilité de l'article 7 TUE.
73. On peut en effet douter de l'existence d'une sanction efficace, voire possible, d'un État membre en cas de violation de telles valeurs. À ce titre, la Commission a néanmoins ouvert, à la manière d'un palliatif, une procédure<sup>200</sup> dite « de sauvegarde de l'État de droit » contre la Pologne du 13 janvier 2016 comportant un volet préventif<sup>201</sup> ainsi qu'un volet répressif, cette fois au visa de l'article 258 TFUE. Ainsi, parlant d'une seule voix, la Commission, le Parlement européen et la présidence de l'Union ont rappelé à

<sup>198</sup> BLANQUET Marc, Loyauté, in FLAESCH-MOUGIN Catherine (Mélanges en l'honneur de), *Abécédaire de droit de l'Union européenne*, Préface de Catherine LALUMIERE, Presses universitaires de Rennes, Collection « Droits européens », 2017, page 338.

<sup>199</sup> Voir l'article Question d'Europe n°356 de la fondation Robert SCHUMAN : *Renforcer le respect de l'État de droit dans l'UE : Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil*.

<sup>200</sup> Communication de la Commission, *Un Nouveau Cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit*, COM (2014) 158.

<sup>201</sup> Recommandations du 27 juillet et du 21 décembre 2016 ainsi que 27 juillet 2017 concernant l'état de droit en Pologne.

Beata SZYDLO, Première ministre polonaise, que « l'Union européenne n'est pas qu'un marché, ce sont aussi des valeurs fondamentales que chaque État membre doit respecter. L'État de droit et le pluralisme des médias sont intangibles. »

Dans le même sens, mais cette fois à l'initiative du Parlement européen, la Hongrie a fait l'objet d'une résolution du 12 septembre 2018 adoptée en session plénière tendant à une prise de décision du Conseil « constatant, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave, par la Hongrie, des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée<sup>202</sup>. » Pour autant, la privation des droits de l'État membre en cause à laquelle conduit potentiellement l'application ultime de l'article 7 TUE nécessite l'unanimité des autres États membres. Deux États membres étant concernés par cette procédure, il y a tout lieu de penser que, en tant qu'alliés objectifs, la Pologne comme la Hongrie opposeront leur veto à cette privation des droits au sein de l'Union. Les valeurs de l'Union, quand bien même elles trouvent leur place au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, servent finalement de guide éthique, d'inspiration pour la rédaction des autres dispositions du droit de l'Union.

## 2. La divergence de conception du libre-échange entre l'Union et l'OMC

74. Outre cet attachement jusque dans le droit primaire aux valeurs manifesté par l'Union pendant que l'OMC en est tout simplement dépourvue, il est encore loisible de constater une dichotomie dans la conception du libre-échange. Cette divergence de conception apparaît toutefois complexe dans la mesure où l'on pourrait d'abord opposer l'ultralibéralisme de l'OMC face à l'ordolibéralisme de l'Union (a), ce qui serait négliger l'existence d'un écart interinstitutionnel de conception du libre-échange au sein même de l'Union (b).

### a. L'ultralibéralisme de l'OMC face à l'ordolibéralisme de l'Union

75. La question se pose de déterminer le degré de régulation acceptable du libre-échange à la lumière de cette analyse<sup>203</sup> : « La défense commerciale représente indéniablement le moyen d'articuler les exigences liées aux objectifs de l'OMC et à ceux de la construction européenne, exigences qui divergent, principalement, dans l'approche du libre-échange bien que la finalité des objectifs soit semblable. Les deux organisations internationales ont en effet été créées pour favoriser le développement économique de leurs membres. Sans rejeter les théories classiques sur le commerce international, la Communauté européenne tempère, préférant concilier d'autres impératifs avec ceux du marché. La régulation des échanges n'a ainsi pas le même degré d'importance : si elle est accessoire ou seulement complémentaire au sein de l'OMC, elle est partie intégrante du fonctionnement du marché commun pour la Communauté européenne.

Cette divergence a des implications concrètes sur la poursuite de la libéralisation des échanges. En l'occurrence, toute mesure influant sur les échanges commerciaux est perçue au sein de l'OMC comme un frein à l'établissement du libre-échange, devenant un obstacle à éliminer. La défense commerciale appréhendée ainsi, est assimilée à du protectionnisme par de nombreux membres de l'OMC et également par quelques États membres de l'Union européenne. »

Il est possible de compléter cette approche comparée entre l'OMC et l'Union par un aspect territorial. En effet, l'ultralibéralisme de l'OMC réside en vérité dans son champ

<sup>202</sup> Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).

<sup>203</sup> BOUHIER Vincent, Op. cit., page 639.



d'application géographique mondial du marché alors que l'Union a d'abord manifesté sa volonté de créer un marché intérieur en son sein, et partant, un tarif douanier commun à ses frontières.

b. L'écart interinstitutionnel de conception du libre-échange au sein de l'Union

76. Bien que la différence de conception du libre-échange entre l'Union et l'OMC ait été parfaitement mise en évidence par Vincent BOUHIER, on observe également, au sein même des institutions de l'Union, un écart de conception du libre-échange. À cet égard, l'approche téléologique proposée par la Commission s'avère très comparable à celle de l'OMC dans le document de présentation officiel sur le commerce de l'Union<sup>204</sup>. Dans ce document de novembre 2014 émanant de la Commission, l'objectif affiché est pédagogique : faire comprendre la politique commerciale de l'Union aux citoyens européens. La page de couverture est défiant à ce titre : « L'ouverture de nouveaux marchés renforce notre économie ; seule une politique de libre-échange et d'investissement dynamique permet d'atteindre un tel objectif. » Selon la Commission, qui semble s'exprimer au nom de l'Union, il n'y aurait donc pas d'alternative au libre-échange pour notre économie.
77. Qu'il nous soit permis d'en douter au regard des multiples crises subies sous l'empire du libre-échange, et dont on ne peut pas constater la sortie dix années après la grande récession. En outre, on observe une contradiction sur le terrain des moyens de parvenir au libre-échange le plus ouvert possible, malgré la référence appuyée à « l'approche multilatérale ». Ainsi, en chapeau de l'explication sur la consistance de la politique commerciale commune<sup>205</sup>, on peut lire « La politique commerciale de l'UE porte sur trois grands domaines d'action :
- jouer un rôle actif dans les négociations multilatérales menées sous les auspices de l'OMC ;
  - approfondir les relations commerciales multilatérales avec différents pays et régions et mettre en place des mesures unilatérales, telles que l'octroi d'un traitement préférentiel aux pays en développement ;
  - déployer une stratégie afin de cibler et d'éliminer les obstacles sur les principaux marchés d'exportation. » On comprend toutefois que cette posture multilatérale résiste mal à l'énoncé des faits et des chiffres relatifs aux accords de libre-échange, sur lesquels le document insiste bien plus encore. Au-delà des faits et des chiffres sur les accords de libre-échange, des déclarations sont faites sur le développement durable, dans une succession de phrases sans grande cohérence qui révèle plus une volonté d'insérer des mots-clés à consonance durable que de réellement se saisir de ces questions : « L'Union attache beaucoup d'importance aux grandes questions sociales et environnementales. Les accords de libre-échange peuvent également jouer un rôle dans la promotion du développement durable, de la bonne gouvernance et du respect des droits de l'homme. Le fait de négocier des droits de douane moins élevés pour les pays exportateurs n'est tout simplement pas suffisant pour assurer le bon fonctionnement des échanges commerciaux. Le respect du droit est primordial afin de fournir un cadre juridique stable et prévisible. Il est donc indispensable d'examiner les entraves au commerce moins visibles, telles que les procédures douanières, les formalités administratives et, dans certains cas, les pratiques commerciales déloyales. » Où est le rapport entre la première et la dernière phrase de ce même paragraphe ?
78. Ce document de la Commission, malgré ses contradictions, révèle donc une détermination de l'Union à déployer le libre-échange le plus ouvert possible en vue de permettre l'accès aux marchés des pays tiers. Ceci par la mise en œuvre d'ALE de plus en plus nombreux, avec respect, au moins de façade, pour le droit de l'OMC. Cette politique commerciale

<sup>204</sup> [http://europa.eu/pol/index\\_fr.htm](http://europa.eu/pol/index_fr.htm) ; <http://europa.eu/!Dq34WN>.

<sup>205</sup> *Ibidem*, page 10.

ainsi décrite est-elle néanmoins conforme à la conception de l'ensemble des représentants de l'Union ? En particulier, la question se pose de savoir quelle institution est finalement la plus légitime pour s'exprimer au nom de l'Union en matière de politique commerciale. Dès lors on comprend que, pour des raisons d'efficacité, la mise en œuvre de cette politique soit confiée à la Commission, mais la rédaction de la lettre de mission correspondante devrait être l'apanage du Parlement européen. En effet, le Parlement européen, si l'on se base sur les valeurs démocratiques que promeut notamment l'Union au visa de l'article 2 TUE, constitue donc l'institution la plus représentative des citoyens de l'Union. Les députés européens sont en effet les seuls mandataires politiques de l'Union élus au suffrage universel direct par les citoyens européens.

79. Or on constate que, contrairement à la Commission, cette institution de l'Union, la plus légitime du point de vue démocratique, diverge sensiblement dans son approche du libre-échange. Le marqueur de cette divergence se trouve en particulier dans la résolution du Parlement européen du 25 novembre 2010<sup>206</sup> sur les politiques commerciales internationales dans le cadre des impératifs dictés par les changements climatiques. Certes, cette résolution d'initiative n'a pas de valeur juridique contraignante, mais elle a une haute portée symbolique, ce qui importe lorsqu'il est question de paradigme, de choix de société. On peut notamment y lire que : « Le Parlement européen [...] demande la conclusion d'un accord international/COP 21 contraignant sur la protection climatique et soutient expressément l'objectif d'une réduction de 30 % des émissions de CO<sub>2</sub> de l'Union d'ici à 2020, ainsi que l'objectif à long terme d'une réduction d'au moins 85 % des émissions de CO<sub>2</sub> et des émissions d'autres gaz à effet de serre de l'Union d'ici à 2050<sup>207</sup> ». Sur ce point, la demande a été satisfaite dans le principe, même si les modalités d'exécution de cet accord COP 21 des 195 États et de l'Union diffèrent quelque peu<sup>208</sup>. Puis, faisant le lien entre commerce et développement durable, le Parlement européen « plaide pour que l'Union montre l'exemple en réduisant les obstacles, tels que les droits de douane et les taxes, au commerce des technologies "vertes" et des produits respectueux de l'environnement et du climat, et en favorisant les "biens et services écologiques" (BSE), notamment sur la base du plan d'action de Bali et du Fonds climatique vert de Copenhague<sup>209</sup> ».

Enfin, au plus près de notre sujet, le Parlement européen « suggère donc une réforme des règles anti-dumping de l'OMC pour y inclure la question du juste prix environnemental en fonction des normes mondiales de protection du climat<sup>210</sup> ». D'une manière encore plus générale, la commission du développement de ce même Parlement européen propose assez logiquement que « l'objectif de développement durable devrait devenir le principe directeur du travail de l'OMC<sup>211</sup> ». *A contrario*, l'OMC apparaît donc très éloignée voire même étrangère à ces préoccupations.

---

<sup>206</sup> (2010/2103(INI)).

<sup>207</sup> Point 2.

<sup>208</sup> ADEL ZAHER Mina, *La conférence sur le climat de Paris : « COP21 » : objectifs, défis et enjeux*, <http://www.univ-droit.fr/unjf/liste-des-cours/magazine-d-actualites-juridiques/gazette-du-mois/19772-la-conference-sur-le-climat-de-paris-cop21-objectifs-defis-et-enjeux>.

<sup>209</sup> Point 17.

<sup>210</sup> Point 24.

<sup>211</sup> LANGE Bernd, RUBIG Paul, op. cit., page 15.

## B. Le risque de contestation des régimes antidumping et antisubvention devant l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC

80. Ainsi que l'écrit Henrik ANDERSEN : « One aim of the WTO is to enhance production, raise living standards...by reducing tariffs and barriers to trade, as well as to eliminate discriminatory behavior. In that light, the rules on antidumping may be seen as an exception<sup>212</sup>. »

Il va sans dire que les mesures antidumping, mais aussi les mesures antisubvention, en ce qu'elles conduisent à la perception de droits compensateurs, vont à contresens de l'objectif fixé par l'OMC, par ailleurs atteint d'une manière générale, de réduction des tarifs douaniers<sup>213</sup>. Dès lors, à l'échelon multilatéral, le risque est grand de voir les mesures antidumping et antisubvention prises par l'Union contestées<sup>214</sup> par d'autres membres de l'OMC. En effet, en tant que membre de l'OMC, il appartient à l'Union de respecter ses obligations découlant de la signature de tous les accords formant le corpus des règles commerciales multilatérales.

81. En particulier, selon l'article 6§1 du mémorandum d'accord sur les règles régissant le règlement des différends<sup>215</sup>, le membre, partie plaignante, considérant que l'Union a violé les règles de l'OMC par la prise de mesures antidumping et antisubvention, peut contester ces pratiques devant l'ORD. Pour autant, les législations antidumping et antisubvention sont expressément prévues dans les règles de l'OMC et peuvent donc être considérées comme une exception conforme à ce droit commercial multilatéral. Cette exception n'est toutefois pas de nature protectionniste, puisque cette terminologie est réfutée, pour ne pas dire répugnée, en tant que telle par l'OMC. Dès lors, l'invocation des exceptions générales du GATT (1), voire des exceptions générales de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) (2) sera difficile pour justifier de telles mesures.

### 1. La difficile invocation des exceptions générales du GATT

82. Les exceptions générales du GATT, qu'il s'agit de comprendre comme dérogations provisoires, exceptionnelles, au principe d'interdiction de toute restriction aux échanges commerciaux fondant l'intégration négative du marché, peuvent-elles être invoquées en matière de réglementation antidumping et antisubvention ? L'analyse du contenu des articles visant ces exceptions générales comme de la jurisprudence s'y rapportant ne permettent pas de répondre par l'affirmative. Il en est ainsi de l'article XX du GATT (a) tout comme de son article XI §2 (b).

#### a. L'incompatibilité matérielle de l'article XX du GATT

83. En l'état actuel des législations antidumping et antisubvention de l'Union, est-il seulement envisageable d'invoquer l'article XX du GATT pour assurer sa défense contre des membres de l'OMC qui viendraient à contester leur conformité ? Cet article relatif aux exceptions générales du GATT dispose : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures :

<sup>212</sup> ANDERSEN Henrik, *EU dumping determinations and WTO law*. The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, 1.2.2, page 8.

<sup>213</sup> Étant précisé que les barrières actuelles au commerce relèvent principalement d'aspects non tarifaires (obstacles techniques au commerce, normes sanitaires et phytosanitaires...).

<sup>214</sup> Sur ce point, voir HERVE Alan, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC*, Thèse, Bruylant, juin 2015, 642 pages.

<sup>215</sup> Après que les consultations, bons offices et médiation aient échoué.

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ;
  - b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;
  - c) se rapportant à l'importation ou à l'exportation de l'or ou de l'argent ;
  - d) nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur ;
  - e) se rapportant aux articles fabriqués dans les prisons ;
  - f) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ;
  - g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ;
  - h) prises en exécution d'engagements contractés en vertu d'un accord intergouvernemental sur un produit de base qui est conforme aux critères soumis aux parties contractantes et non désapprouvés par elles ou qui est lui-même soumis aux parties contractantes et n'est pas désapprouvé par elles ;
  - i) comportant des restrictions à l'exportation de matières premières produites à l'intérieur du pays et nécessaires pour assurer à une industrie nationale de transformation les quantités essentielles desdites matières premières pendant les périodes où le prix national en est maintenu au-dessous du prix mondial en exécution d'un plan gouvernemental de stabilisation, sous réserve que ces restrictions n'aient pas pour effet d'accroître les exportations ou de renforcer la protection accordée à cette industrie nationale et n'aillent pas à l'encontre des dispositions du présent Accord relatives à la non-discrimination ;
  - j) essentielles à l'acquisition ou à la répartition de produits pour lesquels se fait sentir une pénurie générale ou locale ; toutefois, lesdites mesures devront être compatibles avec le principe selon lequel toutes les parties contractantes ont droit à une part équitable de l'approvisionnement international de ces produits, et les mesures qui sont incompatibles avec les autres dispositions du présent Accord seront supprimées dès que les circonstances qui les ont motivées auront cessé d'exister. Les parties contractantes examineront, le 30 juin 1960 au plus tard, s'il est nécessaire de maintenir la disposition du présent alinéa. »
84. Le champ d'application matériel de cet article XX du GATT ne semble pas correspondre à celui des législations antidumping et antisubvention, qu'il s'agisse de la protection de la moralité publique, de la protection de la santé, de l'environnement et même de l'industrie nationale. En effet, cette dernière forme de protection visée à l'article XX i) rejoint pourtant l'objectif, avoué ou non, des mesures antidumping et antisubvention qui réside dans la protection, la sauvegarde de l'industrie de l'Union. Toutefois, l'exception ne pourra être retenue comme un moyen de défense affirmatif<sup>216</sup> efficace en cas de contestation de mesures antidumping ou antisubvention pour deux raisons. D'une part, ces mesures ne constituent pas en tant que telles une restriction à l'exportation, mais simplement l'application de droits supplémentaires résultant du calcul d'un préjudice généré par des pratiques commerciales déloyales de dumping ou de subvention. D'autre part, le principe de non-discrimination est affirmé dans cette exception de l'article XX i) alors que, par nature, les mesures antidumping et antisubvention sont dirigées contre un voire plusieurs pays exportateurs, mais en aucun cas contre l'ensemble des pays tiers.

---

<sup>216</sup> Tel que précisé dans la thèse NGAMBI Joseph, 2010, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Bruylant, page 47.

85. Dès lors, l'Union se trouve exposée à la contestation de ses mesures. L'ORD a ainsi été saisi de plusieurs plaintes<sup>217</sup> sur le fondement d'une violation des règles de l'OMC, en particulier de l'article VI du GATT 1994 et de l'accord sur la mise en œuvre de ce même article. Ainsi, neuf pays membres, au niveau de développement économique très différent, allant du Pakistan<sup>218</sup> à la Norvège<sup>219</sup> ont demandé l'ouverture de consultations sur la base d'allégations de violation des règles antidumping ou antisubvention de l'OMC. Il en est par exemple ainsi de l'Inde, qui s'est positionnée en tant que plaignant à quatre reprises contre l'Union, alors qu'elle exerce par ailleurs une activité antidumping supérieure<sup>220</sup> à l'Union. Ainsi, prenant l'exemple du différend DS313<sup>221</sup> opposant l'Union à l'Inde, on constate que l'Union a en l'espèce cédé aux arguments de l'Inde. Cette dernière reprochait notamment à l'Union un comportement discriminatoire par rapport aux autres importateurs du produit en cause, seule l'Inde ayant à subir des mesures antidumping. Cet argument pourrait être combattu sur le terrain de la nature même d'une mesure antidumping ou antisubvention. En effet, ce type de mesure unilatérale est par définition discriminatoire puisqu'elle applique des droits de douane supplémentaires aux exportateurs d'un pays. Surtout, la part significative des importations représentée par l'Inde a pu jouer un rôle dans le maintien des mesures. Toutefois, trois mois après l'ouverture des consultations, l'Union a décidé de clore le différend en supprimant purement et simplement la mesure. Plus récemment, sous l'empire des règlements de base antidumping et antisubvention 1225/2009 et 597/2009, c'est la Fédération de Russie qui s'est constituée en tant que plaignante dans le différend DS494 pour contester la conformité des méthodes d'ajustement des frais utilisées par l'Union dans le calcul des marges de dumping. La Fédération de Russie en a fait de même dans le différend DS521 concernant les importations de certains produits plats laminés à froid en acier du 27 janvier 2017, donc sur la base du règlement antidumping 2016/1036.

#### b. La différence de nature de l'article XI §2 du GATT

86. L'invocation de l'article XI §2 en tant que moyen de défense affirmatif apparaît probablement encore plus hasardeuse : « Les dispositions du paragraphe premier du présent article ne s'étendent pas aux cas suivants :

- a) Prohibitions ou restrictions à l'exportation appliquées temporairement pour prévenir une situation critique due à une pénurie de produits alimentaires ou d'autres produits essentiels pour la partie contractante exportatrice, ou pour remédier à cette situation ;
- b) Prohibitions ou restrictions à l'importation ou à l'exportation, nécessaires pour l'application de normes ou réglementations concernant la classification, le contrôle de la qualité ou la commercialisation de produits destinés au commerce international ;
- c) Restrictions à l'importation de tout produit de l'agriculture ou des pêches, quelle que soit la forme sous laquelle ce produit est importé... »

<sup>217</sup> Selon l'OMC, [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/dispu\\_f/dispu\\_by\\_country\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/dispu_by_country_f.htm), à la date du 12 novembre 2018, l'Union est défendeur devant l'ORD dans 85 affaires, plaignant dans 99 affaires et tierce partie dans 179 affaires. Sur les 85 affaires où l'Union est défendeur, 16 affaires concernent les législations antidumping ou antisubvention.

<sup>218</sup> Dispute Settlement (DS) 486, UE – PET (Pakistan), tierces parties : États-Unis, Chine, groupe spécial constitué le 13 mai 2015.

<sup>219</sup> DS 337, CE – Saumon (Norvège), tierces parties : États-Unis, Canada, Chine, Hong-Kong, Japon, République de Corée, rapport adopté le 8 janvier 2008 avec recommandation de mise en conformité.

<sup>220</sup> Rapport 2015 du comité des pratiques antidumping de l'OMC, annexe D, page 17, où l'on pourra également constater que les États-Unis exercent, de loin, la plus importante activité antidumping, avec 284 actions préliminaires ou finales notifiées à l'OMC. Ce niveau d'activité élevé est relativement constant, avec même un pic de 379 actions du 1<sup>er</sup> juillet 2008 au 30 juin 2009, « réduit » à 312 actions du 1<sup>er</sup> juillet 2009 au 30 juin 2010, pendant que l'Union était à 115 et 84, respectivement.

<sup>221</sup> Importations de certains produits laminés plats, en fer ou en aciers non alliés, d'une largeur de 600 mm ou plus, non plaqués ni revêtus, enroulés ou simplement laminés à chaud.

87. En effet, la pratique décisionnelle concernant les mesures antidumping et antisubvention ne correspond pas aux exemptions prévues ci-dessus, encore une fois en raison de leur nature. Ainsi, les exceptions générales de l'article XI §2 ne visent que des restrictions, voire des prohibitions, à l'exportation comme à l'importation. L'objet même de ces mesures diffère donc. Dès lors ces exceptions de l'article XI §2 du GATT ne peuvent pas non plus être invoquées au soutien de mesures antidumping ou antisubvention.

## 2. L'impossible invocation des exceptions générales de l'AGCS

88. De manière plus récente, les moyens de défense affirmatifs ont pu être présentés sur le fondement des autres accords de l'OMC et en particulier de l'AGCS, au visa de l'article XIV : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures :
- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public ;
  - b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;
  - c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent :
    - i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services ;
    - ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels ;
    - iii) à la sécurité ;
  - d) incompatibles avec l'article XVII, à condition que la différence de traitement vise à assurer l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif d'impôts directs pour ce qui est des services ou des fournisseurs de services d'autres Membres ;
  - e) incompatibles avec l'article II, à condition que la différence de traitement découle d'un accord visant à éviter la double imposition ou de dispositions visant à éviter la double imposition figurant dans tout autre accord ou arrangement international par lequel le Membre est lié. »
89. Constatant une véritable similitude dans la structure comme dans le contenu de ces exceptions générales au regard de l'article XX du GATT, Joseph NGAMBI peut écrire à raison : « ...l'objet de la preuve des exceptions dans le cadre de l'AGCS est le même qu'en cas d'invocation de l'article XX du GATT.

Ainsi, le défendeur doit prouver que sa mesure est nécessaire à l'objectif poursuivi, et donc non seulement présente un lien de causalité avec cet objectif, mais constitue une alternative raisonnablement disponible et moins attentatoire au commerce ; il doit en outre démontrer que l'application de cette mesure ne débouche pas sur une discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, ou une restriction déguisée au commerce international<sup>222</sup>. »

De plus, à la différence, majeure, de l'article XX du GATT qui fait partie du même corpus que l'article VI relatif aux règles antidumping et antisubvention, l'AGCS ne contient pas dans son corpus d'instruments de défense commerciale sur les services expressément

<sup>222</sup> NGAMBI Joseph, 2010, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Bruylant, page 209. Sur les difficultés probatoires soulevées devant l'OMC, voir aussi, DUFOUR Geneviève, OUELLET Richard, *Le fardeau de la preuve : constat prima facie d'un décalage entre théorie et pratique, et de la nécessité d'une théorie de la preuve à l'OMC*, DeBoeck Supérieur, Revue internationale de droit économique, 2017/1 t.XXXI, pages 47 à 78.

décrits dans une procédure comparable. Dès lors, l'invocation de l'article XIV de l'AGCS au soutien des mesures antidumping ou antisubvention ne peut constituer un moyen de défense affirmatif satisfaisant devant l'ORD.

90. En conclusion de cette section, il est permis d'affirmer que l'Union et l'OMC ne partagent pas le même paradigme pour une raison simple : l'Union propose un modèle de civilisation complet, alors que l'OMC ne se concentre que sur la mise en œuvre du libre-échange à l'échelle mondiale. L'Union porte des valeurs affichées au plus haut de sa hiérarchie des normes alors que l'OMC n'en fait pas mention dans ses textes. Dès lors on comprend mal que de telles divergences fondamentales aient pourtant conduit à une convergence des législations antidumping et antisubvention, devenant bientôt une dépendance de l'Union vis-à-vis des règles de l'OMC. Il n'est ainsi pas étonnant que la législation antidumping et antisubvention de l'Union puisse être contestée devant l'ORD, généralement par des pays qui ont pourtant une pratique antidumping bien plus active, à l'instar de l'Inde. Ceci alors que l'OMC peut être qualifiée d'institution moribonde à mesure que les États-Unis la mithridatisent tant de l'extérieur par leur unilatéralisme belliciste à l'égard de la Chine que de l'intérieur par leur paralysie de l'ORD. L'Union serait dès lors bien inspirée de développer une défense commerciale commune plus autonome et singulière pour trouver et occuper une place de premier plan sur la scène commerciale internationale.

## Section 2 : Les conditions d'application des régimes antidumping et antisubvention

91. De prime abord, la réunion des conditions d'application des régimes antidumping et antisubvention peut sembler réalisable sans trop de difficultés. En effet, les trois premières conditions d'application, conformes aux règles de l'OMC, se rapprochent des conditions de la responsabilité civile extracontractuelle en droit français. Le fait générateur, autrement dit l'existence d'une pratique de dumping ou d'une subvention, doit causer un dommage à l'économie, en particulier à l'industrie de l'Union, pour que l'enquête puisse être déclenchée. Peut-on, de manière plus précise, rapprocher ces régimes des conditions de la concurrence déloyale qui exigent que le fait générateur résulte d'un comportement fautif ? Le parallèle est en effet saisissant dans la typologie des qualifications de concurrence déloyale : détournement de clientèle, débauchage et désorganisation de l'entreprise peuvent largement être transposés au comportement des entreprises de pays tiers qui pratiquent le dumping ou bénéficient de subventions. Pour autant, il s'agit dans ces derniers cas d'effets indirects qui conduisent, à la fois pour des raisons de preuve et d'apaisement des tensions actuelles ou potentielles entre l'Union et les entreprises des pays tiers en cause, à ce que l'élément intentionnel ne soit pas exigé en matière de dumping ou de subvention.

La preuve du fait générateur s'avère donc suffisante, ce qui constitue un premier indice de la juxtaposition de déséquilibres probatoires entre les parties, d'une part, et les institutions, d'autre part (§1). En plus de ces trois premières conditions, assez classiques, l'Union a souhaité en rajouter une quatrième, celle qui relève de l'intérêt de l'Union. Cette quatrième condition, que l'on pourrait penser salutaire au regard de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union, s'avère à l'analyse moins pertinente, tant l'intérêt de l'Union dont il est question est à géométrie variable (§2).

§1 : La juxtaposition de déséquilibres probatoires des procédures antidumping et antisubvention en droit de l'Union

92. Dans sa thèse consacrée à la preuve dans le droit de l'Union européenne, Maria FARTUNOVA<sup>223</sup> nous éclaire sur le régime général de la preuve : « la preuve suscite un certain nombre de questions classiques relatives à l'objet de la preuve, au droit à la preuve, à l'appréciation de la force probante des éléments de preuve, aux modes de preuve et à leur admissibilité et à la charge de la preuve.

Le législateur de l'Union, dont l'œuvre a été complétée par celle du juge, a progressivement donné des réponses à ces questions en fonction des domaines dans lesquels il est intervenu. L'étude du droit dérivé et de la jurisprudence tend à montrer qu'il existe une pluralité de solutions en matière de preuve qui sont spécifiques au domaine ou à la voie juridictionnelle concernés... Ces solutions répondent à une question de preuve concrète en fonction de l'objectif poursuivi par la politique commune et reflètent l'évolution de cette politique tant dans une dimension normative que dans une dimension contentieuse. » Si l'on décline cette analyse du régime de la preuve à la politique commerciale commune et, à l'intérieur de celle-ci, aux législations antidumping et antisubvention, alors on peut dégager deux faits saillants.

---

<sup>223</sup> FARTUNOVA Maria, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*. Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, 2010, page 42.



D'une part, il s'avère que le régime probatoire est déséquilibré entre les parties en cause dans les législations antidumping et antisubvention (A). D'autre part, si l'on s'intéresse aux institutions chargées d'appliquer ces législations antidumping et antisubvention, il s'avère que l'exigence probatoire est à son plus bas niveau puisqu'elle témoigne de l'exercice d'un large pouvoir d'appréciation (B).

#### A. Le déséquilibre probatoire entre les parties en cause

93. La charge ainsi que l'administration de la preuve d'une pratique de dumping ou du bénéfice de subventions par l'entreprise ou les entreprises exportatrices du ou des produits concernés vers le marché intérieur témoignent d'un large déséquilibre entre les parties en cause, à la faveur des demandeurs (1). Ces derniers bénéficient en effet d'une plus grande souplesse, voire d'une bienveillance probatoire comparés aux producteurs exportateurs suspectés (2).

##### 1. Un régime probatoire favorable aux demandeurs

94. Du côté du demandeur, autrement dit de l'industrie de l'Union, l'enjeu essentiel se situe au moment de la constitution du dossier de plainte. En effet, d'une manière générale, l'industrie de l'Union du produit en cause a l'initiative de la demande au visa des articles 5 §1 et 10§1 des règlements de base antidumping 2016/1036 et antisubvention 2016/1037. Pour ce faire, elle doit s'astreindre à administrer les « éléments de preuve suffisants » pour étayer les trois conditions<sup>224</sup> d'application du régime antidumping ou antisubvention : l'existence de la pratique alléguée, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux premières conditions. Par exception, au visa des articles 5 §6 et 10§8 des règlements de base antidumping 2016/1036 et antisubvention 2016/1037, la Commission peut également se saisir d'office d'une enquête antidumping ou antisubvention dans les mêmes conditions que si un représentant de l'industrie de l'Union en faisait la demande. Autrement dit la Commission peut venir au soutien de l'industrie de l'Union sans même que celle-ci ne lui en ait fait la demande, en particulier lorsqu'elle est en possession d'informations qui lui permettent de satisfaire les conditions d'ouverture d'une enquête antidumping ou antisubvention. La démonstration de ces pratiques commerciales déloyales des exportateurs n'est donc pas totale ni exclusivement scientifique. À l'instar d'une requête aux fins de saisie-contrefaçon<sup>225</sup> en droit français, ces éléments de preuve peuvent être suffisants dès le stade du commencement de preuve. Le plaignant les fournit à la Commission pour atteindre l'objectif de déclenchement de l'enquête. Ensuite seulement, la Commission appréciera souverainement la recevabilité de cette plainte et, si elle l'admet, se chargera de l'instruction pour compléter et recueillir de nouveaux éléments de preuve auprès des entreprises exportatrices en cause afin de caractériser le dumping ou la subvention, voire les deux pratiques déloyales qui peuvent être constatées de manière simultanée. Dès lors, on peut considérer que le demandeur bénéficie d'un traitement favorable au regard du régime probatoire.
95. Pour tempérer cette analyse, un enjeu moindre se situe dans la coopération des plaignants à l'enquête. En effet, le dépôt d'une plainte sur le fondement du règlement antidumping ou antisubvention implique pour le plaignant de s'engager à coopérer à l'enquête de la Commission, notamment à se soumettre aux visites de contrôle. Si tel n'était pas le cas, le risque serait de se trouver exclu de l'assiette de calcul du seuil de signification de l'industrie de l'Union en cause.

---

<sup>224</sup> La condition relative à la conformité de la mesure à l'intérêt de l'Union n'est appréciée que plus tard par la Commission, à l'occasion de la rédaction du règlement d'exécution.

<sup>225</sup> Article L332-1 s. du Code de la propriété intellectuelle.

## 2. Un régime probatoire exigeant à l'égard du défendeur

96. Du côté du défendeur, c'est-à-dire des exportateurs de produits jusqu'aux frontières de l'Union en vue de leur mise en libre pratique au sein du marché intérieur, l'exigence probatoire s'avère particulièrement élevée dès le premier abord **(a)**. L'explication se trouve en particulier dans le caractère d'exception conféré aux mesures antidumping et antisubvention prises par l'Union dans le cadre de sa défense commerciale **(b)**.

### a. Aperçu du fardeau probatoire du producteur exportateur

97. Nous situant cette fois du côté des intérêts du producteur exportateur, il s'avère que la procédure antidumping et antisubvention présente de nombreuses difficultés probatoires à leur égard. D'une part, et de manière principale, il s'agira de prouver un fait négatif : l'absence de dumping ou de bénéfice de subventions. La preuve d'un fait négatif étant autrement plus difficile que celle d'un fait positif, le premier déséquilibre probatoire est ainsi mis en évidence. D'autre part, une autre difficulté probatoire réside dans l'absence potentielle d'information de l'existence de la procédure antidumping ou antisubvention pour les producteurs exportateurs indirectement concernés.

En effet, une enquête est généralement dirigée contre une ou plusieurs entreprises identifiées alors que d'autres entreprises du même pays exportent également les produits concernés par l'enquête. Dès lors, cette catégorie d'entreprises peut tout simplement ne pas être partie à la procédure tout en subissant les effets défavorables potentiels par la fixation de droits antidumping ou compensateurs. Malgré la publicité des enquêtes, il est très probable que cette information leur échappe, généralement par manque de moyens leur permettant d'assurer une veille juridique efficace sur ce point. Ils se trouvent ainsi privés purement et simplement de moyens de défense. Enfin, une dernière source de déséquilibre probatoire à l'échelle des pays tiers dans lesquelles les entreprises en cause exercent leur activité mérite attention. Il leur incombe en effet de rapporter la preuve qu'elles évoluent en économie de marché.

98. Dans l'arrêt *Since Hardware*<sup>226</sup>, on peut ainsi lire : « Par ailleurs, il ressort de l'article 2, paragraphe 7, sous c), du règlement antidumping de base n° 1225/2009 que la charge de la preuve incombe au producteur qui souhaite bénéficier du statut reconnu aux entreprises évoluant en économie de marché. En effet, selon l'article 2, paragraphe 7, sous c), du règlement, la requête présentée au titre de la disposition visée sous b) doit être faite par écrit et contenir des preuves suffisantes que le producteur opère dans les conditions d'une économie de marché. Partant, il n'incombe pas aux institutions de l'Union de prouver que le producteur ne satisfait pas aux conditions prévues pour bénéficier dudit statut.

Il appartient, en revanche, auxdites institutions d'apprécier si les éléments fournis par le producteur sont suffisants pour démontrer que les conditions posées par l'article 2, paragraphe 7, sous c), du règlement sont remplies et au juge de l'Union de vérifier si cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste. »

### b. Le caractère d'exception des mesures antidumping et antisubvention à l'origine de l'exigence d'administration de la preuve

99. Dans ce contexte, il semble bien que la tendance dégagée par Maria FARTUNOVA<sup>227</sup> en matière d'administration de la preuve du texte applicable ne puisse être vérifiée, ce qui peut s'expliquer par la thèse que les procédures antidumping et antisubvention constituent des mesures d'exception, échappant en cela à la règle générale : « la distinction entre le fait

<sup>226</sup> Arrêt du 18 septembre 2012, *Since Hardware* (Guangzhou) / Conseil (T-156/11) (cf. points 182-185).

<sup>227</sup> Op. cit., page 559.

et le droit dans le droit de l'Union aboutit également à reconsidérer l'obligation d'apporter la preuve de la règle juridique applicable. Loin de n'être qu'une obligation pesant uniquement sur les justiciables, cette obligation est, dans certaines hypothèses, à destination du juge. Une telle présentation de l'administration de la preuve est en cohérence avec la répartition équilibrée de l'administration de la preuve. Son intervention active est justifiée par la volonté de remédier à une difficulté de preuve que les faits peuvent présenter. En ce sens, une obligation de collaborer à la preuve peut être dégagée dans le droit de l'Union laquelle constitue une expression particulière de l'obligation générale de coopération. L'obligation de collaborer à la preuve s'adresse, en premier lieu, aux justiciables, et en second lieu, au juge. Ce dernier dispose de la liberté de recourir à des mesures d'instruction. Cette possibilité lui est reconnue dans l'objectif d'assurer une répartition équilibrée de la charge de la preuve et une protection juridictionnelle effective. » En l'espèce, le rôle de rééquilibrage du juge ne peut être assumé : le contrôle judiciaire se trouve en effet particulièrement lâche puisque limité à la vérification de l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, et le pouvoir d'instruction n'est pas exercé.

100. De tout ce qui précède se dégage nécessairement un déséquilibre marqué entre le régime probatoire applicable aux plaignants, les industriels de l'Union, face au fardeau probatoire des producteurs exportateurs et, en aval, des importateurs à qui sont appliqués les droits antidumping et antisubvention. Ce déséquilibre démontre la volonté de protection de l'industrie de l'Union contre les comportements déloyaux d'entreprises de pays tiers. À ce titre, la procédure antidumping et antisubvention peut être qualifiée d'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union. Reste à savoir si, à l'instar du statut de consommateur ou de salarié, l'industrie de l'Union peut être considérée comme une partie faible, bénéficiant d'une protection en matière de preuve, par exemple au moyen d'une présomption à son profit.

#### B. Le large pouvoir d'appréciation des institutions

101. En plus du déséquilibre probatoire dégagé entre les parties à la très nette faveur de l'industrie de l'Union, se dessine un second déséquilibre probatoire, cette fois-ci entre les parties et les institutions. En effet, ainsi que Henrik Andersen peut l'écrire sur le pouvoir discrétionnaire des institutions en matière de dumping: « First, the basic regulation offers several provisions that give the Commission and the Council discretionary powers, for example art 2.1, 2nd sentence, where the domestic price may be based on other sellers prices if the actual exporter does not produce or sell domestically. Second, the EU courts have limited the judicial review due to the complexity in the economic, political and legal situations of the trade protective area. The judicial review is therefore limited to verifying whether the relevant procedural rules have been complied with, whether the facts on which the disputed choice is based have been accurately stated, and whether there has been a manifest error of appraisal or misuse of powers<sup>228</sup>. » Selon un plan chronologique qui sied bien à l'étude de toute procédure, on pourra mettre en évidence le pouvoir discrétionnaire des institutions dès le stade du déclenchement de l'enquête (1), que l'on peut qualifier plus justement de souverain à l'occasion du calcul du préjudice (2) mais aussi au moment de l'application des droits antidumping et antisubvention (3).

<sup>228</sup> ANDERSEN Henrik, op. cit., pages 12 s.

## 1. Pouvoir discrétionnaire au moment du déclenchement de l'enquête

102. Le déclenchement de l'enquête antidumping<sup>229</sup> et antisubvention<sup>230</sup> constitue la prérogative exclusive de la Commission, qui jouit dès lors d'un pouvoir considérable en la matière. En particulier, la Commission dispose d'une liberté d'appréciation de la demande d'ouverture de procédure antidumping ou antisubvention résultant de l'industrie de l'Union (a). L'initiative même de l'ouverture de la procédure lui est offerte sans qu'il soit nécessaire qu'une demande de l'industrie de l'Union ne soit formulée (b).

### a. La liberté d'appréciation de la Commission

103. Dès le stade de l'ouverture de la procédure, la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation. En effet, au visa de l'article 5§2 du règlement 2016/1036 antidumping et de l'article 10§2 du règlement 2016/1037 antisubvention, la plainte de l'industrie doit contenir des éléments de preuve quant à l'existence d'un dumping ou d'une subvention, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les importations dont il est allégué qu'elles font l'objet d'un dumping ou d'une subvention, et le préjudice allégué. Dans les deux procédures, le paragraphe 3 de chacun des articles précédemment cités dispose : « La Commission examine, dans la mesure du possible, l'exactitude et l'adéquation des éléments de preuve fournis dans la plainte afin de déterminer s'il y a des éléments de preuve suffisants pour justifier l'ouverture d'une enquête. »

L'expression « dans la mesure du possible » laisse nécessairement tout le pouvoir à la Commission de rejeter, ou non, les éléments de preuve produits dans le dossier de plainte, sans qu'il soit possible de former un recours contre une décision de rejet. Prenant la situation sensible de la sidérurgie, moteur de l'activité économique mondiale, la Commission explique ainsi dans une communication spécifique<sup>231</sup> que le secteur fait face à une « vague sans précédent de pratiques commerciales déloyales. » En outre, sur la période 2013-2017, la Commission a institué 19 mesures antidumping ou compensatoires à l'encontre des importations déloyales de 14 catégories de produits sidérurgiques pendant que 13 nouvelles enquêtes ont conclu en particulier que « l'industrie sidérurgique de l'Union européenne avait subi (ou, dans un cas, était menacée de subir) un préjudice grave causé par des pratiques commerciales déloyales<sup>232</sup>. »

De plus, la Commission peut écarter certains plaignants qui ne coopéreraient pas à la procédure tout en les excluant du panel d'entreprises représentant l'industrie attaquée pour le calcul des seuils de signification de la plainte. La jurisprudence résultant de l'arrêt *Brosmann Footwear*<sup>233</sup> est éclairante à ce titre : « Il ressort de l'article 5, paragraphes 1 et 4, du règlement anti-dumping de base n° 384/96 qu'une enquête antidumping est ouverte

<sup>229</sup> Article 5 du règlement de base antidumping 2016/1036.

<sup>230</sup> Article 10 du règlement de base antisubvention 2016/1037.

<sup>231</sup> Communication de la Commission, *Sidérurgie : préserver l'emploi et une croissance durables en Europe*, COM(2016) 155 final du 16 mars 2016.

<sup>232</sup> Considérant (59) du Règlement d'exécution (UE) 2018/1013 de la commission du 17 juillet 2018 instituant des mesures de sauvegarde provisoires concernant les importations de certains produits sidérurgiques, JOUE du 18 juillet 2018, L181/46.

<sup>233</sup> Arrêt du 4 mars 2010, *Brosmann Footwear (HK) e.a. / Conseil* (T-401/06, Rec. page II-671) (cf. points 103-106), étant précisé que les règles de seuil de 50 et 25% exigées dans cet ancien règlement de base se retrouvent dans des termes similaires au sein des règlements de base en vigueur aux articles 5§4 du règlement antidumping 1225/2009 et 10§6 du règlement antisubvention 597/2009. Voir aussi par suite du pourvoi, arrêt de la Cour du 2 février 2012, aff. C-249/10, ECLI:EU:C:2012:53. voir note IDOT Laurence, *Antidumping, Europe, 2012, Avril, commentaire n°4, page 32.*

valablement, sauf application du paragraphe 6 du même article, si une plainte est déposée par ou au nom de l'industrie communautaire.

Une plainte est réputée avoir été déposée par ou au nom de l'industrie communautaire lorsqu'elle est soutenue par des producteurs communautaires représentant, s'agissant du produit similaire, plus de 50 % de la production totale du produit similaire générée par la partie de l'industrie communautaire exprimant son soutien ou son opposition à la plainte. En outre, les producteurs soutenant expressément la plainte doivent aussi représenter au moins 25 % de la production totale du produit similaire fabriqué par l'industrie communautaire.

S'agissant de la notion de "soutien", l'article 5, paragraphe 2, dudit règlement de base prévoit qu'une plainte doit contenir des éléments de preuve relatifs à l'existence d'un dumping, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. Une plainte doit contenir à cet égard un certain nombre de renseignements qui peuvent être raisonnablement à la disposition du plaignant.

Soutenir une plainte déposée par ou au nom de l'industrie communautaire implique donc pour le ou les plaignant(s) et les personnes au nom desquelles celle-ci a été déposée, premièrement, la fourniture des éléments que la Commission demande en vue de vérifier que les conditions requises pour l'imposition d'un droit antidumping sont réunies et, deuxièmement, l'acceptation de se soumettre à tout contrôle que la Commission pourrait effectuer afin d'examiner si les éléments fournis correspondent à la réalité. Ainsi, lorsqu'un producteur communautaire déclare ne pas accepter la vérification des données qu'il fournit au soutien d'une plainte déposée par lui ou en son nom, il doit, premièrement, être considéré comme un producteur refusant de coopérer au sens de l'article 18, paragraphe 1, du règlement de base et, deuxièmement, être exclu du groupe des producteurs exprimant leur soutien à la plainte au sens de l'article 4, paragraphe 1, et de l'article 5, paragraphe 4, du règlement de base. »

104. Cela signifie donc que la Commission dispose d'un pouvoir de réduction des producteurs de l'Union représentatifs, de sorte qu'elle est potentiellement susceptible de remettre en cause la recevabilité même de la plainte sur le fondement d'un seuil de représentativité de l'industrie de l'Union non atteint. Pour autant, la situation commerciale internationale contemporaine de la présidence TRUMP a eu pour effet l'inflexion de l'approche de l'Union qui va plutôt dans le sens d'une plus grande tolérance sur la représentativité de l'industrie de l'Union.

#### b. La liberté d'initiative de la Commission

105. En outre, à côté de l'ouverture de la procédure sur plainte de l'industrie de l'Union, la Commission peut également se saisir d'office d'une enquête antidumping ou antisubvention. En effet, au visa de l'article 5§6 du règlement antidumping 2016/1036 et de l'article 10§8 du règlement antisubvention 2016/1037 : « Si, dans des circonstances spéciales, la Commission<sup>234</sup> décide d'ouvrir une enquête sans être saisie d'une plainte présentée par écrit à cette fin par une industrie de l'Union ou en son nom, elle n'y procède que si elle est en possession d'éléments de preuve suffisants de l'existence d'un dumping/d'une subvention passible de mesures compensatoires, d'un préjudice et d'un lien de causalité au sens du paragraphe 2 pour justifier l'ouverture d'une enquête. La Commission fournit des informations aux États membres lorsqu'elle a déterminé qu'il était nécessaire d'ouvrir une telle enquête. »

Cette liberté d'initiative d'ores et déjà manifeste est encore renforcée au profit de la Commission par l'élargissement des conditions de détermination de l'existence d'un

<sup>234</sup> Dans les règlements précédents antidumping 1225/2009 et antisubvention 597/2009, le terme Commission était remplacé par celui moins précis d'autorités, ce qui posait très probablement un problème de compétence d'initiative des autorités autres que la Commission...

dumping ou d'une subvention depuis l'entrée en vigueur le 20 décembre 2017 du règlement 2017/2321 modificatif des règlements antidumping 2016/1036 et antisubvention 2016/1037. Plus précisément, alors que les pays dont le fonctionnement sous une économie de marché est contesté sont expressément cités à l'article 2§7 du règlement antidumping 2016/2036, et même nommément pour la Chine, le Viêtnam et le Kazakhstan, un paragraphe 6.bis a été ajouté. Cet ajout est justifié par la volonté de « préciser les circonstances dans lesquelles il peut être considéré que des distorsions significatives influent de manière considérable sur le libre jeu des forces du marché. » Cette notion de distorsion significative renvoie à la situation dans laquelle « les prix ou les coûts ... ne sont pas déterminés par le libre jeu des forces du marché en raison d'une intervention étatique importante. » La formulation de « libre jeu des forces du marché » plutôt que libre jeu de la concurrence peut surprendre par son côté irrationnel voire métaphysique, non sans rappeler une certaine « main invisible ». On peut expliquer ce choix des mots par l'opposition idéologique possible avec l'« intervention étatique importante », ceci afin de marquer l'incompatibilité intrinsèque des deux phénomènes selon la Commission. Si l'on s'intéresse maintenant à la conception de « l'intervention étatique importante » par la Commission, on retrouve à l'article 2 §6 bis b), outre l'existence d'entreprises d'État, la pratique de « mesures ou politiques publiques discriminatoires qui favorisent les fournisseurs nationaux ou influencent de toute autre manière le libre jeu des forces du marché ». À la lumière de ce critère de qualification de distorsion significative présenté comme alternatif donc susceptible d'être suffisant à lui seul, outre la Chine, et compte tenu du contexte commercial international marqué du sceau de l'augmentation des tarifs douaniers américains en application du slogan de campagne « America First », les États-Unis ne pourraient-ils pas être à l'origine de distorsions significatives au sens du règlement antidumping européen ? Une réponse affirmative s'impose.

106. Il en résulte un durcissement potentiel voire actuel de la position de l'Union par le truchement de la Commission dans l'exercice de sa défense commerciale commune à l'égard de ses deux principaux partenaires commerciaux : la Chine et les États-Unis. Autrement dit, l'idée d'une pratique par l'Union de l'exception protectionniste à caractère commercial prend forme à mesure de l'évolution défavorable du contexte international qui produit une législation antidumping et antisubvention de plus en plus complète et ouverte dans les choix que peut opérer la Commission tout au long de la procédure.

## 2. Le pouvoir souverain de la Commission à l'occasion du calcul du préjudice

107. Une fois l'enquête antidumping et antisubvention ouverte par la Commission, celle-ci dispose encore d'un pouvoir souverain qui va trouver à s'appliquer dans deux situations majeures. D'une part, le calcul particulièrement complexe de la marge de dumping laisse la place à une forte amplitude donc à l'incertitude (a). D'autre part, la discussion sur la qualification de pays dépourvu d'économie de marché revêt un enjeu considérable (b).

### a. L'amplitude et l'incertitude quant à la marge de dumping

108. Ainsi que le constate Henrik ANDERSEN dans son ouvrage de droit comparé consacré à la détermination du dumping<sup>235</sup> en droit de l'Union et selon le droit de l'OMC : « ...the comparison between export price and the normal value is not merely a simple subtraction. There are several adjustable factors included at the comparison level, and these may lead to different dumping margins – depending on how those factors are applied. » À force de vouloir clarifier et détailler les règles de calcul de la valeur normale au fil des différentes

<sup>235</sup> *EU dumping determinations and WTO law*, 1.2.1.4 Comparison, page 5 s.

législations, sans jamais finalement y parvenir, il est probable que cette notion de valeur normale soit par nature elliptique, insaisissable, mais utile, à la manière d'un standard<sup>236</sup>.

Au point d'être qualifié de « biais protectionniste<sup>237</sup> » par Damien REYMOND dans sa thèse. Serait-ce délibéré ? Ainsi, conformément au 5<sup>ème</sup> considérant du règlement de base antidumping 2016/1036 selon lequel « il est souhaitable de fixer des règles claires et détaillées concernant le calcul de la valeur normale », ce texte lui consacre par moins de trois pages au visa de son article 2.A relatif à la détermination de l'existence d'un dumping... preuve de sa grande complexité ! Toujours est-il que cette situation confère un pouvoir discrétionnaire aux institutions dans le calcul du préjudice. « As seen here, the normal value is not easily defined by just referring to the actual domestic price. Naturally, the mechanism to disregard domestic prices and the mechanism to determine « new » domestic prices cannot lead to objective results, because it is not possible to find the correct domestic price. Instead, those mechanisms will lead to a normal value that contains some artificial elements and to protests from producers and importers if the normal value ends up being higher than the actual domestic price<sup>238</sup>. »

b. L'enjeu du statut de « pays disposant d'une économie de marché »

109. Par ailleurs, en reprenant l'arrêt *Since Hardware*<sup>239</sup> cette fois-ci sur le point du bénéfice, ou non, de statut d'entreprise évoluant en économie de marché, le pouvoir discrétionnaire des institutions se dégage assez nettement : « Dans le domaine de la politique commerciale commune, et tout particulièrement en matière de mesures de défense commerciale, les institutions de l'Union disposent d'un large pouvoir d'appréciation en raison de la complexité des situations économiques, politiques et juridiques qu'elles doivent examiner. Le contrôle juridictionnel d'une telle appréciation doit ainsi être limité à la vérification du respect des règles de procédure, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir.

Il en va de même des situations de fait, d'ordre juridique et politique, qui se manifestent dans le pays concerné et que les institutions de l'Union doivent évaluer pour déterminer si un exportateur agit dans les conditions du marché sans intervention significative de l'État et peut, par suite, bénéficier de l'octroi du statut propre aux entreprises évoluant en économie de marché.

Toutefois, si, dans le domaine des mesures de défense commerciale et, en particulier, des mesures antidumping, le juge de l'Union ne peut intervenir dans l'appréciation réservée aux autorités de l'Union, il lui appartient cependant de s'assurer que les institutions ont tenu compte de toutes les circonstances pertinentes et qu'elles ont évalué les éléments du dossier avec toute la diligence requise. »

110. Pour illustrer ce propos en matière de législation antisubvention, l'analyse de l'arrêt *Gold East Paper*<sup>240</sup> s'avère de nouveau éclairante : « Dans le cadre d'une procédure contre les pratiques de subvention de la part d'États tiers, la marge bénéficiaire devant être retenue pour calculer le prix indicatif de nature à éliminer le préjudice doit être limitée à la marge bénéficiaire que l'industrie de l'Union pourrait raisonnablement escompter dans des

<sup>236</sup> RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de la normalité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, 564 pages. Voir aussi GOYARD Claude, *Revue internationale de droit comparé*, 1981, pages 898 à 900.

<sup>237</sup> REYMOND Damien, *Action antidumping et droit de la concurrence dans l'Union européenne*, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2014, pages 329 s.

<sup>238</sup> *Ibidem*.

<sup>239</sup> Arrêt du 18 septembre 2012, *Since Hardware (Guangzhou) / Conseil (T-156/11)* (cf. points 182-185).

<sup>240</sup> Arrêt du 11 septembre 2014, *Gold East Paper et Gold Huasheng Paper / Conseil (T-444/11)* (cf. points 287, 296).

conditions normales de concurrence, en l'absence des importations faisant l'objet de subventions.

Il ne serait pas conforme à l'article 2, sous d), et à l'article 15, paragraphe 1, du règlement n° 597/2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de la Communauté européenne, d'accorder à l'industrie de l'Union une marge bénéficiaire qu'elle n'aurait pas pu attendre en l'absence de subventions. Par ailleurs, lorsque les institutions de l'Union utilisent la marge d'appréciation que leur confère ce règlement, elles ne sont pas tenues d'expliquer en détail et à l'avance les critères qu'elles envisagent d'appliquer dans chaque situation, même dans le cas où elles posent de nouvelles options de principe. » Dès lors, les institutions de l'Union en matière de législation antisubvention bénéficient de toute la largesse possible pour définir comme elles l'entendent le préjudice, à la base du calcul des droits supplémentaires qui seront institués. Cette omnipotence des institutions sur le nœud du régime antisubvention leur confère un très large pouvoir d'appréciation puisqu'il ne leur est pas même demandé de s'expliquer sur le détail des calculs ou les options choisies.

111. Les mêmes conclusions peuvent être tirées en matière de contournement des droits, ou la méthode du faisceau d'indices<sup>241</sup> est largement utilisée par les institutions. Il en est ainsi dans l'arrêt *Simon Evers & Co*<sup>242</sup>, illustrant ce pouvoir discrétionnaire en la matière : « S'agissant du contournement des mesures antidumping, l'article 13, paragraphe 1, du règlement antidumping de base n° 384/96, dispose qu'il consiste en une modification de la configuration des échanges entre les pays tiers et l'Union, découlant de pratiques, d'opérations ou d'ouvrages pour lesquelles il n'existe pas de motivation suffisante ou de justification économique autre que l'imposition du droit, en présence d'éléments attestant qu'il y a préjudice ou que les effets correctifs du droit sont compromis en termes de prix et/ou de quantités de produits similaires.

À cet égard, s'il ressort du règlement de base n° 384/96 que le législateur de l'Union n'a pas entendu établir une présomption légale permettant de déduire directement du défaut de coopération des parties intéressées ou concernées l'existence d'un contournement et, partant, dispensant les institutions de l'Union de toute exigence de preuve, toutefois, compte tenu de la possibilité d'établir des conclusions, même définitives, sur la base des données disponibles et de traiter la partie qui ne coopère pas ou qui ne coopère que partiellement de façon moins favorable que si elle avait coopéré, les institutions de l'Union sont autorisées à se fonder sur un faisceau d'indices concordants permettant de conclure à l'existence d'un contournement au sens de l'article 13, paragraphe 1, dudit règlement.

Dans ce contexte, l'exigence relative à la substitution des importations originaires du pays soumis au droit antidumping par celles en provenance du pays de contournement, en tant que condition nécessaire à l'existence d'un contournement, ne figure pas à cette disposition. En outre, la définition du "contournement" est formulée en des termes très généraux qui laissent une large marge de manœuvre aux institutions de l'Union, aucune précision n'étant donnée quant à la nature et aux modalités de la "modification de la configuration des échanges entre les pays tiers et la Communauté".

Il s'ensuit que le Conseil a établi à suffisance de droit l'existence d'une modification de la configuration des échanges entre la Chine, la Thaïlande et l'Union en vue d'adopter le règlement n° 499/2009, étendant le droit antidumping définitif institué par le règlement n° 1174/2005 sur les importations de transpalettes à main et de leurs parties essentielles originaires de la République populaire de Chine aux importations des mêmes produits expédiés de Thaïlande, qu'ils aient ou non été déclarés originaires de ce pays, et que la

<sup>241</sup> La preuve des ententes anticoncurrentielles peut aussi reposer sur la méthode du faisceau d'indices, qualifiés de « *graves, précis et concordants* », Conseil de la Concurrence décision n°04-D-43 8 sept 2004.

<sup>242</sup> Arrêt du 4 septembre 2014, *Simon, Evers & Co* (C-21/13) (cf. points 30, 36, 47-50, 52, 56-58 et disp.).



validité de ce règlement n'est pas en cause. Par ailleurs, dès lors que les institutions se sont basées sur un faisceau d'indices concordants pour conclure à l'existence d'un contournement du droit antidumping institué sur les importations de transpalettes à main et de leurs parties essentielles originaires de Chine en constatant que la modification de la configuration des échanges entre la Thaïlande et l'Union a commencé juste après l'institution du droit antidumping sur lesdites importations, cette coïncidence dans le temps constitue un indice important permettant d'établir un lien logique et raisonnable entre l'augmentation considérable des importations en provenance de Thaïlande et l'imposition du droit antidumping.

De même, dans un contexte de refus total de coopération dans l'enquête sur le contournement, les institutions de l'Union sont habilitées à se fonder sur des indices afin de conclure à l'existence de pratiques, d'opérations ou d'ouvrages en Thaïlande visant uniquement à contourner le droit antidumping frappant les importations originaires de Chine. Il s'ensuit qu'il y a eu contournement des mesures au sens de l'article 13, paragraphe 1, du règlement antidumping de base n° 384/96, de manière à ce que la validité du règlement n° 499/2009 n'en soit pas affectée. »

112. Dans le sens contraire, le juge européen a pu censurer, de manière exceptionnelle toutefois, les institutions en matière d'établissement d'un contournement sur la base d'un faisceau d'indices. C'est ainsi que l'arrêt APEX<sup>243</sup> a pu invalider un règlement d'exécution : « Dans le cadre d'une enquête sur le contournement éventuel des mesures antidumping instituées, il ressort de l'article 18 du règlement n° 1225/2009, relatif à la défense contre les importations qui font l'objet d'un dumping de la part de pays non membres de la Communauté européenne, que le législateur de l'Union n'a pas entendu établir une présomption légale permettant de déduire directement du défaut de coopération des parties intéressées ou concernées l'existence d'un contournement et, partant, dispensant les institutions de l'Union de toute exigence de preuve. Toutefois, compte tenu de la possibilité d'établir des conclusions, même définitives, sur la base des données disponibles et de traiter la partie qui ne coopère pas ou qui ne coopère que partiellement de façon moins favorable que si elle avait coopéré, les institutions de l'Union sont autorisées à se fonder sur un faisceau d'indices concordants permettant de conclure à l'existence d'un contournement au sens de l'article 13, paragraphe 1, du règlement n° 1225/2009.

Fondé sur les données disponibles conformément à l'article 18, du règlement n° 1225/2009, le règlement d'exécution n° 260/2013, portant extension du droit antidumping définitif, institué par le règlement n° 1458/2007, sur les importations de briquets de poche avec pierre, à gaz, non rechargeables, originaires de la République populaire de Chine aux importations de briquets de poche avec pierre, à gaz, non rechargeables, expédiés de la République socialiste du Viêt Nam, qu'ils aient ou non été déclarés originaires de la République socialiste du Viêt Nam, indique que le volume des importations du produit concerné en provenance de la République populaire de Chine (RPC) dans l'Union était faible au cours de l'année 2007 et que le volume des importations de ce produit en provenance du Viêt Nam dans l'Union a fortement augmenté à compter de cette même année. Il ressort en revanche dudit règlement n° 260/2013 que les exportations de pièces pour briquet de la RPC vers le Viêt Nam ont augmenté dès l'année 1999. Il s'ensuit qu'il ne peut être valablement conclu à l'existence d'un lien entre, d'une part, la hausse des exportations de pièces pour briquet de la RPC vers le Viêt Nam et, d'autre part, l'augmentation des importations du produit concerné dans l'Union en provenance du Viêt Nam. Dans ces conditions, il ne peut pas être considéré que les institutions de l'Union se sont fondées sur un faisceau d'indices suffisamment concordants, leur permettant de conclure à l'existence d'un contournement au sens de l'article 13, paragraphe 1, du

---

<sup>243</sup> Arrêt du 17 décembre 2015, APEX (C-371/14) (cf. points 68, 75-78 et disp.), ECLI:EU:C:2015:828.

règlement n° 1225/2009. Le règlement n° 260/2013 doit être déclaré invalide. » Cette censure constitue donc une limitation du pouvoir des institutions dans leur application de la législation antidumping.

### 3. Le pouvoir souverain d'application des droits antidumping et compensateurs

113. Selon un raisonnement chronologique, l'institution de droits antidumping et antisubvention s'effectue selon trois phases successives. D'une part, à l'occasion de l'ouverture de l'enquête, des droits provisoires peuvent être institués au visa de l'article 7 du règlement antidumping 2016/1036 et de l'article 12 du règlement antisubvention 2016/1037. Ensuite, à l'issue de l'enquête, des droits définitifs peuvent être appliqués. Enfin, ces droits peuvent faire l'objet d'un réexamen au même titre que l'ensemble de la procédure, selon une périodicité définie dans le règlement d'exécution, sans toutefois pouvoir dépasser une durée de cinq années au visa de l'article 11§2 du règlement antidumping 2016/1036 et de l'article 18§2 du règlement antisubvention 2016/1037.

114. Or à chacune de ces trois phases successives, les institutions disposent une nouvelle fois d'un très large pouvoir d'appréciation, que d'aucuns qualifieraient de souverain, voire de motivation minimale. En effet, dans l'arrêt Usha Martin<sup>244</sup>, on peut par exemple constater : « En vertu du principe de proportionnalité, consacré par l'article 5, troisième alinéa, CE, la légalité d'une réglementation communautaire est subordonnée à la condition que les moyens qu'elle met en œuvre soient aptes à réaliser l'objectif légitimement poursuivi par la réglementation en cause et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir, en principe, à la moins contraignante.

Toutefois, s'agissant d'un domaine tel que celui de la politique commerciale commune où le législateur communautaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation, qui correspond aux responsabilités politiques que le traité lui attribue, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée, par rapport à l'objectif que l'institution compétente est chargée de poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure. Ce large pouvoir d'appréciation dont dispose le législateur communautaire en la matière correspond au large pouvoir d'appréciation qu'une jurisprudence constante reconnaît aux institutions communautaires lorsqu'elles adoptent, en application des règlements de base, des actions de protection antidumping concrètes.

Il s'ensuit que le contrôle du juge doit se limiter, dans le domaine de la protection contre les mesures de dumping, à la question de savoir si les mesures arrêtées par le législateur communautaire sont manifestement inappropriées par rapport au but poursuivi. »

115. L'importance du pouvoir dont disposent les institutions en matière de dumping, et par analogie, en matière de législation antisubvention est manifeste. On peut y voir une manifestation de la souveraineté de l'Union à l'égard des pays tiers mais aussi à l'égard des États-membres dans la mesure où la politique commerciale relève de sa compétence exclusive. L'analyse des régimes antidumping et antisubvention de l'Union démontre d'abord la réalité du déséquilibre probatoire entre les parties en cause.

L'industrie de l'Union, en tant que plaignante, est ainsi favorisée alors que l'exigence probatoire à l'égard du défendeur s'avère élevée, s'agissant de prouver un fait négatif : l'absence de dumping ou de subvention. Pourtant, ce premier déséquilibre probatoire est largement dominé par le déséquilibre existant entre les institutions de l'Union et les parties. En effet, la Commission dispose d'un pouvoir souverain à tous les stades de la procédure.

<sup>244</sup> Arrêt du 9 septembre 2010, Usha Martin / Conseil et Commission (T-119/06, Rec. Page II-4335) (cf. points 44-47). Voir aussi, par suite du pourvoi, arrêt de la Cour du 22 novembre 2012, aff. C-552/10.

Sous réserve d'une motivation minimale et du respect des principes directeurs du procès équitable, elle peut ainsi décider de refuser d'ouvrir une enquête ou s'en saisir alors même qu'il n'y a pas de plainte de l'industrie de l'Union, évaluer la marge de dumping ou le niveau de subventionnement avec un niveau faible de justification des méthodes, et décider, ou non, d'instituer des droits antidumping ou antisubvention, par exemple au nom d'un intérêt de l'Union, à géométrie variable.

§2 : Un intérêt de l'Union à géométrie variable

116. La clause d'intérêt public analysée par Damien REYMOND comme un instrument procédural de réduction des biais protectionnistes<sup>245</sup> au profit d'une concurrence plus libre et moins faussée peut aussi être envisagée à rebours de cette analyse. En effet, qu'il soit permis de penser que l'intérêt de l'Union prime les règles de concurrence dans le cadre de sa défense commerciale commune au point que les législations antidumping et antisubvention n'aient nul besoin de spécifier cet intérêt de l'Union dans une clause idoine et séparée, isolant et réduisant la valeur de cet intérêt qui devrait être supérieur par sa nature supranationale. Ainsi, lorsque la Commission écrit : « ...l'Union européenne doit s'affirmer plus solidement sur la scène mondiale, en jouant un rôle prépondérant au sein du G20 en vue de façonner le futur ordre économique mondial et en servant l'intérêt européen grâce à la mobilisation active de tous les outils à notre disposition.<sup>246</sup> », il s'agit de déterminer, au-delà de la présomption de sincérité et de mise en œuvre par les institutions de l'Union de leur obligation de moyens, les raisons pour lesquelles l'intérêt de l'Union achoppe en matière de législation antidumping et antisubvention. Ceci malgré l'apparente cohérence textuelle entre l'intérêt de l'Union et ses valeurs (A). Cette cohérence ne résistant toutefois pas au test des clauses sociale et environnementale (B).

A. L'apparente cohérence textuelle de l'intérêt de l'Union avec ses valeurs

117. Le propre de la légitimation de l'exception protectionniste réside dans l'invocation de fondements non économiques : « ...la promotion du libéralisme par le développement de règles encadrant les relations commerciales internationales au travers de négociations commerciales multilatérales n'a par essence pas pour finalité de nier le droit des États à l'adoption et la mise en œuvre de politiques publiques légitimes, mais restrictives du commerce international, sont une façon pour le juge d'appel de montrer qu'il attache du prix à la manière dont les États appliquent ces mesures.
118. C'est une façon de dire que l'OMC a créé un ordre public économique international dont la survie dépend de l'équilibre entre les droits et obligations reconnus aux Membres. Si ceux-ci venaient à abuser des droits qui leurs sont reconnus, cet équilibre se romprait.<sup>247</sup> » Dès lors, l'analyse purement économique du bienfondé des mesures antidumping ou antisubvention révèle une insuffisance conceptuelle majeure, en contradiction avec certaines valeurs de l'Union (1), par ailleurs incompatible avec les clauses transversales de développement durable du TFUE (2).

<sup>245</sup> REYMOND Damien, *Action antidumping et droit de la concurrence dans l'Union européenne*, Université de Paris II Panthéon-Assas, 2014, page 573.

<sup>246</sup> EUROPE 2020 Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive COM(2010) 2020 final.

<sup>247</sup> *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Bruylant, 193.

## 1. L'articulation textuelle des valeurs de l'Union et de son intérêt

119. Vincent BOUHIER invoque la sauvegarde de l'industrie de l'Union par la défense commerciale au soutien des intérêts de l'entité supranationale<sup>248</sup> : « Les fondements de la défense commerciale demeurent donc plus que jamais pertinents, la légitimant au sein de la Communauté européenne. Cette légitimité est confirmée, au-delà des considérations matérielles, par les constatations pratiques faisant suite à la mise en œuvre de la défense commerciale. En effet, cette dernière s'impose comme un soutien fondamental à l'industrie confrontée à des pratiques déloyales ou illicites et à des obstacles au commerce. Si elle n'a pas pour rôle de rendre compétitive l'industrie, son recours est indispensable pour la maintenir lorsqu'elle est fragilisée par des moyens contraires aux règles internationales, la Communauté ne disposant d'aucun procédé alternatif légal par rapport à ses engagements internationaux. Or, cette sauvegarde de l'industrie est conforme aux intérêts de la Communauté, sa fragilisation ayant pour conséquence d'empêcher la concrétisation de ses ambitions à terme. »
120. Pour fonder cet argument de conformité aux intérêts de la Communauté devenue Union, attardons-nous quelques instants sur l'article 3 §2 TUE qui dispose : « Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens<sup>249</sup>. » L'idée de promotion des valeurs et des intérêts de l'Union se situe donc au même niveau, très élevé, de la structure du droit primaire européen. Puis, un peu plus loin, dans le titre consacré aux institutions, l'article 17 §1 TUE prévoit que : « La Commission promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin. » Jean-François BRAKELAND<sup>250</sup> décrit cette articulation textuelle à l'occasion du colloque sur l'UE et la gouvernance mondiale dans les termes suivants : « Il existe d'abord désormais un système intégré d'objectifs, un système de « poupées russes » : les objectifs de la politique commerciale doivent s'intégrer dans les objectifs de la politique extérieure, qui doivent s'intégrer dans les objectifs généraux de l'Union... »
121. À ce titre, il semblait donc parfaitement logique d'intégrer cette notion d'intérêt de l'Union en matière de défense commerciale, qu'il s'agisse du règlement de base antidumping 2016/1036 ou du règlement antisubvention 2016/1037. Ainsi, au visa des articles 21 et 31 de ces règlements respectifs, il est prévu, « afin de déterminer s'il est de l'intérêt de l'Union que des mesures soient prises, d'apprécier tous les intérêts en jeu pris dans leur ensemble, y compris ceux de l'industrie nationale et des utilisateurs et consommateurs ». On relève probablement une incohérence dans le règlement antisubvention puisqu'il est question non pas d'industrie nationale mais d'industrie « communautaire ». Il s'agit très certainement d'une erreur matérielle compte tenu du caractère anachronique de la formulation. À l'instar de la notion d'intérêt social<sup>251</sup> en droit des sociétés, il nous semble que l'intérêt de l'Union représente bien plus que la somme des intérêts particuliers. Pour reformuler, la question reste posée de savoir si la prise de mesure antidumping ou antisubvention est contraire à l'intérêt général de l'Union, si ces mesures sont absolument nécessaires, s'il n'existe pas d'alternative mieux susceptible de répondre aux objectifs poursuivis : la défense contre le commerce déloyal en provenance de pays tiers. Il est en synthèse question d'appliquer le plus strict contrôle de proportionnalité avant toute

<sup>248</sup> Op.cit., page 355.

<sup>249</sup> Sur l'action extérieure de l'Union, voir BOSSE-PLATIERE Isabelle, *L'article 3 du Traité UE : Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 860 pages.

<sup>250</sup> *Les acteurs de la politique commerciale de l'UE : perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne*, in *L'Union européenne et la gouvernance mondiale*, pages 205 s.

<sup>251</sup> En particulier dans sa conception institutionnelle selon laquelle « la société a un intérêt propre qui transcende celui des associés », voir Cozian, Viandier, Deboissy, *Droit des sociétés*, 25<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, 2012, rubriques 393 s.

décision de mise en œuvre d'une mesure antidumping ou antisubvention sur le fondement des règlements 2016/1036 et 2016/1037.

## 2. La limitation de l'intérêt de l'Union dans la pratique décisionnelle

122. La prise en compte de l'intérêt de l'Union dans les règlements de base antidumping et antisubvention s'avère toutefois insuffisante pour deux séries de raisons qui tiennent en premier lieu à une définition incomplète de cet intérêt (a), et en second lieu à une référence anecdotique à cet intérêt de l'Union dans la pratique décisionnelle de la législation antidumping et antisubvention (b).

### a. La définition incomplète de l'intérêt de l'Union

123. La recherche d'une définition de l'intérêt de l'Union devrait conduire à une formulation intégrative, holistique, dépassant les intérêts privés au service du Bien commun<sup>252</sup>. Or, à la lecture des articles 21 du règlement 1225/2009 et 31 du règlement 597/2009, que l'on retrouve désormais aux articles 21 et 31 des règlements de base antidumping 2016/1036 et antisubvention 2016/1037, l'intérêt de l'Union « apparaît donc en fait comme le résultat d'un arbitrage entre des intérêts particuliers<sup>253</sup> ». Au même titre que la société est plus que la somme des individus qui la composent<sup>254</sup>, l'intérêt de l'Union se devrait de dépasser la somme des intérêts particuliers. Il s'avère pourtant que, dans leur rédaction même, les règlements de base antidumping et antisubvention limitent l'appréciation de l'intérêt de l'Union à l'évaluation des seuls intérêts des parties en cause. En pratique, les institutions opèrent de surcroît une hiérarchisation de ces intérêts, accordant une importance prépondérante à ceux de l'industrie de l'Union. Surtout, l'appréciation de cet intérêt de l'Union se trouve confinée à la seule analyse économique des effets actuels ou potentiels des mesures.

### b. L'influence relative de l'intérêt de l'Union dans la pratique décisionnelle<sup>255</sup>

124. Par ailleurs, l'influence de la prise en compte de l'intérêt de l'Union dans les mesures décidées par les institutions en matière de dumping et de subvention s'avère très relative et à tout le moins peu décisive. En effet, au moment de l'institution de droits provisoires ou même définitifs, les cas sont rares de voir les institutions juger que l'intérêt de l'Union, entendu comme la somme inégalement pondérée des intérêts particuliers – ou plutôt collectifs dans la mesure où il existe une pluralité d'intérêts particuliers rattachés à chaque catégorie – de l'industrie de l'Union, des consommateurs, des transformateurs et des utilisateurs, des importateurs, des distributeurs et des intermédiaires, serait contrarié par l'application d'une mesure antidumping ou antisubvention. Cette pratique décisionnelle apparaît conforme à l'idée selon laquelle on pourrait considérer que toute mesure antidumping ou antisubvention est prise dans l'intérêt de l'Union *per se*. De manière encore plus contre-intuitive, l'argumentation sur le fondement de mesures antidumping et antisubvention qui seraient défavorables à l'intérêt de l'Union s'avère plus fréquente et décisive à l'occasion de la clôture de procédures suite à réexamen. Autrement dit, selon la Commission, il serait dans l'intérêt de l'Union de minimiser sa défense commerciale contre les pratiques déloyales issues des pays tiers lorsqu'il est en particulier question du maintien des mesures antidumping et à plus long terme. Il en est par exemple ainsi dans le règlement (CE) 930/2003 du Conseil du 26 mai 2003. Dans cet acte réglementaire, on peut lire au considérant 238 : « En l'absence de probabilité de continuation ou de réapparition

<sup>252</sup> Qui reste à définir !

<sup>253</sup> BOUDANT Joël, avril 2015, *Dumping*, Répertoire de droit européen, Dalloz, 105.

<sup>254</sup> ELIAS Norbert, *La société des individus*, Paris, Fayard, 1991.

<sup>255</sup> BELLIS Jean-François, Août 2012, *Dumping en droit de l'UE*, Jurisclasseur, Fasc. 2310, 272.

du dumping et de la subvention pour ces importations, les mesures applicables à la Norvège ne peuvent être maintenues. Des mesures limitées aux exportations chiliennes, en supposant qu'il soit considéré que ces exportations ont causé un préjudice, seraient, selon toute probabilité, inefficaces en raison de la faible concurrence par les prix entre les saumons frais et les saumons congelés et des difficultés, exposées au considérant 212, que l'industrie communautaire devrait éprouver pour récolter les fruits d'une éventuelle hausse des prix. Même si des mesures applicables aux seules exportations chiliennes devaient entraîner une hausse du prix des saumons frais sur le marché de la Communauté, censée profiter à l'industrie communautaire, les gains qui en découleraient pour les producteurs-exportateurs des pays non soumis aux mesures contrebalanceraient les bénéfices qu'en tireraient l'industrie communautaire et d'autres parties intéressées. Il est, par la même occasion, rappelé que cette hausse des prix se ferait au détriment des importateurs, des utilisateurs et des consommateurs. » Cette balance purement économique entre coûts et avantages procurés s'apprécie à l'aune de tous les intérêts privés en cause, ainsi qu'en témoigne le considérant 243 : « Pour sa part, l'examen de l'intérêt de la Communauté sert plus spécifiquement à déterminer si, en dépit de l'existence d'un dumping préjudiciable, il existe des intérêts supérieurs allant à l'encontre de l'institution de mesures. »

125. Ainsi, dès lors que l'intérêt de l'Union se réduit en pratique à l'analyse purement économique de la somme des intérêts particuliers en présence et que ses effets s'avèrent marginaux sur l'éventuelle remise en cause des mesures sur ce fondement, la question peut se poser de l'opportunité d'isoler cette condition supplémentaire dans les règlements de base antidumping et antisubvention. La prise en compte de cet intérêt de l'Union s'avère tout aussi partielle dans les mots du Président de la Commission Jean-Claude Juncker sur la défense commerciale « ...we will do whatever it takes to defend European producers and workers when others distort the market or don't play by the rules<sup>256</sup> ». Le choix par le Président de la Commission de l'élément de langage « whatever it takes » en référence explicite à la communication faite par le Président de la Banque Centrale Européenne (BCE) du 26 juillet 2012<sup>257</sup> en vue de protéger l'euro par le Quantitative Easing (QE) sera-t-elle suivie d'autant d'effets ? Il sera intéressant de suivre les actions de la Commission dans le sens d'une défense commerciale de l'Union, en particulier face au comportement belliciste et ostentatoire des États-Unis en matière de commerce international.

#### B. L'incompatibilité des régimes antidumping et antisubvention avec les clauses transversales de développement durable

126. Comme Henrik ANDERSEN a pu s'intéresser dans son ouvrage précédemment cité à la cohérence externe visant la conformité des modalités de détermination du dumping en droit de l'Union avec les règles de l'OMC, il est permis de s'intéresser à la cohérence interne visant la conformité des mesures antidumping et antisubvention avec le droit primaire de l'Union. En particulier, on peut s'interroger sur la conformité de ces mesures de défense commerciale avec les clauses sociale et environnementale des articles 9 et 11 TFUE, respectivement. En effet, dans la mesure où ces clauses sont transversales en raison de leur positionnement au niveau des dispositions d'application générale du TFUE, mais aussi au regard de leur contenu respectif, il convient d'intégrer ces exigences dans les actes de droit dérivé des institutions.

<sup>256</sup> JUNCKER Jean-Claude, 7 juin 2018.

<sup>257</sup> Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London 26 July 2012; Voir sur ce point la section de la seconde partie de cette recherche consacrée à la régulation des mouvements de capitaux de l'Union par l'exception protectionniste, pages 288 s. <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

À ce titre, l'action extérieure de l'Union, dans laquelle s'intègre la politique commerciale commune donc la défense commerciale comprenant les législations antidumping et antisubvention, doit tenir le plus grand compte de ces deux clauses complémentaires de développement durable. Pourtant, force est de constater que la clause sociale (1) comme la clause environnementale (2) brillent par leur absence dans ces législations, qui violent en conséquence le droit de l'Union.

### 1. La violation de la clause sociale

127. Concernant la clause sociale, l'article 9 TFUE dispose : « Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine. » Cette clause sociale fixe donc, dès les dispositions générales du TFUE ayant par définition vocation à irradier l'ensemble des autres dispositions, des exigences particulièrement élevées en termes d'emploi, de protection sociale, d'éducation et de formation. Or ces exigences sociales ne se retrouvent que très peu appliquées, voire évoquées, dans les règlements de base antidumping et antisubvention. Ainsi, dans le règlement 1225/2009 antidumping, on ne trouve qu'une seule occurrence de nature sociale, à l'article 3 §5 consacré à la détermination du préjudice : « L'examen de l'incidence des importations faisant l'objet d'un dumping sur l'industrie communautaire concernée comporte une évaluation de tous les facteurs et indices économiques pertinents qui influent sur la situation de cette industrie, y compris ... l'emploi, les salaires... » La même référence à l'emploi et aux salaires est faite au visa de l'article 8§4 du règlement de base 597/2009 antisubvention. Ces références liées aux conséquences sociales dommageables des pratiques de dumping et de subvention demeurent avec quelques variantes de formulation dans les nouveaux règlements de base 2016/1036 et 2016/1037, au visa des articles 3 §5 et 8 §4 desdits règlements, respectivement. Ce sont ainsi « les effets négatifs, effectifs ou potentiels...sur...l'emploi, les salaires... » qui sont évoqués, au même titre et dans la même liste que « les stocks » ou encore « la croissance ». On en déduit que les considérations sociales ne constituent pas une priorité, même si elles sont expressément citées au rang des causes actuelles ou potentielles de préjudice en matière de dumping et de subventions. On voit donc que les éléments sociaux sont appréciés sous l'angle de leur seule valeur économique pour évaluer le plus complètement possible le préjudice causé à l'industrie de l'Union. Cette approche s'avère donc très éloignée de l'esprit de l'article 9 TFUE. Il en va de même des mesures antidumping et antisubvention décidées par les institutions de l'Union. On peut toutefois y trouver une référence, mais certainement pas une exigence, lorsqu'il est tenu compte, au nom de l'intérêt de l'Union, des emplois qui seront préservés par le maintien d'une industrie européenne viable<sup>258</sup>. L'on conviendra aisément que cette simple référence n'est ni suffisante ni satisfaisante au regard de la lettre comme de l'esprit de l'article 9 TFUE. En conséquence, qu'il nous soit permis d'affirmer que, en l'état du droit positif de l'Union, les législations antidumping et antisubvention de l'Union, qui font partie intégrante de la politique commerciale commune définie et mise en œuvre par la Commission, violent l'article 9 TFUE.

---

<sup>258</sup> Règlement (CE) n°1799/2002 du 8 Octobre 2002, considérant 114, fibres discontinues de polyesters originaires du Belarus.

## 2. La violation de la clause environnementale

128. Dans le même esprit que la clause sociale de l'article 9 TFUE, l'article 11 TFUE prévoit quant à lui que : « Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable. » Si un doute pouvait être admis pour la prise en compte de la clause sociale au regard de l'appréciation de l'intérêt de l'Union au sein des mesures antidumping et antisubvention, la clause environnementale se trouve particulièrement inappliquée dans la pratique décisionnelle des institutions. Reprenant le règlement de base antidumping 2016/1036, il n'est tout simplement fait aucune référence à l'environnement. Ce n'est pas tout à fait le cas du règlement de base antisubvention 2016/1037, où il existe une référence explicite à la protection de l'environnement, mais dans l'annexe IV, relative à la base d'exemption des engagements de réduction, constituée par l'annexe 2 de l'accord sur l'agriculture.
129. Quelles sont les conséquences juridiques de telles violations des clauses sociale et environnementale ? La licéité des législations antidumping et antisubvention pourrait-elle être attaquée sur ce fondement ? Cette hypothèse semble peu probable car il s'agirait alors d'attaquer les règlements de base du Conseil devant la Cour. L'article 263 TFUE selon lequel « La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers... » pourrait paraître applicable. Toutefois, le requérant doit être concerné directement par l'acte réglementaire, autrement dit il doit avoir un intérêt direct à agir. Surtout, le délai de contestation de tels règlements est très court, deux mois à compter de leur publication au JOUE, ceci pour des raisons de sécurité juridique. Dès lors, il n'est plus possible de contester la légalité des règlements de base antidumping et antisubvention actuellement en vigueur. Il n'existe donc pas en droit de l'Union de recours que l'on pourrait qualifier de fondamental grâce auquel, à l'instar de la procédure liée à la question prioritaire de constitutionnalité en droit français<sup>259</sup>, ce type de législation pourrait être remise en cause à tout moment à l'occasion d'un litige sur le fondement d'une violation d'un droit à la protection sociale et environnementale du citoyen européen en vertu notamment des articles 34 et 37 de la charte des droits fondamentaux ayant pourtant la même valeur normative que les traités. Cette situation révèle le retard constitutionnel relatif de l'Union par rapport à certains de ses États membres, relatif car on rappelle que l'introduction de cette QPC date de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008.
130. L'intérêt de l'Union, en ce qu'il est consubstantiel à la pratique des mesures antidumping et antisubvention, ne mérite ni d'être isolé ni d'être divisé dans ces législations. En effet, le rajout de l'intérêt de l'Union en tant que condition supplémentaire affaiblit sa valeur à l'occasion d'une pratique décisionnelle peu déterminante à cet égard. La division de l'intérêt de l'Union en une somme d'intérêts privés d'inégale importance rend sa portée moins universelle et peu soucieuse des clauses transversales de développement durable.

---

<sup>259</sup> Articles 61-1 et 62 de la Constitution française.



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

131. En conclusion de ce chapitre, l'élaboration des procédures antidumping et antisubvention en droit de l'Union condamne structurellement leur efficacité sur l'autel de l'administration de la preuve tout comme du large pouvoir d'appréciation de la Commission en matière de déclenchement et d'exécution des mesures. Le caractère potentiellement prophylactique des législations antidumping et antisubvention est donc exclu. Cette inefficacité procédurale résulte d'une histoire de l'Union marquée par son implication croissante dans le droit commercial multilatéral, la rendant profondément dépendante des règles de l'OMC. Face à cette influence dirimante du droit commercial multilatéral sur les législations antidumping et antisubvention de l'Union, la question se pose alors de l'opportunité de s'en détacher pour permettre la pratique souveraine d'exceptions protectionnistes prises dans l'intérêt de l'Union au-delà des règles de l'OMC.

## CHAPITRE II : LES VOIES D'AMELIORATION DE LA DEFENSE COMMERCIALE DE L'UNION CONTRE LES PRATIQUES DELOYALES

132. En l'état du droit positif de l'Union, les législations antidumping et antisubvention s'avèrent insuffisantes pour garantir l'efficacité de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union. En particulier, il est permis de douter du caractère comminatoire donc répressif de la défense commerciale commune de l'Union, y compris sous l'empire des nouvelles règles plus affirmatives de la souveraineté économique de cette entité supranationale à l'égard des pays tiers : les règlements antidumping 2016/1036 et antisubvention 2016/1037 modifiés par le règlement 2017/2321. Il est tout au plus permis de qualifier la capacité de défense commerciale commune de proportionnée au sens de l'application stricte du principe de proportion à ces instruments de défense commerciale. Dès lors, la question se pose de savoir comment trouver les voies d'amélioration possible du régime actuel dans le sens d'une protection effective de l'intérêt de l'Union.
- De manière assez classique puisque privilégiant la continuité, la première piste d'amélioration des législations antidumping et antisubvention peut résider dans la refonte de leur régime actuel, sans changer de paradigme (**Section 1**). De façon plus radicale puisque privilégiant la rupture, l'hypothèse d'un droit de la concurrence à l'échelle mondiale semble séduisante (**Section 2**). Il s'agira d'en éprouver la faisabilité.

## Section 1 : La refonte des régimes actuels antidumping et antisubvention en droit de l'Union

133. L'influence manifeste du droit de l'OMC sur les législations antidumping et antisubvention de l'Union a mis en évidence l'exposition préjudiciable de l'Union aux règles multilatérales et notamment à l'ORD. Avant la survenance puis l'installation dans le temps de la crise des « subprimes » en 2008, Vincent BOUHIER proposait de résoudre les imperfections de la défense commerciale européenne, donc des législations antidumping et antisubvention, par le truchement de l'OMC<sup>260</sup> : « ...Aussi, dans le cadre de réformes souhaitables visant à une appréhension ambitieuse des réalités du commerce international, il apparaît que les réformes utiles à la CE sont subordonnées à ses initiatives, l'obligeant à prendre davantage de responsabilités au cours des négociations du programme de Doha et des prochaines conférences ministérielles ». D'ambitieux, ce projet de réformes a nécessairement glissé vers l'utopie vaporeuse par la force des circonstances de fait, cela étant d'autant plus vrai que les négociations commerciales multilatérales sont désormais – et très certainement pour plusieurs années encore – au point mort<sup>261</sup>. À tel point que Jean-Marc SIROEN, spécialiste des relations internationales, écrit à ce sujet qu'« il suffit de contourner la règle du consensus, en vigueur à l'OMC, en signant des accords plurilatéraux avec plusieurs pays membres. C'est ce qui a été fait avec l'accord de facilitation des échanges<sup>262</sup>... » En droit, démontrer son intention de contourner une règle obligatoire par une astuce juridique relève de la fraude. Elle a normalement pour effet la remise en cause des actes juridiques passés à cette fin. Dans ces conditions, on peut se poser la question de l'effectivité du droit commercial international, voire même de son existence compte tenu de son contournement délibéré par ses États membres en toute impunité à ce niveau.
134. Il en résulte que, dans le sens d'une exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union, il semble plus opportun de rechercher une action législative antidumping et antisubvention de l'Union plus autonome, plus détachée, plus indépendante des règles de l'OMC.
- Dès lors se pose utilement la question de la balance entre l'intérêt de l'Union et le mondialisme incarné par l'OMC (§1). Ce bilan, de nature à la fois économique et non économique, doit constituer l'enjeu majeur de la refonte du régime antidumping et antisubvention. Il pourra en résulter la présomption que toute mesure antidumping et antisubvention est prise dans l'intérêt de l'Union (§2).

---

<sup>260</sup> Op.cit., page 618.

<sup>261</sup> Avec quelques sursauts toutefois sous la direction de Roberto Azevedo, concernant l'accord de facilitation des échanges dont les négociations avaient repris le 27 novembre 2014, à la faveur d'un accord sur les subventions agricoles de l'Inde au profit de leur population vivant sous le seuil de pauvreté (les deux tiers dans les faits, soit près de 835 millions de personnes...). Conclu en décembre 2013, cet accord est entré en vigueur en février 2017.

<sup>262</sup> SIROEN Jean-Marc, *Les Etats-Unis n'ont aucun intérêt à partir*, Les Echos, 16 et 17 novembre 2018.

## §1 : Balance entre intérêt de l'Union et mondialisme

135. Dès lors que « la dialectique isolationnisme contre internationalisme à laquelle les commentateurs ont recours pour expliquer les contradictions de la politique internationale reste pertinente pour les grands choix de politique commerciale<sup>263</sup> », il s'agit d'arbitrer entre la promotion ainsi que la protection de l'intérêt de l'Union et le respect des engagements internationaux qui semblent perdre en effectivité comme en efficacité. Pour ce faire, il convient d'orienter l'Union vers la recherche de ce qui constitue la prérogative première d'un État en droit international : sa souveraineté (A). La manifestation de cette souveraineté de l'Union à construire peut résider dans la prise de mesures unilatérales (B).

## A. Vers plus de souveraineté de l'Union

136. Vouloir plus de souveraineté<sup>264</sup> à l'échelle de l'Union revient à promouvoir et à mettre en œuvre la sauvegarde de l'intérêt de l'Union : « Les pourfendeurs souverainistes de l'Union européenne ont souvent raison [...] de moquer l'évanescence post-historique d'un géant économique sans épée ni bouclier, inadapté aux temps troublés [...] C'est l'absence de vision qui aujourd'hui relève de l'irénisme [...] Accepterons-nous d'être les valets faussement souverains de TRUMP et POUTINE ? Ou oserons-nous, enfin, devenir souverainement européens<sup>265</sup> ? » C'est aussi prendre acte du fait que la souveraineté des États membres mériterait la qualification d'hystérésis au sens scientifique du terme, autrement dit de phénomène qui demeure alors que ses déterminants – en particulier les frontières économiques et financières, les compétences, la capacité d'action unilatérale – se sont largement étiolés. La logique voudrait que cela ne soit pas en vain mais au profit d'un intérêt supérieur qu'incarnerait l'Union. La question demeure de savoir comment peut s'exercer cette souveraineté, étant précisé que sa définition s'étend ici au-delà de celle, historique, selon laquelle “Sovereignty is a term developed in 16<sup>th</sup> century Europe by monarchs of endlessly warring states to proclaim both that no power outside their state had the right to interfere in their state's decisions, and that no internal power could refuse to carry out the decisions of the state<sup>266</sup>.” En effet, la définition doit être élargie car, concernant l'Union, force est de constater que sa puissance politique reste à l'état de projet largement inabouti, ponctué de multiples crises<sup>267</sup>, qui va trouver une mise à l'épreuve supplémentaire par suite de la notification de retrait du Royaume-Uni visant l'article 50 TUE le 29 mars 2017. Il en résulte que la voie la plus actuelle et pertinente de développement de la souveraineté de l'Union passe par le domaine économique, dans lequel sa puissance relève des faits et des chiffres, incontestables. Ainsi, avec environ cinq cents millions de citoyens européens qui constituent autant de consommateurs potentiels, le marché de l'Union représente une manne financière à la fois considérable et convoitée par les pays tiers au regard du pouvoir d'achat relativement élevé de sa population.
137. Il en résulte notamment un fort pouvoir objectif de négociation de l'Union dans la rédaction de ses nombreux accords de libre-échange<sup>268</sup>.

<sup>263</sup> SIROEN Jean-Marc, *L'unilatéralisme commercial des États-Unis*, in *Annuaire français de Relations Internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pages 574-575.

<sup>264</sup> Sur la difficulté du concept, voir notamment WTE/JHR, *European Sovereignty*, *European Constitutional Law Review*, 14 :1-6, 2018.

<sup>265</sup> GLUCKSMANN Raphaël, *L'Obs* n°2722 05/01/2017.

<sup>266</sup> WALLERSTEIN Immanuel, *The Myth of Sovereignty*, *Commentary* N°458, October 1<sup>st</sup> 2017.

<sup>267</sup> VAN MIDELAAR Luuk, *Quand l'Europe improvise, Dix ans de crises politiques*, Gallimard, 2018.

<sup>268</sup> Ce qui ne l'empêche pas de passer des accords volontairement déséquilibrés en la défaveur de l'Union au nom du développement économique (SPG) et démocratique (SPG+) des pays tiers. Voir infra, pages 279 s.

Si l'on raisonne non plus au niveau d'une relation entre l'Union et un partenaire économique, mais à l'échelle des relations économiques de l'Union avec l'ensemble des pays tiers, le développement d'une défense commerciale énergique représente alors un marqueur pertinent de sa souveraineté (1). Cette défense commerciale pourrait utilement trouver à s'appliquer par la voie d'un élargissement de son champ d'application matériel à la régulation des investissements directs étrangers (2).

### 1. Une défense commerciale énergique, marqueur de souveraineté

138. En vertu du principe d'attribution des compétences visé dès l'article 2 TFUE, l'Union ne dispose donc de pouvoir souverain, propre et autonome, que dans certains domaines expressément transférés par ses États membres au profit de l'entité supranationale. C'est la raison pour laquelle il semble encore difficile d'imaginer « que cette souveraineté européenne rende peu à peu obsolète nos États-nations...L'Europe pourrait alors revêtir la forme d'un État postnational, dissociant la question de l'identité culturelle, laissée à la sphère privée, de l'engagement législatif et civique dans un espace public élargi. Il n'est pas contradictoire de se sentir français (ou catalan, ou berlinois...) et de devenir citoyen de l'Europe, imprégné de ce que HABERMAS appelle le « patriotisme constitutionnel<sup>269</sup> ». On observe en particulier que, malgré les efforts politiques de certains États membres<sup>270</sup> en ce sens, il n'existe pas d'Europe de la défense (a). C'est la raison pour laquelle il importe ensuite de se concentrer sur la défense économique commune de l'Union pour laquelle le droit primaire a effectivement prévu l'exercice d'une compétence exclusive, souveraine (b).

#### a. Le contre-exemple de la communauté européenne de défense

139. Le propre d'un État souverain, au-delà de l'existence de frontières géographiques, d'un ordre juridique et d'un gouvernement qui lui sont propres, réside aussi dans l'exercice d'une puissance militaire. Cette prérogative militaire relève de l'évidence : il s'agit pour l'État souverain d'assurer très précisément la défense de ses frontières, de son indépendance politique et juridique, bref de son modèle de société dans le cadre duquel s'inscrit un peuple. Pourtant, l'idée d'une Communauté européenne de défense avait quasiment trouvé sa déclinaison à la fois politique et juridique avant même la mise en œuvre du Traité de Rome. En effet, il importe de se souvenir que les six membres fondateurs de l'Union avaient signé le traité le 27 mai 1952. Seulement, à l'instar de la déconvenue constatée au moment de la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004, la France s'est finalement désolidarisée en ne ratifiant pas le traité, ce dernier ne pouvant dès lors entrer en vigueur. Sur le plan symbolique certes, l'exhortation d'Angela MERKEL s'exprimant devant le Parlement européen le 13 novembre 2018 a de la valeur : « nous devons élaborer une vision permettant de parvenir à une véritable armée européenne ». Pour autant, il est permis de se poser la question de savoir s'il ne s'agit pas là d'un testament politique sur l'avenir de la PESC, ou d'une solidarité<sup>271</sup> de circonstance avec la France dans un moment où le besoin d'unité de l'Union sur la scène internationale importe. En l'état actuel, force est de constater que l'Union ne dispose pas de puissance militaire qui lui soit propre. Est-ce à dire

<sup>269</sup> KOENIG Gaspard, *Europe : de la souveraineté au postnationalisme*, Les Échos, 13 septembre 2017.

<sup>270</sup> La France, par la voix de son président, exhorte à une Europe de la défense à l'occasion des commémorations du centenaire de l'Armistice du 11 novembre 1918.

<sup>271</sup> Voir sur l'application contextualisée de ce principe, BOSSE-PLATIERE Isabelle, La solidarité européenne à l'épreuve de la crise en Ukraine in FLAËSCH-MOUGIN Catherine (Mélanges en l'honneur de), *Abécédaire de droit de l'Union européenne*, Préface de Catherine LALUMIERE, Presses universitaires de Rennes, Collection « Droits européens », 2017, pages 507 à 519.

que cette entité ne serait pas souveraine en tant que telle par cette carence ? On pourrait l'affirmer et exhorter l'Union à se doter de cette puissance militaire commune en conséquence. On pourrait tout autant prétendre que l'Union est déjà, par le truchement de ses États-membres, dotée d'une telle puissance militaire qu'il s'agirait « simplement » d'unifier. Le niveau d'intégration militaire des États membres n'est en effet pas si faible puisque les armées étatiques sont déjà, certes pour une infime partie<sup>272</sup>, coordonnées sous le commandement concurrent de l'OTAN et de la PESC... Prenant donc acte de ce que l'Union n'excelle pas sur le terrain de la défense militaire, il s'agit de s'attacher à la défense de ce que l'Union déploie de manière patente : sa puissance économique.

#### b. La défense économique commune de l'Union

140. Serions-nous en situation de guerre économique<sup>273</sup> ? La compétition économique à laquelle se livrent les entreprises et les États qui les soutiennent peut-elle réellement s'apparenter à une guerre<sup>274</sup> ? À bien y regarder, les attributs bellicistes d'une concurrence économique libre et non faussée sont nombreux.

Ainsi, les concurrents doivent se comporter en ennemis exacerbant leur rivalité car s'ils s'entendent, les lois antitrust trouveront à s'appliquer. D'autre part, ils se battent pour conquérir un territoire économique : le marché en cause, qui présente à la fois un champ d'application matériel et géographique. Cette conquête est permise par la déclinaison de stratégies d'entreprises, notamment de domination par les coûts. Fort heureusement, les fantassins de cette bataille économique à l'échelle mondiale sont rarement atteints dans leur intégrité physique<sup>275</sup>.

Cette guerre économique, forme civilisée de la guerre militaire, se trouve donc encouragée par les règles de concurrence dont le pouvoir régulateur ne s'exerce que dans le but de favoriser une forme de darwinisme économique. Ainsi, à défaut de défense militaire et pour faire face à cette guerre économique, l'Union pourrait se doter, en tant que puissance économique de premier plan, d'une défense commerciale plus énergique que ses législations antidumping et antisubvention actuelles, enfermées dans les règles commerciales multilatérales.

Ces propositions s'inscrivent à l'encontre de ce que pouvait écrire Vincent BOUHIER<sup>276</sup>, qui pensait avant la crise économique et financière de 2008 puis l'escalade protectionniste douanière de la présidence TRUMP que « la solution au sein de la Communauté européenne passe inéluctablement par une nouvelle répartition des compétences concernant les domaines des échanges entre les États membres et les institutions européennes, et entre les institutions au profit de la Commission. Cette évolution renforcerait l'intégration communautaire au niveau de la défense commerciale. Par ce biais, le but est de privilégier une meilleure prise en compte de l'intérêt communautaire sans que celui-ci soit écarté au profit de celui des États membres considérés individuellement. À cette fin, le processus décisionnel doit évoluer vers un affermissement des pouvoirs exécutifs de la Commission

<sup>272</sup> Opérations de maintien de la paix.

<sup>273</sup> MUNIER Frédéric, *Allons-nous vers une nouvelle guerre froide ?* In COLLE David, Association Anteios, *D'un protectionnisme l'autre : la fin de la mondialisation ?* Paris, Presses universitaires de France, 2009, pages 277 s.

<sup>274</sup> La guerre économique a-t-elle pour autant remplacé la guerre militaire ? Les faits ne plaident pas en cette faveur. Le terme de guerre économique ne frôle-t-il pas l'indécence au regard des conséquences, particulièrement en pertes humaines, de la guerre conventionnelle ?

<sup>275</sup> On pense toutefois à la tragédie du Rana Plaza ayant fait plus de 350 morts au Bangladesh, en avril 2013, en raison de conditions de sécurité et de travail indignes, dont le révélateur fut l'effondrement du meurtrier du bâtiment ; voir de FOUCAUD Isabelle, *L'industrie textile embarrassée par le drame au Bangladesh*, Le Figaro économie, 28 avril 2013.

<sup>276</sup> Op.cit., page 641.

et le champ matériel de la défense commerciale communautaire doit être fondé sur le champ matériel de l'OMC, intégrant les services, la PI et les investissements.

La Communauté pourra alors dans l'état actuel des règles internationales en tirer le meilleur parti et défendre le plus efficacement son industrie et son marché. Cependant, cette évolution ne peut être suffisante sans une consolidation de la défense commerciale au sein de l'OMC. » L'état actuel des règles internationales a peu évolué depuis les travaux de Vincent BOUHIER sur le plan juridique. En revanche, l'OMC ne peut raisonnablement plus être considérée comme un guide quelconque de progrès sur le thème de la défense commerciale qui doit être menée indépendamment de cette institution internationale progressivement privée de son effectivité et de sa légitimité.

141. Cette vision legaliste de la défense commerciale de l'Union est tout autant respectable dans ses fondements juridiques de droit international qu'elle sera vouée à l'échec en termes d'aboutissement à un accord au niveau de l'OMC. Elle n'a donc que peu de chances de trouver un jour à s'appliquer. Si l'on raisonne en revanche au niveau de l'Union plutôt qu'à l'échelle mondiale, la défense commerciale peut alors trouver plus d'autonomie et surtout affirmer, démontrer sa souveraineté à l'instar des États-Unis. L'Union s'investirait dès lors légitimement du pouvoir souverain de protection de son intérêt général dans lequel peuvent être intégrés la sauvegarde de l'industrie et des services européens tout en préservant les meilleures conditions sociales et environnementales de développement humain. Il en résulterait l'affirmation d'une souveraineté de l'Union de nature tant économique que non économique, plus en phase avec les valeurs qu'elle promeut et défend au visa de l'article 2 TUE qu'une souveraineté de nature militaire.

## 2. Les axes d'affirmation de la souveraineté de l'Union

142. Au-delà de sa défense commerciale commune antidumping et antisubvention qui trouve à s'appliquer en droit de l'Union, cette entité supranationale pourrait encore affirmer sa souveraineté sur la scène internationale par la mise en place à son niveau d'une véritable régulation des investissements directs étrangers (a), qui entre dans le champ de compétence défini à l'article 207§1 TFUE. Par incident, la souveraineté de l'Union pourrait encore être révélée à la faveur du retrait du Royaume-Uni (b).

### a. La régulation des investissements directs étrangers

143. Le développement de la défense commerciale de l'Union pourrait également reposer sur une extension de son champ d'application matériel actuel tout en demeurant conforme au mandat donné par l'article 207 TFUE en matière de politique commerciale commune. À cet égard, une illustration intéressante de l'importance de l'enjeu de la souveraineté économique de l'Union réside dans le traitement qu'elle réserve aux investissements directs étrangers. De prime abord, la question des investissements directs étrangers relève plus de la liberté de circulation des capitaux dans le marché intérieur que de la politique extérieure. Pourtant, et de manière singulière comparé aux autres libertés économiques affirmées et protégées par le droit primaire de l'Union, cette liberté de circulation des capitaux, ainsi que l'explique justement Francesco MARTUCCI<sup>277</sup>, s'applique *erga omnes*. En effet, l'article 63 §1 TFUE dispose : « [...] toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites. » Autrement dit, la mondialisation s'exprime selon sa forme la plus libérale à l'égard des capitaux, permettant les investissements directs étrangers de la même manière que les investissements des ressortissants de l'Union. Cette ouverture totale constitue une véritable faille des frontières de l'Union, qui plus est concernant la partie la plus importante en valeur de l'économie : la finance. Certes, la liberté d'établissement prévue à

<sup>277</sup> Le protectionnisme financier in BARBOU DES PLACES Ségolène, IREDIES, *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, Cahiers Européens 6, Paris, Pedone, 2014.

l'article 49 TFUE, et réaffirmée au paragraphe 3 du préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, peut représenter un frein potentiel à ces investissements directs étrangers, en particulier lorsqu'il s'agit de reprendre une entreprise industrielle. Mais il est à relativiser par le fait que les prises de contrôle capitalistique ne contiennent pas de contraintes supplémentaires pour l'investisseur, à l'exception des lois des États membres aux accents patriotiques telle que la loi « Florange<sup>278</sup> ».

b. Le Brexit, révélateur *a contrario* de la souveraineté de l'Union

144. Au regard du Brexit, désormais confirmé et dont les premières conséquences furent tout autant politiques, avec la démission du premier ministre britannique, que financières, avec une plongée des marchés boursiers et de la livre sterling de près de 10%, quels seraient les effets juridiques potentiels en termes d'investissements directs étrangers ? En pratique, la question des investissements directs étrangers devrait resurgir à la faveur des négociations de l'accord potentiel qui doit intervenir entre le Royaume-Uni et l'Union à défaut de quoi le Royaume-Uni serait considéré comme un pays tiers alors qu'il dispose d'une législation nécessairement et largement inspirée, sinon commandée, par le droit de l'Union. Compte tenu du peu de temps imparti, cet accord devra probablement s'amorcer en parallèle de la procédure de sortie du Royaume-Uni, ce qui relèvera de la gageure tant les intérêts de l'Union et du Royaume-Uni sont enchevêtrés par plus de quarante années d'histoire commune<sup>279</sup>. Au visa de l'article 50 TUE, la procédure de retrait devait durer deux années à compter de la notification de l'intention du Royaume-Uni au Conseil européen. En pratique, deux négociations successives sont prévues. En premier lieu, Michel BARNIER, négociateur en chef de l'Union dans le cadre du Brexit, s'efforce d'obtenir un accord fixant les modalités du retrait du Royaume-Uni au plus tard le 29 mars 2019, sous la forme d'un fonctionnement transitoire pendant lequel le droit de l'Union pourrait continuer de trouver à s'appliquer au Royaume-Uni. Le refus<sup>280</sup> par la Chambre des communes de ratifier l'accord de retrait<sup>281</sup> obtenu de longue lutte par le premier ministre Theresa MAY rend la déclinaison juridique<sup>282</sup> de ce Brexit encore plus incertaine. Il est ainsi permis d'envisager le fait qu'il n'y ait tout simplement pas d'accord à l'issue de la période postérieure au 29 mars 2019, de sorte que le Royaume-Uni serait considéré comme un pays tiers à l'issue de ces premières négociations infructueuses rendant sans objet les secondes. Dans ces conditions, le Royaume-Uni fera son affaire personnelle de la « nationalisation » de son droit interne et de la réduction puis de la disparition de sa dépendance vis-à-vis de l'Union sur le plan juridique comme juridictionnel. Du côté de l'Union, la frontière se réduira donc aux limites géographiques du Royaume-Uni et le tarif douanier commun trouvera ainsi à s'appliquer à toute marchandise en provenance d'outre-manche en vue d'une mise en libre circulation au sein du marché intérieur. On assisterait alors à une manifestation non pas juridique mais véritablement souveraine, au sens historique donc national d'Immanuel Wallerstein, de protectionnisme d'un État membre par son action de retrait, dans son ensemble, de l'ordre juridictionnel de l'Union. L'incertitude sur le Brexit

<sup>278</sup> Loi n°2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle...L'ambition ne manque pas. V. MOUIAL BASSILINA Eva, Bulletin Joly Sociétés, mai 2014, *Les apports de la Loi Florange au droit des sociétés*.

<sup>279</sup> Le Royaume-Uni a adhéré à la Communauté économique européenne le 1<sup>er</sup> janvier 1973.

<sup>280</sup> Le 15 janvier 2019, par 432 votes contre 202.

<sup>281</sup> Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, 14 November 2018, 585 pages.

<sup>282</sup> RAPOPORT Cécile, *Le cadre juridique du retrait britannique de l'Union européenne*, Obs. Bxl., 2017/4, n°110, pages 14 à 19, Stradalex, 27 novembre 2017 ; voir aussi, de la même auteure, La redéfinition des relations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni : les modèles de coopération envisageables, in *Le Brexit*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pages 97 à 119.



s'amplifie à tel point que la question de la révocation de l'intention de retrait au visa de l'article 50 TUE a été posée à la CJUE sous la forme d'une question préjudicielle.

La CJUE apporte la réponse suivante dans son arrêt du 10 décembre 2018 : « le caractère souverain du droit de retrait consacré à l'article 50, paragraphe 1, TUE milite en faveur de l'existence d'un droit pour l'État membre concerné, tant qu'un accord de retrait conclu entre l'Union et cet État membre n'est pas entré en vigueur ou, à défaut, tant que le délai de deux ans prévu à l'article 50, paragraphe 3, TUE, éventuellement prorogé conformément à cette dernière disposition, n'a pas expiré, de révoquer la notification de son intention de se retirer de l'Union<sup>283</sup>. » Le protectionnisme se manifesterait dès lors, à tort, en tant que principe directeur de la politique extérieure alors que son utilité réside dans un recours à titre d'exception au niveau supranational idoine que représente l'Union.

145. En second lieu, il s'agirait d'une négociation bilatérale de l'Union avec le Royaume-Uni en tant que futur pays tiers. Reste à déterminer quel type d'ALE pourrait être négocié puis conclu ensuite, cette fois à l'horizon du 31 décembre 2020<sup>284</sup>, cette échéance n'étant pas encore arrêtée. Depuis le vote du Brexit, le pouvoir de négociation des britanniques a profondément été réduit par ce référendum puis le chaos politique national qu'il a engendré. Le travail de négociation de David CAMERON ayant abouti le 19 février 2016 à un accord du Conseil européen accentuant le statut spécial du Royaume-Uni aura été vain. Par ailleurs, tenir le plus grand compte des citoyens britanniques par ce vote du « leave » revient à rechercher un ALE minimisant toute interaction avec l'Union sur le plan politique. Dès lors, plutôt qu'une association du Royaume-Uni à l'espace économique européen au même titre que la Norvège, on pourrait imaginer la négociation d'un accord de nouvelle génération tel que celui passé avec le Canada. Or celui-ci a mis plus de sept années pour accéder à sa version définitive, non encore ratifiée par tous les États membres en janvier 2019. Autant chercher, avec Pascal LAMY, « à faire un œuf avec une omelette ».

## B. Le développement de l'unilatéralisme de l'Union

146. Quoi de plus naturel que de vouloir protéger son économie ? C'est l'évidence à laquelle se sont ralliés les États-Unis dans la mise en œuvre de leur politique commerciale. En pratique, ainsi que l'écrit justement Vincent BOUHIER : « L'arsenal législatif américain en matière de politique commerciale est considéré comme étant le plus développé pour contrer les pratiques qui viendraient à porter préjudice à leur industrie<sup>285</sup> ». Dès lors, par effet miroir, la question se pose de savoir pourquoi l'Union ne développerait pas un tel arsenal à son tour ? « L'expression inconditionnelle de la souveraineté des États<sup>286</sup> » passe notamment par l'application de mesures unilatérales matérialisant l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union.

Une définition pertinente de l'unilatéralisme peut être celle de Jean-Marc SIROEN<sup>287</sup> : « L'unilatéralisme dont il est généralement question est celui qui vise à imposer aux autres pays des règles du jeu qui n'ont pas été négociées au niveau multilatéral et qui peuvent conduire à des sanctions commerciales non autorisées par l'organisation multilatérale. » Ainsi, une section 301 « à l'européenne » pourrait voir le jour (1), avec toutefois le contre-pouvoir d'un garde-fou légitime : le Parlement européen (2).

<sup>283</sup> Affaire C-621/18, CJUE 10 décembre 2018, Andy Wightman e.a. contre Secretary of State for Exiting the European Union, point 57.

<sup>284</sup> Selon les termes du projet d'accord du 14 novembre 2018, article 126, page 196, Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, 14 November 2018.

<sup>285</sup> Op.cit., page 543.

<sup>286</sup> *Ibidem*.

<sup>287</sup> SIROEN Jean-Marc (2000) *L'unilatéralisme commercial des États-Unis*, in *Annuaire français de Relations Internationales*, Bruylant, Bruxelles, page 571.

## 1. Une section 301 « à l'europpéenne »

147. À l'inverse de la procédure de sauvegarde qui prévoit des compensations voire la suspension de concessions ou d'obligations, autrement dit le maintien d'une certaine forme de réciprocité, « [...] L'unilatéralisme atteint le principe de réciprocité (des concessions) comme il s'oppose à d'autres principes, en particulier la non-discrimination.<sup>288</sup> » Les mesures unilatérales reposent donc sur l'arbitraire et la discrimination. Pour autant, elles peuvent trouver une justification lorsque l'auteur de l'action unilatérale n'agit de la sorte qu'en réaction à l'action unilatérale d'une autre entité souveraine. À cet égard, la commission du commerce international du Parlement européen, dans son rapport<sup>289</sup> sur le rapport annuel de la politique commerciale commune du 7 mai 2018, « rappelle que le contexte international a connu de profonds changements depuis la publication de la stratégie « Le commerce pour tous » et que de nouveaux défis et de nouvelles tâches concrètes en matière de commerce doivent être relevés... ». Toutefois, cette commission « s'inquiète de la recrudescence, dans le monde, de pratiques commerciales protectionnistes incompatibles avec les règles de l'OMC et réaffirme son soutien à un système commercial ouvert, juste, équilibré, durable et fondé sur des règles. » On mesure ainsi l'écart de conception du commerce mondial entre l'approche profondément legaliste de l'Union, tant au niveau du Parlement européen que de la Commission, et l'approche tout aussi unilatérale des États-Unis, qui trouve pourtant une base juridique dans son droit interne en particulier à la faveur de la section 301 du Trade Act de 1974. Avant d'envisager une éventuelle adaptation en droit de l'Union de cette approche unilatérale inhabituelle pour cette entité supranationale (b), il importe en premier lieu d'analyser la pratique de la section 301 par les États-Unis (a).

### a. La pratique de la section 301 par les États-Unis

148. D'une manière générale, alors qu'ils en sont pour une bonne part à l'origine et qu'ils continuent d'y exercer une influence prégnante, les États-Unis s'affranchissent des règles commerciales multilatérales, ignorant en particulier l'ORD. Il en est par exemple ainsi de la loi fédérale HELMS-BURTON<sup>290</sup> renforçant l'embargo américain contre Cuba. La même année 1996 fut également signée par les parlementaires des États-Unis la loi unilatérale d'AMATO-KENNEDY<sup>291</sup>, au champ d'application mondial, contre l'Iran et la Libye, au nom de la sécurité nationale. Autre exemple de mesure unilatérale plus proche de notre sujet, l'amendement BYRD<sup>292</sup> instaurait jusqu'au 1<sup>er</sup> octobre 2007<sup>293</sup> des droits supplémentaires antidumping ou antisubvention aux produits importés par les États-Unis qui se trouvaient ensuite redistribués aux entreprises américaines ayant subi le préjudice. On pourrait qualifier cette redistribution de subvention... Les États-Unis n'en sont pas à une contradiction près, surtout quand il est question de préserver leurs intérêts... Alors que Vincent BOUHIER avertissait, pour dissuader l'adoption de ce type de mesures : « ...Le risque du recours à une mesure unilatérale est qu'elle peut légitimer les mesures de représailles, en dehors du respect des règles de l'OMC, l'État se sentant injustement lésé<sup>294</sup> », l'on constate que les membres lésés par ces mesures unilatérales qui produisent

<sup>288</sup> BOUHIER Vincent, op. cit., page 551.

<sup>289</sup> Parlement européen, Document de séance, A8-0166/2018, 2017/2070 (INI), page 6.

<sup>290</sup> Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996, Public Law 104<sup>th</sup>-114, March 12, 1996, 110 Stat. 785.

<sup>291</sup> House of Representative, HR, 3107.

<sup>292</sup> Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000.

<sup>293</sup> Par suite de la pression de l'OMC et des membres ayant saisi l'ORD puis obtenu la possibilité de pratiquer des mesures de rétorsion, les États-Unis ont tout de même fini par retirer cette législation.

<sup>294</sup> Op.cit., page 557.

des effets de subventions internes anticoncurrentielles se sont conformés au droit commercial multilatéral. Nous verrons plus loin que le risque de représailles peut trouver à s'appliquer, mais dans des circonstances plus graves.

Revenant à l'unilatéralisme remarquable des États-Unis, ainsi que peut l'écrire l'économiste Jean-Marc SIROEN<sup>295</sup> : « Grâce à son arsenal unilatéral, l'administration américaine apparaît donc du point de vue de la politique interne, comme le garant des principes de loyauté et de réciprocité dans les relations commerciales. En termes d'économie politique, elle offre à ses groupes de pression, les entreprises américaines exportatrices, un programme de négociation dont l'issue finale est rendue crédible par un engagement de sanctions (dès lors que celles-ci sont autorisées par l'OMC (5)).

De ce point de vue, la politique commerciale américaine serait passée d'un « unilatéralisme agressif » ante-OMC dénoncé par les économistes « multilatéralistes » (voir Bhagwati & Patrick, 1990) à un « multilatéralisme agressif » (Bayard & Elliott, 1994) post-OMC qui viserait à faire de la procédure de règlement des différends la poursuite de l'unilatéralisme par d'autres moyens. »

149. Le Department of Commerce informe sur son site internet : « Section 301 of the Trade Act of 1974 provides the United States with the authority to enforce trade agreements, resolve trade disputes, and open foreign markets to U.S. goods and services. It is the principal statutory authority under which the United States may impose trade sanctions on foreign countries that either violate trade agreements or engage in other unfair trade practices. When negotiations to remove the offending trade practice fail, the United States may take action to raise import duties on the foreign country's products as a means to rebalance lost concessions.

The list of products on which the United States raises import duties is called a "retaliation list." Products included on a retaliation list are carefully selected to minimize the adverse impact on U.S. consumers, firms, and workers. I&A's Office of Trade Negotiations and Analysis is responsible for developing all retaliation lists implemented by the United States Trade Representative. » La procédure « retaliatory action » est ainsi décrite succinctement par le Department of Commerce : « U.S. and international trade law provide authority and mechanisms outlining the procedures used to enforce trade agreements and resolve trade disputes. In many trade disputes, countries are able to come to a mutually acceptable agreement on how to resolve the dispute. When agreement cannot be reached and an unfair trade practice continues to be applied, under the auspices of international law, countries may be allowed to retaliate or impose prohibitive duties on the imports from the country promulgating the unfair trade practice. »

Historiquement, cette section 301 constituait pour les États-Unis un outil paradoxal d'accès au marché du pays sanctionné sur ce fondement : « From the US perspective, Section 301 had been consistently successful in opening markets to US exporters and investors around the world. However, other trading nations, particularly the EU, have long objected to various aspects of Section 301 that seek to open foreign markets based on the threat of closing domestic markets. This gives the US undue leverage, and more perniciously it facilitates a proliferation of bilateral agreements, undermining multilateral cooperation<sup>296</sup>. »

150. De manière plus récente, les États-Unis ont fait un usage massif de la section 301 à l'encontre de la Chine qui interroge quant à la stratégie adoptée : s'agit-il réellement d'une volonté d'accéder au marché chinois de manière plus importante, ou sommes-nous plus probablement face à une volonté de désordre commercial mondial orchestrée par les États-Unis ? Toujours est-il que l'avis 83 FR 47974 du Federal Register<sup>297</sup> du 21 septembre 2018 est particulièrement éclairant quant à l'approche unilatérale des États-Unis sur la base de la

<sup>295</sup> SIROEN Jean-Marc, op.cit., page 579.

<sup>296</sup> European Parliament, *Protectionism and international diplomacy*, Policy Department for external relations, PE 603.874 – June 2018, page 16.

<sup>297</sup> A Notice by the Trade Representative, Office of United States on 09/21/2018.

section 301. On mesure en effet à quel point cette démarche est orientée vers le résultat à atteindre sous couvert du respect des principes de transparence et de courtoisie à l'égard de leurs citoyens : "USTR and the Section 301 Committee have carefully reviewed the public comments and the testimony from the six-day public hearing. Based on this review process, the Trade Representative, at the direction of the President, has determined not to include certain tariff subheadings listed in the Annex to the July 17 notice, resulting in 5,745 full and partial tariff subheadings with an approximate annual trade value of \$200 billion."

On observera ainsi que, nonobstant la réduction du nombre de produits listés, qui passe de 6031 lignes de tarification douanière à 5745, la valeur annuelle des importations touchées par l'application des tarifs douaniers à l'encontre de la Chine est quant à elle restée au même niveau de 200 milliards de dollars, étant précisé que le commerce annuel de la Chine vers les États-Unis atteignait 517 milliards de dollars en 2015. Autrement dit, nous sommes très loin d'une exception protectionniste au sens statistique, tout comme on peut douter de la qualification de recours au protectionnisme en tant que moyen de défense juridique ou fiscal. Avec près de 40% des importations du principal partenaire – ou plutôt adversaire – commercial en jeu, l'approche des États-Unis sous couvert de la section 301 est celle du recours au protectionnisme comme le principe dominant de sa politique extérieure.

#### b. L'adaptation de la section 301 au droit de l'Union

151. En pratique pour l'Union, la procédure prévoirait, à l'instar de la section 301, une forme de clause de conciliation préalable imposant des délais pour parvenir à un accord bilatéral au-delà duquel les mesures unilatérales seraient mises en œuvre. Concernant la forme de ces mesures, on peut classiquement citer deux méthodes restrictives des flux commerciaux en provenance de pays tiers. D'une part, l'imposition de droits majorés à l'instar des actuels droits antidumping et antisubvention. D'autre part, l'imposition de restrictions quantitatives, ce qu'il est convenu d'appeler les quotas. Vincent BOUHIER nous alerte encore sur les risques de l'unilatéralisme<sup>298</sup> : « Toutefois, le maintien de la défense commerciale n'a de sens que si elle a la capacité de répondre réellement aux différentes distorsions constatées dans les échanges et si tous les États s'attachent à recourir aux mêmes formes de protection, privilégiant les règles multilatérales, plus contraignantes, aux dépens des contre-mesures unilatérales. Pour garantir cette efficacité, le renforcement de la défense commerciale communautaire apparaît alors nécessaire aussi bien dans la communauté européenne que dans le cadre de l'OMC. » En matière d'unilatéralisme, la pratique actuelle de l'Union est tout autre, ainsi que le prévoyait déjà Jean-François BRAKELAND en 2010 suite à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne : « ...le jour, plus très éloigné, où la Commission proposera d'adopter des sanctions commerciales contre les États-Unis car ils refusent de se mettre en conformité après 13 condamnations, sur le « zeroing » de l'antidumping, il suffirait d'aller au Conseil de présenter la proposition de la Commission pour qu'elle soit adoptée rapidement. Si en revanche, la proposition de la Commission doit être adoptée selon la procédure de codécision, cela prend deux ans<sup>299</sup> ». En novembre 2018, il n'existe toujours pas de sanctions commerciales de l'Union à l'encontre des États-Unis concernant le « zeroing ». Il est toutefois à noter que des mesures unilatérales sous forme de sanctions commerciales sont effectivement prises par l'Union, mais sur le fondement combiné des articles 29 TUE et 215 TFUE. Il en fut par exemple ainsi contre la Russie à l'occasion des conflits de cette dernière avec la Géorgie et avec

<sup>298</sup> Op.cit., page 355.

<sup>299</sup> BRAKELAND Jean-François, Les acteurs de la politique commerciale de l'UE : perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne, in LE BARBIER LE BRIS Muriel (Dir.), *L'Union européenne et la gouvernance mondiale*, pages 205 s.

l'Ukraine<sup>300</sup>. Est-ce à dire que l'Union n'est capable de prendre des mesures restrictives qu'à la faveur d'une action de politique étrangère et de sécurité, en l'absence de défense commune ? La mesure unilatérale sous forme de sanction commerciale serait alors un succédané de souveraineté de l'Union à l'efficacité discutable.

152. Dans ce contexte de confrontation d'une vision démocratique à une approche autoritaire du Monde, la mesure unilatérale se trouve instrumentalisée pour servir les desseins géopolitiques plus que l'économie de chaque entité souveraine. Dès lors on ne peut qu'approuver le point de vue de Vincent BOUHIER dans ce contexte « ...Le risque du recours à une mesure unilatérale est qu'elle peut légitimer les mesures de représailles, en dehors du respect des règles de l'OMC, l'État se sentant injustement lésé<sup>301</sup> » ... Cette hypothèse de mesures de rétorsion prises en réponse à des mesures unilatérales s'est depuis vérifiée à la faveur de l'offensive commerciale initiée par les États-Unis sous la présidence TRUMP 2016-2020. Ainsi, tant la Chine que l'Union ont riposté aux hausses de tarifs douaniers imposées par les États-Unis. Il est toutefois à noter que l'Union a procédé sans surprise dans le plus strict respect des règles de l'OMC en procédant par notification<sup>302</sup> à l'organisation internationale du 18 mai 2018 sur le fondement de l'accord sur les sauvegardes de l'OMC. Au-delà de ses intérêts téléologique et pratique, l'unilatéralisme renferme aussi un intérêt majeur pour ce qui concerne son champ d'application géographique. En effet, ainsi que l'écrit Jean-Marc SIROEN : « Aux États-Unis, l'unilatéralisme des sanctions économiques est alors fréquemment associé à l'extra-territorialité qui permet de poursuivre toute action contraire à la législation américaine, même si l'acte générateur a lieu en dehors de son territoire et n'implique que des individus ou des sociétés non américaines. Ce principe d'extra-territorialité, dont on comprend la motivation, revient néanmoins à rendre universelle la loi américaine<sup>303</sup>. »
153. Tout étant question de proportion en droit, la mesure unilatérale inspirée de la section 301 constituerait une mesure d'exception prise dans l'intérêt de l'Union. Dès lors qu'elle est exceptionnelle, elle devient par définition marginale sur le plan statistique, contribuant à une certaine innocuité sur le plan économique dans ses effets restrictifs de flux. En revanche, l'effet cohésif produit sur les citoyens européens serait démultiplié car l'existence de telles mesures dans l'arsenal législatif du droit de l'Union contribuerait à un sentiment de protection en interne, et pourrait avoir un caractère comminatoire à l'égard des pays tiers désireux d'accéder au marché intérieur par tous moyens, y compris déloyaux : « Si l'unilatéralisme relève donc bien d'une attitude hégémonique, son influence sur les relations commerciales ne doit pas être exagérée. Les dispositions sont davantage réservées à un usage interne que réellement déstabilisantes pour les relations commerciales internationales. Au Congrès, les républicains y voient l'affirmation de la souveraineté des États-Unis. Les démocrates y trouvent une assurance contre des pratiques déloyales. L'unilatéralisme législatif contribue ainsi, finalement, à rendre acceptable aux États-Unis la libéralisation du commerce et la ratification des traités de libre-échange<sup>304</sup>. » Les États-Unis constituent de ce point de vue un modèle éprouvé de l'affirmation de leur souveraineté économique, que l'Union pourrait utilement appliquer en y ajoutant certains aspects non économiques.
154. Ainsi, à l'égard des pays tiers, l'Union disposerait d'un arsenal dissuasif supplémentaire, et à l'égard des citoyens européens, elle démontrerait la volonté de protection de l'intérêt de l'Union qui les intègre.

<sup>300</sup> Décisions 2014/119/PESC du 5 mars 2014 et 2014/145/PESC du 17 mars 2014.

<sup>301</sup> Op. cit., page 557.

<sup>302</sup> European Union to Council for trade in Goods, G/L/1237 ;G/SG/N/12/EU/1, immediate notification under article 12.5 of the agreement on safeguards, 18 may 2018.

<sup>303</sup> Op. cit., page 574.

<sup>304</sup> *Ibidem*, page 581.

## 2. Un garde-fou nécessaire : le Parlement européen

155. La section 301 du Trade Act de 1974 révèle sa dangerosité sur le plan démocratique par le degré de liberté d'initiative maximal qui est offert à la présidence ou à son émanation en matière de commerce par le truchement du United States Trade Representative. En droit de l'Union, il s'agirait de prévoir un contrôle démocratique graduel du Parlement européen, étant précisé que les autres institutions du trilogue constitué de la Commission, du Conseil et du Parlement sont tout aussi légitimes : “while EU laws are proposed by the European Commission, it is up to the elected national governments acting as the Council of Ministers and elected Members of the European Parliament that adopt these laws. This is delegated decision-making rather than usurped power. It has its legitimacy based on elections in national democratic processes<sup>305</sup>.”

Ce contrôle par le Parlement européen de la section 301 « à l'européenne » sera marqué en premier lieu par la nécessité de transparence due à cette institution (a), en second lieu par son pouvoir d'opposition (b).

### a. La nécessaire transparence à l'égard du Parlement européen

156. À la différence des États-Unis, cette section 301 à l'européenne devrait prévoir un garde-fou légitime en raison de sa représentativité des citoyens européens : le Parlement européen, qui disposerait dans ce contexte d'un droit de regard. Cette précaution démocratique s'avère consubstantielle à l'exercice d'une défense commerciale commune préservée de l'arbitraire. De la sorte, les citoyens européens bénéficieront d'un droit de regard indirect, par le truchement de leurs mandataires députés européens, sur la mise en œuvre de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union.

Pour ce faire, il doit être prévu, à l'instar de la publicité<sup>306</sup> des procédures antidumping et antisubvention dès leur ouverture, d'informer le Parlement européen dès le stade du projet de mesure d'exception protectionniste qui serait prise par la DG Commerce de la Commission. Cette notification spéciale du Parlement devrait être assortie d'une publication du projet au JOUE afin d'informer le plus large public. Une consultation publique pour recueillir des avis pertinents susceptibles d'améliorer l'efficacité de l'exception protectionniste envisagée devrait être ouverte sur une courte durée, par exemple 10 jours calendaires, de sorte que les résultats soient exploitables sous quinzaine à compter de la mise en ligne de la consultation. Alors que la publication au JOUE ne reprendrait que les caractéristiques essentielles de la mesure envisagée, le Parlement européen, et plus précisément le groupe spécial formé à cet effet au sein de la commission parlementaire permanente du commerce international, soumise à une clause de confidentialité, devrait avoir accès à l'intégralité du dossier en temps réel ainsi qu'à l'état d'avancement des négociations avec le ou les pays tiers en cause, à moins qu'il ne s'agisse d'une mesure de sauvegarde<sup>307</sup>. Le groupe spécial de la commission parlementaire disposerait d'un droit de communication et du pouvoir de formuler des avis ainsi que des recommandations, ne disposant donc pas de caractère contraignant à ce titre.

<sup>305</sup> European Parliament, *Protectionism and international diplomacy*, Policy Department for external relations, PE 603.874 – June 2018, page 25.

<sup>306</sup> Articles 5§9 du règlement de base 2016/1036 antidumping et 10§11 du règlement de base 2016/1037 antisubvention.

<sup>307</sup> Concernant la sauvegarde, voir infra, *La conciliation du régime de sauvegarde avec les libertés de circulation*, pages 108 s.

## b. Le pouvoir d'opposition du Parlement européen

157. L'exigence de transparence à l'égard du Parlement européen dans le dessein de mettre en œuvre une exception protectionniste ne suffit pas. Au-delà de la publicité du projet de mesure, la seule institution représentative des citoyens européens, censément la mieux placée pour protéger leur intérêt qui s'intègre dans celui de l'Union, doit pouvoir bénéficier du droit de s'opposer à une telle mesure d'exception protectionniste résultant de la défense commerciale commune. Les députés européens doivent en effet être en situation de mettre aux voix la mesure envisagée afin d'apprécier démocratiquement sa conformité à la protection de l'intérêt de l'Union tels qu'ils le conçoivent, en particulier à l'aune de la résolution du Parlement européen du 25 novembre 2010<sup>308</sup>. L'enjeu de ce droit de veto est d'abord symbolique par l'influence que peut représenter l'opinion des citoyens européens, si volatile soit-elle par définition et par opposition aux convictions, dans le vote des parlementaires. Un exemple majeur de l'influence de l'opinion à l'échelle d'un futur ex-État membre réside dans la mise en œuvre par le premier ministre britannique d'un référendum du Royaume-Uni en vue de se prononcer pour ou contre la sortie de l'Union. En effet, ce qui représentait à l'origine un outil de conquête électorale particulièrement efficace pour David Cameron s'est finalement transformé en véritable roulette russe de l'intégration, voire de la désintégration européenne à la faveur du vote du « Brexit » du 23 juin 2016<sup>309</sup>. L'enjeu de ce droit de veto serait tout autant juridique. En effet, il apparaît parfaitement légitime que le Parlement européen bénéficie, non pas d'une minorité de blocage, mais bien d'une majorité de blocage d'une décision d'exécution relative à l'application d'une exception protectionniste proposée par la Commission.

§2 : La présomption de mesure antidumping et antisubvention prise dans l'intérêt de l'Union

158. Dans la section 2 du précédent chapitre<sup>310</sup>, l'opportunité d'isoler l'intérêt de l'Union comme condition supplémentaire dans les règlements de base antidumping et antisubvention était remise en cause en raison de l'affaiblissement par le démembrement d'un intérêt qui doit être unitaire plutôt que parcellaire. En effet, dès lors que l'intérêt de l'Union se réduit en pratique à l'analyse purement économique de la somme des intérêts particuliers en présence et que ses effets s'avèrent marginaux sur l'éventuelle remise en cause des mesures sur ce fondement, sa mention explicite dans le droit dérivé de la défense commerciale européenne se révèle finalement contreproductive. Il conviendrait plutôt de considérer que toute mesure antidumping ou antisubvention est présumée prise dans l'intérêt de l'Union dès lors que la défense commerciale, élément important de la politique commerciale commune, est consubstantielle à l'intérêt de l'Union (**A**). Bien entendu, la contestation éventuelle de l'intérêt de l'Union doit subsister (**B**).

### A. Une défense commerciale consubstantielle à l'intérêt de l'Union

159. Nous avons constaté que la définition de l'intérêt de l'Union retenue par les institutions dans les règlements de base ainsi que dans leur pratique décisionnelle s'avérait doublement limitée.

Pour retrouver la cohérence substantielle nécessaire entre les valeurs et l'intérêt de l'Union (**2**), il importe donc d'élargir la définition de cet intérêt de l'Union (**1**).

<sup>308</sup> Parlement européen, Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2010 sur le thème "Vers une nouvelle stratégie énergétique pour l'Europe pour la période 2011-2020" (2010/2108(INI)), P7\_TA(2010)0441, en particulier : Mettre l'intérêt des consommateurs et des citoyens au centre de la politique énergétique de l'Union européenne, §85 s.

<sup>309</sup> 17 410 742 votes for « leave » EU (51.9%) versus 16 141 241 votes for « remain » (48.1%).

<sup>310</sup> Voir supra, *Un intérêt de l'Union à géométrie variable*, pages 65 s.

## 1. L'élargissement de la définition de l'intérêt de l'Union

160. Vincent BOUHIER peut écrire sur la défense commerciale et l'intérêt de l'Union<sup>311</sup> : « La volonté d'accéder à une libéralisation des échanges toujours plus aboutie occulte les nombreux dangers qui guettent la Communauté européenne face à ce processus, que les distorsions soient partiellement ou totalement éliminées. Deux dangers majeurs sont particulièrement à prendre en considération : la remise en cause de l'intégration communautaire sous sa forme originelle et le démantèlement de son industrie, transformant la Communauté européenne en une zone de libre-échange dépendante des pays tiers. Face à ces deux risques, seule la défense commerciale s'avère en mesure d'apporter une réponse efficace. Elle permet à la fois de conforter les spécificités du système communautaire, l'unité du marché et les politiques communes, et de protéger l'industrie communautaire dans le contexte de la libéralisation actuelle. Or ces deux aspects sont conformes à l'intérêt communautaire. »
161. La lecture de cette analyse invite à penser que l'intérêt de l'Union est d'essence économique au regard de sa singularité résultant du marché intérieur et des politiques communes mises en œuvre pour y parvenir : union douanière, règles de concurrence. Certes, l'analyse purement économique de l'intérêt de l'Union en l'état actuel des règlements de base antidumping et antisubvention s'avère nécessaire en ce qu'elle permet de dégager des enjeux de flux commerciaux aux portes de l'Union. Toutefois, elle ne suffit pas à appréhender cette notion dans son ensemble. Il convient de lui ajouter ses composantes tant sociale qu'environnementale pour permettre l'approche de l'intérêt de l'Union comme un tout indissociable, constitué tant d'intérêts économiques que d'intérêts non économiques. Il importe par ailleurs, dans cette définition, de préférer le singulier au pluriel, « l'intérêt de l'Union » inspirant l'unité, « les intérêts de l'Union » évoquant les rivalités, les dissemblances. Dès lors, quel serait le plus petit dénominateur commun représentatif de l'intérêt de l'Union ? Compte tenu du fait que la notion même de peuple européen a été reniée par la Cour suprême allemande<sup>312</sup>, il est dès lors préférable de ne pas la rattacher à l'intérêt de l'Union. En revanche, s'il est un état des personnes, un statut individuel pour autant représentatif de l'intérêt de l'Union à promouvoir et à défendre, il réside certainement dans chacun des atomes constituant le peuple européen et institué à l'article 20 TFUE : le citoyen européen. En effet, cette citoyenneté européenne, qui constitue un apport supplémentaire à la citoyenneté nationale, vient poser les jalons du sentiment d'appartenance européen, dont on ne peut pour autant pas constater le développement, ni même le soutien par les États membres<sup>313</sup>.
162. Ainsi, l'objectif de recherche du bien-être des peuples tel qu'exprimé à l'article 3 §1 TUE passe par la recherche du bien-être de chaque citoyen européen. Cet objectif ne se limite pas à l'atteinte du bien-être économique, c'est-à-dire du confort matériel. Le bien-être recherché doit encore intégrer les préoccupations sociales et environnementales contemporaines et, pourquoi pas, futures.

---

<sup>311</sup> Op. cit., page 355.

<sup>312</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30 juin 2009 - 2 BvE 2/08 - Rn. (1-421), points 346 et 350.

<sup>313</sup> Le plus édifiant exemple de ressentiment européen étant symbolisé par le référendum sur la sortie de l'Union européenne du 23 juin 2016 au Royaume-Uni. L'ingratitude n'est cause de révocation qu'en matière de donation.



## 2. La cohérence substantielle entre les valeurs et l'intérêt de l'Union

163. La recherche de cohérence, non seulement textuelle mais aussi substantielle, entre les valeurs de l'Union et son intérêt impose paradoxalement de retirer cette condition prévue aux articles 21 du règlement antidumping 2016/1036 et 31 du règlement antisubvention 2016/1037. Non par souci de conformité avec le droit de l'OMC, dont il est proposé un détachement par élargissement du champ d'application matériel de la défense commerciale de l'Union. Mais plutôt par volonté de rendre sa place à l'intérêt de l'Union dans la hiérarchie des normes, au côté des valeurs de l'Union visées à l'article 2 TUE. Ainsi, l'intérêt de l'Union doit être conçu comme rayonnant dans l'ensemble du droit de l'Union qui est censé assurer sa promotion tout comme sa protection. Dès lors, toute référence à l'intérêt de l'Union en tant que condition d'application supplémentaire d'une mesure de défense commerciale relève du truisme et affaiblit la valeur de l'intérêt de l'Union. Ce type d'intérêt que l'on retrouve dans le droit dérivé correspond plutôt à des intérêts qu'à l'intérêt. Il en est par exemple ainsi des intérêts qualifiés de stratégiques décrits par Pierre VIMONT dans le rapport SCHUMAN sur l'Europe, l'État de l'Union 2016<sup>314</sup>.
164. Il importe donc de revoir l'intérêt de l'Union dans un sens plus large que la seule addition des intérêts économiques des parties prenantes. Il s'agirait plutôt d'élargir la notion en la coiffant des valeurs de l'Union telles qu'exprimées dans son droit primaire. Cette considération holistique et réconciliatrice des intérêts particuliers par leur analyse au regard du bien commun ne peut que permettre l'évolution favorable de l'Union vers ce dont elle doit représenter la substance : ses citoyens. C'est la raison pour laquelle la définition de l'intérêt de l'Union doit avoir sa place textuelle en préambule des règlements de base antidumping et antisubvention, mais certainement pas en condition supplémentaire inopérante.

### B. Le maintien d'une contestation possible de l'intérêt de l'Union

165. L'annulation d'un règlement d'exécution présumé pris dans l'intérêt de l'Union peut-elle être prévue sur le fondement de la contestation de cet intérêt de l'Union ? Conformément aux principes des droits de la défense<sup>315</sup>, la présomption de mesure antidumping ou antisubvention prise dans cet intérêt de l'Union nouvellement défini ne peut être irréfragable.
- En conséquence, il convient de prévoir les cas, limitatifs, pour lesquels une contestation de l'intérêt de l'Union peut être recevable et étudiée (1). Cette analyse par le juge européen du bienfondé de cette contestation sera soumise à une certaine exigence probatoire (2).

#### 1. Un contrôle strict de recevabilité

166. Nous sommes dans la situation d'un règlement d'exécution antidumping ou antisubvention pris sur le fondement des règlements de base remaniés, intégrant la présomption de mesure prise dans l'intérêt de l'Union. Parmi les moyens allégués par le demandeur à l'annulation du règlement d'exécution en cause, l'intérêt de l'Union doit pouvoir être attaqué en principe.

---

<sup>314</sup> Voir aussi l'article isolé, <http://carnegie-mec.org/2016/04/20/fr-63457/ixnu>.

<sup>315</sup> Qui est présumée attaquer en l'occurrence.

Toutefois, il convient de vérifier, notamment à la lumière de l'arrêt UPA<sup>316</sup>, la double condition d'affectation directe et individuelle, autrement dit l'existence d'un intérêt à agir **(a)** de même que d'une qualité à agir du demandeur **(b)**.

a. La vérification de l'intérêt à agir du demandeur

167. Qui a intérêt à agir en vue de contester l'intérêt de l'Union dans le cadre d'une procédure antidumping ou antisubvention ? On serait tenté d'exclure par hypothèse tous les intérêts qui contribuent à l'intérêt de l'Union, autrement dit tous les intérêts situés au sein de l'Union. Ainsi, l'industrie de l'Union n'a pas intérêt à agir contre l'intérêt de l'Union. Il en va de même pour l'intérêt des importateurs indépendants, des opérateurs en amont, des opérateurs en aval, des utilisateurs finaux et des consommateurs, si l'on suit le raisonnement hiérarchique habituel du juge de l'Union en matière de contentieux du règlement d'exécution<sup>317</sup> antidumping ou antisubvention. Dès lors, l'intérêt à agir se limite à deux parties potentielles. D'une part, les exportateurs auxquels s'appliquent les droits antidumping ou antisubvention ont évidemment intérêt à agir contre les règlements d'exécution qui les affectent. D'autre part, et dans une moindre mesure puisque la condition d'affectation directe ne serait pas satisfaite de manière évidente, sauf dans un pays n'évoluant pas en économie de marché, le pays tiers renfermant les exportateurs auxquels s'appliquent les mesures antidumping et antisubvention peut également avoir intérêt à agir pour contester l'intérêt de l'Union dans la mise en œuvre de mesures antidumping ou antisubvention. Dans ces conditions, il est peu probable que la contestation de la défense de l'intérêt de l'Union soit le seul fondement contesté, ni même le principal. Ainsi, le demandeur accordera probablement plus d'attention à la contestation du calcul des marges de dumping par le truchement d'une contestation des modalités de détermination de la valeur normale qu'à l'intérêt de l'Union. Il comprendra que cet intérêt relève plus de la fixation par l'Union de son ordre public économique de protection que d'aspects purement matériels.

b. La vérification de la qualité à agir du demandeur

168. Outre l'intérêt à agir se dessine la vérification de la qualité à agir du demandeur. La question se pose notamment de savoir si le demandeur peut représenter uniquement ses intérêts propres, les intérêts de tiers, des intérêts collectifs voire l'intérêt général entendu comme celui du pays tiers. Il est évident que, lorsque l'intérêt à agir se trouve vérifié, le demandeur aura qualité à agir pour la défense de ses intérêts propres. Ce sera en particulier le cas pour les entreprises exportatrices établies dans un pays tiers. Le questionnement doit être plus approfondi s'agissant de la défense de l'intérêt d'autrui, autrement dit dans l'hypothèse où ce serait le pays tiers hôte de l'exportateur en cause. Dans cette situation, nous serions alors face à la confrontation de deux ordres publics économiques d'entités souveraines, et partant, face à deux conceptions du commerce international. À l'égard de la Chine, le statut de société dépourvue d'économie de marché ira dans le sens d'une conception de son ordre public économique telle que l'application de subventions s'avère consubstantielle à l'exercice de l'activité économique dirigée, ou à tout le moins, contrôlée par l'État chinois. À l'égard des États-Unis, cet ordre public économique se manifeste sur la scène internationale par l'unilatéralisme exacerbé au

<sup>316</sup> CJCE 25 juill. 2002, *Union de Pequeños Agricultores c/ Conseil de l'Union européenne*, C-50/00 P, comm. In Les grands arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne, arrêt 60, page 803 s., Dalloz 2014.

<sup>317</sup> Voir, par exemple, RÈGLEMENT D'EXÉCUTION (UE) 1238/2013 DU CONSEIL du 2 décembre 2013 instituant un droit antidumping définitif et collectant définitivement le droit antidumping provisoire institué sur les importations de modules photovoltaïques en silicium cristallin et leurs composants essentiels (cellules) originaires ou en provenance de la République populaire de Chine.

moyen d'instruments juridiques de protection au service de leur politique extérieure s'affranchissant des règles commerciales internationales, à l'instar de la section 301 du Trade Act de 1974. La confrontation de ces ordres publics économiques à la conception de l'Union qui reste à définir tout en étant nettement plus respectueuse du droit commercial international pose naturellement la question de son évolution nécessaire à la lumière et à la mesure de ce qui peut être présenté comme une guerre commerciale mondiale dont on espère simplement qu'elle se limite à cette matière.

## 2. L'exigence probatoire quant à la contestation de l'intérêt de l'Union

169. L'allégation selon laquelle l'intérêt de l'Union n'est pas en cause dans la mesure antidumping ou antisubvention envisagée doit pouvoir être recevable en son principe. Pour autant, s'agissant d'une notion qui a trait à la souveraineté en devenir de l'Union, la preuve de cette contestation doit être solidement rapportée par celui qui s'en prévaut.

Il sera ainsi intéressant d'évoquer l'exigence probatoire en matière de contestation de l'intérêt de l'Union d'abord dans le cadre de l'administration de la preuve (a), puis dans le contexte du pouvoir d'appréciation du juge de l'Union (b).

### a. Le degré d'exigence probatoire quant à la contestation de l'intérêt de l'Union

170. Face au juge de l'Union devant lequel le moyen visant à contester le règlement d'exécution antidumping ou antisubvention au motif que ces mesures ne seraient pas prises dans l'intérêt de l'Union, quel niveau d'exigence probatoire apparaît le plus approprié ? Ainsi que l'écrit Maria FARTUNOVA<sup>318</sup> : « ...il résulte de notre analyse que le juge demeure libre de décider de l'exclusion des preuves du débat judiciaire afin de protéger un intérêt jugé comme légitime, en raison du caractère dérogatoire de l'exclusion fondée sur un tel intérêt. À cet égard, le contrôle en matière de preuve ne diffère pas substantiellement selon qu'il s'agit du juge de l'Union ou du juge national qui procèdent d'une mise en balance des intérêts, dans le respect des exigences d'un procès juste et équitable.

Par ailleurs, le contrôle de la pertinence des preuves par le juge consiste à vérifier l'adéquation des preuves avec les faits allégués en fonction de leur utilité pour la solution du litige. À cet égard, si le juge procède de manière systématique à l'examen de l'exactitude matérielle des faits, l'intensité de son contrôle est variable en fonction de la nature des faits, objet de preuve. »

Lorsque l'on applique ce raisonnement à l'office du juge de l'Union en matière d'évaluation de la contestabilité de l'intérêt de l'Union dans le cadre de mesures antidumping ou antisubvention présumées prises dans son intérêt, de quelle marge d'appréciation dispose-t-il ? Chacun aura compris à ce stade de l'exposé que l'intérêt de l'Union tel que conçu dans cette recherche dépasse tous les autres intérêts présents au sein de l'Union autant qu'il les contient. Dès lors il ne s'agit pas de faire la balance entre l'intérêt de l'Union et les intérêts internes, mais plutôt de comparer cet intérêt général supranational à l'intérêt du demandeur exportateur ou du pays tiers dans lequel il est établi.

### b. La nature du pouvoir du juge de l'Union

171. S'agissant de l'intérêt de l'Union, est-il réellement possible pour le juge de vérifier l'exactitude matérielle des faits ? La réponse est évidemment négative tant l'intérêt de l'Union constitue une notion protéiforme à laquelle se rattachent les règlements d'exécution antidumping ou antisubvention. La vérification des faits par le juge repose donc sur le contrôle de l'exactitude matérielle du dumping ou de la subvention, pas sur la conformité à l'intérêt de l'Union qui est présumée. Quel est donc le degré de liberté

<sup>318</sup> Op. cit., page 475.

d'appréciation du juge face à l'allégation d'une mesure contraire à l'intérêt de l'Union ? À l'échelle des États membres, « ...l'interdiction de principe d'entraver la réalisation des libertés de circulation a permis de constater que l'action normative des États membres en matière de preuve est encadrée à un double niveau.

Tout d'abord, les modalités nationales de preuve ne doivent pas venir compromettre ni l'applicabilité directe des règles établissant les libertés de circulation ni la possibilité pour l'opérateur économique d'apporter la preuve qu'il peut en bénéficier.

Ensuite, et, dès lors que les dispositions des traités imposent elles-mêmes une exigence de preuve pour l'exercice d'une action normative dérogatoire, cette exigence pèse exclusivement sur les États membres. Cette exigence de preuve à la charge des États membres s'explique non seulement par le caractère exceptionnel des dérogations prévues par les traités, mais aussi par l'effet direct reconnu à ces dernières<sup>319</sup>. »

172. Il nous semble tout aussi évident que le juge de l'Union disposera d'un très large pouvoir d'appréciation à cet égard. La question se pose alors de savoir s'il pourrait aller jusqu'au pouvoir discrétionnaire. Nous pensons que non. Ainsi, pour préserver un certain équilibre des droits de la défense, il apparaît opportun de maintenir une exigence de motivation du rejet ou de l'accueil favorable du moyen contestant la préservation de l'intérêt de l'Union par cette mesure antidumping ou antisubvention.

173. Pour conclure cette section, la refonte des régimes actuels antidumping et antisubvention de l'Union dans le sens d'une exception protectionniste prise dans son intérêt présuppose le plein exercice par l'Union de sa souveraineté. Cette souveraineté, à consonance économique, s'exercerait en particulier au moyen de l'institution de mesures unilatérales inspirées de la section 301 du Trade Act de 1974, avec toutefois le pare-feu démocratique du Parlement européen qui disposerait d'un droit de regard et d'un droit de veto sur ce type de mesures. Elle serait également renforcée par l'axiome selon lequel une mesure antidumping ou antisubvention est présumée prise dans l'intérêt de l'Union sans qu'il soit nécessaire de la poser en condition supplémentaire, et superfétatoire car incongrue à ce niveau de la hiérarchie des normes, des règlements de base antidumping et antisubvention 2016/1036 et 2016/1037. Bien entendu, par respect pour les droits de la défense, les mesures antidumping et antisubvention pourraient être contestées, dans des conditions strictes de recevabilité et de preuves, sur le fondement de la contestation de cet intérêt de l'Union.

---

<sup>319</sup> *Ibidem*, page 191.

## Section 2 : L'hypothèse d'un droit de la concurrence mondial

174. L'étude des instruments antidumping et antisubvention en droit de l'Union démontre de nombreuses insuffisances au regard de leur utilisation en tant qu'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union. Parmi les nombreux freins, citons en particulier celui inhérent à l'intrication des règles antidumping et antisubvention du droit de l'Union avec les règles de l'OMC : « Toutefois, cet effort de négociation entre les membres de l'OMC, aujourd'hui opposés sur les modifications de la défense commerciale, doit s'établir avec la volonté de réguler les échanges et non d'éliminer la concurrence<sup>320</sup>. » Après avoir envisagé les possibilités de refonte du régime actuel, la réalisation d'une thèse doit aussi être le lieu de conception de théories permettant un changement de paradigme. Ainsi, la mondialisation des échanges impliquerait-elle la mondialisation des règles de concurrence ? Il serait alors possible d'envisager l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union sous une approche radicalement différente : l'hypothèse d'un droit de la concurrence à l'échelle mondiale. Mondial car seul ce niveau de juridiction permettrait d'éviter les écueils relevant de l'opposition d'ordres juridiques concurrents sur le terrain des marchés à conquérir, ainsi que l'écrit Ariel EZRACHI : « While a given jurisdiction may strive to protect its local market from a negative transfer of wealth, other jurisdictions benefiting from the positive transfer of wealth may lack the incentive, and at times the authority, to regulate anticompetitive activities which create externalities elsewhere<sup>321</sup>. » Mondial car l'application des différents droits de la concurrence actuels se trouve parfois teinté d'extraterritorialité sur le fondement de la théorie des effets : « Extraterritorial enforcement may serve as a valuable shield, correcting under-enforcement and blocking negative transfer of wealth. It allows jurisdictions to apply their competition laws to transactions and activities which escaped scrutiny elsewhere, yet have an impact on their domestic market<sup>322</sup>. » Il s'agirait ainsi de s'inspirer de la notion d'affectation du commerce entre États membres, mais dans une hypothèse d'échelle des membres de l'OMC et pas seulement de l'Union. Plus précisément, l'enjeu serait de déterminer si l'Union, en tant que membre de l'OMC, pourrait bénéficier d'une protection en application de règles de concurrence mondiales visant notamment à assurer une régulation en vue d'une concurrence à la fois libre et non faussée au sein du marché intérieur. En particulier, l'attention sera portée sur les effets anticoncurrentiels que les opérateurs économiques d'un pays tiers sont susceptibles de produire, par leurs comportements, sur le marché intérieur de l'Union. Dans cette configuration théorique, l'Union serait donc un sujet de droit soumis au droit de la concurrence mondiale.

En effet, les mesures antidumping et antisubvention partagent des traits communs avec le droit de la concurrence dans leur volonté de réguler les comportements des agents économiques (§1). De surcroît, le droit de la concurrence permet la prise en compte d'exceptions, ou plutôt d'exemptions à son application à titre de protection (§2).

---

<sup>320</sup> *Ibidem*, page 687.

<sup>321</sup> EZRACHI Ariel, *Research handbook on international competition law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2012, page 5.

<sup>322</sup> *Ibidem*, page 6.

## §1 : La régulation du comportement des agents économiques

175. La législation antidumping et antisubvention de l'Union fait partie de la défense commerciale, elle-même intégrée dans la politique commerciale commune. Par la taxation supplémentaire des produits en cause lors de leur mise en libre pratique, elle produit donc un effet régulateur<sup>323</sup> sur le comportement des agents économiques des pays tiers. Il en va de même pour le droit de la concurrence qui impose notamment des sanctions financières et la cessation de l'illicite aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles, étant rappelé le cycle de fonctionnement concurrentiel, imposant par sa nature destructrice une régulation : « La consommation du capital fixe dépend de l'obsolescence ...vieillesse prématuré sous l'effet du progrès technique...Or le rythme auquel les innovations techniques s'introduisent dans la production est commandé au premier chef par la concurrence...une concurrence forte entraîne un taux élevé de progrès technique, donc d'obsolescence et lamaine ainsi l'investissement net...En somme, la concurrence ou plutôt l'excès de concurrence est la principale cause de crise, le principal ennemi du capitalisme !...sachant que la concurrence étrangère, à laquelle le libre-échange donne libre cours, est la plus forte, par conséquent la plus destructrice de capital et, au bout du compte, la plus génératrice de crise<sup>324</sup>. »

Cette régulation peut s'exercer de façon directe, au niveau des entreprises (**A**), mais également de manière plus indirecte, à l'échelle des États ou de l'Union dans le cas qui nous intéresse (**B**).

### A. La régulation du comportement des entreprises

176. La législation antidumping produit ses effets à l'égard des entreprises d'un ou de plusieurs pays tiers qui exportent les produits en cause vers l'Union, avec des droits différenciés selon l'identification et le degré de coopération des entreprises en cause. Si un droit de la concurrence mondial trouvait à s'appliquer, alors ses effets se produiraient de manière plus précise encore, à l'égard des seules entreprises contre lesquelles l'enquête serait dirigée. Pour autant, les deux matières juridiques partagent cette volonté de réguler tant les comportements déloyaux des entreprises (**1**) que leurs velléités de domination du marché (**2**).

#### 1. La régulation des comportements déloyaux des entreprises

177. Le libre-échange est par nature avare de régulation, d'intrusion de la norme dans le marché dont le principe même constitue une entrave *per se*. Pour autant, l'objectif d'organisation et de surveillance du marché contre les dérives comportementales probables de ses agents économiques impose l'édification de normes aux fins d'assurer une meilleure fluidité du marché en cause, dans l'hypothèse idéalisée d'une concurrence libre et non faussée.

Il s'agit au préalable d'identifier les contours de la déloyauté commerciale (**a**) avant d'identifier l'enjeu de territorialité révélé par les théories du droit de la concurrence (**b**).

#### a. Les contours de la déloyauté commerciale

178. La concurrence consiste en la mise en compétition d'entreprises évoluant sur un même marché de produits en cause, lieu de confrontation de l'offre et de la demande. Dès lors les entreprises sont animées par un seul objectif : gagner. Gagner des parts de marché, mais

<sup>323</sup> C'est en tout cas l'objectif recherché...Voir, sur la notion de faute lucrative, *infra*, page 297.

<sup>324</sup> POULON Frédéric, Le principe d'un gouvernement économique européen in AUBY, J.-B., IDOUX, P. (Dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruylant, 2017, page 35.

aussi gagner en rentabilité ainsi que l'article 1832 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil en dispose pour la société, considérée comme une catégorie d'entreprise<sup>325</sup> : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. » Le concept actuel de responsabilité sociale des entreprises s'avère donc étranger au fondement juridique originel du fonctionnement des sociétés et se situe plus sur un plan éthique que réellement contraignant<sup>326</sup>.

179. Dans un tel contexte de compétition, certains agents peuvent être tentés de conquérir des parts de marché au moyen de manœuvres ourdies, autrement dit par des procédés déloyaux. Sur le plan géographique, cette tendance se rencontre tout autant à l'intérieur des frontières de l'Union que depuis les pays tiers qui cherchent à accéder au marché intérieur. Pour comparaison, dans le droit fédéral américain, la sanction de la déloyauté commerciale des opérateurs économiques est expressément prévue dans le Federal Trade Commission Act. Toutefois, cette déloyauté commerciale, tout comme son pendant positif la loyauté commerciale, constituent ce qu'il est convenu d'appeler un standard juridique. Par essence, la définition de la déloyauté commerciale est donc plurale. Elle est susceptible de variations dans le droit interne de la concurrence en cause, ce qui ouvre la voie à l'exception protectionniste par le pouvoir discrétionnaire qu'il renferme, tout comme entre les différents droits de la concurrence. Ainsi même, cette notion de déloyauté commerciale ou de concurrence déloyale n'est pas expressément visée dans le droit de la concurrence de l'Union alors qu'elle constitue une application singulière<sup>327</sup> de la responsabilité civile en droit français. Elle peut d'abord correspondre à des qualifications textuelles. Il en est par exemple ainsi des comportements visés dans le Sherman Act : « every contract, combination, or conspiracy in restraint of trade », and any « monopolization, attempted monopolization, or conspiracy or combination to monopolize », dès lors que ces comportements sont qualifiés de « unreasonable », c'est-à-dire sans fondement économique légitime.

#### b. L'enjeu de territorialité selon les théories du droit de la concurrence

180. Ainsi que l'écrit Jean-Sébastien PILCZER, « En droit de la concurrence, trois théories... illustrent l'étendue et l'extension des compétences fondées sur le principe de territorialité... la théorie de l'unité économique permet d'imputer à une société mère établie dans un pays tiers l'infraction commise par sa filiale établie dans un État membre lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché... la théorie de la mise en œuvre énonce que la compétence de l'Union pour appliquer ses règles de concurrence ne dépend pas du lieu de la formation de l'entente, mais du lieu où l'entente est mise en œuvre... selon la théorie des effets, un État ou une organisation internationale peut fonder l'application de ses règles de concurrence sur les répercussions économiques à l'intérieur de ses frontières qu'ont produites des comportements anticoncurrentiels adoptés en dehors de ces frontières...

<sup>325</sup> Que l'on pourrait également qualifier de technique d'organisation de l'entreprise selon l'école rennaise impulsée par les professeurs Jean Paillusseau – *Mais qu'est-ce que l'entreprise ?* La semaine juridique, édition générale, LexisNexis, n°48, 26 novembre 2018, pages 2126 à 2132 – et Claude Champaud, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, sortir de la crise du financialisme*, Bruxelles, Larcier, 2011, 365 pages.

<sup>326</sup> Pour autant, en droit français, le projet de loi PACTE adopté en 1<sup>ère</sup> lecture à l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018 prévoit, en ses articles 61 et suivants « *Repenser la place des entreprises dans la société* », de compléter en ce sens les articles 1833 et 1835 du code civil ainsi que certains articles du droit des sociétés prévus dans le code de commerce par la notion de « *raison d'être* », tout en intégrant la « *considération des enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

<sup>327</sup> FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, R.J.D.A., juin 1994, pages 483 s. Voir aussi pour une application avec un élément d'extranéité, COUREAULT Elisabeth, *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, Thèse, Université de Lorraine, 2009, 421 pages.

Comme l'a noté l'avocat général KOKOTT<sup>328</sup>, il est de pratique dans le monde entier que les autorités de la concurrence s'opposent à des accords entre entreprises, ces derniers fussent-ils conclus en dehors de leur champ de compétence territorial et eussent-ils, éventuellement, des effets s'exerçant en grande partie en dehors de ce champ territorial. En résumé, un comportement survenant en dehors de l'Union, qui a des effets internes sur celle-ci, peut être régi par le droit de l'Union<sup>329</sup>. »

181. Dans le prolongement de cette analyse synthétique des enjeux de la territorialité des règles de concurrence, un droit de la concurrence au champ d'application mondial réduirait artificiellement l'ensemble des marchés de produits ou services répartis sur la surface de la planète à un seul marché mondial du produit ou service en cause. Dans cette configuration, les pratiques de dumping des exportateurs à destination du marché intérieur de l'Union pourraient être qualifiées de pratiques tarifaires anticoncurrentielles déloyales et se trouver dès lors sous le régime répressif du droit de la concurrence. L'action de dumping serait alors qualifiée d'entente sur les prix entre les exportateurs en cause. Cette entente serait considérée, à l'issue d'une enquête ayant successivement une nature procédurale accusatoire puis contradictoire, comme anticoncurrentielle *per se*. À ce titre, les entreprises exportatrices s'exposeraient à des sanctions de nature financière, mais devraient aussi, dès le stade de l'enquête anticoncurrentielle, cesser leurs agissements illicites, autrement dit les pratiques déloyales de dumping.

## 2. La régulation des comportements de domination des entreprises

182. La position dominante d'une entreprise sur un marché en cause peut résulter de deux évolutions. La première réside dans l'ouverture à la concurrence d'un marché jusqu'ici organisé selon un monopole légal. Ce que l'on a pu observer dans le marché des télécommunications puis dans celui de l'énergie au sein du marché intérieur. La seconde évolution vers une position dominante réside dans la fermeture à la concurrence à mesure du développement exponentiel d'une entreprise à l'origine du marché en cause par le truchement combiné de la croissance organique et de la croissance externe toutes deux avides d'innovation disruptive. Ce que l'on a pu observer dans le marché des logiciels avec Microsoft, celui des smartphones avec Apple, celui des réseaux sociaux avec Facebook, et celui des moteurs de recherche avec Google.

C'est la raison pour laquelle il est d'abord intéressant de se pencher sur le pouvoir de marché en amont des entreprises (a), avant d'analyser le rôle du citoyen en aval du marché en cause (b).

### a. Le pouvoir de marché « amont » des entreprises

183. Le pouvoir de marché, détenu en amont dans une situation de position dominante d'une entreprise, peut se mesurer par la part de marché de l'agent économique en cause. Il doit toutefois être précisé que l'évolution technologique a rendu l'analyse des parts de marché par le chiffre d'affaires moins pertinente dans certains domaines, en particulier auprès des entreprises du numérique telles que Google, Amazon, Facebook, Apple et Microsoft (GAFAM), dont la domination se mesure plutôt à l'aune du nombre de visiteurs ou d'utilisateurs.

<sup>328</sup> Conclusions sous l'arrêt *Air Transport Association of America e.a.*, préc., point 148.

<sup>329</sup> PILCZER Jean-Sébastien, *Le parcours contentieux de la coopération renforcée en matière de taxe sur les transactions financières : la bataille de l'autorisation est gagnée, celle de la mise en œuvre reste à mener*, Réflexions sur l'arrêt du 30 avril 2014, Royaume-Uni/Commission (C-209/13), Cahiers de Droit Européen, 2014/3, 06/02/2015, Bruylant, pages 620-621.



Cette donnée doit être assortie d'une analyse des parts de marchés des principaux concurrents afin de déterminer tant le degré de concentration du marché<sup>330</sup> que l'écart de part de marché entre le premier opérateur concurrentiel et son second. Dès lors une première approche du risque d'abus de domination pourra s'exercer.

184. La pratique de prix prédateurs<sup>331</sup> dans un but d'éviction des concurrents du marché en cause se traduit par des prix anormalement bas. Ces prix résultent de la mise en œuvre d'une stratégie de domination par les coûts qui implique elle-même une politique d'achat puis de production à bas coût. Ces prix bas peuvent résulter de l'exploitation optimale des facteurs de production. Dès lors, l'entreprise en cause peut se livrer, de façon parfaitement licite, à la pratique de ce qu'il est convenu d'appeler le forum shopping, notamment en matière de main d'œuvre, de normes environnementales mais aussi de fiscalité. La friction qui en résultera avec les exigences sociales et environnementales sera alors nécessairement en défaveur de l'industrie de l'Union.

#### b. Le rôle du citoyen en aval du marché en cause

185. Dans ces conditions, l'entreprise en cause exerçant son activité conformément aux règles de concurrence, seul le comportement du client en aval de la chaîne économique pourra changer cette structure peu respectueuse du développement durable<sup>332</sup> : « L'affirmation de Robert ROCHEFORT selon laquelle la survie du modèle économique et social français passe en grande partie par l'éducation est validée me semble-t-il au terme de cette analyse des rapports du patriotisme économique et du droit de la consommation.

L'éducation à la consommation permettrait en effet au citoyen de comprendre les enjeux de sa consommation. Il s'agirait d'une éducation à l'économie, au commerce international, au droit et à la publicité. Le choix du consommateur serait alors fondé sur des éléments plus objectifs. Ce choix serait-il patriote ? Ce patriotisme consumériste serait-il national ou communautaire ? Cela dépendra des offres des entreprises. Éduquer le consommateur n'est utile que dans une économie de marché, ouverte par conséquent à la libre concurrence mais la libre concurrence ne se conçoit, du moins dans notre système économique, qu'accompagnée d'une certaine régulation de l'activité économique. » Ainsi, tant que le consommateur achètera des prix au lieu de se comporter en citoyen et usager responsable, soucieux de l'origine et des conditions sociales et environnementales dans lesquelles sont réalisés les produits ou services, ce risque de domination par les coûts, certes licite, mais inique, demeurera.

Sur le plan des sanctions, il va sans dire que l'arsenal judiciaire des États-Unis apparaît nettement plus important que celui rencontré dans le droit de la concurrence de l'Union. En effet, non content d'infliger des amendes civiles pouvant dépasser la centaine de millions de dollars<sup>333</sup>, les États-Unis prévoient aussi des sanctions pénales auxquelles s'ajoutent des actions en responsabilité civile sous forme de class actions. À ce droit de la concurrence fédéral, déjà fortement comminatoire, vient généralement s'ajouter l'application « concurrente » du droit de la concurrence de l'État fédéré qui accueille le siège de l'entreprise en cause. Ce n'est pas le cas du droit de la concurrence de l'Union, où les autorités nationales de concurrence se partagent la compétence d'attribution avec la Commission de manière alternative en fonction de l'existence, ou non, d'un intérêt communautaire, respectivement. Autrement dit, si les pratiques anticoncurrentielles visées

<sup>330</sup> L'indice HHI constitue un bon indicateur du degré de concentration des marchés. Il est égal à la somme des carrés des parts de marché exprimées en % des concurrents opérant sur ce marché, la situation de monopole étant égale à  $100^2 = 10\ 000$ .

<sup>331</sup> Le prix prédateur est défini comme étant « le prix de vente unitaire d'un produit inférieur au coût variable unitaire de celui-ci », Paris, 3 novembre 1994, BOCC 9 décembre 1994.

<sup>332</sup> Extrait de la conclusion du Professeur Catherine Barreau tiré de son acte de colloque Consommateur et patriotisme économique, in VIRASSAMY Georges, *Entreprise et patriotisme économique*, l'Harmattan, 2008.

<sup>333</sup> <https://www.justice.gov/atr/sherman-act-violations-yielding-corporate-fine-10-million-or-more>.

aux actuels articles 101 et 102 TFUE<sup>334</sup> produisent leurs effets dans plus de trois États membres, alors la Commission sera mieux placée pour agir contre ces pratiques. Cette coopération témoigne en pratique d'un véritable transfert de souveraineté supranationale par le truchement de la notion d'autorité bien placée<sup>335</sup>. Ce qui n'est absolument pas le cas dans le droit antitrust des États-Unis. On peut expliquer cette différence par la divergence de conception de la concurrence de ces deux entités : "The European model continues to see competition law as an instrument in the service of the State or its institutions, and this is reflected in the fact that the administrative authorities are generally competent in the first instance, that administrative repression is prevalent and that private actions remain rare. These rules of enforcement exist in parallel with the somewhat rigid substantive rules – but which are easy to apply - generally based on the principle of prohibition/exemption... In contrast, the American model places competition within society itself: courts and private parties play the essential role, and appear to operate as veritable "private prosecutors" demanding the imposition of sanctions, notably by way of punitive damages. The rules are more flexible and allow more room for assessment on the merits; restrictive agreements are not prohibited – subject to exceptions - but assessed in the light of a rule of reason; not only abuses of dominance but all acts of monopolization are sanctioned i.e. all behaviors resulting in the creation of such position<sup>336</sup>."

186. Il est à noter que certaines entreprises anticipent probablement ce risque de sanctions et le répercutent ainsi tant dans leurs prix, majorés au détriment du consommateur, que dans leur budget, provisionné en conséquence. Dès lors, la notion de faute lucrative<sup>337</sup>, dont la sanction pourrait être enfin prévue dans le droit français de la responsabilité civile courant 2019<sup>338</sup>, prend tout son sens. À cet égard, la menace de dommages et intérêts punitifs, dépassant le principe de la réparation intégrale du droit de la responsabilité romano-germanique, peut constituer un outil judiciaire efficace de dissuasion. Cette amende civile, susceptible de se heurter à la règle *non bis in idem* si elle n'est pas suffisamment encadrée, aura toutefois un caractère doublement comminatoire pour les entreprises en cause. D'abord et simplement en raison de son montant potentiel, qui dépasserait donc très largement le principe de réparation intégrale trouvant application depuis 1804 dans le droit français de la responsabilité civile. Ensuite dans la mesure où ce type de sanction n'est ni fiscalement déductible ni encore moins assurable, contrairement aux condamnations au versement de dommages et intérêts.

## B. La régulation du comportement des États

187. Concurrément à la législation antidumping, la défense commerciale antisubvention produit certes ses effets directs sur les entreprises, mais sanctionne de manière indirecte les comportements des États qui aident ces entreprises (1), à la manière d'un droit de la concurrence mondial à construire : « Parallèlement, en éliminant les pratiques condamnables au regard du droit international, elle préserve le marché communautaire de pratiques déjà neutralisées à son niveau lorsqu'elles ont pour origine le comportement des acteurs économiques communautaires, à l'exemple des aides d'État<sup>339</sup>. » Aide d'État qui serait teintée d'un élément intentionnel dans le cadre de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union (2).

<sup>334</sup> Anciennement articles 81 et 82 TCE.

<sup>335</sup> Règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, complété par la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (2004/C 101/03).

<sup>336</sup> VOGEL Louis, *Global Competition Law*, Bruxelles, Bruylant, 2018, page 6.

<sup>337</sup> VINEY Geneviève, *Proposition de réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2009, pages 2944 s.

<sup>338</sup> DE SENNEVILLE Valérie, *La révolution tranquille de la responsabilité civile*, Les Echos, 26 septembre 2018.

<sup>339</sup> *Ibidem*, page 641.

## 1. Conditions de la régulation mondiale des aides d'État

188. Imaginer un droit de la concurrence mondial sans y intégrer la régulation des aides d'État aurait pour effet de priver les règles de concurrence d'une partie de leur substance, avec le risque de détourner l'ensemble des comportements déloyaux sur ces aides d'État. C'est en particulier la raison d'être du principe de prohibition des aides d'État à l'échelle de l'Union. Ces aides peuvent alors s'analyser, au sein du marché intérieur délimité par les frontières de l'Union, en des avantages fiscaux indus accordés par un État membre à une entreprise dans le ressort duquel elle est établie. De la même manière que cette forme de concurrence fiscale déloyale entre États membres est combattue au sein de l'Union, elle pourrait l'être tout autant à l'échelle mondiale.

En termes de qualification juridique, il y a lieu d'assimiler les aides d'État rencontrées au sein du marché mondial aux subventions telles que définies par le droit de l'OMC (a). Il sera ensuite possible de prévoir les conditions de notification de ces aides d'État par comparaison avec le droit de l'Union (b).

### a. L'assimilation des aides d'État de l'Union aux subventions de l'OMC

189. Le contrôle des aides d'État constitue une exception du droit de la concurrence de l'ordre juridique européen parmi les différents ordres juridiques du monde. Cette législation rattachée à la politique de concurrence résulte de l'objectif historique de réalisation du marché intérieur. Elle constitue le marqueur de la volonté de l'Union de museler l'intervention des États membres sur le marché intérieur. En effet, cette réglementation spécifique désormais visée aux articles 107 et 108 TFUE a été mise en œuvre dès la création des communautés européennes afin de contrarier les velléités protectionnistes des États-membres<sup>340</sup>. Le règlement 2015/1589<sup>341</sup> du 13 juillet 2015 indique les conditions d'application du contrôle de ces aides d'État. Les communications de la Commission C 262<sup>342</sup> du 19 juillet 2016 et C 4412<sup>343</sup> du 16 juillet 2018 viennent enfin préciser la notion d'aide d'État sur le plan substantiel et fixer le cadre de la procédure de contrôle en pratique de ces aides, respectivement. À l'échelle mondiale, on pourrait considérer que les aides d'État correspondent aux subventions définies dans les règles de l'OMC. Pour autant, on ne leur appliquerait pas le même régime juridique.

190. En effet, ce contrôle des aides d'État ne se ferait pas *a posteriori* mais *a priori*, par la voie d'une notification à l'instar du régime de l'Union. Le fait générateur de la notification dépendrait de deux conditions cumulatives. D'une part, la subvention devrait dépasser un certain seuil en valeur absolue, reprenant la règle rationnelle *de minimis*.

Cela pour éviter d'encombrer inutilement le guichet unique de notifications par des aides n'affectant pas de manière significative la concurrence compte tenu de leur montant. D'autre part, l'aide d'État en cause devrait être sélective, donc discriminatoire.

### b. Les conditions de notification des aides d'État à l'échelle mondiale

191. Ainsi, la subvention devrait bénéficier à une ou plusieurs entreprises voire à un secteur d'activité. Pour s'assurer de l'effectivité de telles règles, le chemin sera long et semé d'embûches. En effet, comme souvent, la question de l'asymétrie informationnelle est

<sup>340</sup> Compte-rendu n°19 de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, décembre 2014.

<sup>341</sup> Règlement (UE) 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 TFUE, JOUE, 24 septembre 2015, L248/9 s.

<sup>342</sup> Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107§1 TFUE, JOUE, 19 juillet 2016, C262/1 s.

<sup>343</sup> Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'État, C(2018)4412 final, Communication de la Commission, 16 juillet 2018.

centrale pour l'efficacité du régime. Ainsi, l'organe chargé du contrôle des notifications doit pouvoir être en mesure de vérifier l'existence de subventions versées aux entreprises par chaque État. Pour ce faire, il doit donc nécessairement exister un système transparent d'échanges de données sur la nature, le montant et les bénéficiaires des aides d'État. La coopération de chaque État à cet échange s'avère incontournable. Pour autant, de quels moyens efficaces disposons-nous pour détecter une dissimulation de subvention par les États ? Celle-ci se manifesterait donc par une absence de notification, autrement dit un fait négatif. En pareille hypothèse, serait-il opportun de proposer une procédure de clémence à l'endroit des entreprises bénéficiaires des aides d'État aux fins de révéler l'existence et le régime de ces subventions ? Cela impliquerait d'abord que les entreprises en cause encourraient le remboursement des aides perçues dans le régime habituel. Cela impliquerait ensuite que l'entreprise à l'origine de la notification de subvention au lieu et place de l'État ne risque pas de représailles de cet État indélicat. Pour ce faire, l'organe de contrôle des aides d'État devrait donc garantir, en plus de la clémence, la confidentialité des échanges avec l'entreprise pourvoyeuse d'information.

192. La question se poserait alors d'identifier le débiteur de l'arme de dissuasion pécuniaire que constitue le remboursement des aides d'État. Afin de garantir le fonctionnement du système tel que décrit ci-dessus, il importe de prévoir deux hypothèses. Dans le cas où l'État notifie les subventions octroyées, le débiteur potentiel serait l'entreprise bénéficiaire. Dans le cas où l'entreprise bénéficiaire a révélé une aide d'État qui n'avait pas fait l'objet d'une notification, alors c'est l'État en cause qui deviendrait le débiteur du remboursement de ces aides non notifiées. Dès lors, l'entreprise s'assure de ne pas risquer d'être révélée en tant que source au regard de l'État. Demeure la question d'ordre purement économique : l'entreprise a-t-elle simplement intérêt à dénoncer une aide d'État dont elle se trouve bénéficiaire et qui risque en conséquence de disparaître par suite de la procédure de clémence ? Un système encore plus avantageux pour l'entreprise source mériterait attention dans le but de lever ce dernier mais important écueil. Cette notification pourrait se faire à l'OMC, si toutefois cette organisation internationale devait survivre sous cette forme aux assauts répétés des États Unis depuis la présidence TRUMP.

## 2. L'élément intentionnel de l'aide d'État

193. Au-delà des conditions objectives de notification des aides d'État à l'échelle mondiale, on peut encore leur attacher une certaine subjectivité quant à l'intention que mettent les États dans ces aides. Cet élément intentionnel de l'aide d'État pourra dès lors servir dans l'appréciation de la justification d'une telle exception protectionniste dans les règles de concurrence mondiale.

Ainsi, il convient de distinguer entre aide d'État de protection (a) et aide d'État de promotion ou d'incitation (b).

### a. L'aide d'État de protection

194. Les institutions de l'Union sont en effet particulièrement attentives aux subventions visant à redresser voire restructurer les entreprises en difficulté. Il en fut par exemple ainsi du groupe Alstom ou, plus récemment, de la SNCM, avec des décisions toutefois radicalement opposées<sup>344</sup>. En effet, selon la logique libérale, il n'y a pas de hasard : lorsqu'une entreprise se trouve en difficulté, elle doit disparaître car elle n'est plus compétitive.

<sup>344</sup> C58/2003 ALSTOM, Conditional decision, JOCE L/150/2005, et DÉCISION DE LA COMMISSION du 20.11.2013 CONCERNANT LES AIDES D'ÉTAT n° SA 16237 (C58/2002) (ex N118/2002) mises à exécution par la France en faveur de la SNCM, Negative decision with recovery, JOCE L/357/2014.

Cette idée d'un darwinisme économique conforme à la doctrine de la politique de concurrence européenne est parfois combattue par les États-membres au nom de la sauvegarde de l'emploi<sup>345</sup> et de l'industrie à laquelle participe l'entreprise en difficulté, en particulier lorsqu'elle est de taille significative. De façon assez paradoxale, on peut observer ce phénomène d'aide d'État de protection de manière encore plus marquée dans les pays anglo-saxons, certains n'hésitant pas à nationaliser, partiellement voire totalement, leurs grandes entreprises défaillantes, confortant par là même le slogan « too big to fail ». Il en fut par exemple ainsi de General Motors, Chrysler, Fannie Mae ou Freddie Mac pour les États-Unis, et de Northern Rock ou encore Bradford & Bingley pour le Royaume-Uni, à la faveur d'une crise mondiale faisant craindre – ou de manière plus neutre envisager – l'effondrement du système capitaliste actuel. Les pays les plus protectionnistes ne sont ainsi pas ceux que l'on imagine d'emblée ni encore moins ceux qui se présentent comme tels.

#### b. Les aides d'État de promotion et d'incitation

195. L'élément intentionnel constitutif de l'aide d'État peut aussi reposer sur la volonté de promotion d'une industrie, voire d'une entreprise, selon la doctrine du champion national. Dans ce contexte, l'entité souveraine favorise l'amorçage puis le déploiement d'une activité économique considérée comme stratégique. Il en fut par exemple ainsi pour Fly Emirates, où des moyens capitalistiques considérables ont été mis en œuvre par l'État sous forme de subventions, État qui n'a pas non plus manqué de fournir l'infrastructure particulièrement coûteuse et représentative d'une barrière à l'entrée infranchissable pour les autres concurrents : l'aéroport et ses terminaux.
196. Pour autant, ces deux catégories d'élément intentionnel de l'aide d'État ne peuvent-ils finalement pas trouver à s'appliquer à la même entreprise ? Autrement dit, n'est-il pas la manifestation d'une seule et même nature d'intervention de l'État selon deux postures distinctes uniquement dans leur formulation ? La protection ne produit-elle pas *in fine* les mêmes effets que la promotion ? Même s'ils se rejoignent sur les effets régulateurs du comportement des agents économiques, le droit antitrust des États-Unis et le droit de la concurrence de l'Union diffèrent très certainement dans leur fin. Ainsi, le droit antitrust des États-Unis recherche avant tout l'expression du libre jeu de la concurrence, alors que le droit de la concurrence de l'Union recherche quant à lui la protection du bien-être du consommateur. Ainsi, les États-Unis considèrent que la protection du consommateur représente la conséquence de la mise en œuvre d'une politique concurrentielle favorable au libre jeu de la concurrence. Mais l'acceptation de la seule catégorie du consommateur par le droit de la concurrence suffit-elle à appréhender la complexité du système mondial dont nous faisons partie ? À l'évidence non. C'est la raison pour laquelle des exceptions sont prévues pour la prise en compte de domaines non économiques de l'activité humaine.

#### §2 : Les exceptions à l'application du droit de la concurrence

197. Certes, l'hypothèse du développement d'un droit de la concurrence à l'échelle mondiale repose évidemment sur le libre-échange. Toutefois, à l'instar du droit de la concurrence de l'Union ou des États-Unis, des exemptions sont prévues, ouvrant la voie à la légitimation de certains comportements qui seraient pourtant qualifiés d'anticoncurrentiels si certaines dispositions ne les excluaient pas expressément. Ces exceptions peuvent avoir pour fondement la protection d'un intérêt légitime (A), ouvrant la voie à la préservation de certains domaines réputés hors du champ d'application matériel du droit de la concurrence (B).

<sup>345</sup> Et de considérations électoralistes.

## A. La primauté de la protection d'un intérêt légitime sur le droit de la concurrence

198. L'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union pourrait échapper aux règles de concurrence dans la mesure où celle-ci serait mise en œuvre dans l'objectif de protéger un intérêt légitime. À l'instar des exceptions générales prévues à l'article XX du GATT 1994, l'exception protectionniste pourrait ainsi constituer ce que Joseph NGAMBI<sup>346</sup> qualifie de « moyen de défense affirmatif ». Pour parfaitement satisfaire cette qualification, et donc accéder à la licéité, encore faudrait-il que l'exception protectionniste résulte d'une disposition textuelle justifiant la violation d'une autre disposition textuelle (1), tout en tenant compte de la diversité des intérêts légitimes (2).

### 1. La justification de dispositions exorbitantes du droit commun

199. Justifier de l'existence de dispositions exorbitantes du droit commun au sein des règles de concurrence mondiales revient à établir une hiérarchie des normes au sein de laquelle le droit de la concurrence mondial n'occupe pas le premier rang. Cette situation révèle une justification relevant de l'ordre public économique de protection (a), qui renferme toutefois un paradoxe au regard du droit de la concurrence (b).

#### a. La justification relevant de l'ordre public économique de protection

200. Le bon sens veut que l'exception déroge au principe. Cette dérogation s'exerce selon un antagonisme à la fois déséquilibré au profit du principe et nécessaire pour garantir le fonctionnement homéostatique du système. Ce déséquilibre se trouve néanmoins atténué par le fait que l'exception produit des effets exorbitants du droit commun. Il en est par exemple ainsi du droit des entreprises en difficultés occupant le livre VI du code de commerce en droit français, ou le Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code<sup>347</sup> dans le droit fédéral des États-Unis.

201. Ce droit d'exception permet, par une décision judiciaire plaçant le débiteur entrepreneur sous la protection du Tribunal, d'échapper aux poursuites individuelles des créanciers, ces derniers se trouvant attirés à la discipline collective qui verra nombre d'entre eux, volens nolens, succomber à la remise de dette. Ainsi, par exception, ce droit spécial échappe à la règle générale de force obligatoire du contrat, annihilant le pouvoir de contrainte<sup>348</sup> lié à l'obligation et portant ainsi atteinte au patrimoine des créanciers. Comment justifier une telle exception ? Par la volonté du législateur de protéger un intérêt qu'il estime supérieur aux intérêts privés des créanciers. Par la conception et l'affirmation d'un ordre public économique de protection. Ainsi que l'écrit Patrick MORVAN, « la Cour de cassation a eu l'occasion de proclamer solennellement le caractère d'ordre public de plusieurs principes de droit privé pour évincer, comme il se doit, l'expression de volontés normatives concurrentes<sup>349</sup>. »

202. Cette notion d'ordre public, déjà présente sous Napoléon<sup>350</sup> à l'article 6 du code civil tel que prévu par la Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »,

<sup>346</sup> NGAMBI Joseph, op. cit., page 47.

<sup>347</sup> <http://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics>.

<sup>348</sup> Conception dualiste de l'obligation tirée de la doctrine allemande du 19<sup>ème</sup> siècle : « *die Schuld* », dette au sens d'obligation naturelle, et « *die Haftung* », lien d'obligation associé au pouvoir de contrainte, ici perdu par les créanciers in MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOEFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 4<sup>ème</sup> édition, Lextenso, Paris, 2009, page 738.

<sup>349</sup> MORVAN Patrick, 1999, *Le principe de droit privé*, éditions Panthéon-Assas, page 188.

<sup>350</sup> ZACHARIE Clémence, *Ordre public et affaires de famille : le rôle de la police du Consulat et de l'Empire*, *Napoleonica*, 2012/2, n°14, pages 127 à 138.

est définie par Philippe MALAURIE dès 1950 comme « l'ensemble des dispositions que les actes juridiques ne peuvent ni éluder, ni modifier », adresse l'intérêt général soucieux de défendre les valeurs fondamentales d'une société. Dès lors, l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union peut s'inférer de cet ordre public économique de protection, justifiant l'existence et l'application de mesures restrictives de concurrence.

#### b. Le paradoxe de la dérogation d'ordre public aux règles de concurrence

203. Ces restrictions peuvent être tolérées dans certains domaines jugés particulièrement sensibles ou « stratégiques ». Elles peuvent encore l'être dans la mise en œuvre de certains comportements pourtant anticoncurrentiels des opérateurs économiques. Il en est par exemple ainsi de l'article 101 §3 TFUE qui dispose :
- « Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :
- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
  - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
  - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées
- qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :
- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
  - b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »
204. On aura compris que l'exemption générale du droit de l'Union, si elle a le mérite d'exister, est particulièrement restrictive quant à ses conditions d'application. L'entente restrictive de concurrence doit ainsi passer avec succès le test du progrès économique et le test de nécessité, ce qui pose irrémédiablement des difficultés sur le terrain probatoire pour l'entreprise en cause.
205. En droit prospectif, il importe toutefois que, pour que l'exception protectionniste soit légitime, elle contienne des motifs non économiques de mise en œuvre. Ainsi, une exception protectionniste purement économique ne passerait pas le test de nécessité.

#### 2. La diversité des intérêts légitimes

206. La justification de l'exception protectionniste au sein d'un droit de la concurrence mondial qui normalement la combat renvoie enfin à l'appréciation de l'intérêt légitime à protéger. C'est en ce sens que l'on observe la désuétude de l'exemption individuelle sur notification (a). La question se pose ensuite de déterminer la teneur et l'ampleur de l'intérêt légitime permettant de justifier l'application de cette exception protectionniste (b).

##### a. La désuétude de l'exemption individuelle sur notification

207. L'intérêt de l'Union, dans son acception holistique et réconciliatrice des intérêts privés qu'il recouvre, mérite que l'on consacre quelques lignes à la diversité des intérêts légitimes susceptibles de bénéficier d'une protection matérialisée par une exemption. Il ne suffit pas que l'intérêt soit simplement légitime, à l'instar de la protection des intérêts légitimes de l'entreprise dans la cadre de la clause de non-concurrence, pour qu'il puisse bénéficier d'une exemption. Il faut encore que l'intérêt légitime qu'il est prévu de protéger se rattache à l'intérêt de l'Union, donc à l'intérêt général. Alors seulement, il est possible de restreindre des libertés fondamentales, dont la liberté de la concurrence, par l'interposition

d'une exemption. Jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2004<sup>351</sup>, il était encore possible d'obtenir une exemption individuelle sur notification à la Commission.

Ce type d'exemption était au droit de la concurrence ce que les « ruling » sont au droit fiscal : une discussion-négociation entre un nœud de contrats, donc d'intérêts privés, que représente l'entreprise en cause et l'intérêt général de l'entité souveraine.

Dès lors il ne correspondait pas à la protection d'un intérêt certes potentiellement légitime mais probablement pas rattaché à l'intérêt général de l'Union. Demeurent dans le droit positif de l'Union les exemptions individuelles sans notification préalable de l'article 101§3TFUE et les exemptions catégorielles.

#### b. La teneur et l'ampleur de l'intérêt légitime à protéger

208. Par extension, les intérêts légitimes à protéger au titre d'une exemption pourraient relever de deux catégories. D'une part, l'intérêt légitime à protéger pourrait correspondre à un domaine d'activité considéré comme stratégique et nécessitant par là même un certain contrôle souverain de l'Union. À ce titre, le traitement réservé par le droit de la concurrence de l'Union à l'agriculture est à la fois révélateur du caractère stratégique de ce domaine d'activité et de frictions de plus en plus prégnantes de l'économie de marché sur le monde agricole<sup>352</sup>. De nombreux autres domaines d'activité pourraient faire l'objet d'exemptions, soit dans le cadre d'une exception protectionniste de promotion qui présumerait la réalisation d'un progrès économique, soit dans le cadre plus exceptionnel encore d'un protectionnisme défensif d'un domaine d'activité attaqué par les pays tiers. Dans les deux cas, l'exception protectionniste serait enfermée dans un délai suffisamment court, par exemple une année prorogeable une fois, pour permettre une appréciation de l'efficacité de la mesure d'exemption et son réexamen.
209. D'autre part, l'intérêt légitime à protéger peut directement se rattacher à l'intérêt général par sa nature juridique. Il en est précisément ainsi de la commande publique dans laquelle l'entité étatique contracte avec une entreprise en vue de satisfaire un besoin relevant des services d'intérêt général.

#### B. Illustrations de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union

210. La protection d'un intérêt légitime se rattachant à l'intérêt général et supérieur de l'Union permet de justifier l'existence de dispositions textuelles prévoyant la violation d'une disposition du droit de la concurrence dans ce contexte.
- Ces exemptions pourraient relever d'un domaine purement économique, à l'instar de l'exemption des cartels d'exportateurs (1). Les exemptions pourraient tout autant se rattacher à la protection de l'environnement par application du principe de précaution (2).

##### 1. L'exemption des cartels d'exportateurs

211. Les cartels d'exportateurs<sup>353</sup> présentent cette spécificité de s'adresser à un marché extérieur aux frontières de l'État au sein duquel ils sont établis. Il en résulte, *a priori*, l'absence de perturbation du marché intérieur ce qui permet d'envisager la justification de l'exemption des cartels d'exportateurs par la théorie des effets (a). Pour autant la confrontation de deux visions de la concurrence permet de nuancer cette analyse (b).

<sup>351</sup> Règlement (CE) 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE (devenus articles 101 et 102 TFUE).

<sup>352</sup> Autorité de la concurrence, étude thématique, 2012 : Agriculture et concurrence, pages 61 s.

<sup>353</sup> BECKER Florian, *The Case of Export Cartel Exemptions: Between Competition and Protectionism*, 2007, n°3, Journal of Competition Law & Economics 97.



### a. La justification de l'exemption par la théorie des effets

212. Selon une approche concurrentielle classique fondée exclusivement sur les aspects économiques de l'activité des opérateurs, une application majeure de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union serait l'exemption des cartels d'exportateurs situés dans l'Union.

Ce type d'exemption n'est pas nouveau dans son principe<sup>354</sup> et repose sur un raisonnement par l'absurde appliqué à la théorie des effets. Ainsi, comme par définition l'exportateur n'a pas vocation à distribuer ses produits et services sur le marché intérieur mais plutôt de les essayer sur les marchés de pays tiers, alors aucun de ses comportements, anticoncurrentiels ou non, ne pourra avoir d'effets sur le marché domestique en cause. Dès lors les effets anticoncurrentiels potentiels ne se produiraient que dans le pays tiers concerné et le droit de la concurrence du pays de l'exportateur ne trouverait pas à s'appliquer. Pour autant la réalité est plus complexe et généralement l'exportateur a également une activité de vente de ses produits ou services au sein du marché intérieur, s'exposant alors à l'application du droit de la concurrence de son pays ou de l'Union si ses pratiques s'avèrent anticoncurrentielles, notamment en matière tarifaire.

213. Certains auteurs<sup>355</sup> prônant une concurrence libre et non faussée combattent le fait que les cartels d'exportateurs puissent échapper au droit de la concurrence. Ils relèvent notamment une inégalité des armes entre pays en raison de ce type d'exemption : « ...some jurisdictions affected by export cartels may not have the laws, or the resources, or the political clout to go after these cartels. Legalised export cartels can only work against such weaker nations. The exemptions are thus a means designed exclusively to exploit weak nations: it is not only a morally questionable 'beggar-thy-neighbour' policy, but even more problematically a 'beggar-thy-weaker-neighbour' policy. » La promotion d'une concurrence totale n'est-elle pas un facteur facilitant de cette inégalité des armes entre pays développés et pays les moins avancés ?

### b. La confrontation de deux visions de la concurrence

214. Autre argument avancé : le bénéfice de cette exemption affaiblirait les comportements compétitifs sur les produits et services en cause également dans leur marché intérieur, ce qui reste à prouver et la tâche en sera difficile. Enfin, l'auteur relève une contradiction entre les règles de concurrence internes et l'application d'une exemption aux cartels d'exportateurs. Cette critique révèle une différence de conception entre ce qu'il est convenu d'appeler la concurrence-fin, défendue par les partisans d'une prohibition de tous les types de cartels anticoncurrentiels, y compris les exportateurs, et la concurrence-moyen, où l'exemption des cartels d'exportateurs serait justifiée sur le fondement de la volonté de protection d'un intérêt supérieur : l'intérêt de l'Union. Ainsi que l'écrit l'Autorité de la concurrence<sup>356</sup> : « La concurrence, dont la protection est assurée à la fois par le droit interne (articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce) et par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou «TFUE» (articles 101 et suivants), ne constitue pas une fin en soi...Les règles de concurrence sont donc un instrument au service d'une finalité plus vaste, qui consiste à protéger la liberté des agents économiques et à leur donner les moyens d'être compétitifs. »

Admettre ce type d'exemption revient à admettre une inégalité de traitement entre le marché intérieur et le marché des pays tiers. Admettre ce type d'exemption revient à affirmer sa volonté souveraine de conquérir de nouveaux marchés à l'étranger par le truchement de prix bas.

<sup>354</sup> Export Trading Company Act of 1982, 15 USC §§ 4001-21.

<sup>355</sup> WAGNER (von) Papp Florian, Competition law and extraterritoriality, in EZRACHI Ariel (Dir.), *Research handbook on international competition law*, Edward Elgar, 2012, Cheltenham, UK, page 49.

<sup>356</sup> Autorité de la concurrence, étude thématique, 2012 : Agriculture et concurrence, pages 61-62.

215. Il s'agit encore d'accepter de se confronter au droit commercial multilatéral qui se trouverait probablement contrarié par cette exemption sur le terrain du dumping comme de la subvention.

## 2. L'application du principe de précaution

216. Le principe de précaution est le pendant environnemental du principe de prudence au niveau comptable : une règle de comportement tenant le plus grand compte de la probabilité de survenance d'un événement défavorable à la lumière d'éléments probants. Reste à déterminer la valeur normative du principe de précaution (a), autrement dit sa place dans la hiérarchie des normes. L'analyse de ce positionnement révélera toutefois l'insuffisance du principe de précaution pour fonder une exception protectionniste (b).

### a. La valeur normative du principe de précaution

217. En premier lieu, le principe de précaution est absent du droit de l'OMC : « les obligations au titre de l'accord de l'OMC sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ne reconnaissent pas le droit des États à adopter des règlements en se fondant sur le principe de précaution. » C'est la raison pour laquelle la commission du développement du Parlement européen « exhorte l'Union et ses États membres à défendre la pleine reconnaissance de ce principe dans les obligations de l'OMC<sup>357</sup>. » En second lieu, selon une approche concurrentielle intégrative des questions de développement durable, la question de l'application du principe de précaution en tant qu'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union se révèle particulièrement prégnante. À tel point que la communication de la Commission<sup>358</sup> sur le recours au principe de précaution y fait une référence explicite parmi ses quatre objectifs : « éviter tout recours injustifié au principe de précaution en tant que forme déguisée de protectionnisme. » On peut regretter que le principe de précaution n'ait pas, en juin 2016, véritablement accédé à la vie juridique dans le droit de l'Union. Seule une référence textuelle existe à l'article 191 §2 TFUE : « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. »

À titre de comparaison, il en est tout autrement en droit français, puisque le principe de précaution se hisse au niveau constitutionnel, au visa de l'article 5 de la charte de l'environnement de 2004 : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. »

Ainsi, alors que l'objet protectionniste est répudié, l'effet protectionniste de l'application du principe de précaution peut être toléré.

<sup>357</sup> LANGE Bernd, RUBIG Paul, op. cit., page 16.

<sup>358</sup> COM (2000) 1 final, page 2.

## b. L'insuffisance du principe de précaution

218. À cet égard, la proposition de la Commission<sup>359</sup> de reprendre la commercialisation du glyphosate apparaît critiquable pour plusieurs raisons. Sur le fond d'abord, cette proposition ne reflète pas le consensus ou plutôt l'absence de consensus scientifique sur la question, qui aurait dû conduire, en application du principe de précaution, au retrait de ce composant chimique de l'Union.

Or c'est précisément l'inverse qui était tenté par la Commission, celle-ci ayant initialement projeté d'autoriser le glyphosate pour quinze années... Sur la procédure ensuite, l'obstination voire l'empressement de la Commission dans la recherche d'un vote favorable du Conseil, avec des propositions sans cesse plus modestes pour tenter d'atteindre la majorité qualifiée<sup>360</sup>, témoigne d'une volonté de passage en force peu représentative d'un gouvernement soucieux de l'intérêt général. Surtout, sur le plan symbolique, cette proposition insistante renvoie au citoyen européen un message particulièrement négatif de la Commission selon lequel les considérations économiques priment, entre autres, la protection de la santé et de la sécurité des personnes, en particulier des femmes enceintes. Comment, dans ces conditions, est-il possible de rétablir, voire de simplement établir une quelconque confiance entre les institutions et les citoyens de l'Union ?

219. De telles initiatives ne sont guère encourageantes dans la perspective d'une Union souveraine soucieuse de protéger ses citoyens européens. La proposition de la Commission se trouve avoir épuisé toutes les tentatives auprès du Conseil sans être parvenue à obtenir la majorité qualifiée, y compris pour une autorisation temporaire de 12 à 18 mois le temps d'obtenir la publication du rapport de l'Agence européenne des produits chimiques. Dès lors, le glyphosate devrait être interdit à compter du 30 juin 2016 sur l'ensemble du territoire de l'Union par expiration de son autorisation de mise sur le marché. Sauf à ce que, comme on peut le craindre, la Commission maintienne l'autorisation d'autorité pour cause de Brexit, qui devrait dès lors constituer un argument fallacieux pour de nombreux sujets sensibles...

---

<sup>359</sup> Voir l'article électronique du Monde daté de la matinale du 2 juin 2016, *Bruxelles propose un sursis de dix-huit mois pour le Roundup*. Mais aussi, l'article de la France agricole du 20 juin 2016, *Glyphosate et Tallowamines, 132 produits retirés du marché*.

<sup>360</sup> L'article 16§4 TUE prévoit une double majorité de 55% des États (15 *a minima* en l'état actuel de l'Union) et 65% de la population, mais aussi une minorité de blocage corrélative obtenu dès 4 États membres. Cette minorité de blocage a parfaitement joué son rôle dans l'affaire du glyphosate.

220. Pour conclure cette section, l'hypothèse du remplacement de la défense commerciale antidumping et antisubvention par un droit de la concurrence mondial à construire semble séduisante. Il s'agirait d'intégrer la régulation des comportements déloyaux des entreprises, sanctionnés par la législation antidumping, mais aussi des États, indirectement sanctionnés par la législation antisubvention, au niveau international par le truchement du droit antitrust comprenant les ententes prohibées et les abus de domination. Pour autant, malgré les traits partagés entre régime antidumping, antisubvention et droit de la concurrence<sup>361</sup>, force est de constater que les deux dispositifs ne concourent pas aux mêmes fins. La pratique des exemptions qui seraient alors des exceptions prises dans l'intérêt de l'Union peut-elle concilier ces divergences d'approche ? Cela nécessiterait une extension du champ d'application du droit de la concurrence au-delà des seuls aspects économiques, et surtout la confrontation victorieuse d'une concurrence-moyen sur une concurrence-fin à l'échelle mondiale, de surcroît intégrative de la protection de l'intérêt général qui ne se situerait pas exclusivement dans le progrès économique...En conséquence, bien que séduisante, cette hypothèse s'avère peu réaliste.

---

<sup>361</sup> REYMOND Damien, *Action antidumping et droit de la concurrence dans l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2014.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

221. Ce chapitre, au-delà de l'opportunité d'une défense commerciale commune énergique, adresse la question de l'efficacité du droit de l'Union contre les pratiques commerciales déloyales internationales. En effet, l'influence dirimante du droit commercial multilatéral sur les régimes antidumping et antisubvention ampute l'Union de l'affirmation de sa souveraineté économique par des dispositifs juridiques autonomes de protection de son intérêt, à l'instar de ce que pourrait représenter une section 301 « à l'européenne ». Pire, l'intérêt de l'Union se trouve cantonné à la somme des intérêts privés des parties prenantes à la situation de dumping ou de subvention, ignorant les aspects non économiques que commande l'intérêt général. Cet intérêt de l'Union doit pouvoir s'élever au même rang que les valeurs à protéger affirmées avec force au visa de l'article 2 TUE. Pour ce faire, il ne doit plus figurer comme condition supplémentaire d'un régime antidumping ou antisubvention prisonnier d'un droit de l'OMC qui périlite. L'intérêt de l'Union est consubstantiel à toute mesure de défense commerciale, et légitime par là même la prise de mesures d'exception à effet protectionniste en réponse proportionnée aux offensives protectionnistes majeures mises en œuvre par les partenaires principaux de l'Union, au premier rang desquels les États-Unis et la Chine.

## CONCLUSION DU TITRE I

222. Le présent titre a permis de présenter, outre une critique des régimes antidumping et antisubvention actuels, deux voies d'amélioration de la protection juridique de l'Union contre la déloyauté commerciale internationale dans le sens d'un renforcement de l'affirmation de la possibilité d'une exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union. Plutôt que de solutions immédiatement opératoires sur le terrain d'un droit de la concurrence à l'échelle mondiale ou de la refonte du régime actuel antidumping ou antisubvention, il en est ressorti un questionnement supplémentaire. Est-il ainsi possible d'élaborer une protection juridique complète contre la déloyauté commerciale internationale ? L'hypothèse du caractère prophylactique de telles législations a été exclue, la fonction régulatrice a en revanche été retenue. Reste le caractère potentiellement sanctionnateur qui pourrait résulter de deux hypothèses. D'une part, modifier les régimes actuels antidumping et antisubvention en prévoyant par exemple une section 301 « à l'européenne » implique un changement radical de politique économique mais aussi de renoncer à sa posture légaliste. D'autre part, rechercher la mise en œuvre d'un droit de la concurrence à l'échelle mondiale nécessite le choix d'un modèle d'application unique du droit de la concurrence. Sans oublier l'adhésion hypothétique de tous les pays à ces règles de concurrence selon un mode multilatéraliste dont on a vu les limites voire le caractère moribond en matière commerciale. Bref, le chemin est trop long pour que la démarche soit achevée. À moins que le « Brexit » ne vienne renverser les certitudes et soit le moment propice à la construction d'une Union protectrice de son intérêt ? L'équilibre politique de l'Union est si fragile qu'il est difficile d'imaginer une trajectoire solide en ce sens. Pour autant, l'exception protectionniste à l'échelle de l'Union a pu se manifester en 2018 de manière plus large par la voie de l'activation de sa clause de sauvegarde.

## TITRE II : LA CONCILIATION DU REGIME DE SAUVEGARDE AVEC LES LIBERTES DE CIRCULATION

223. Après avoir étudié l'exception protectionniste en tant que moyen de défense contre les pratiques commerciales déloyales, il importe de démontrer que les manifestations juridiques du protectionnisme trouvent également à s'appliquer par le truchement des mesures de sauvegarde. L'étymologie<sup>362</sup> du terme sauvegarde résulte de la combinaison de deux mots dérivés des termes « sauf » et « garde ». Ainsi, la sauvegarde répond au double objectif d'éviter la disparition pure et simple mais aussi de concourir à la conservation de l'élément en cause. Émerge ainsi l'idée de protection en dernier recours. Sur le plan juridique, le terme de sauvegarde ne trahit pas ce double objectif protecteur au dernier degré. Son sens y est toutefois complété par d'autres notions qui contribuent au contenu des régimes variés de sauvegarde que l'on peut trouver dans le droit positif. En droit français, il en est par exemple ainsi du plan de sauvegarde de l'emploi<sup>363</sup> en matière sociale ou de la procédure de sauvegarde<sup>364</sup> dans le droit des entreprises en difficulté. Toutefois, ces régimes juridiques de sauvegarde, bien que protecteurs de certains intérêts particuliers, tels celui des salariés ou du débiteur, respectivement, ne constituent pas des exceptions protectionnistes dans la mesure où ils n'entravent pas les échanges économiques entre États membres, ni encore moins le commerce international. Or seules les mesures ou les clauses de sauvegarde susceptibles de produire des effets protectionnistes à l'échelle de l'Union présentent un intérêt pour cette étude. C'est la raison pour laquelle le champ de recherche s'est concentré sur le droit de l'Union ainsi que sur le droit commercial multilatéral. Au sein de ce corpus de régimes de sauvegarde disséminés dans les traités, les règlements et les directives, la question se pose de savoir s'il est possible de dégager un certain nombre de traits essentiels de la sauvegarde susceptibles de constituer une manifestation juridique ou fiscale du protectionnisme. À cet égard, l'attention sera particulièrement portée sur le contentieux du droit du marché intérieur, révélateur de la tolérance, ou non, du juge de l'Union face à des mesures de sauvegarde restrictives des libertés de circulation, de même que sur le mécanisme de règlement des différends relatif à l'accord sur les sauvegardes en droit commercial international. Sur le plan téléologique, la question se pose ainsi de la compatibilité entre les mesures de sauvegarde, d'une part, et le droit du marché intérieur et du commerce international, d'autre part, alors que, paradoxalement, chaque corpus de règles intègre la sauvegarde en son sein. Est-il seulement possible de les concilier en l'état du droit positif ? Une réponse affirmative à cette question mérite deux nuances.

La première nuance concerne le sens, la raison d'être des mesures de sauvegarde telles que leur existence et leur mise en œuvre sont prévues par les clauses de sauvegarde, dont on peut considérer qu'elles ont leur place dans le droit de l'Union essentiellement à raison de l'antagonisme nécessaire qu'elles représentent dans le cadre de l'intégration négative du marché (**Chapitre I**). La seconde nuance réside dans le fait que, en l'état actuel de la pratique parcimonieuse des mesures de sauvegarde par l'Union, il conviendrait de les réhabiliter dans leur nature profonde : celle d'un référé économique d'utilité publique (**Chapitre II**).

---

<sup>362</sup> Selon le dictionnaire Littré, <https://www.littre.org/definition/sauvegarde>.

<sup>363</sup> Articles L1333-61 à L1233-64, D.1233-14 à D1233-14-4 du code du travail.

<sup>364</sup> Articles L620 s. et R621-1 s. du code de commerce.

## CHAPITRE I : LA CLAUSE DE SAUVEGARDE, ANTAGONISME NECESSAIRE A L'INTEGRATION NEGATIVE DU MARCHE

224. Les clauses de sauvegarde sont prévues dans le droit dérivé de l'Union à la fois pour les flux entrants et pour les flux sortants de marchandises. Ainsi, la clause de sauvegarde est contenue dans le règlement (UE) n°2015/478<sup>365</sup> du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux importations (RCAI) abrogeant le règlement (CE) n°260/2009. On retrouve également la clause de sauvegarde dans le règlement (UE) n°2015/479<sup>366</sup> relatif au régime commun applicable aux exportations (RCAE). Dans les deux cas, la mise en application de la clause de sauvegarde prend la forme de droits de douane supplémentaires ou de contingents, c'est-à-dire de restrictions quantitatives. Ces clauses prévoient donc expressément une entrave à la libre circulation des marchandises. Pour autant, le RCAI ne manque pas de rappeler, dès son article 1<sup>er</sup>, que, s'agissant de l'importation de produits issus de pays tiers, le principe reste celui de la libre importation des marchandises. Il en va de même pour le RCAE, où le principe fondamental de libre exportation des marchandises est également exprimé dès l'article 1<sup>er</sup>. Autrement dit, la prohibition de toute restriction quantitative est affirmée avec force en liminaire de ces règlements. Ces rappels issus du droit commercial multilatéral prônant l'achèvement d'un marché mondial dénué de toute entrave fait largement écho à l'objectif d'achèvement du marché intérieur au sein de l'Union. À ce titre, l'article 1<sup>er</sup> § 2 du RCAI combiné à l'article 1<sup>er</sup> du RCAE pour la politique commerciale commune sont l'exact reflet de l'article 34 TFUE pour le marché intérieur.
225. On en déduit par conséquent que l'activation éventuelle de la clause de sauvegarde ne peut résulter que d'une dérogation, temporaire, au principe d'intégration négative du marché, intérieur ou mondial. Il en résulte une aporie manifeste entre ces clauses de sauvegarde et le droit du marché intérieur mais aussi le droit commercial multilatéral. Il est toutefois frappant que de nombreuses clauses de sauvegarde, entendues comme instruments législatifs ouvrant la faculté de prévoir et de mettre en œuvre des mesures de sauvegarde, soient, malgré cette prohibition des libertés de circulation, disséminées dans le droit primaire comme dérivé de l'Union. Face au constat d'un tel paradoxe, la présente étude tend à établir que la clause de sauvegarde constitue une manifestation juridique antagoniste nécessaire à la prohibition *per se* des libertés de circulation, à la manière des deux muscles de la cuisse dont le fléchisseur est le complément nécessaire du muscle extenseur, lesquels contribuent chacun pour leur part à la stabilité de l'ensemble. Pour autant, cet antagonisme se caractérise par un déséquilibre largement défavorable à la clause de sauvegarde. On relèvera ainsi que l'insertion de la clause de sauvegarde dans le droit positif ne peut se produire que par voie d'exception à la libéralisation (**Section 1**). Au-delà de l'exception à laquelle est circonscrite la clause de sauvegarde, celle-ci se trouve encore limitée sur le plan de son effectivité par deux obstacles juridiques supplémentaires : le test de nécessité et l'exigence de concessions (**Section 2**).

---

<sup>365</sup> JOUE du 27 mars 2015, L83/16, complété par le règlement (UE) 2015/755365 du 29 avril 2015 concernant exclusivement l'Azerbaïdjan, la Biélorussie, la Corée du Nord, le Kazakhstan, l'Ouzbékistan et le Turkménistan, abrogeant les règlements (CE) n°427/2003 et (CE) n°625/2009.

<sup>366</sup> JOUE du 27 mars 2015, L83/34.



## Section 1 : L'insertion de la clause de sauvegarde par voie d'exception à la libéralisation

226. La genèse de la théorie de la sauvegarde<sup>367</sup> informe utilement sur sa finalité. Au sens économique, il s'est toujours agi d'assurer la protection d'une industrie exposée, par le jeu de la libéralisation des échanges<sup>368</sup>, aux vellétés de conquête économique des exportateurs issus de pays tiers. Cette protection est à géométrie variable, fonction de la période de développement ou au contraire de difficultés économiques que rencontre l'industrie en cause. Avant l'instauration de règles commerciales multilatérales, la théorie de la sauvegarde était déjà usitée dans les accords bilatéraux et trouve son origine<sup>369</sup> dans le décret<sup>370</sup> du président Harry TRUMAN signé le 25 février 1947. La structure comme le contenu de ce décret ont ensuite largement inspiré la rédaction de l'article XIX du GATT de 1947 consacré aux mesures de sauvegarde dans le droit commercial multilatéral. À l'issue de l'Uruguay Round devait ensuite émerger la spécification des exigences multilatérales en la matière par la voie de l'accord sur les sauvegardes. Cette coexistence de la clause de sauvegarde dans le droit conventionnel bilatéral et dans le droit commercial multilatéral a fait émerger une diversité de clauses de sauvegarde qui peuvent différer tant dans le style que dans le contenu et la finalité. Toutefois, pour l'immense majorité des États, en tant que membres de l'OMC, en ce comprise l'Union européenne, la référence en matière de sauvegarde réside dans l'article XIX du GATT complété par l'accord sur les sauvegardes. Ainsi que pouvait l'écrire Christian TALGORN dès 1979 avec une acuité intacte : « Dans un régime de libéralisation des échanges, les mesures de sauvegarde ont pour effet de contrecarrer les incidences de cette politique en fonction des situations exceptionnelles<sup>371</sup>. » On comprend dès lors la constance de l'analyse selon laquelle les relations commerciales européennes, internes comme externes, qu'elles soient le fait de neuf (en 1979) ou de vingt-huit États membres en 2018, sont en principe fondées sur la libéralisation des échanges, impliquant la suppression progressive de toute restriction au commerce. La contrepartie juridique de cette intégration négative du marché intérieur par la voie du droit de l'Union, et du marché mondial par la voie du droit commercial multilatéral, devait résider dans la prévision textuelle d'une exception au principe : la clause de sauvegarde, par nature protectionniste. La clause de sauvegarde constitue ainsi le pendant juridique de l'intégration négative<sup>372</sup> du marché (§1). En outre, la compatibilité de la clause de sauvegarde avec la protection de l'ordre public économique de l'Union doit être éprouvée (§2).

<sup>367</sup> Car il existe des clauses de sauvegarde dans de nombreux domaines : en matière d'harmonisation de la législation des États membres, voir art. 114§10 TFUE ; déclinaison en matière environnementale, voir art. 191 TFUE ; en matière de santé et de sécurité au travail, Voir art. L4314-1 et R4314-1 s. C.trav.

<sup>368</sup> Quel paradoxe : la mondialisation a pour objet la libéralisation des échanges permettant l'accès aux marchés de pays tiers. Pour autant, dès lors que les effets de la mondialisation se feraient sentir dans le marché intérieur, il serait permis de s'y opposer par le jeu de la clause de sauvegarde !

<sup>369</sup> LEE Yong-Shik, *Safeguard measures in world trade*, Elgar Online, 2013, page 228.

<sup>370</sup> Executive Order 9832—Prescribing Procedures for the Administration of the Reciprocal Trade Agreements Program, 25<sup>th</sup> February 1947 : “if, as a result of unforeseen developments and of the concession granted by the United States on any article in the trade agreement, such article is being imported in such increased quantities and under such conditions as to cause, or threaten, serious injury to domestic producers of like or similar articles, the United States shall be free to withdraw the concession, in whole or in part, or to modify it, to the extent and for such time as may be necessary to prevent such injury.”

<sup>371</sup> TALGORN Christian, *Les mesures de sauvegarde de la Communauté économique européenne dans ses relations avec les États tiers*, 1979, Thèse de doctorat, droit, Université de Rennes, page 37.

<sup>372</sup> Pour une analyse comparée, voir JEANNE Aimée, *L'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Université de Paris Panthéon-Sorbonne, 2013, 627 pages.

§1 : La clause de sauvegarde, pendant juridique de l'intégration négative du marché

227. La clause de sauvegarde est, par sa nature même, une restriction affirmée au commerce. Dès lors elle agit par antagonisme avec l'intégration négative du marché. En considération de ce qui précède, comment expliquer la présence d'une telle clause dans le droit de l'OMC, le droit de l'Union et les ALE entre l'Union et ses États tiers partenaires ? Ce questionnement émerge à la lumière de l'apparente incohérence, voire même la contradiction entre libéralisme économique au fondement du droit de l'OMC comme du droit de l'Union, d'un côté, et exception protectionniste manifestée par la clause de sauvegarde, de l'autre.

L'analyse des différentes clauses de sauvegarde du droit de l'Union permet de les considérer comme la contrepartie nécessaire du déploiement du marché intérieur (**A**). En outre, l'inclusion d'une clause de sauvegarde dans un corpus normatif basé sur le libre-échange peut constituer un marqueur de souveraineté économique (**B**) de l'entité qui peut s'en prévaloir.

#### A. La contrepartie du déploiement du marché intérieur

228. Dans l'ordre interne de l'Union, l'effort maximal de libéralisation des échanges demandé aux États membres, qui représente une autolimitation de leur souveraineté économique, devait s'accompagner en contrepartie, pour pouvoir être accepté par les États fondateurs comme par les nouveaux adhérents<sup>373</sup>, d'une clause de réserve de souveraineté antagoniste susceptible de contrarier les libertés de circulation. Il en fut ainsi dès la genèse de la CEE à l'occasion de la négociation, de la conclusion puis de l'entrée en vigueur du Traité de Rome à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1958. Au sein de cet accord dont la nature économique libérale s'inscrivait tout autant comme un moteur du progrès économique et social de l'Europe de l'Ouest que comme le rempart idéologique et politique à l'URSS et ses satellites, on pouvait distinguer deux grandes catégories de clause de sauvegarde en fonction de leur durabilité dans le droit primaire. Ainsi, alors que certaines clauses de sauvegarde économique générale présentaient un caractère transitoire (**1**), les clauses de sauvegarde de la balance des paiements devaient s'inscrire de manière pérenne dans le droit primaire (**2**).

##### 1. Les clauses de sauvegarde économique générale

229. L'incompatibilité intrinsèque des clauses de sauvegarde économique générale avec l'achèvement du marché intérieur de l'Union les condamnait nécessairement dans le temps. Dans ce contexte de libéralisation du marché entre États membres, cette clause de sauvegarde économique générale ne pouvait donc être tolérée qu'à titre d'exception transitoire (**a**). Son retrait est donc concomitant de la disparition d'une exception protectionniste entre États membres (**b**).

##### a. La tolérance de la clause de sauvegarde économique générale à titre d'exception transitoire

230. À l'instar des mesures de sauvegarde elles-mêmes, la première catégorie de clauses de sauvegarde que l'on peut trouver dans le droit primaire présente un caractère transitoire. Il s'agissait en effet, par l'insertion de telles clauses de sauvegarde, de ménager la souveraineté économique de chaque État membre, qui demeurait avant tout un État nation, dans le processus de libéralisation des échanges.

<sup>373</sup> Notamment en raison de considérations de politique intérieure.

Il en fut d'abord ainsi dans le traité de Rome où certaines clauses de sauvegarde n'avaient pas vocation à durer au-delà de la période nécessaire à la mise en place tant du tarif douanier commun aux frontières de la CEE que du marché commun alors composé de six États membres. À cet égard, le titre I des fondements de la CEE consacré à la libre circulation des marchandises prévoyait dans son chapitre 2 portant sur l'élimination des restrictions quantitatives, précisément au visa de l'article 37 §3, la possibilité pour chaque État membre de recourir à des mesures de sauvegarde en matière de transition libérale des monopoles d'État à caractère commercial. Le même caractère transitoire de la clause de sauvegarde est affirmé au visa de l'article 226 du traité de Rome qui prévoyait ce qu'il est convenu d'appeler une clause de sauvegarde économique générale au profit de chaque État membre. Les conditions d'activation d'une telle clause de sauvegarde, au-delà de son caractère facultatif, étaient particulièrement strictes. Ce régime restrictif s'explique aisément par le fait que cette clause permet de déroger au droit primaire, et notamment aux libertés de circulation. Autrement dit, la clause de sauvegarde économique générale contrarie par essence l'intégration négative du marché commun qui impose l'interdiction de toute restriction aux échanges. C'est la raison pour laquelle, outre le degré de gravité élevé exigé quant aux difficultés économiques rencontrées sur le secteur en cause, la mesure envisagée devait notamment s'avérer nécessaire et affecter le moins possible le fonctionnement du marché commun. L'objectif affiché de l'activation potentielle d'une telle clause de sauvegarde résidait dans l'adaptation du secteur en crise à l'économie du marché commun.

#### b. Le marqueur de la disparition d'une exception protectionniste entre États membres

231. Cette réserve de compétence économique prévue *ab initio* dans la construction européenne s'est ensuite retrouvée à l'occasion de chaque élargissement au profit des nouveaux États membres. Une clause de réserve économique générale était ainsi prévue dans chaque nouvel acte d'adhésion<sup>374</sup>, dont on peut retrouver une formulation similaire pour ce qui concerne la Bulgarie et la Roumanie au visa de l'article 36<sup>375</sup>, d'une part, et la Croatie<sup>376</sup> au visa de l'article 37<sup>377</sup>, d'autre part, qui correspondent aux sixième<sup>378</sup> et septième<sup>379</sup> élargissements de l'Union européenne. À l'instar de la clause de sauvegarde économique originaire de l'article 226 du traité de Rome, la durée de vie juridique de cette clause de sauvegarde est limitée dans le temps mais de manière plus précise : trois ans à compter de la date d'adhésion du nouvel État membre. On retrouve également les conditions d'activation de la clause de l'article 226 du traité de Rome, avec toutefois l'ajout d'une condition de réciprocité : « Un État membre actuel peut demander à être autorisé à adopter des mesures de sauvegarde à l'égard » du nouvel adhérent. Cette réciprocité est le pendant de l'égalité de droit d'activation de la clause de sauvegarde qui existait pour chaque État membre fondateur au visa de l'article 226 du traité de Rome.
232. La clause de sauvegarde économique transitoire constitue ainsi le corollaire juridique du passage d'une situation de protection concurrentielle assurée par l'État nation à une situation d'exposition concurrentielle assumée par l'État membre. Elle constitue le marqueur juridique de la disparition de l'exception protectionniste entre États membres.

<sup>374</sup> COUTRON Laurent, *JurisClasseur Europe Traité Fasc.115*, rub. 103 s.

<sup>375</sup> JOUE, L157/216, 21 juin 2005, acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne.

<sup>376</sup> À compter du 1<sup>er</sup> juillet 2013.

<sup>377</sup> JOUE, L112/31, 24 avril 2012, acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Croatie et aux adaptations du traité sur l'Union européenne, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique.

<sup>378</sup> À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007.

<sup>379</sup> Et très probablement dernier...avant le rétrécissement prévisible en raison du Brexit.

Ceci de manière parfaitement cohérente avec l'exigence de réalisation du marché intérieur. Pour autant, certaines clauses de sauvegarde entre États membres ont bénéficié d'une pérennité juridique nettement plus importante.

## 2. Les clauses de sauvegarde de la balance des paiements

**233.** La balance des paiements<sup>380</sup> d'un État membre comporte l'ensemble des flux entrants et sortants, économiques et financiers, qui se rapportent à l'activité de cet État. En conséquence, la survenance d'une crise de la balance des paiements d'un État membre peut créer un déséquilibre économique majeur susceptible de se propager par ricochet à l'Union dans son ensemble. C'est la raison pour laquelle, en l'absence de transfert de compétence économique des États membres à l'Union, les clauses de sauvegarde de la balance des paiements prévues dans le droit de l'Union présentent un caractère permanent lié à l'impératif de protection de l'ordre public économique de l'Union **(a)**. Pour autant, ce maintien dans le droit de l'Union n'empêche pas en pratique de constater l'absence de recours à une telle clause de sauvegarde à laquelle le concours mutuel est préféré **(b)**.

### a. La permanence de la clause de sauvegarde aux fins de protection de l'ordre public économique de l'Union

**234.** À la différence des clauses de sauvegarde de transition, la seconde catégorie de clauses de sauvegarde présente un caractère permanent dans le droit primaire de l'Union. Ainsi, le titre II de la troisième partie du traité de Rome consacré à la politique économique prévoyait déjà, au visa des articles 108 et 109, un mécanisme de sauvegarde en cas de crise de la balance des paiements<sup>381</sup> d'un État membre de la Communauté économique européenne. Au sein de l'Union, cette prévision d'une clause de sauvegarde pour motif économique se distingue entre les dix-neuf États membres ayant adopté l'euro comme monnaie unique et les neuf autres. Ainsi, la clause de sauvegarde économique est prévue au visa de l'article 66 TFUE en réponse à une crise de l'union économique et monétaire<sup>382</sup>. En complément, l'article 143 §3 TFUE prévoit le recours ultime<sup>383</sup> à des mesures de sauvegarde en cas de crise de la balance des paiements d'un État membre utilisant une autre devise que l'euro comme monnaie de fonctionnement. Les deux clauses se complètent donc sur le plan géographique pour satisfaire un objectif commun : garantir le maintien de l'ordre public économique de l'Union dans son ensemble. Le domaine de ces clauses de sauvegarde économique est d'autant plus large que leurs conditions d'application sont strictes, à tel point qu'aucune d'elle n'a été activée à ce jour.

**235.** La clause de sauvegarde originaire en cas de crise de la balance des paiements prévue au visa des articles 108 et 109 du traité de Rome se retrouve donc actuellement aux articles

<sup>380</sup> Selon l'INSEE, « la balance des paiements est un état statistique qui retrace sous une forme comptable l'ensemble des flux d'actifs réels, financiers et monétaires entre les résidents d'une économie et les non-résidents au cours d'une période déterminée.

Les flux économiques et financiers à l'origine de ces opérations sont répartis en distinguant le compte des transactions courantes (échanges de biens, de services, de revenus et de transferts courants), le compte de capital (transferts en capital) et le compte financier (investissements directs ou de portefeuille).

Pour la France, elle est élaborée par la Banque de France, par délégation de la DGTPE. »

<sup>381</sup> Pour une caractérisation de la crise de la balance des paiements et ses remèdes, voir Document conceptuel sur les sauvegardes concernant la balance des paiements, Communication de la Communauté européenne et de ses États membres, WT/WGTI/W/153, 28 novembre 2002, page 2.

<sup>382</sup> BLIN Olivier, *Capitaux*, Répertoire de droit européen, Dalloz, Octobre 2016, rub. 75 s.

<sup>383</sup> Après avoir envisagé les moyens conformes au droit primaire art. 143§1 TFUE, puis le concours mutuel accordé par le Conseil demeuré infructueux, art.143 §2 TFUE.

143 et 144 TFUE en des termes quasiment identiques<sup>384</sup>. On observe en premier lieu que l'activation de la clause de sauvegarde constitue bien une voie d'exception pour l'État membre en cause, au visa de l'article 143 §3 TFUE : « Si le concours mutuel recommandé par la Commission n'a pas été accordé par le Conseil ou si le concours mutuel accordé et les mesures prises sont insuffisants, la Commission autorise l'État membre faisant l'objet d'une dérogation, qui est en difficulté, à prendre les mesures de sauvegarde dont elle définit les conditions et modalités. » Ce n'est donc qu'après épuisement de tous les autres moyens prévus par les traités que l'État membre peut se voir autorisé par la Commission à prendre des mesures de sauvegarde dérogatoires. L'article 143 §3 TFUE d'ajouter prudemment dans son dernier alinéa que « Cette autorisation peut être révoquée et ces conditions et modalités modifiées par le Conseil. » Prévoyant ensuite une certaine gradation dans la gravité de la crise, l'article 144§1 TFUE offre la possibilité, pour l'État membre faisant l'objet d'une dérogation, de prendre des mesures de sauvegarde à titre conservatoire. Cette faculté de recourir à la sauvegarde avec immédiateté est toutefois conditionnée à la soudaineté de la crise de la balance des paiements que l'État membre rencontre.

b. L'absence d'activation de la clause de sauvegarde en concurrence avec le concours mutuel

236. Est-ce à dire que l'exception protectionniste entre États membres demeure par le truchement de cette clause de sauvegarde ? Sur le plan textuel, il n'est pas contestable que cette clause existe et même perdure dans le droit primaire. En théorie, la clause de sauvegarde liée à une crise de la balance des paiements d'un État membre peut donc trouver à s'appliquer. Toutefois, en pratique, force est de constater l'absence d'activation de cette clause. La cause de cette apathie réside essentiellement dans la séquence chronologique et la priorisation des actions prévues au visa de l'article 143 TFUE. La clause de sauvegarde ne figurant qu'en dernier recours, d'autres mécanismes régulateurs lui sont préférés, en particulier le « concours mutuel » visé à l'article 143 §1 et §2 TFUE. Les contours de ce concours mutuel sont détaillés par le règlement (CE) n° 332/2002 du Conseil du 18 février 2002 établissant un mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances des paiements des États membres<sup>385</sup>. La clause de sauvegarde y est évoquée implicitement au visa de son article 4 : « En cas d'introduction ou de rétablissement de restrictions aux mouvements de capitaux en application de l'article 120 du traité [actuel article 144 TFUE], pendant la durée du soutien financier, les conditions et les modalités de celui-ci sont réexaminées conformément à l'article 119 du traité. » Pour autant, ainsi que l'indique le rapport de la Commission sur les activités d'emprunt et de prêt<sup>386</sup>, l'article 143 est certes activé mais uniquement à raison du mécanisme de concours mutuel. On pourrait enfin se demander si une telle clause de sauvegarde de la balance des paiements ne poserait pas un problème de discrimination dans son activation en fonction de ce que l'État membre en cause aurait, ou non, adopté l'euro comme monnaie de fonctionnement.
237. La présence provisoire ou permanente de la clause de sauvegarde au sein de l'Union s'explique essentiellement par l'exigence formelle<sup>387</sup> des États membres de prévoir une clause d'exemption aux libertés de circulation en contrepartie de leur consentement à limiter leur souveraineté économique au profit de la réalisation du marché intérieur. Ce qui permet de conclure à l'innocuité de la clause de sauvegarde au sein de l'Union à l'égard de l'intégration négative du marché.

<sup>384</sup> À l'exception du paragraphe lié à la période transitoire devenu sans objet dans le TFUE, et du comité monétaire remplacé par le comité économique et financier.

<sup>385</sup> JOUE n° L 053 du 23/02/2002 pages 1 à 3.

<sup>386</sup> RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL SUR LES ACTIVITÉS D'EMPRUNT ET DE PRÊT DE L'UNION EUROPÉENNE EN 2015, COM (2016) 387 final, page 4.

<sup>387</sup> De style.

## B. La marque de souveraineté économique de l'Union sur la scène internationale

238. L'intégration négative du marché intérieur, simplement perturbée par la présence textuelle de la clause de sauvegarde dans le droit primaire, se fait l'écho de l'intégration négative du marché mondial organisée par le droit commercial multilatéral. La question se pose alors de savoir si, dans ses relations extérieures, l'Union se trouverait dans la même difficulté que ses États membres au plan intérieur pour exiger une réserve de compétence économique par le truchement de la clause de sauvegarde.

En particulier, l'existence de clauses de sauvegarde au bénéfice de l'Union dans le respect du droit du commerce international (1) de même que la négociation et l'inclusion de clauses de sauvegarde dans ses relations bilatérales (2) pourraient-elles faire émerger une souveraineté économique de l'Union sur la scène internationale ?

### 1. La clause de sauvegarde du droit commercial multilatéral

239. Le droit de l'OMC ne semble pas le meilleur défenseur de la clause de sauvegarde compte tenu de son objectif de libéralisation maximale des échanges entre ses États membres.

C'est la raison pour laquelle on s'imagine mal un corpus normatif sur les sauvegardes dont on relève paradoxalement la complétude textuelle (a), probablement favorable au renouveau de la clause de sauvegarde en droit de l'Union (b).

#### a. La complétude textuelle de la clause de sauvegarde multilatérale

240. Depuis l'avènement de l'OMC en 1994, le droit commercial multilatéral dispose d'un corpus normatif relativement complet sur les sauvegardes. D'une part, l'article XIX du GATT constitue le fondement juridique originel de la clause de sauvegarde telle que prévue dès le GATT de 1947. Toutefois, sa formulation ne permettait pas d'exclure expressément les mesures dites « de la zone grise », préférant les arrangements bilatéraux, notamment par le biais d'accords d'autolimitation des exportations, et violant ainsi le principe de non-discrimination profondément ancré dans le droit du commerce international tout en créant des brèches à la diffusion d'une culture multilatérale du commerce mondial. D'autre part, en raison de ces difficultés relatives à son interprétation, l'article XIX du GATT 1994 a été largement complété, détaillé et précisé par un accord multilatéral dédié résultant du cycle de négociations de l'Uruguay. C'est donc l'ensemble constitué de l'article XIX du GATT 1994 et de l'accord sur les sauvegardes que l'on peut qualifier de clause de sauvegarde du droit commercial multilatéral, formant un tout indissociable : « La conformité aux dispositions de l'Accord sur les sauvegardes n'emporte pas celle à l'article XIX, cet article conservant tous ses effets<sup>388</sup>. »

#### b. Le renouveau de la clause de sauvegarde en droit de l'Union

241. Par effet miroir et souci de cohérence, la législation sur les sauvegardes propre à chaque membre de l'OMC, dont l'Union européenne, devrait être compatible avec ce corpus normatif multilatéral sur les sauvegardes. C'est l'une des préoccupations dégagées des considérants 3 à 5 du Régime Commun Applicable aux Importations (RCAI). Au visa de l'article 12 §6 de l'accord sur les sauvegardes traduisant l'application du principe de transparence entre membres de l'OMC, le RCAI a été notifié à l'OMC le 12 juin 2015<sup>389</sup>.

<sup>388</sup> BOUHIER Vincent, op.cit., page 607, sur l'exigence d'une évolution imprévue des circonstances, condition visée à l'article XIX §1 a) de l'article XIX mais non reprise dans l'accord sur les sauvegardes.

<sup>389</sup> OMC, document G/SG/N/1/EU/2, notification des lois et réglementations au titre de l'article 12 :6 de l'accord sur les sauvegardes, Union européenne.

Le droit positif de l'Union contient donc en son sein la mesure de défense commerciale la plus énergique<sup>390</sup> : « D'un point de vue pratique, on pourrait établir une comparaison militaire entre un bombardier B-52 faisant du « carpet-bombing » (sauvegarde) et un missile de croisière dit intelligent (antidumping et antisubvention). En effet, une mesure de sauvegarde est un instrument relativement peu sophistiqué mais qui peut avoir une efficacité redoutable malgré son manque de précision. Dans une enquête de sauvegarde, les autorités se bornent à analyser l'impact d'importations sur une industrie locale, sans s'interroger sur ce qui se passe dans le ou les pays exportateurs. Il n'est donc pas nécessaire d'envoyer des enquêteurs vérifier la valeur normale dans un pays tiers (antidumping) ou l'effet d'éventuels subsides (antisubvention). »

242. Par son large champ d'application potentiel en matière de défense commerciale, ou plutôt industrielle, la clause de sauvegarde multilatérale de l'article 15 du RCAI pourrait refléter la souveraineté économique de l'Union, à condition qu'elle trouve à s'appliquer, ce qui n'était plus le cas depuis 2007<sup>391</sup>. Toutefois, la reconsidération de l'utilité de cette clause de sauvegarde multilatérale par l'Union a émergé de manière prégnante et pertinente à la faveur de l'offensive protectionniste<sup>392</sup> des États-Unis sous la présidence TRUMP. En effet, on aurait d'abord pu penser que, compte tenu de l'origine identifiée du trouble commercial causé, et en particulier dans le domaine sidérurgique, à savoir les États-Unis, l'instrument de défense commerciale le plus approprié résidait dans l'application du régime antidumping en vue de contrer de telles pratiques déloyales. Pourtant, l'analyse plus approfondie de la situation révèle un caractère multifactoriel à la hausse des importations de produits sidérurgiques au sein de l'Union, que l'action unilatérale des États-Unis ne fait qu'amplifier par les détournements de flux qu'elle provoque en conséquence. Dès lors, une défense commerciale commune *erga omnes* s'imposait à l'Union dans le domaine de la sidérurgie et la clause de sauvegarde devait ainsi être activée. Cette manifestation juridique du protectionnisme par voie d'exception en droit de l'Union constitue un marqueur énergétique de sa souveraineté économique. La question se pose ensuite de savoir si l'Union se montre capable de mieux affirmer sa souveraineté économique par la négociation et la rédaction des clauses de sauvegarde dans ses relations bilatérales.

## 2. Les clauses de sauvegarde du droit commercial bilatéral

243. En parallèle des clauses de sauvegarde résultant du droit commercial multilatéral dont on a vu que l'activation par l'Union était fonction du contexte international et en particulier du comportement de ses partenaires principaux, il existe également des clauses de sauvegarde au sein des négociations bilatérales en vue de conclure des ALE. Au sein de ces ALE, le principe de libéralisation bilatérale domine l'esprit du texte de manière logique (a). Ceci à tel point que l'on peut considérer la clause de sauvegarde bilatérale comme un outil paradoxal de libéralisation (b).

### a. Le principe de libéralisation bilatérale

244. Dans le prolongement du droit commercial multilatéral, l'organisation des relations commerciales bilatérales entre l'Union et les pays tiers passe par la négociation puis la conclusion d'ALE. Les accords dits de nouvelle génération, c'est-à-dire postérieurs à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, méritent attention dans la mesure où ils constituent des sources d'inspiration des ALE en cours de négociation, notamment avec le

<sup>390</sup> BRAKELAND Jean-François, TURNER Vanessa, *Les mesures de sauvegarde dans le commerce international des marchandises : une perspective communautaire*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, 1997, Dalloz, page 454.

<sup>391</sup> La dernière mesure de sauvegarde s'est éteinte le 8 novembre 2007 avec l'arrivée à expiration du règlement (CE) n°658/2004 à l'encontre de l'importation de certains agrumes.

<sup>392</sup> On relèvera l'oxymore qui sied toutefois à la situation.

Japon<sup>393</sup> ou, plus récemment encore, le Viêt Nam<sup>394</sup> qui n'est pourtant pas connu pour être une économie de marché. Si l'on s'attarde quelque peu sur l'AECG ou CETA, le Canada, l'Union et ses États membres<sup>395</sup> affirment d'emblée leur résolution à « ...prendre appui sur leurs droits et obligations respectifs au titre de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, fait le 15 avril 1994, et d'autres instruments multilatéraux et bilatéraux de coopération. » Le renvoi, ou plutôt la subordination, aux dispositions du droit commercial international est formulée de manière comparable<sup>396</sup> dans l'ALE entre l'Union européenne et la Corée du Sud, sans toutefois qu'on lui réserve la même place dans le préambule, autrement dit qu'on lui accorde la même importance. En effet, alors que la référence aux règles de l'OMC n'intervient qu'au douzième alinéa dans l'ALE avec la Corée du Sud<sup>397</sup>, l'AECG y consacre son premier alinéa tout en poursuivant par la résolution « DE CRÉER un marché élargi et sûr pour leurs marchandises et services par la réduction ou l'élimination d'obstacles au commerce et à l'investissement. »

#### b. La clause de sauvegarde bilatérale : outil paradoxal de libéralisation

245. Est-ce à dire que l'orientation de l'AECG serait encore plus libérale que celle de l'ALE avec la Corée du Sud ? La teneur et l'ampleur relatives des clauses de sauvegarde que chaque accord contient apparaît en ce sens. Ainsi, l'ALE entre l'Union et la Corée du Sud prévoit quatre catégories distinctes de clause de sauvegarde.

La première catégorie de clause de sauvegarde est qualifiée de bilatérale. Autrement dit, elle trouve à s'appliquer uniquement entre les parties à l'ALE, selon les règles édictées aux articles 3.1 à 3.5 de l'accord. On notera en particulier que la mesure de sauvegarde envisagée par la clause ne peut prendre la forme que d'une augmentation des droits, à l'exclusion d'une restriction quantitative des importations. Cette catégorie vient compléter le très succinct article 3.7 de l'ALE renvoyant purement et simplement aux règles multilatérales de l'article XIX du GATT et de l'accord sur les sauvegardes pour ce qui concerne l'application de la clause de sauvegarde globale, au sens de multilatérale. Fait remarquable, une clause de sauvegarde est également consacrée au domaine agricole au visa de l'article 3.8, réduisant toutefois le champ des mesures potentielles à un accroissement des droits de douane. Enfin, la dernière catégorie de clause de sauvegarde est classique et relative à une crise de la balance des paiements, au visa de l'article 8.4.

246. Pour ce qui concerne l'AECG, les clauses de sauvegarde sont réduites à deux catégories. Les mesures de sauvegarde globales occupent les articles 3.4 à 3.6 de l'AECG. Comme dans l'ALE entre l'Union et la Corée du sud, il est procédé par renvoi aux règles idoines du droit de l'OMC, à l'exclusion expresse des règles et procédures d'origine. Il est notamment rappelé l'obligation d'affectation minimale du commerce bilatéral en cas de recours. En revanche, les clauses de sauvegarde relatives à la balance des paiements sont renvoyées en fin d'accord, au rang des exceptions du chapitre 28. Ces clauses de sauvegarde prévues aux

<sup>393</sup> Proposition de DÉCISION DU CONSEIL relative à la conclusion de l'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon, COM/2018/192 final - 2018/0091 (NLE) ; Décision (UE) 2018/966 du Conseil du 6 juillet 2018 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique, ST/7963/2018/INIT.

<sup>394</sup> Proposition de DÉCISION DU CONSEIL relative à la conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République socialiste du Viêt Nam, COM/2018/691 final ; Proposition de DÉCISION DU CONSEIL relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République socialiste du Viêt Nam, COM/2018/692 final.

<sup>395</sup> Puisqu'il s'agit d'un accord mixte, ayant nécessité la ratification de l'ensemble des vingt-huit États membres pour accéder à la vie juridique.

<sup>396</sup> « S'APPUYANT sur les droits et obligations mutuels découlant de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, fait le 15 avril 1994 (ci-après l'« accord sur l'OMC ») ainsi que d'autres accords multilatéraux, bilatéraux et régionaux auxquels ils sont parties contractantes ».

<sup>397</sup> JOUE, L127, 2011/265/UE, 14 mai 2011.



articles 28.4 et 28.5 ne sont pas sans rappeler la clause de sauvegarde de l'article 66 TFUE et de l'article 143 TFUE. À la différence de l'ALE avec la Corée du Sud, il est opéré de manière pertinente une distinction entre crise de la balance des paiements affectant l'union économique et monétaire et crise affectant le Canada ou les États membres non parties à l'union économique et monétaire.

247. On peut déduire de ces brèves analyses que la clause de sauvegarde insérée dans les accords commerciaux bilatéraux constitue plutôt un marqueur de la souveraineté économique de la partie qui contracte avec l'Union. Ainsi, la Corée du Sud démontre, par le truchement des dispositions consacrées aux clauses de sauvegarde, une volonté de protection, notamment de son agriculture, supérieure à celle du Canada. Ce dernier apparaît ainsi comme plus aligné avec l'Union dans l'effort maximal de libéralisation par voie d'intégration négative. De son côté, l'Union semble confirmer, par la diversité des clauses de sauvegarde contractées en fonction des partenaires, sa conception de la clause de sauvegarde en tant qu'instrument à la fois de sécurisation du pays tiers dans la négociation, puis de facilitation de la conclusion de l'ALE. Paradoxalement, sous l'apparence d'une exception protectionniste à géométrie variable, la clause de sauvegarde peut donc se concevoir comme un outil d'aide à la libéralisation des échanges. C'est dans cette perspective que, à la faveur de la multiplication des accords bilatéraux aux dépens du droit commercial multilatéral, le législateur de l'Union envisage d'unifier le régime des clauses de sauvegarde bilatérales. La Commission a en effet émis une proposition de règlement<sup>398</sup> portant mise en œuvre des clauses de sauvegarde et autres mécanismes prévoyant le retrait temporaire des préférences tarifaires dans certains accords conclus entre l'Union européenne, d'une part, et certains pays tiers, d'autre part. Le contenu de la proposition amendée est « très proche du modèle retenu dans les règlements portant mise en œuvre des clauses de sauvegarde bilatérales dans les accords signés avec la Colombie, le Pérou, l'Équateur, les pays d'Amérique centrale, la République de Moldavie et la Géorgie<sup>399</sup>. » On relèvera en particulier l'insistance du Parlement européen dans l'exigence de transparence.

Il est ainsi demandé que « Le Parlement devrait être tenu informé et associé à tous les stades de la procédure et, en particulier, avant l'adoption de toute mesure de sauvegarde<sup>400</sup>. » Ce contrôle *a priori* de la sauvegarde s'analyse en un droit de regard démocratique sur la défense commerciale commune qui constitue pourtant une prérogative de la Commission. La question peut dès lors se poser de l'efficacité d'une telle demande à la lumière en particulier de sa célérité qui en serait nécessairement amoindrie. En effet, même si le droit de regard ainsi demandé du Parlement est légitime du point de vue démocratique il peut avoir pour effet de desservir l'intérêt de l'Union dans la mesure où tout retard dans l'exécution d'une mesure de sauvegarde causerait nécessairement un préjudice plus grave à l'Union. Le second point d'attention réside dans la demande d'extension des personnes ou représentants ayant qualité à agir dans le cadre d'une demande d'ouverture d'enquête, dont l'amendement prévoit qu'elle « peut également être présentée conjointement par l'industrie de l'Union, ou par toute personne physique ou morale ou toute association n'ayant pas la personnalité juridique mais agissant en son nom, et par des syndicats, ou être soutenue par des syndicats<sup>401</sup>. » L'exposé des motifs du rapport de la commission du commerce international sur la proposition de règlement intégrant les amendements en première lecture indique ainsi que « la Commission propose

<sup>398</sup> COM(2018)02026-C8-0158/2018-2018/010(COD), 18 avril 2018.

<sup>399</sup> FJELLNER Christofer, Parlement européen, Commission du commerce international, Rapport sur la proposition de règlement portant mise en œuvre des clauses de sauvegarde et autres mécanismes de prévoyant le retrait temporaire des préférences tarifaires dans certains accords conclus entre l'Union européenne, d'une part, et certains pays tiers, d'autre part, PE626.666v02-00, 16 octobre 2018, page 23.

<sup>400</sup> *Ibidem*, page 6.

<sup>401</sup> *Ibidem*, page 13.

un règlement horizontal qui pourrait servir pour plusieurs ALE<sup>402</sup>. » L'auteur poursuit alors selon ces termes : « Votre rapporteur souhaiterait rappeler qu'une disposition de sauvegarde est un instrument au service de la libéralisation des échanges, qui permet d'élargir les engagements pris dans le cadre des négociations d'un ALE et de gagner l'adhésion des différentes parties prenantes à ces engagements. Les mesures de sauvegarde ne doivent pas être détournées à des fins protectionnistes<sup>403</sup>. »

248. Il ne fait dès lors plus de doute que la clause de sauvegarde s'inscrit en tant qu'instrument juridique antagoniste de l'effort de libéralisation des échanges consenti par chaque membre de l'OMC au niveau mondial, et par chaque État membre au sein de l'Union. Pour autant, l'expression de la souveraineté économique de l'Union par cette voie d'exception protectionniste prise dans son intérêt doit être éprouvée en l'état du droit positif et du contexte actuel du commerce international animé de tensions bellicistes.

§2 : Le test de compatibilité de la sauvegarde avec l'ordre public de l'Union

249. Le droit primaire de l'Union prévoit la possibilité pour les États membres de recourir à la clause de sauvegarde alors même que celle-ci contrarie par nature l'intégration négative du marché intérieur. Le principe même de son existence ne peut donc résulter que d'un motif particulièrement solide : la volonté de protection du citoyen de l'Union, recouverte par la recherche de protection de l'intérêt général. En droit, la marque de cette volonté réside notamment dans la qualification d'ordre public des législations correspondantes. Toute la complexité de l'ordre public au sein de l'Union repose sur la juxtaposition, la coexistence de deux catégories d'ordre public<sup>404</sup>.
250. La première, classique, se diffuse dans le droit interne de chaque État membre, au même titre que tout État souverain. Dès lors chaque État membre définit les limites de son ordre public propre à défendre son ordre juridique interne. La seconde catégorie d'ordre public est celle, plus singulière, qui s'élève au niveau supranational de l'Union. Au sein de l'Union, l'invocation de la clause de sauvegarde sur ce motif sera d'autant mieux tolérée qu'elle est d'ordre non économique (A). Dans ses relations avec les pays tiers, la prévision d'une clause de sauvegarde relevant d'un motif économique demeure possible sur le plan théorique (B).

A. La tolérance de la sauvegarde à raison d'un motif non économique

251. Nous avons vu que l'ordre public présente un rapport à la souveraineté<sup>405</sup> dont il constitue une manifestation juridique patente. Dans les relations internes entre États membres régies par le droit de l'Union, il en résulte en particulier une certaine liberté de dérogation des États membres aux libertés de circulation sur motif d'ordre public. Certaine liberté, mais pas liberté certaine dans la mesure où l'exception aux libertés de circulation, en particulier des marchandises, est largement encadrée<sup>406</sup>, tant par les sources textuelles du droit primaire (2) que par la jurisprudence (1) de la CJUE.

<sup>402</sup> *Ibidem*.

<sup>403</sup> *Ibidem*, page 24.

<sup>404</sup> TRUCHOT Laurent, *L'ordre public en droit de l'Union européenne*, Lexbase hebdo édition privée n°487 du 31 mai 2012.

<sup>405</sup> Sur ce point, voir *supra*, *Les voies d'amélioration de la défense commerciale de l'Union contre les pratiques déloyales*, pages 72 s.

<sup>406</sup> Sur ce point, voir VOGEL Louis, *Droit du marché intérieur*, Bruylant, 2016, Limites à la prohibition des mesures d'effet équivalent, pages 60 s. ; également, NOURISSAT Cyril, DE CLAVIERE-BONNAMOUR Blandine, *Droit de la concurrence – Libertés de circulations*, Hypercours, Dalloz, 2016, pages 128 s.

## 1. La sauvegarde non économique par extension prétorienne de l'ordre public

252. Par dérogation au principe d'interdiction de toute restriction quantitative ou mesure d'effet équivalent imposé par l'article 34 TFUE, symbole de l'intégration négative du marché intérieur, le juge de l'Union a toléré l'existence de législations nationales ayant pour effet, mais pas pour objet, de telles restrictions dans la mesure où leur ordre public intérieur le commandait. La genèse prétorienne de cette dérogation à la liberté de circulation des marchandises est contenue dans les « raisons impérieuses d'intérêt général » formulées à l'occasion de l'arrêt<sup>407</sup> « Cassis de Dijon ». Au-delà du caractère non limitatif de la liste des raisons impérieuses d'intérêt général, complétées<sup>408</sup> par la suite en fonction de ce qu'il est convenu d'appeler un ordre public à géométrie variable<sup>409</sup> des États membres, la réunion de deux conditions majeures pouvait conduire le juge à tolérer une législation nationale dérogatoire aux libertés de circulation des marchandises. La finalité de la législation devait d'abord être compatible avec les objectifs du droit primaire de l'Union. La législation nationale devait par ailleurs être non-discriminatoire, autrement dit s'appliquer indistinctement à tous les États membres. Venait s'y ajouter une troisième condition, implicite car évidente aux yeux du juge : le motif invoqué au soutien de la législation dérogatoire devait être par nature non économique. La casuistique indiquée par Francesco MARTUCCI permet d'illustrer ce type d'exception protectionniste : « entraves évidentes à la libre circulation des marchandises, à l'instar de contingents tarifaires dans l'affaire Quotas de rhum, d'exigences linguistiques comme celles découlant d'une directive dans l'affaire Meyhui (Interdiction d'apposer sur les produits de verre cristal leur dénomination dans une autre langue), d'obligations imposées quant aux conditions du produit dans l'affaire Delhaize (Obligation de mettre le vin en bouteilles dans la région de production, en ce qu'elle constitue une condition à l'utilisation du nom de cette région en tant qu'appellation d'origine).

Sont plus patentes encore des entraves telles que les interdictions d'importation de l'arrêt Clinique (C.J.C.E., 2 fév. 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, dit Clinique, aff. C-315/92) ou de commercialisation de compléments alimentaires de l'affaire Alliance for Natural Health (C.J.C.E., 12 juil. 2005, Alliance for Natural Health et al., aff. jtes. C-154/04 et C-155/04)<sup>410</sup>. » En effet, l'objectif affirmé de réalisation d'un marché commun entre États membres impliquait de repousser les frontières économiques aux portes de l'Europe pour assurer l'exercice des libertés de circulation en son sein. Par conséquent, toute entrave à ces libertés ne pouvait revêtir qu'une forme non économique, par souci de cohérence avec la doctrine libérale qui irriguait et irrigue encore le droit de l'Union.

253. Dans un État de droit, cette tolérance prétorienne de la clause de sauvegarde des États membres s'appuyant sur une justification non économique puise nécessairement, sa source dans les prévisions textuelles du droit primaire. Elle complète simplement l'espace de tolérance juridique créé par l'article 36 TFUE.

## 2. La sauvegarde non économique par prévision du droit primaire

254. De manière plus explicite, le droit primaire de l'Union prévoit, en son article 36 TFUE, la possibilité de déroger à l'article 34 TFUE, y compris de manière discriminatoire entre États membres, aux fins de sauvegarder l'ordre public<sup>411</sup> interne de l'État membre.

<sup>407</sup> CJCE 20 février 1979, affaire 120/78.

<sup>408</sup> VOGEL Louis, *Droit du marché intérieur*, op. cit., page 66.

<sup>409</sup> Parce que cet ordre public intérieur suit, avec un léger différé, les évolutions des représentations collectives qui finissent par devenir des marqueurs sociétaux.

<sup>410</sup> MARTUCCI Francesco, *L'entrave imputable à l'Union in 1992-2012, 20 ans de Marché intérieur*, op. cit., page 159.

<sup>411</sup> Entendu au sens large.

On se contentera d'observer, ici encore, le caractère exclusivement non économique de chaque motif invocable au soutien d'une législation dérogatoire à la liberté de circulation des marchandises. À cet égard, l'article 114 §10 TFUE, qui prévoit la possibilité pour un État membre de recourir à la clause de sauvegarde en matière d'harmonisation, renvoie précisément à cet article 36 TFUE pour motiver un tel recours. Une illustration jurisprudentielle de la mise en œuvre d'une clause de sauvegarde au visa de l'article 36 TFUE réside dans la législation dérivée et le contentieux relatifs aux organismes génétiquement modifiés<sup>412</sup>. Ici encore, ainsi que l'écrit Nicolas DE SADELEER : « qu'elles soient admises en tant qu'exigences impératives ou en vertu d'une des justifications énoncées à l'article 36 TFUE, les raisons d'intérêt général sont, par essence, de nature non économique. Expression de l'intérêt général, elles affirment la supériorité de valeurs non commerciales sur la libre circulation des marchandises<sup>413</sup>. » L'article 191 §2 TFUE consacré à l'harmonisation des législations des États membres en matière d'environnement relève du même esprit : « Les textes d'harmonisation intervenus en matière de protection de l'environnement comportent une clause de sauvegarde qui permet aux États membres de prendre pour des motifs environnementaux, non économiques, des mesures provisoires<sup>414</sup>. »

255. Il existe donc une certaine bienveillance du droit primaire aux contrariétés potentielles que peuvent provoquer les législations non économiques des États membres à raison d'une variation du niveau de protection choisi conformément à leur ordre public intérieur. Pour autant, cette bienveillance est-elle susceptible de s'étendre à la prévision d'une clause de sauvegarde pour motif économique ?

#### B. La conciliation de la sauvegarde avec l'ordre public économique de l'Union

256. En considération des précédents développements, l'idée même de l'application d'une clause de sauvegarde au sein de l'Union à raison d'un motif économique apparaît compromise en l'état du droit positif, où il ne saurait être envisagé de déroger aux libertés de circulation sur justification purement économique. Il existe toutefois une exception notable dans le sens de la protection de l'ordre public économique de l'Union. Cette justification légitime visant à protéger la stabilité économique de l'Union aurait pu trouver à s'appliquer tant à l'intérieur des frontières de l'Union que dans ses relations extérieures. Pourtant, ce n'est qu'à raison de sa défense commerciale relevant de la politique commerciale commune que la clause de sauvegarde économique demeure dans le droit positif de l'Union. De surcroît, on constate le placement de cette clause de sauvegarde en recours ultime de la défense commerciale de l'Union (1), que l'on peut rapprocher de l'évolution de la réception politique de la clause de sauvegarde par l'Union (2).

##### 1. La fixation de la clause de sauvegarde en recours ultime de la défense commerciale commune

257. Jusqu'en 2018, l'activation de la clause de sauvegarde était tombée en désuétude à l'échelle de l'Union, et on aurait pu auparavant imaginer que celle-ci finisse par connaître le même sort aux frontières extérieures de l'Union que ce qu'elle a connu en son sein par le truchement de la réalisation du marché intérieur.

<sup>412</sup> DE SADELEER Nicolas, *Actualité en matière de réglementation des OGM*, revue européenne de droit de la consommation, Larcier, 2015/3, pages 621 à 648.

<sup>413</sup> *Ibidem*, page 642.

<sup>414</sup> GUEVREMONT Véronique, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruylant, 2013, page 73.

Pourtant, après un délaissement idéologique de la clause de sauvegarde par l'Union (a), on observe désormais la résurgence pragmatique de l'utilité de cette clause de sauvegarde (b) dans la défense commerciale internationale.

#### a. Le délaissement idéologique de la clause de sauvegarde

258. Dans ses rapports internes entre États membres, l'état d'avancement de la réalisation du marché intérieur a rendu caduques les clauses de sauvegarde économique générale, désormais disparues du droit primaire. Il n'en est pas encore ainsi dans les relations extérieures de l'Union avec les pays tiers, où le droit dérivé de l'Union prévoit, au visa des articles 15 et suivants du RCAI, une clause de sauvegarde économique, se faisant l'écho de la clause de sauvegarde du droit commercial multilatéral, dans sa structure comme dans son contenu. Cette situation peut s'expliquer justement pour la raison suivante : « En l'absence de possibilités d'intervention en cas de situation économique anormale, il est à craindre que la tendance ne soit à un accroissement du protectionnisme plutôt qu'à son assouplissement. La « liberté organisée » des relations économiques internationales à partir d'un objectif de libéralisation des échanges est à développer. Les mesures de sauvegarde, en permettant de faire face aux éventuelles désorganisations du marché, y concourent pleinement<sup>415</sup>. »

On comprend dès lors que, in fine, la clause de sauvegarde n'avait pas vocation à être activée mais constitue plutôt un liant textuel de nature protectionniste visant à consolider l'ensemble ordo-libéral relié à la politique commerciale commune de l'Union, largement inspirée des règles de l'OMC. Or, ainsi que peut l'écrire la Commission dans son rapport annuel<sup>416</sup> sur les mesures de sauvegarde que l'Union subit : « ... l'instrument de sauvegarde ... est l'instrument le plus restrictif pour le commerce parce que les mesures s'appliquent à tous les pays d'origine, indépendamment du fait qu'ils augmentent individuellement leurs exportations et/ou causent ou non un préjudice. » On peut donc penser que cette caractérisation de la clause de sauvegarde, par ailleurs objective, s'avère très peu compatible avec l'ordre public économique libéral de l'Union, et les grands principes de l'OMC : « C'est pourquoi la jurisprudence pertinente de l'OMC a fixé des normes plus strictes pour l'imposition de mesures de sauvegarde<sup>417</sup>. »

#### b. La résurgence pragmatique de l'utilité de la clause de sauvegarde

259. Le délaissement idéologique de la clause de sauvegarde par l'Union a finalement pu être dépassé par l'événement. Il en résultera notamment, à peine deux années plus tard, un recours tout aussi inattendu de l'Union à la clause de sauvegarde en tant qu'instrument ultime de défense commerciale dans le cadre des importations de produits sidérurgiques<sup>418</sup>. Il est toutefois important de préciser que ce recours se fait exclusivement par voie d'exception à la libéralisation dans l'application même de la mesure de sauvegarde provisoire. En effet, la Commission prend soin de rappeler que « la forme des mesures de sauvegarde devrait préserver les niveaux d'importation historiques et ... seules les importations dépassant ce niveau devraient y être soumises<sup>419</sup>. »

<sup>415</sup> TALGORN Christian, *Les mesures de sauvegarde de la Communauté économique européenne dans ses relations avec les États tiers*, op. cit., page 891.

<sup>416</sup> Commission européenne, Synthèse des mesures de défense commerciale des pays tiers contre l'Union européenne pour l'année 2015, COM (2016) 392 final, 15 juin 2016, page 2.

<sup>417</sup> *Ibidem*.

<sup>418</sup> Règlement d'exécution (UE) 2018/1013 de la commission du 17 juillet 2018 instituant des mesures de sauvegarde provisoires concernant les importations de certains produits sidérurgiques, JOUE du 18 juillet 2018, L181/39.

<sup>419</sup> *Ibidem*, considérant (93).

La préservation de l'intérêt de l'Union est même rappelée de manière explicite : « un système de contingents tarifaires dans le cadre duquel aucun obstacle ne s'applique aux flux commerciaux habituels garantit que les mesures de sauvegarde sont conformes à l'intérêt de l'Union<sup>420</sup>. » On relève donc que l'intérêt de l'Union est celui d'une ouverture au marché mondial sidérurgique à titre principal, qu'il convient toutefois de réguler par exception protectionniste, en premier lieu par des mesures de défense commerciale ciblées contre les pratiques déloyales en application des règlements antidumping et antisubvention<sup>421</sup>, puis, après épuisement de ces moyens de défense, par le recours à la sauvegarde. Dans ses conclusions, la Commission insiste ainsi une nouvelle fois sur le fait que « l'ouverture du marché de l'Union devrait être préservée et que le flux habituel des importations devrait être maintenu<sup>422</sup>. » En revanche et sans surprise, la forme des mesures ainsi prises réside non pas dans une restriction quantitative mais dans le relèvement des tarifs douaniers.

## 2. L'évolution de la réception politique de la sauvegarde par l'Union

**260.** À la faveur d'un contexte commercial international bousculé par l'offensive protectionniste des États-Unis sous l'administration TRUMP mais aussi par le glissement du barycentre économique du Monde vers la Chine, la clause de sauvegarde est finalement passée du statut d'arme commerciale de dissuasion à celui d'arme commerciale conventionnelle pour l'Union.

Ainsi, alors que la condamnation politique de la sauvegarde par l'Union ne faisait aucun doute (**a**), la force de l'événement a infléchi la radicalité de cette opinion au profit d'une reconsidération fondée sur l'utilité du recours à la sauvegarde pour l'Union (**b**).

### a. La condamnation politique de la sauvegarde par l'Union

**261.** Le confinement de la clause de sauvegarde au rang d'instrument de défense commerciale de dissuasion de l'Union résulte notamment de la décision politique de ne plus recourir à ce type d'exception protectionniste. En effet, ainsi que l'écrit justement Véronique Guèvremont, les exceptions aux principes du droit commercial international seraient des « mécanismes d'articulation des préférences collectives avec les règles du système commercial multilatéral<sup>423</sup>. » Les préférences collectives de l'Union étant alignées sur les règles libérales de l'OMC pour ce qui concerne sa politique commerciale commune, il n'y a donc plus lieu de recourir à des exceptions, ceci d'autant plus lorsqu'elles ont un objet ou des effets protectionnistes. C'est la raison pour laquelle, sur la période du 1<sup>er</sup> janvier 1990 au 30 juin 2016, on ne comptait que 5 enquêtes de sauvegarde initiées<sup>424</sup> par l'Union, alors que l'Inde en comptait 42, l'Indonésie 27, la Turquie 21 et les États-Unis 10. Ce choix politique de l'Union de ne plus recourir à la clause de sauvegarde pouvait laisser penser qu'il existait une certaine unité politique de l'Union. Il semble plutôt que l'obsession d'unité économique de l'Union écrasait toute possibilité d'expression politique unitaire, et que l'absence de défense commerciale énergique de l'Union, par l'activation de la clause de sauvegarde en particulier, en était un symptôme. Pourtant, force est de constater que cette trajectoire est imprimée par l'histoire de l'Union sur la scène internationale : « Les négociations de ce long cycle de neuf années ont pris fin avec l'accord signé à Marrakech le 15 avril 1994 et la création d'une nouvelle structure internationale, l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

<sup>420</sup> *Ibidem*.

<sup>421</sup> *Ibidem*, considérants (115) à (117).

<sup>422</sup> *Ibidem*, considérant (97).

<sup>423</sup> GUEVREMONT Véronique, op. cit., page 13.

<sup>424</sup> World Trade Organization, Safeguard Initiations by Reporting Member, 13<sup>th</sup> December 2016.

Les développements contemporains du commerce mondial ont révélé à cette époque la faiblesse de la Communauté européenne face à la concurrence américaine : d'un côté, une communauté d'États lente à prendre ses décisions du fait de ses procédures et des divergences d'intérêt ou d'approche ; de l'autre, une unité politique qui peut décider et mettre en œuvre instantanément des mesures commerciales de rétorsion<sup>425</sup>. »

b. La reconsidération politique de l'utilité de la sauvegarde pour l'Union

262. Il semble toutefois que cette analyse mérite d'être reconsidérée à la lumière de l'action de la Commission en réponse aux mesures douanières prises par les États-Unis à son encontre en 2018. En effet, on observe un revirement de la stratégie de défense commerciale commune de l'Union dans le sens d'une véritable exception protectionniste prise dans son intérêt. Ainsi, le recours à l'accord sur les sauvegardes du droit commercial multilatéral est non seulement envisagé mais encore pratiqué par l'Union de manière à la fois énergique et proportionnée. Énergique par la requalification par l'Union des mesures prises par les États-Unis sous couvert de sécurité nationale : « Notwithstanding the United States' characterisation of these measures as security measures, they are safeguard measures. » le délai relativement court dans lequel la mesure est mise en œuvre ainsi que par le volume concerné. On observe ainsi que la notification de l'Union à l'OMC date du 18 mai 2018 alors que l'application des mesures de sauvegarde par les États-Unis à l'Union trouve à s'appliquer à compter du 1<sup>er</sup> juin 2018. La réaction de l'Union est donc teintée de célérité, étant précisé que les contre-mesures envisagées prévoient leur entrée en application à compter du 20 juin 2018 : « the European Union hereby reserves its right to apply the proposed suspension from 20 June 2018 and until Annex II applies, as regards Annex I, and from 23 March 2021 or from the fifth day following the date of the adoption by, or notification to, the WTO Dispute Settlement Body of a ruling that the United States' safeguard measures are inconsistent with the relevant provisions of the WTO Agreement, if that is earlier, and until the United States' safeguard measure is lifted, as regards Annex II. » Le recours de l'Union à l'accord sur les sauvegardes est par ailleurs proportionné en raison de la nature même de l'exception protectionniste ainsi pratiquée, qui constitue un simple moyen de défense. En effet, l'Union n'entend pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour contrer les effets défavorables des mesures prises par les États-Unis : « The proposed suspension of substantially equivalent concessions and other obligations under GATT 1994 to the trade of the United States takes the form of an increase in duty of 10%, 25%, 35% and 50% on selected products originating in the United States, as indicated in Annex I and Annex II. The substantially equivalent concessions or other obligations under GATT 1994 were calculated as indicated in Annex III. »

---

<sup>425</sup> SOULIER Gérard, DESCAMPS Olivier, Fasc. 161-1 : Union européenne – Histoire de la construction européenne, Jurisclasseur Droit international, point 65, 10 décembre 2012.

263. Cette section a permis de démontrer que la clause de sauvegarde s'inscrit dans l'histoire de la construction européenne en tant que marqueur résiduel du réflexe protectionniste des États membres. Ceux-ci ayant eux-mêmes consenti au mouvement de fond de libéralisation des échanges convergeant avec l'objectif de réalisation du marché intérieur du droit primaire. Pour autant, la clause de sauvegarde trouve toujours à s'appliquer dans l'ordre interne lorsqu'il est question de protéger l'ordre public non économique d'un État membre au visa de l'article 36 TFUE. Elle peut encore se manifester dans les relations extérieures à raison d'un motif économique au visa des articles 15 et suivants du RCAI. Cette faculté de recours à la clause de sauvegarde aux frontières de l'Union s'avère toutefois largement confinée par le choix politique de l'Union, qui réduit ce type d'instrument de défense commerciale à celui d'ultime recours dans sa pratique décisionnelle. La question se pose ensuite de savoir si, au-delà de cette pratique de la clause de sauvegarde soumise à l'aléa politique et au contexte commercial international, l'Union ne limite pas encore son effectivité sur le plan juridique.



## Section 2 : La limitation de l'effectivité de la clause de sauvegarde

264. C'est précisément en raison de son rapport à la protection de l'ordre public économique et, par extension, de celle du bien-être du citoyen de l'Union, que la clause de sauvegarde peut se concevoir en tant qu'exception protectionniste. On pourrait aussi considérer le choix d'inclusion de la clause de sauvegarde comme la manifestation de volonté politique d'envisager textuellement l'hypothèse, non pas potentielle mais plutôt éventuelle, d'utiliser de telles mesures protectionnistes. Le simple besoin de complétude, d'exhaustivité des scénarii normatifs justifierait alors l'existence de la clause de sauvegarde, qu'il s'agisse du droit primaire de l'Union, des traités de libre-échange bilatéraux, plurilatéraux ou du droit commercial multilatéral. Jusqu'à la réunion du G20 du 17 mars 2017<sup>426</sup>, l'engagement généralisé à « lutter contre toute forme de protectionnisme » rendait le recours à la clause de sauvegarde incongru. Il en résultait une pratique modérée des mesures de sauvegarde à l'échelle mondiale<sup>427</sup>, représentant moins d'une vingtaine de mesures par année, et plus encore l'absence de toute mesure de sauvegarde à l'échelle de l'Union<sup>428</sup> jusqu'au 26 mars 2018<sup>429</sup>. À la faveur de ce renouveau dans la pratique décisionnelle, la mesure de sauvegarde pourrait constituer un instrument majeur de politique publique économique à l'échelle de l'Union en ce qu'elle est susceptible de protéger une branche industrielle des accroissements inattendus d'importations qui lui sont préjudiciables, alors que sa pratique était tombée en désuétude auparavant. Pour autant, lorsqu'il est question de considérer la mise en application d'une telle clause par la décision de mise en œuvre d'une mesure de sauvegarde, l'effectivité de la clause de sauvegarde se heurte à deux obstacles juridiques sérieux, dont l'histoire économique récente démontre qu'ils peuvent toutefois être surmontés. À cet égard, l'institution des mesures de sauvegarde provisoires concernant les importations de certains produits sidérurgiques du 17 juillet 2018 servira de guide précieux pour l'analyse.
265. Le premier obstacle, traversant tant le droit de l'Union que le droit de l'OMC, réside dans l'influence dirimante du test de nécessité sur l'effectivité de la sauvegarde (§1). Le second écueil normatif, organisé par l'accord sur les sauvegardes au niveau multilatéral et repris dans certains accords bilatéraux conclus par l'Union, aura fini de dissuader l'hypothèse de la mise en application de la clause de sauvegarde par l'imposition de concessions équivalentes en contrepartie (§2).

<sup>426</sup> MADELIN Thibaut, *Sous la pression des Etats-Unis, le G20 suspend la lutte contre le protectionnisme*, Les Echos, 18 mars 2017.

<sup>427</sup> Rapport du comité des sauvegardes (2016) au conseil du commerce des marchandises, G/L/1155, G/SG/142, 27 octobre 2016, Rapport du comité des sauvegardes (2017) au conseil du commerce des marchandises, G/L/1192, G/SG/145, 27 octobre 2017. Dans ce rapport, les Etats-Unis ont institué 2 mesures de sauvegarde en date des 17 mai et 5 juin 2017 concernant les cellules photovoltaïques (G/SG/N/6/USA/11) et les gros lave-linges à usage domestique (G/SG/N/6/USA/12), ces deux catégories de produits provenant essentiellement de la Chine ; rapport du comité des sauvegardes (2018) au conseil du commerce des marchandises, G/L/1155, G/SG/142, 31 octobre 2018. Dans ce dernier rapport, l'Union a institué une mesure de sauvegarde provisoire du 19 juillet 2018 (notification à l'OMC) à l'encontre de certains produits sidérurgiques G/SG/N/7/EU/1

<sup>428</sup> La dernière mesure de sauvegarde s'était éteinte le 8 novembre 2007 avec l'arrivée à expiration du règlement (CE) n°658/2004 à l'encontre de l'importation de certains agrumes ; une dernière enquête de sauvegarde portant sur le réseau étendu sans fil avait été ouverte par l'Union le 30 juin 2010 et notifiée à l'OMC G/SG/N/6/EEC/5, enquête clôturée sans institution de mesure le 26/01/2011 (G/SG/N/9/EEC/2).

<sup>429</sup> Avis d'ouverture d'une enquête de sauvegarde concernant les importations de 26 catégories de produits sidérurgiques, (2018/C 111/10), JOUE C111 du 26 mars 2018, page 29.

§1 : L'influence dirimante du test de nécessité sur l'effectivité de la sauvegarde

266. Si le législateur européen comme le droit commercial multilatéral conçoivent l'existence d'une entrave aux libertés de circulation, ils l'assortissent systématiquement d'un garde-fou<sup>430</sup> juridique particulièrement efficace : le test de nécessité, qui représente le contrôle effectif de l'application du principe de proportionnalité. Par ailleurs, l'évocation du test de nécessité représente de manière plus exacte le degré de contrainte exigé pour y satisfaire. La clause de sauvegarde n'échappe ainsi pas à la règle : « si les États affectés disposent ici d'une large marge de manœuvre dans le recours à des mesures protectionnistes, encore doivent-ils y procéder dans le respect du principe général de « proportionnalité » qui fut justement reconnu par l'Organe d'appel comme faisant partie du droit international coutumier des « contre-mesures<sup>431</sup>. » Elle se soumet par voie de conséquence à deux catégories d'exigences.

Les exigences positives du test de nécessité s'imposent à la clause de sauvegarde en ce qu'elle doit y pourvoir systématiquement (**A**). Les exigences négatives éprouvent la clause de sauvegarde en ce qu'elle ne doit jamais les satisfaire (**B**).

#### A. Les exigences positives du test de nécessité

267. Pour une clause de sauvegarde, passer l'épreuve du test de nécessité relève de la gageure. En effet, les conditions imposées dessinent un régime particulièrement restrictif en contrepartie de l'application d'une dérogation, même provisoire, à la libéralisation des échanges : « l'obligation faite de choisir des mesures proportionnelles au but à atteindre, tout en apportant le moins de perturbation au fonctionnement du marché commun et aux rapports avec les États tiers, constituent autant de limites non négligeables<sup>432</sup>. »

Ainsi, pour tolérer l'exception protectionniste que représente la clause de sauvegarde en droit de l'Union, le législateur et plus encore le juge attendent de celle-ci une concordance, une cohérence avec sa finalité (**1**), nécessairement reliée à un motif d'intérêt général. Ils exigent tout autant une certaine adéquation dans l'application de la clause de sauvegarde (**2**).

#### 1. La nécessité de la clause de sauvegarde au regard de sa finalité

268. Le caractère d'exception protectionniste de la clause de sauvegarde par antagonisme avec les libertés de circulation condamne son activation à des situations rendues nécessaires, indispensables. Ainsi, pas moins de 121 considérants sont exposés dans le règlement d'exécution 2018/1013<sup>433</sup> du 17 juillet 2018 instituant des mesures de sauvegarde provisoires sur certains produits sidérurgiques pour justifier de leur bienfondé. 199 considérants justifient encore l'institution des mesures définitives correspondantes dans le règlement 2019/159<sup>434</sup> du 31 janvier 2019.

La boussole de l'intérêt général est ainsi utilisée à la lumière d'un principe immanent devenu permanent dans le droit de l'Union : le principe de proportionnalité (**a**). Difficile à percevoir de prime abord en raison du caractère dérogatoire de la clause de sauvegarde à l'objectif de libéralisation, sa satisfaction n'intervient que de manière indirecte en considération de l'ensemble (**b**).

<sup>430</sup> Une camisole de force si l'on voulait faire une gradation littéraire.

<sup>431</sup> CARREAU Dominique, §3 Sauvegardes, rub. 111 s. Commerce international multilatéral (droit matériel commun), Répertoire de droit international, Dalloz, 2012.

<sup>432</sup> TALGORN Christian, op. cit., page 39.

<sup>433</sup> JOUE du 18 juillet 2018, L181/39.

<sup>434</sup> JOUE 1<sup>er</sup> février 2019, L31/27.

a. Un principe immanent devenu permanent : le principe de proportionnalité

269. Parmi les grands principes qui irriguent le droit de l'Union depuis la fondation de la Communauté économique européenne, on compte le principe de proportionnalité<sup>435</sup>. Ainsi, au visa de l'article 6 §1 du traité de Rome, on peut lire : « Les États membres, en étroite collaboration avec les institutions de la Communauté, coordonnent leurs politiques économiques respectives dans la mesure nécessaire pour atteindre les objectifs du présent Traité. » Innomé dans le traité originaire, le principe de proportionnalité figure désormais de manière expresse dans le traité de Lisbonne, cinquante-deux années plus tard, au visa de l'article 5 § 4 TUE<sup>436</sup> : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. » S'agissant de la clause de sauvegarde, la question se pose donc de savoir si ce type de législation apparaît nécessaire pour satisfaire les objectifs du droit primaire de l'Union, en particulier la réalisation du marché intérieur telle que fixée à l'article 3§3 TUE<sup>437</sup>. La réponse première relève de l'évidence : non seulement la clause de sauvegarde n'apparaît pas nécessaire à la réalisation du marché intérieur, mais elle la contrarie. On peut alors se demander comment expliquer la persistance textuelle de la clause de sauvegarde dans le droit conventionnel lié aux accords de libre-échange, dans le droit commercial international et dans le droit de l'Union, dont les règles sont pourtant d'inspiration éminemment libérale ? La réponse doit se trouver dans l'ensemble que constituent libertés économiques d'un côté et clause de sauvegarde de l'autre côté. Dans ce contexte, la clause de sauvegarde doit être considérée comme la réserve, voire même le reliquat de souveraineté économique de l'entité qui consent à l'abandon de sa faculté d'intervention au profit de la libéralisation des échanges. Seulement, lorsque le mouvement de libéralisation des échanges s'avère significativement infléchi par la manifestation de volonté protectionniste des États-Unis, en particulier dans le domaine des produits sidérurgiques, ceci dans un contexte de surcapacité persistante à l'échelle mondiale, se dessine alors une finalité de l'Union qui dépasse largement l'idéologie libérale : servir l'intérêt de l'Union. Servir l'intérêt de l'Union, dans le cadre précis du Règlement d'exécution (UE) 2018/1013 de du 17 juillet 2018 instituant des mesures de sauvegarde provisoires concernant les importations de certains produits sidérurgiques, cela signifie protéger l'industrie sidérurgique de l'Union représentant 180000 employés<sup>438</sup> contre les prix d'importation anormalement bas pratiqués en raison de pratiques commerciales déloyales combinées à une situation de surcapacité de production généralisée. On nous informe pourtant que « l'analyse de l'intérêt de l'Union a été fondée sur une appréciation des divers intérêts en jeu, notamment ceux des producteurs de l'Union, des importateurs et des utilisateurs<sup>439</sup>. »

Concernant ces deux dernières catégories d'intérêts, la Commission écrit avec une vision de long terme propre à la protection de l'intérêt de l'Union dans son ensemble : « Les utilisateurs et les importateurs, en général, cherchent le plus bas prix possible pour l'acier, et il est clair que, sans mesures, les prix seraient plus bas. Néanmoins, il est également dans leur intérêt d'avoir une industrie sidérurgique de l'Union compétitive, viable et capable de satisfaire leurs besoins futurs<sup>440</sup>. »

<sup>435</sup> Arrêt du 5 mai 1981, Affaire Dürbeck 112/80, recours préjudiciel Point 40 : « la Commission doit, lorsqu'elle estime que les conditions requises pour l'application de telles mesures sont réunies, s'inspirer du respect du principe de proportionnalité sous-jacent à l'ordre communautaire ».

<sup>436</sup> JOUE, 26 octobre 2012, C 326/18.

<sup>437</sup> À l'origine, l'objectif de réalisation du marché commun était affirmé dès l'article 2 du traité de Rome, juste après l'article instituant la Communauté économique européenne.

<sup>438</sup> Considérant (90) du Règlement d'exécution 2018/1013, L181/49.

<sup>439</sup> *Ibidem*, Considérant (89).

<sup>440</sup> *Ibidem*, Considérant (91).

Autrement dit, les intérêts de court terme des importateurs et utilisateurs de l'Union sont délaissés au profit de la protection stratégique de l'industrie de l'Union dans le but de pérenniser son indépendance. Toutefois, afin de rassurer ces deux catégories d'intérêts lésés dans l'immédiat au profit de l'intérêt supérieur de l'Union qui se confond en l'espèce avec celui de l'industrie sidérurgique de l'Union, « la Commission estime que le risque que la mesure adoptée déclenche une pénurie d'approvisionnement ou une augmentation des prix n'est pas important<sup>441</sup>. »

b. La dérogation à l'objectif de libéralisation, satisfaction indirecte de l'effort de libéralisation

270. Dès lors, même s'il ne fait pas de doute que les effets potentiels de l'activation d'une clause de sauvegarde sont à l'exact opposé de la volonté d'intégration négative du marché en cause, qu'il soit mondial, régional ou bilatéral, Christian TALGORN nous éclaire *a contrario* sur la nécessité de la clause de sauvegarde dans le droit conventionnel et, par extension, dans le droit de l'Union et le droit de l'OMC : « Il ne s'agit pas pour autant d'une dérogation aux objectifs assignés... Il est inévitable que des mesures restrictives à l'importation perturbent un objectif. Toute dérogation ou exception prévue dans un régime conventionnel est destinée à maintenir le fonctionnement de l'accord et contribue ainsi à la réalisation des objectifs définis<sup>442</sup>. » Le contrôle de nécessité au regard de la finalité de la clause de sauvegarde est donc satisfait à raison de la contribution de cette clause à la bonne application de l'accord, du droit de l'Union ou du droit de l'OMC. Le protocole n°2<sup>443</sup> complète les dispositions du TUE sur le principe de proportionnalité pour en préciser le contrôle permanent par les institutions de l'Union, avant même l'accès à la vie juridique de la législation en cause. Une fois la législation en vigueur, celle-ci peut encore être contestée devant la CJUE sur la base d'une violation du principe de proportionnalité.

## 2. L'adéquation de la clause de sauvegarde

271. En plus de l'exigence positive du test de nécessité relative à sa finalité, la clause de sauvegarde doit encore démontrer son adéquation, son caractère approprié concomitamment au but recherché.

Cette exigence d'adéquation qui a encore pour effet de restreindre les facultés de recours à cette clause de sauvegarde renvoie d'abord à des acceptions de nature tant qualitative que quantitative (a). Cet impératif d'adéquation de la clause de sauvegarde évoque ensuite la recherche d'équilibre juridique par-delà le déséquilibre des intérêts (b).

a. Les acceptions qualitative et quantitative de l'adéquation de la clause de sauvegarde

272. Une fois la nécessité de la clause de sauvegarde vérifiée au regard de sa finalité, il convient de l'apprécier de manière relative quant à son application sous la forme d'une mesure de sauvegarde. On revient alors à la notion de proportionnalité dans une acception plus mathématique : « les mesures à arrêter doivent être quantitativement et qualitativement adaptées aux difficultés à résoudre<sup>444</sup>. » Il s'agit ici de contrôler la proportion ou adéquation de la mesure envisagée au but poursuivi par la clause de sauvegarde. À titre d'exemple, l'invocation de l'objectif de protection de la santé au soutien d'une législation

<sup>441</sup> *Ibidem*, Considérant (94).

<sup>442</sup> TALGORN Christian, op. cit., page 798.

<sup>443</sup> JOUE, 26 octobre 2012, C 326/206.

<sup>444</sup> TALGORN Christian, op. cit., page 795.

restrictive n'est pas nécessairement adéquate : « L'article 36 TFUE doit être interprété en ce sens qu'une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit la fixation de prix uniformes pour la vente par les pharmacies de médicaments à usage humain soumis à prescription, ne peut pas être justifiée aux fins de la protection de la santé et de la vie des personnes, au sens de cet article, dans la mesure où cette réglementation n'est pas apte à atteindre les objectifs recherchés<sup>445</sup>. » Dans le sens contraire, une restriction quantitative ou toute mesure d'effet équivalent peut être rendue nécessaire à raison de l'objectif de protection de la santé, ainsi que peut en juger le Conseil d'État<sup>446</sup> : des « réglementations imposant une standardisation maximale des conditionnements sur la consommation de tabac...propres à garantir la réalisation des objectifs de protection de la santé publique et de maîtrise des dépenses de santé, poursuivis par le législateur alors même qu'aucun mécanisme d'indemnisation n'a été prévu, ni le législateur ni le pouvoir réglementaire n'ont, en adoptant les dispositions attaquées, méconnu le juste équilibre qu'il convient de ménager entre les exigences de l'intérêt général et la protection du droit de propriété assurée par l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1 à la CEDH ».

273. Dans le cadre des mesures de sauvegarde provisoires instituées le 17 juillet 2018 sur certains produits sidérurgiques, la démonstration de l'adéquation des mesures est faite par l'analyse économique. Ainsi, au visa des considérants (101) à (111) dudit règlement d'exécution, on observe en premier lieu le recours au modèle macroéconomique d'équilibre partiel appliquant l'hypothèse d'Armington selon laquelle les produits d'origine différentes constituent des substituts imparfaits. Ce modèle est testé en faisant varier les tarifs de sauvegarde de sorte que la hausse des importations ne dépasse pas 10% relativement à la période de référence 2015-2017. Ces résultats sont ensuite croisés, recoupés à l'aide d'une analyse microéconomique des marges sur coût variables de 12 catégories représentatives des produits sidérurgiques en cause. Le taux obtenu de 32% dans le premier modèle et de 34% dans le second a ensuite été ramené à 25%, taux estimé suffisant pour « empêcher l'apparition d'un préjudice grave », ou encore « pour calculer un droit suffisamment dissuasif ». Cette exigence d'adéquation tant qualitative que quantitative à l'égard de la mesure de sauvegarde instituée renvoie à une certaine sagesse de la Commission, qui ne cède pas à la surenchère en se contraignant à une forme d'« intransigeance exténuante de la mesure<sup>447</sup> » dans la mise en œuvre de sa défense commerciale commune.

#### b. La recherche d'équilibre juridique par-delà le déséquilibre des intérêts

274. L'adéquation du recours à la clause de sauvegarde est tout aussi relative dans la mesure où elle ne s'apprécie pas de la même manière selon que l'on est, ou non, partie prenante. Une certaine hiérarchie des intérêts se crée alors à la lumière de l'utilisation de cette clause de sauvegarde. Il en résulte un déséquilibre des forces en présence que le contrôle du principe de proportionnalité permet de corriger. Il en est par exemple ainsi de la possibilité ouverte aux entreprises, parties privées par conséquent, de contester devant la CJUE une mesure de sauvegarde : « Constituent des règles de droit conférant des droits aux particuliers le principe de proportionnalité<sup>448</sup> ». En l'espèce, la question se posait de savoir s'il n'était pas accordé une priorité à la politique agricole commune au détriment des intérêts des pays et territoires d'outre-mer, en particulier des entreprises exportatrices de matières produits agricoles. La même observation peut être faite de manière encore plus patente concernant les mesures de sauvegarde provisoires instituées par le règlement 2018/1013 au sein duquel

<sup>445</sup> CJUE, 19 octobre 2016 1<sup>ère</sup> chambre, affaire C 148/15.

<sup>446</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ch., 23 déc. 2016, n°399117, n. GRAVELAU Philippe, Gazette du Palais, n°04, page 37.

<sup>447</sup> CAMUS Albert, *L'homme révolté*, folio essais, éditions Gallimard, 1951, page 315.

<sup>448</sup> Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance, arrêt Unifruit Hellas c/ Commission, affaire T-489/13, 15 décembre 1994 point 42, V. aussi arrêt du Tribunal du 6 décembre 2001, T-43/98, Emesa Sugar NV C/Conseil de l'Union européenne, point 104.

il ne fait pas de doute que l'industrie sidérurgique de l'Union est privilégiée par rapport aux importateurs et utilisateurs de produits sidérurgiques. Ceci en gardant à l'esprit que « les pays n'échangent plus des produits finis, mais des intrants qui passent de part et d'autre de la frontière en cours de fabrication...Le secteur manufacturier aux États-Unis représente 20% de la production et 8% de l'emploi. » « La substitution de la production domestique aux importations...Les pays ont aujourd'hui des spécialisations productives spécifiques, liées à la segmentation des chaînes de valeur : ce qui est produit dans un pays le plus souvent n'est pas produit dans un autre pays<sup>449</sup>. » Cette même observation peut être reprise à l'occasion de l'institution des mesures de sauvegarde définitives par le règlement d'exécution 2019/159, où l'on peut lire au considérant (130) : « Il a été provisoirement conclu que l'institution des mesures de sauvegarde serait dans l'intérêt des producteurs de l'Union car elle empêcherait tout préjudice grave causé par une nouvelle augmentation importante des importations. Après l'institution des mesures provisoires, la Commission n'a reçu aucune observation contredisant ce point de vue de la part des producteurs de l'Union. Les conclusions provisoires ont donc été confirmées. »

275. C'est finalement la notion d'équilibre juridique, même dans le déséquilibre des faits et des chiffres, qui concourt à la formation de la conviction de l'adéquation de l'activation de la clause de sauvegarde à l'objectif de protection de l'intérêt de l'Union dans son ensemble qu'elle entend servir.

#### B. Les exigences négatives du test de nécessité

276. Au même titre que l'administration de la preuve d'un fait négatif s'avère autrement plus difficile que celle d'un fait positif, démontrer que la mesure de sauvegarde envisagée ne peut pas prendre la forme d'une autre mesure, moins restrictive des échanges, peut constituer un obstacle infranchissable. Cet écueil du test de nécessité dans lequel la clause de sauvegarde ne doit jamais tomber consiste à démontrer l'absence d'alternative possible à la sauvegarde (1). Elle est par ailleurs complétée par l'exigence d'absence de réitération dans son activation (2).

##### 1. L'exigence d'absence d'alternative à l'activation de la sauvegarde

277. La justification du bienfondé de la mesure de sauvegarde implique également de démontrer qu'il n'existait pas d'alternative possible à son activation dans le cadre conceptuel libéral défini par le droit de l'OMC ainsi que le droit de l'Union. Autrement dit, par sa nature restrictive des échanges, la clause de sauvegarde constitue une anomalie intrinsèque à l'intégration négative du marché dont il importe d'analyser la sensibilité au caractère intentionnel d'un point de vue objectif (a). Sauf exécution dont les effets seraient irréversibles, l'action d'une entité est toujours susceptible d'alternative en son principe. Dès lors l'exigence d'absence d'alternative à l'activation de la clause de sauvegarde peut résulter de la démonstration de ce que, en l'absence d'une telle mesure, les effets de l'inaction auraient été irréversibles, ce qualificatif étant entendu dans un sens péjoratif comme à l'origine d'un dommage irréversible causé à l'Union. L'absence d'alternative se justifie alors par réaction, d'un point de vue subjectif (b).

<sup>449</sup> ARTUS Patrick, *Protectionnisme, dévaluation, relance : un cocktail vénéneux*, Les Echos, 24 et 25 mars 2017.

### a. La sensibilité de la sauvegarde au caractère intentionnel de son auteur

278. Si la clause de sauvegarde peut être nécessaire au regard de sa finalité et adéquate dans le sens d'une proportion aux objectifs poursuivis, elle n'en est pas validée pour autant au regard du test de nécessité.

En effet, la clause de sauvegarde est encore éprouvée dans la mesure où il doit être prouvé qu'elle ne peut pas ne pas être moins restrictive, autrement dit que son application n'aurait pas pu prendre la forme d'une mesure plus libérale : « Le critère de proportionnalité implique de vérifier que la protection de l'intérêt général n'aurait pas pu être réalisée par des mesures moins restrictives des échanges entre États membres<sup>450</sup>. » Cela signifie que, à l'instar des entreprises qui allèguent être victimes d'abus de dépendance économique<sup>451</sup>, une entité souveraine aura toutes les difficultés à démontrer l'absence d'alternative possible à l'activation d'une clause de sauvegarde : « La notion de perturbation minimale est un correctif au principe de la proportionnalité. En effet, il arrive que des mesures particulièrement rigoureuses soient « adéquates » à une situation donnée. L'opportunité de leur choix pourra être remise en cause si des mesures plus souples amenuisent les risques de perturbation, par exemple dans les échanges avec les États tiers<sup>452</sup>. » On peut rapprocher cette exigence négative de l'absence de mauvaise foi traduite par l'absence de restriction déguisée au commerce. Cette exigence comportementale renvoie par antagonisme au principe de loyauté dans les affaires et au principe de coopération loyale entre entités souveraines associées dans le but de favoriser les échanges commerciaux. Il ne fait pas de doute que dissimuler une intention peut être répréhensible sur le plan moral. Il n'est pas non plus discutable que le progrès économique permis par la libéralisation des échanges a conduit au progrès social et à la réduction relative de la pauvreté. Toutefois, à titre d'exception, la clause de sauvegarde ne se situant pas dans le domaine de la sanction des pratiques commerciales internationales déloyales mais dans la seule volonté de protection d'une industrie locale subissant la concurrence mondiale, l'activation de la clause de sauvegarde apparaît indifférente du caractère intentionnel.

### b. La justification de l'absence d'alternative à la sauvegarde par réaction

279. Après avoir exposé la vérification stricte de l'absence d'alternative objective à l'activation de la sauvegarde en comparaison avec une éventuelle mesure plus libérale qui devrait lui être préférée, il importe également de démontrer que l'activation de la sauvegarde constitue la réaction inéluctable au contexte commercial international en cause. Autrement dit la réaction de l'Union à ce contexte par l'institution de mesures de sauvegarde doit constituer un ultime recours dans la mesure où, nous l'avons vu, cette exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union se situe à la dernière place de de la défense commerciale commune. En pratique, cette absence d'alternative à la sauvegarde est largement affirmée par la Commission, en particulier dans le cadre des mesures instituées relatives aux importations de certains produits sidérurgiques : « Nous n'avons pas d'autre choix que de mettre en place des mesures de sauvegarde provisoires pour protéger l'industrie européenne contre une augmentation soudaine des importations<sup>453</sup>. » Pour expliquer cette absence de choix, il convient de reprendre l'analyse du règlement d'exécution 2018/1013 du 17 juillet 2018 en concentrant l'attention sur l'évolution et la causalité des importations de produits sidérurgiques. Ainsi, sur la période 2013-2017, une hausse de 62% des importations est constatée<sup>454</sup>, leur part de marché passant de 12,7% à

<sup>450</sup> VOGEL Louis, *Droit du marché intérieur*, op. cit., page 65.

<sup>451</sup> Article L.420-2 alinéa 2 du code de commerce.

<sup>452</sup> TALGORN Christian, Op. cit., page 791.

<sup>453</sup> MALMSTROM Cécilia, commissaire au commerce in Commerce : la Commission institue des mesures de sauvegarde provisoires sur les importations de produits sidérurgiques, 18 juillet 2018, IP/18/4563.

<sup>454</sup> Considérant (21) du Règlement d'exécution 2018/1013, L181/41.

18%. Le contexte est celui d'une surcapacité démontrée par une « production d'acier au niveau mondial [qui] a plus que doublé depuis 2000 : elle est passée de 1,05 milliard de tonnes en 2000 à 2,29 milliards de tonnes en 2016<sup>455</sup>. » Ceci alors que la demande est inférieure de 100 millions de tonnes à la production effective d'acier en 2016. La Commission explique encore que « les déséquilibres structurels ...sont accentués par des subventions et des mesures de soutien des pouvoirs publics génératrices de distorsion<sup>456</sup>. » Cette situation est amplifiée par l'existence de coût fixes élevés qui incitent à l'utilisation des capacités de production à des taux élevés, malgré l'absence de demande proportionnelle. Enfin, l'offensive protectionniste des États-Unis engagée sous la présidence de Donald TRUMP 2016-2020 a d'abord été marquée par l'augmentation significative des mesures antidumping et compensatoires<sup>457</sup> sur les produits sidérurgiques puis, par décision unilatérale d'extension des mesures à l'Union du 31 mai 2018, sous couvert de défense de leur sécurité nationale, par ce que l'Union n'hésite pas à qualifier – à raison – de « mesures illégales et restrictives adoptées par les États-Unis au titre de la section 232<sup>458</sup>. » La Commission du commerce international du Parlement européen est également en ce sens lorsqu'elle « juge injustifiée la décision des États-Unis d'imposer des droits de douane sur les produits en acier et en aluminium le 31 mai 2018 pour des motifs de « sécurité nationale » au titre de la section 232 du Trade Expansion Act de 1962 et estime qu'elle ne répond pas au problème posé par l'acier excédentaire sur les marchés mondiaux et ne respecte pas les règles de l'OMC<sup>459</sup> ».

280. Cette absence d'alternative par réaction au contexte commercial international peut encore justifier l'activation de la clause de sauvegarde de manière plus énergique par l'institution de mesures de sauvegarde, comme ce fut le cas dans le règlement d'exécution 2018/1013 du 17 juillet 2018 puis le règlement d'exécution 2019/159 du 31 janvier 2019 portant sur les importations de produits sidérurgiques.

## 2. L'absence de réitération dans l'activation de la sauvegarde

281. En plus de l'impératif de recherche d'alternative à la clause de sauvegarde en vue d'une minimisation des entraves, le législateur a encore prévu que la mesure de sauvegarde envisagée ne devait pas être réitérée dans le temps pour un même produit, imposant une forme de délai de viduité. Ainsi, l'article 21 du RCAI dispose : « Aucune nouvelle mesure de sauvegarde ne peut être appliquée à l'importation d'un produit qui a fait l'objet d'une précédente mesure de sauvegarde et cela pendant une période égale à la durée d'application de la mesure précédente. Cette période ne peut être inférieure à deux ans. » Cette exigence renvoie au constat d'inefficacité de la clause de sauvegarde ainsi activée, dont la réitération n'est par conséquent pas nécessaire. En effet, on peut penser que si l'industrie ou le produit en cause est toujours exposé à des importations massives concurrentes, alors l'objectif de protection porté par la clause de sauvegarde n'a pas été atteint. On observe par ailleurs que les dispositions de l'article 21 du RCAI ne font que reprendre celles de l'article 7 de l'accord sur les sauvegardes en des termes identiques. Le droit de l'Union se confond donc avec le droit de l'OMC en la matière.
282. Il est toutefois prévu que ce que l'on peut qualifier de délai de viduité entre l'application de deux clauses de sauvegarde successives concernant un même produit peut être raccourci : « une mesure de sauvegarde d'une durée maximale de 180 jours peut être appliquée de nouveau à l'importation d'un produit :

<sup>455</sup> *Ibidem*, considérant (31).

<sup>456</sup> *Ibidem*, considérant (32).

<sup>457</sup> *Ibidem*, considérant (34) : 169 mesures antidumping et compensatoires.

<sup>458</sup> *Ibidem*, considérants (35) et (86).

<sup>459</sup> LANGE Bernd, RUBIG Paul, op. cit., considérant 5, page 6.



- a) si un an au moins s'est écoulé depuis la date d'introduction d'une mesure de sauvegarde visant l'importation de ce produit ; et
- b) si une telle mesure de sauvegarde n'a pas été appliquée au même produit plus de deux fois au cours de la période de cinq ans ayant immédiatement précédé la date d'introduction de la mesure. »

283. Il résulte de ce qui précède que le législateur puis le juge de l'Union ont largement encadré la clause de sauvegarde par le test de nécessité. La multiplication des exigences tant positives que négatives pour satisfaire le test de nécessité a rendu cette étape difficilement franchissable. Pour autant, cette restriction ne présente pas de caractère insurmontable, comme le démontrent le règlement d'exécution 2018/1013 instituant des mesures de sauvegarde du 17 juillet 2018 puis le règlement d'exécution 2019/159 du 31 janvier 2019.

§2 : La compromission de l'effectivité de la sauvegarde par l'exigence de concessions

284. En plus des exigences cumulatives du test de nécessité qui conditionnent la mise en œuvre de la clause de sauvegarde, l'effectivité de cette dernière se trouve encore menacée par la subordination de son application à l'obtention de concessions visant à compenser les effets de la mesure de sauvegarde.

Cette déclinaison du principe de réciprocité en droit international apparaît inadéquate dans le cadre des prévisions inhérentes à la clause de sauvegarde (A). Elle a pour effet de reléguer la clause de sauvegarde au rang de législation supplétive (B).

A. L'inadéquation de l'exigence de concessions dans le cadre de la sauvegarde

285. Dans les différents régimes de clause de sauvegarde étudiés, une condition d'application apparaît non pas simplement stricte, mais plutôt incongrue. Il s'agit de l'exigence de concessions qu'imposerait la mise en application d'une clause de sauvegarde à son initiateur.

Cette incongruité apparaît d'autant plus étonnante qu'elle est d'une grande constance dans le temps, depuis des décennies (1). Surtout, cette exigence de compensation concomitante à l'application de la clause de sauvegarde ampute largement l'effectivité de cette dernière (2).

1. L'application duale du principe de réciprocité aux concessions

286. L'exigence de concessions de la part de l'État membre de l'OMC activant une clause de sauvegarde résulte de la stricte application du principe de réciprocité. Il s'agit en particulier de pourvoir à l'objectif supérieur d'intégration négative selon lequel les mesures ainsi prises ne doivent pas constituer de restrictions déguisées au commerce. De la sorte, la constance de l'exigence de compensation de la sauvegarde (a) apparaît juridiquement fondée même si elle est inopportune. À rebours de cette doctrine majoritaire alignée sur la prééminence des libertés économiques de circulation au service des « forces du marché », l'action *a contrario* de retrait de concessions par application miroir du principe de réciprocité mérite tout autant l'attention (b).

a. La constance de l'exigence de compensation de la sauvegarde

287. Le principe de réciprocité entache l'effectivité et relativise l'unilatéralisme de la clause de sauvegarde en ce qu'il fonde l'exigence de concessions ou de compensation en contrepartie de la décision d'exécution d'une telle mesure : « la politique commerciale [internationale] est soumise aux règles de non-discrimination et de réciprocité des avantages

accordés<sup>460</sup>... » Il en est ainsi dans le droit de l'OMC où, au visa de l'article 8 de l'accord sur les sauvegardes, il est prévu que l'initiateur d'une mesure de sauvegarde « s'efforcera de maintenir un niveau de concessions et d'autres obligations substantiellement équivalent à celui qui existe en vertu du GATT de 1994 ».

Dès lors, en matière de sauvegarde, le droit commercial multilatéral « permet à tous les membres exportateurs affectés de suspendre des « concessions ou autres obligations substantiellement équivalentes » au nom de la sacro-sainte réciprocité fondée sur l'équilibre des avantages naturels et qui n'a cessé de présider au fonctionnement du GATT hier et de l'OMC aujourd'hui<sup>461</sup>. » En considération de ces dispositions, dans l'hypothèse d'une décision d'exécution d'une mesure de sauvegarde par l'Union, les échanges commerciaux avec les pays tiers devraient obéir à un jeu à somme nulle. Autrement dit, ce que la mesure de sauvegarde s'emploierait à préserver du côté de la branche industrielle en cause devrait être compensé par une concession dans un autre domaine des relations commerciales, voire par une contre-mesure des pays tiers affectés par la mesure. On comprend aisément que le principe même du recours à la mesure de sauvegarde s'en trouve contrarié par cette exigence de compensation, même différée. Dans les relations bilatérales, on constate également que, lorsqu'un ALE prévoit des clauses de sauvegarde spécifiques complétant celle du droit de l'OMC, le même principe de compensation peut trouver à s'appliquer. Il en est par exemple ainsi de l'article 3.4<sup>462</sup> de l'ALE entre l'Union et la Corée du sud qui prévoit notamment, en son paragraphe 1, que : « Toute partie qui applique une mesure de sauvegarde bilatérale consulte l'autre partie de manière à s'entendre sur une compensation appropriée de libéralisation des échanges sous la forme de concessions ayant, en substance, des effets commerciaux équivalents ou correspondant à la valeur des droits supplémentaires censés résulter de la mesure de sauvegarde. »

#### b. Le retrait de concessions par application du principe de réciprocité

288. Ce principe de compensation apparaît donc indissociable des accords bilatéraux comme multilatéraux prévoyant une clause de sauvegarde. Cette situation est par ailleurs largement ancrée dans le temps et les fondements des conditions juridiques entourant la clause de sauvegarde, puisque dès 1979, Christian TALGORN<sup>463</sup> pouvait écrire à ce propos : « Le désaccord entre les parties peut provenir à propos de la compensation revendiquée par le pays qui se voit opposer des mesures dérogatoires. La reconnaissance d'un droit de rétorsion ne facilite guère le recours à l'article XIX. D'ailleurs, cela constitue l'une des principales raisons qui semblent en avoir entravé l'usage. » Dès lors, cette condition ou contrepartie exigée à l'encontre de l'application d'une clause de sauvegarde ampute cette dernière de manière significative. La question peut donc se poser de l'utilité du maintien de telles concessions et, partant, de la rupture de la règle du jeu à somme nulle dans le temps. Il est en effet envisageable de différer l'octroi de concessions au moins équivalentes aux effets de la mesure de sauvegarde. C'est finalement en ce sens que l'on peut analyser ce qu'il est convenu d'appeler les mesures de rétorsion prises par l'Union contre les États-Unis<sup>464</sup>. Se développe ainsi une prise de conscience de l'intérêt de la défense de cet intérêt de l'Union en direction de ses citoyens, ce qui pourrait contribuer au renforcement de l'unité de l'Union, par ailleurs mise à mal dans le domaine budgétaire.

<sup>460</sup> SUWA-EISENMANN Akiko, *Les conséquences du virage protectionniste américain*, Les Echos, 1<sup>er</sup> mars 2017.

<sup>461</sup> CARREAU Dominique, §3 Sauvegardes, rub. 130, Commerce international multilatéral (droit matériel commun), Répertoire de droit international, Dalloz, 2012.

<sup>462</sup> JOUE, L127/12, 14 mai 2011.

<sup>463</sup> TALGORN Christian, op. cit., page 874.

<sup>464</sup> European Union to Council for trade in Goods, G/L/1237 ;G/SG/N/12/EU/1, immediate notification under article 12.5 of the agreement on safeguards, 18 may 2018.

## 2. L'amputation de la sauvegarde à raison de l'exigence de compensation

289. Dans ces conditions, peut-on réellement qualifier la mesure de sauvegarde d'exception protectionniste tant le caractère unilatéral de la mesure s'en trouve atrophié ? Si l'on se range derrière l'analyse selon laquelle « [...] l'unilatéralisme atteint le principe de réciprocité (des concessions) comme il s'oppose à d'autres principes, en particulier la non-discrimination<sup>465</sup> », alors la mesure de sauvegarde ne peut être qualifiée de protectionniste dans la mesure où elle fait partie d'un jeu à somme nulle par le truchement de concessions et de compensations. *A contrario*, dans l'hypothèse où la mesure de sauvegarde serait effectivement unilatérale, c'est-à-dire libérée de toute obligation de compenser les effets de sa mesure au profit des pays tiers, serait-elle pour autant discriminatoire ? Une réponse négative à cette question s'impose en raison du fait que la mesure de sauvegarde est exclusivement dirigée contre un produit ou une catégorie de produits, et non contre un pays. Il n'existe donc pas de sélectivité de la mesure de sauvegarde à raison de l'origine du produit, mais de sa nature. Surtout, l'unilatéralisme de la mesure de sauvegarde, qui n'est donc pas nécessairement synonyme de discrimination, contribuerait grandement à son efficacité par la célérité à laquelle elle pourrait être mise en œuvre. Ainsi qu'il le sera envisagé infra<sup>466</sup>, il apparaît nettement plus pertinent d'exiger l'association d'un plan de sauvegarde à la mesure de sauvegarde pour contribuer à l'objectif poursuivi – la préservation de l'industrie en cause – que d'exiger des concessions sans rapport avec le domaine de la sauvegarde envisagée.
290. Pour toutes ces raisons, il convient de conclure à l'inadéquation du maintien de l'exigence de concessions et d'autres obligations résultant du droit commercial multilatéral à un niveau équivalent en cas d'application d'une mesure de sauvegarde.

### B. Le cantonnement de la sauvegarde au rang de législation supplétive

291. Le corollaire immédiat des nombreuses contraintes juridiques imposées dans le cadre des différents régimes de sauvegarde réside dans le caractère éminemment supplétif que revêt la sauvegarde. Ne devrait-elle présenter un caractère impératif dès lors que ses conditions d'application sont réunies ? L'arbitrage politique résultant du pouvoir de la Commission en la matière ne pourrait-il pas se trouver contraint par un contrôle démocratique du Parlement européen, à l'instar du contrôle observé dans la procédure de sauvegarde aux États-Unis ? Cette subordination de l'application d'une clause de sauvegarde à la volonté politique révèle deux approches. D'une part, l'Union européenne, garante de l'État de droit et de la démocratie en son sein, mais aussi héraut du multilatéralisme dans ses relations extérieures, a toujours privilégié l'approche légaliste de la clause de sauvegarde (1). Ce qui n'est pas le cas d'autres membres de l'OMC qui, à l'instar des États-Unis, de l'Inde ou de la Chine, envisagent la clause de sauvegarde selon une approche opportuniste (2).

#### 1. L'évolution de l'approche légaliste de la clause de sauvegarde par l'Union

292. L'approche de l'Union dans le cadre de sa défense commerciale commune peut être qualifiée de légaliste dans la mesure où cette entité supranationale – ayant largement concouru à l'édification de l'OMC – témoigne logiquement un infini respect aux règles commerciales internationales, ce qui se traduit en particulier dans son droit dérivé<sup>467</sup> consacré à la clause de sauvegarde. Ainsi, jusqu'à l'élection de Donald TRUMP en novembre 2016, le constat était celui de l'orthodoxie juridique de l'Union mise au service du libéralisme, logiquement aux dépens

<sup>465</sup> BOUHIER Vincent, op. cit., page 597.

<sup>466</sup> Voir même chapitre, *L'association du plan de sauvegarde à la mesure de sauvegarde*, pages 143 s.

<sup>467</sup> Les considérants (3) et (4) du RCAI du 11 mars 2015 se référant aux règles de l'OMC de manière explicite.

de la clause de sauvegarde (a). Ensuite, la crise du libéralisme déclenchée par l'administration TRUMP a conduit à l'inflexion de cette approche légaliste de l'Union au profit de l'activation de la clause de sauvegarde (b).

a. L'orthodoxie juridique de l'Union au service du libéralisme

293. Dans ses relations extérieures, l'élégance morale portée par les valeurs de l'Union ne doit pas exclure la possibilité de faire preuve de fermeté dans l'application de sa politique commerciale commune, en particulier pour sa défense commerciale. Or la position de la Commission, garante des traités donc des valeurs<sup>468</sup> de l'Union, écarte l'application de la clause de sauvegarde d'une manière générale : « L'instrument de sauvegarde est l'instrument le plus restrictif et ne devrait donc être utilisé que dans des circonstances vraiment exceptionnelles ... la Commission intervient de manière systématique dans presque toutes les enquêtes afin d'attirer l'attention sur d'éventuelles graves lacunes, souvent dès le stade de l'ouverture<sup>469</sup>. » Elle justifie cette position par la nécessaire ouverture économique dont elle doit faire montre afin d'obtenir de nouveaux débouchés sur le marché mondial : « ...la Commission poursuivra ses efforts en vue de promouvoir, auprès de ses partenaires commerciaux, les normes strictes que l'Union applique, puisque celles-ci contribuent à une stratégie d'accès aux marchés pour les marchandises commercialisées de manière équitable<sup>470</sup>. » Ce respect scrupuleux des règles du droit commercial multilatéral reprises par ailleurs dans le droit de l'Union à travers le RCAI rend quasiment impossible l'application légitime de la clause de sauvegarde.
294. Dans ses relations internes, en particulier entre les régions ultrapériphériques et le continent, le juge de l'Union n'est pas moins strict quant aux conditions d'application de la clause de sauvegarde idoine. Ainsi, dans l'arrêt *Nederlandse Antillen*<sup>471</sup> du 10 avril 2003, on peut lire : « Ainsi, lorsque la Commission envisage de prendre des mesures de sauvegarde sur le fondement de l'article 109, paragraphe 1, de la décision PTOM, elle doit, dans la mesure où les circonstances de l'espèce n'y font pas obstacle, se renseigner sur les répercussions négatives que sa décision risque d'avoir sur l'économie des PTOM concernés ainsi que sur les entreprises intéressées (voir arrêts précités du 11 février 1999, *Antillean Rice Mills e.a./Commission*, point 26, et *Nederlandse Antillen/Conseil*, point 68). »
295. Compte tenu de ce qui précède, il ne pouvait résulter qu'une grande parcimonie dans la mise en œuvre de la clause de sauvegarde au sein de l'Union comme dans ses relations extérieures. Les rapports dédiés aux instruments de défense commerciale de l'Union<sup>472</sup> et ceux de l'OMC<sup>473</sup> spécialement consacrés aux mesures de sauvegarde sur la période de

<sup>468</sup> Valeurs visées à l'article 2 TUE : « ... respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

<sup>469</sup> Commission européenne, Synthèse des mesures de défense commerciale des pays tiers contre l'Union européenne pour l'année 2015, COM (2016) 392 final, 15 juin 2016, page 6.

<sup>470</sup> *Ibidem*, page 12.

<sup>471</sup> Affaire C-142/00, point 73.

<sup>472</sup> Rapports sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de l'Union européenne (2007) – COM (2008) 877 final – (2008) – COM (2009) 573 final – (2009) – COM (2010) 558 final – 2010 – COM (2012) 59 final – 2011 – COM (2012) 599 final – 2012 – COM (2013) 890 final – 2013 – COM (2015) 43 final – 2014 – COM (2015) 385 final – (2015) – COM (2016) 661 final.

<sup>473</sup> Rapports du comité des sauvegardes au conseil du commerce des marchandises (2007) – G/L/832 du 30 octobre 2007 – (2008) – G/L/862 du 31 octobre 2008 – (2009) – G/L/901 du 22 octobre 2009 – (2010) – G/L/936 du 29 octobre 2010 – (2011) – G/L/972 du 1<sup>er</sup> novembre 2012 – (2012) – G/L/1009 du 6 novembre 2012 – (2013) – G/L/1054 du 29 octobre 2013 – (2014) – G/L/1087 du 5 novembre 2014 – (2015) G/L/1130 G/SG/141 du 28 octobre 2015 – (2016) G/L/1155 G/SG/142 du 27 octobre 2016.

2007 à 2016 étaient en ce sens. Plus précisément, il n'existait plus, depuis 2007<sup>474</sup>, de mesure de sauvegarde<sup>475</sup> en cours d'exécution de la part de l'Union ou de l'un de ses vingt-huit États membres. La pratique était donc tombée en désuétude.

b. L'inflexion de l'approche légaliste de l'Union en période de crise du libéralisme

296. Toutefois, depuis 2016, l'arrivée au pouvoir de Donald TRUMP en tant que président des États-Unis a eu l'effet d'un chamboule-tout idéologique sur le terrain économique qui devait trouver sa plus spectaculaire déclinaison juridique sous la forme d'une activation de la clause de sauvegarde par l'Union. On constate dès lors une inflexion de l'approche légaliste de l'Union en matière de défense commerciale à l'occasion d'une crise majeure du libéralisme qui constitue le ciment économique et idéologique des quatre libertés de circulation du droit primaire. Cette inflexion a résidé dans le glissement d'une approche absolutiste à une approche relativiste de la restriction d'accès au marché<sup>476</sup> ainsi que des externalités négatives<sup>477</sup> résultant de l'activation de la sauvegarde. En de si critiques circonstances, l'existence d'une compétence exclusive de l'Union en matière de défense commerciale qui peut donc être qualifiée de défense commune constitue une chance dans l'hypothèse, désormais vérifiée, d'une offensive commerciale déclenchée par des mesures protectionnistes fiscales liées au rehaussement des droits de douane par les États-Unis. En effet, dans la mesure où la Commission est investie des pouvoirs les plus étendus pour agir dans l'intérêt de l'Union contenu dans sa défense commerciale commune, la célérité et la proportionnalité de la riposte est moins susceptible d'être freinée par l'inertie potentielle ou actuelle qu'impose normalement la règle de l'unanimité des États membres, en matière fiscale notamment. Raisonant par analogie, cette règle de l'unanimité exigée en droit des sociétés lorsque la responsabilité des associés est à la fois illimitée et solidaire peut-elle se transposer en droit de l'Union pour ses États membres ? Cela signifierait-il que l'Union serait une fiction juridique construite au service de ses États membres dans le seul but de satisfaire leur intérêt commun, indépendamment de tout intérêt supérieur, général, propre à l'Union ? Voire une technique juridique d'organisation de l'économie de marché ? Ou au contraire la création d'une telle entité supranationale dotée d'un ordre juridique, d'institutions et de compétences propres a-t-elle pour corollaire nécessaire la naissance d'un intérêt propre, qui concentre et complète à la fois l'intérêt des États membres ? Par ce règlement d'exécution 2018/1013 du 17 juillet 2018 instituant des mesures de sauvegarde provisoires sur certains produits sidérurgiques, l'Union a fait la démonstration de l'existence de son intérêt propre et de sa capacité de défense juridique, certes en infléchissant son approche légaliste mais sans pour autant trahir son attachement au droit, comme en témoignent les 121 considérants qui précèdent les 8 articles du règlement d'exécution 2018/1013, exposant et motivant avec force détails les raisons qui président à l'institution des mesures de sauvegarde provisoires.

---

<sup>474</sup> Alors que l'on observe dans le monde une hausse en nombre d'enquêtes de sauvegarde après la crise de 2008 : de 8 en 2008, elles passent 27 notifications en 2009, puis 21 en 2010 et 16 en 2011. Source : World Trade Organization, *Safeguard Initiations by Reporting Member*, 13<sup>th</sup> December 2016.

<sup>475</sup> Une dernière enquête de sauvegarde portant sur le réseau étendu sans fil avait été ouverte par l'Union le 30 juin 2010 et notifiée à l'OMC G/SG/N/6/EEC/5, enquête clôturée sans institution de mesure le 26/01/2011 (G/SG/N/9/EEC/2).

<sup>476</sup> Considérant (98) du règlement d'exécution 2018/1013.

<sup>477</sup> *Ibidem*, considérant (93).

## 2. L'approche opportuniste de la sauvegarde par certains membres de l'OMC

297. À l'opposé de cette approche légaliste, certains membres de l'OMC, mais aussi de la communauté internationale incarnée par l'Assemblée générale des nations unies d'une manière plus générale, consentent au multilatéralisme tant que leurs intérêts ne sont pas contrariés, voire menacés. Si tel se révèle être le cas, ce qui s'apprécie selon une combinaison entre le cycle économique dans lequel se situe le pays et l'orientation politique qu'il adopte, alors l'État souverain en cause est susceptible de délaissier les règles du droit commercial multilatéral au profit d'une approche plus opportuniste, en particulier de type unilatéral. Cette démarche peut débuter par une modification de sa législation sur la sauvegarde dans un sens plus ou moins restrictif : « At times of economic expansion, the conditions for a safeguard measure were tightened to make the grant to import restraint more difficult. When the economy experienced intense foreign competition and a downturn recession, changes were made to ease conditions for the application of safeguards<sup>478</sup>. » Cela se traduit ensuite par une infraction pure et simple aux règles multilatérales sur les sauvegardes et, par ricochet, l'inscription de l'affaire devant l'ORD, avec deux types de conséquences. D'une part, sur l'affaire considérée, aucune base légale<sup>479</sup> ne permettra de faire prospérer la clause de sauvegarde ainsi appliquée à raison de conditions de déclenchement non respectées. D'autre part, sur le membre de l'OMC qui met en œuvre cette clause de sauvegarde de manière opportuniste sans base légale, sa réputation sur la scène internationale sera entachée de ce comportement peu respectueux des règles commerciales multilatérales, délaissées au profit de son intérêt propre.
298. Pour autant, est-ce à dire que cet État souverain privilégiant, pour un temps, l'approche opportuniste à l'approche légaliste au regard de la sauvegarde – afin de protéger une branche de son industrie – encourt des représailles réelles de la part des autres membres de l'OMC, partenaires commerciaux actuels et potentiels ? Il semble ainsi que le rapport de force économique prime les règles du droit de l'OMC.

---

<sup>478</sup> LEE Yong-Shik, op. cit., page 229.

<sup>479</sup> Voir notamment les affaires DS248 DS249, DS251, DS52, DS253, DS254, DS258 et DS259 Etats-Unis – Mesures de sauvegarde concernant l'acier, plaintes des Communautés européennes (7 mars 2002), du Japon (20 mars 2002), de la République de Corée (20 mars 2002), de la Chine (26 mars 2002), de la Suisse (3 avril 2002), de la Norvège (4 avril 2002), de la Nouvelle-Zélande (14 mai 2002) et du Brésil (21 mai 2002) ; rapport du groupe spécial le 11 juillet 2003 ; rapport de l'organe d'appel le 10 novembre 2003, concluant à l'incompatibilité des mesures de sauvegarde instituées par les Etats-Unis avec l'article XIX du GATT de 1994 et l'accord sur les sauvegardes.

299. Les développements de cette section ont mis en évidence que tant les exigences multiples du test de nécessité de l'activation de la clause de sauvegarde que sa raison d'être textuelle paradoxalement favorable au libre-échange circonscrivent l'effectivité de cette exception protectionniste prise aux frontières de l'Union. Cette limitation s'accroît encore à la lecture de l'approche profondément légaliste de la clause de sauvegarde par l'Union, ce qui est à la fois conforme à ses valeurs tout en étant contraire à son intérêt qu'elle ne peut défendre de la sorte. En effet, dans un contexte où certains partenaires commerciaux majeurs adoptent une démarche opportuniste sur la sauvegarde, il importe que l'Union prenne la pleine mesure des ressources de la clause de sauvegarde, exception protectionniste à même de défendre énergiquement son intérêt sur la scène internationale. C'est en ce sens que peut être interprété le règlement d'exécution 2018/1013 du 17 juillet 2018 instituant des mesures de sauvegarde provisoires concernant certains produits sidérurgiques, complété par le règlement d'exécution 2019/159 du 31 janvier 2019 instituant des mesures de sauvegarde cette fois définitives à l'encontre des importations certains produits sidérurgiques.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

300. Voie d'exception à la libéralisation par sa nature même, la clause de sauvegarde n'en présente pas moins un caractère paradoxal de facilitateur du libre-échange par son insertion en guise de garantie de réserve de souveraineté économique. C'est la raison pour laquelle son effectivité s'avère largement limitée sur le plan juridique de ses conditions d'activation, à tel point que seule une conjoncture commerciale internationale d'importance majeure – à l'instar de l'orientation belliciste de l'administration TRUMP – peut en fonder juridiquement le recours. En considération de la puissance économique de l'Union, qui pourrait constituer le premier marqueur de sa souveraineté, il y a lieu de considérer l'application de la clause de sauvegarde en son sein comme une exception protectionniste à caractère économique susceptible d'un retour à meilleure fortune. Il importe en conséquence de s'attacher à déterminer si une telle pratique peut revêtir un intérêt pour l'Union, tout en s'efforçant d'identifier les bases juridiques amendées qui pourraient y concourir. Cette hypothèse pourrait alors se vérifier si l'on envisage la mesure de sauvegarde en tant que référé économique d'utilité publique.



## CHAPITRE II : LA MESURE DE SAUVEGARDE, REFERE ECONOMIQUE D'UTILITE PUBLIQUE

301. Nous basculons maintenant de la conception de l'existence même de la clause de sauvegarde en droit de l'Union à la mise en œuvre des mesures de sauvegarde, tant par les États membres que par l'Union dans le cadre de son unité de représentation en matière de politique commerciale commune dans ses relations avec les pays tiers. Rappelons à titre liminaire que les mesures de sauvegarde obéissent à un régime d'exception, le principe étant la prohibition de toute entrave aux libertés de circulation. Reprenant la situation – d'importance significative – du marché mondial de la sidérurgie, il est utile de rappeler que « pour la période 2013-2017, les importations ...ont fortement augmenté et remporté des parts de marché dans l'Union grâce à des niveaux de prix inférieurs à ceux pratiqués par les producteurs de l'Union...les prix à l'importation sont restés presque systématiquement inférieurs aux prix de vente de l'Union<sup>480</sup>. » Indépendamment de la causalité – surcapacité structurelle, pratiques commerciales déloyales, offensive protectionniste des États-Unis – de cette hausse des importations<sup>481</sup>, la question se pose de savoir comment l'Union peut assurer efficacement sa protection contre cet afflux supplémentaire préjudiciable à l'industrie de l'Union et, par ricochet, à l'intérêt de l'Union dans son ensemble. L'étude des traits communs aux différents régimes de mesures de sauvegarde analysés permet de comparer celles-ci à ce que nous pourrions qualifier de référé économique d'utilité publique. Référé d'abord car ses caractéristiques juridiques recouvrent bon nombre de traits caractéristiques à ce titre, qu'il s'agisse du référé en droit civil ou du référé en droit public. Il en est par exemple ainsi de l'exigence d'urgence, de la volonté de faire cesser le trouble à bref délai, ou encore du caractère potentiellement conservatoire et nécessairement temporaire des mesures susceptibles d'être décidées. Économique ensuite car la mesure de sauvegarde ne se limite pas à la résolution d'un trouble simplement commercial, même de grande envergure. Elle concourt plus largement à la cessation d'une perturbation économique qui peut concerner une branche d'activité industrielle tout entière. D'utilité publique enfin car l'enjeu de protection de l'intérêt général de l'Union doit être consubstantiel à la mise en œuvre d'une mesure de sauvegarde. L'utilité publique de la sauvegarde prend pleinement son sens dans la mesure où sa mise en œuvre concourt à l'intérêt général de l'Union. Reste à le définir, à le délimiter plus précisément. Or cet intérêt général de l'Union est mouvant, à géométrie variable car il se conjugue nécessairement avec les évolutions de la société en général, et de l'économie en particulier lorsqu'il est question de sauvegarde. Nous avons vu que la législation sur les sauvegardes présentait une certaine souplesse en fonction des cycles, expansifs ou récessifs, dans lesquelles elle s'inscrivait.

---

<sup>480</sup> Considérant (73) du Règlement d'exécution (UE) 2018/1013 de la commission du 17 juillet 2018 instituant des mesures de sauvegarde provisoires concernant les importations de certains produits sidérurgiques, JOUE du 18 juillet 2018, L181/47.

<sup>481</sup> *Ibidem*, considérant (64) : « les importations ont connu une nouvelle augmentation substantielle (près de 10%) au cours du premier trimestre de l'année 2018. Le taux d'accroissement des importations est dès lors important. »

302. Dès lors que le barycentre de l'économie mondiale s'est déplacé vers la Chine, dont la balance commerciale<sup>482</sup> est largement excédentaire par comparaison à celles de l'Union et des États-Unis, on peut considérer que l'Union, dont le principal partenaire à l'export est représenté par les États-Unis, ne se situe plus en période d'expansion économique<sup>483</sup>. Dans ce contexte, il y a lieu d'ajuster la législation sur les sauvegardes.

S'agissant d'une exception protectionniste, le régime général de la mesure de sauvegarde ne peut qu'être restrictif. Pour autant le régime devrait tout de même trouver à s'appliquer en pratique et ainsi déboucher sur des décisions effectives d'exécution de telles mesures. C'est la raison pour laquelle le législateur de l'Union devrait assouplir son régime en matière de mesures de sauvegarde (**Section 2**) tout en exigeant concomitamment la réalisation d'un plan de sauvegarde (**Section 1**).

---

<sup>482</sup> Selon <http://stats.oecd.org> : balances commerciales (total des exportations de marchandises – total des importations de marchandises) du 3<sup>ème</sup> trimestre 2017 au 3<sup>ème</sup> trimestre 2018 : Chine = + 366,77 Mds \$ ; États-Unis = - 851,67 Mds \$ ; Union européenne = 83,81 Mds \$.

<sup>483</sup> GERBA Eddie, European Parliament, Policy Department, *Monetary policy implications of transitory vs. permanently subdued growth prospects ("secular stagnation")*, November 2018, PE 626.096.

## Section 1 : L'association d'un plan de sauvegarde à la mesure de sauvegarde

303. Les nombreuses limitations de la clause de sauvegarde ayant pour effet de la rendre purement et simplement supplétive démontrent implicitement que l'application d'une mesure de sauvegarde qui en découle ne suffit pas à justifier pleinement l'atteinte au libre-échange, même par voie d'exception. Encore faut-il que, à l'instar de ce que l'on peut rencontrer dans le Trade Act<sup>484</sup> de 1974 en vigueur aux États-Unis, l'industrie en cause se présente également en tant que responsable de son avenir économique, et pas uniquement en tant que lobby, voire victime. Pour ce faire, la réglementation fédérale américaine prévoit la soumission d'un plan d'ajustement permettant de justifier la demande d'application d'une mesure de sauvegarde : « The existence of an adequate adjustment plan would apparently support the position of the petitioner<sup>485</sup>. » C'est la raison pour laquelle il peut être envisagé de conditionner, de manière prospective en droit de l'Union, l'application d'une mesure de sauvegarde à la réalisation combinée d'un plan de sauvegarde de l'industrie en cause. La planification s'inscrit par définition dans le temps long des restructurations possibles et durables, ce que la mesure de sauvegarde ne peut bien évidemment pas garantir par son essence temporaire, son caractère éphémère par nature. Ceci est d'autant plus vérifié que l'on observe régulièrement des « pépites » industrielles de l'Union entrer sous contrôle étranger, en particulier chinois<sup>486</sup> ou américain<sup>487</sup>, témoignant ainsi de l'incapacité de l'Union et de ses États membres à détecter et protéger les sources actuelles ou potentielles de compétitivité. Dans cette perspective, pendant que la mesure de sauvegarde sert de bouclier sectoriel qui s'effrite à mesure que le temps s'écoule, le plan de sauvegarde cherchera notamment à évaluer puis à développer la compétitivité de l'industrie de l'Union en cause. Pour autant, avant d'envisager la réalisation du plan de sauvegarde (§2), il y a lieu de justifier son bien-fondé au regard de l'intérêt de l'Union (§1).

## §1 : La justification du plan de sauvegarde au regard de l'intérêt de l'Union

304. Justifier la mesure de sauvegarde par la volonté de protéger le bien-être du citoyen à travers l'intérêt de l'Union peut apparaître conforme au questionnement de l'OMC sur ce point : « Parmi les sujets sur lesquels les vues des parties doivent être sollicitées figure le point de savoir si l'application d'une mesure de sauvegarde serait ou non dans l'intérêt public<sup>488</sup>. Il s'agit ainsi de déterminer si l'application d'une mesure de sauvegarde à l'encontre d'importations d'une branche industrielle considérée contribuerait à l'amélioration, voire au maintien, des avantages économiques que ses produits procurent au consommateur européen. Dès lors la mesure de sauvegarde pourrait être qualifiée d'utilité publique. Pour autant, il importe de s'attacher dans les prochains développements au sort de la partie prenante principale au dispositif de sauvegarde : l'industrie de l'Union, pourvoyeuse d'emplois et de technologies. Pour ce faire, il est bien évident que la mesure de sauvegarde en tant que telle ne peut présenter qu'un effet tampon à raison de sa contribution limitée par essence à traiter les symptômes plutôt que les causes de la crise.

<sup>484</sup> Section 202 a §4-a): "A petitioner under paragraph (1) may submit to the Commission and the United States Trade Representative,..., either with the petition, or at any time within 120 days after the date of filing of the petition, a plan to facilitate positive adjustment to import competition", page 57.

<sup>485</sup> LEE Yong-Shik, op. cit., page 234.

<sup>486</sup> Qu'il s'agisse du rachat en 2016 de l'industriel Kuka en Allemagne, ou plus récemment, des skis Salomon (voir Enrique Moreira, Frédéric Schaeffer, Les skis Salomon sur le point de passer sous pavillon chinois, Les Echos, 10 décembre 2018) ; voir aussi GODEMENT François, VASSELIER Abigaël, *La Chine à nos portes, une stratégie pour l'Europe*, Odile Jacob, 2018.

<sup>487</sup> DUCRUET Catherine, *L'américain Merck s'achète une pépite française [Antellia, basée à Vitry (35)] pour trois milliards d'euros*, Les Echos, 15 décembre 2018.

<sup>488</sup> [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/safeg\\_f/safeg\\_info\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/safeg_f/safeg_info_f.htm).

Il en résulte que l'application du principe de loyauté de l'Union dans les relations internationales commanderait d'accompagner cette mesure de sauvegarde, par nature conjoncturelle, d'un plan de sauvegarde destiné à structurer la branche ou le marché en cause de sorte que de telles difficultés ne se reproduisent plus. La mesure de sauvegarde n'est ainsi pourvue de sens que dans la mesure où le répit économique qu'elle offre à l'industrie de l'Union en difficulté se met au service d'une planification industrielle (A). Sur le plan institutionnel, l'intérêt de l'Union se révélerait par la voie d'une transposition des principes de fonctionnement du semestre européen au plan de sauvegarde (B).

#### A. Le répit économique au service de la planification industrielle

305. L'association d'un plan de sauvegarde orienté sur le long terme à une mesure de sauvegarde de court terme relative à une branche industrielle en difficulté de l'Union se justifie d'abord par son utilité économique et sociale. Utilité économique par la recherche de compétitivité accrue de l'industrie en cause permise par le répit économique de la mesure de sauvegarde combiné à la planification stratégique du plan de sauvegarde. Utilité sociale ensuite en raison du fait que, malgré la robotisation croissante de ses activités, l'industrie reste pourvoyeuse d'emplois.

Il en résulte que la mise en place d'un plan de sauvegarde se justifie en réponse à l'objectif d'ajustement structurel imposé tant par le droit commercial international que par le droit de l'Union en matière de sauvegarde (1). Le plan de sauvegarde renvoie également à la recherche de maîtrise par l'Union de ses industries stratégiques (2).

##### 1. La réponse à l'objectif d'ajustement structurel de l'industrie en cause

306. La juxtaposition du plan de sauvegarde à la mesure de sauvegarde est pourvue de sens dans la mesure où ce plan garantira la protection structurelle de l'industrie en difficulté. Il s'agit en conséquence du complément nécessaire à la protection conjoncturelle liée à la mesure de sauvegarde (a). Ceci pendant que le plan de sauvegarde est calqué sur l'horizon temporel que commande l'ajustement structurel (b).

##### a. Le complément nécessaire à la protection conjoncturelle de la mesure de sauvegarde

307. La mesure de sauvegarde prise isolément en tant qu'exception protectionniste ne suffit pas à justifier le répit économique accordé à l'industrie au regard de l'intérêt de l'Union. Elle apparaît même éminemment contreproductive dans une logique libérale à laquelle s'astreint le droit de l'Union, en particulier à la lumière du droit du marché visant le bien-être économique du consommateur. Celui-ci s'entend assez strictement comme l'assurance du meilleur rapport qualité-prix. Or la restriction des importations aux frontières de l'Union produit précisément un effet haussier sur le prix du produit en cause, au détriment du consommateur dans une perspective de court terme. Il s'agit dès lors de prévoir un temps plus long d'adaptation de cette industrie de sorte que cette protection de nature conjoncturelle que représente la mesure de sauvegarde soit le complément indissociable d'un redressement structurel de la compétitivité et donc de l'activité et des emplois de l'industrie en difficulté. Ceci en parfaite adéquation avec le droit positif de l'OMC et de l'Union. Ainsi, sur le plan des règles commerciales multilatérales, le troisième et dernier objectif de l'accord sur les sauvegardes, après la spécification des exigences de l'article XIX du GATT et la tentative de maîtrise des mesures de la zone grise – en particulier l'autolimitation des exportations – par un retour exclusif aux règles multilatérales, repose sur cette approche de long terme : « favoriser l'ajustement structurel des industries touchées par la hausse des importations, de façon à accroître la concurrence sur les

marchés internationaux<sup>489</sup>. » Le principe du soutien protectionniste à l'industrie en difficulté du fait des importations massives à bas prix sur le marché intérieur s'avère donc soumis à une conditionnalité : l'ajustement structurel.

#### b. Le plan de sauvegarde calqué sur l'horizon temporel de l'ajustement structurel

308. Cette conditionnalité imposée à l'industrie en cause s'analyse comme la juste contrepartie du renoncement, temporaire et sélectif, de l'Union à la logique de libéralisation des échanges avec les pays tiers. À la manière d'un contrat commutatif, l'Union consentirait à la mise en œuvre d'une exception protectionniste au profit de l'industrie en difficulté en contrepartie de la mise en œuvre par cette dernière d'un projet de restructuration visant précisément à retrouver une capacité concurrentielle à l'échelle mondiale. Il est utile et intellectuellement honnête de préciser que la théorie de la sauvegarde ainsi présentée, même si elle associe une mesure de sauvegarde à court terme avec un plan de sauvegarde à long terme et semble appréhender ainsi tout le spectre temporel, ne tient pas compte de la complexité des échanges commerciaux ni en particulier des stratégies d'accès au marché déployées par les pays tiers. Il s'agira donc en pratique d'intégrer les modes de protection juridique contre les pratiques commerciales déloyales internationales en complément du dispositif de sauvegarde. En conséquence, la combinaison de ces instruments de sauvegarde avec les régimes antidumping et antisubvention ne constitue pas une option, mais bien une condition nécessaire à l'efficacité de la défense commerciale commune de l'Union. L'article 7 de l'accord sur les sauvegardes conditionne notamment, en son paragraphe 2, la prorogation de la durée d'application des mesures de sauvegarde à l'existence d'« éléments de preuve selon lesquels la branche de production procède à des ajustements ». Ces prescriptions sont en tous points conformes aux dispositions du droit de l'Union qui en partagent tant l'esprit que la terminologie. On peut effectivement lire au visa de l'article 19 du RCAI que « la durée des mesures de sauvegarde doit être limitée à la période nécessaire pour prévenir ou réparer un dommage grave et faciliter l'ajustement des producteurs de l'Union ».

Cette disposition étant par ailleurs en parfaite cohérence avec l'article 173§1 TFUE relatif à la coordination des politiques industrielles de l'Union et de ses États membres, dont l'action vise notamment à « accélérer l'adaptation de l'industrie aux changements structurels ».

309. Il en résulte que la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde à l'échelle de l'Union en parallèle de la mesure de sauvegarde s'avère tout à la fois fondée en droit commercial international comme en droit de l'Union, mais aussi opportune sur le plan économique et politique. Il s'agirait en effet pour l'Union de reprendre la maîtrise des industries qu'elle considère comme stratégiques par la voie d'un plan de sauvegarde.

#### 2. La recherche d'une maîtrise par l'Union de ses industries stratégiques

310. On peut d'abord lire, dans l'appel d'un certain nombre de membres du gouvernement d'États membres à relancer la politique industrielle de l'Europe, l'assertion suivante : « L'industrie a été au cœur du projet européen dès son origine<sup>490</sup>. » Certes, la création par le traité de Paris en date du 18 avril 1951 de la Communauté européenne du charbon et de l'acier contient, rien que par sa dénomination, une forte connotation industrielle.

<sup>489</sup> [https://www.wto.org/french/tratop\\_f/safeg\\_f/safeg\\_info\\_f.htm](https://www.wto.org/french/tratop_f/safeg_f/safeg_info_f.htm).

<sup>490</sup> CALEDA Carlo, CISTETO-BLANCO Begona, KWIECINSKY Jerzy, Matthias et al., *L'Europe doit relancer sa politique industrielle*, Les Echos, lundi 27 février 2017 ; dans le même sens, BOCCIA Vincenzo, KEMPF Dieter, MORENO Antonio et al., *Pour une politique industrielle ambitieuse*, Les Echos, 19 décembre 2018 : y est en particulier rappelée la « nécessité de garantir une base industrielle européenne compétitive et durable, facteur de souveraineté européenne et d'emplois dans nos territoires. »

Puis ces mêmes personnes formulent un souhait sur l'industrie européenne : « Elle doit continuer à y prendre toute sa place. » Or la lecture du TFUE en son article 173, seule disposition du droit primaire consacrée à la politique industrielle, laisse peu de place à l'espoir ainsi formulé. *A contrario*, restent les grandes orientations de politique économique impulsées par le Conseil, sur recommandation de la Commission, au visa de l'article 121§2 TFUE. Sur cette base juridique, il est permis de penser qu'une politique industrielle peut émerger, en particulier par la conception et la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde industrielle accompagnant une mesure de sauvegarde ciblée sur une branche rencontrant des difficultés résultant notamment d'importations accrues de producteurs concurrents issus de pays tiers. En amont du plan de sauvegarde, un grand projet industriel à l'échelle de l'Union nécessite une préparation à sa mesure sur le plan matériel. La question lancinante des moyens à mettre en œuvre pour y parvenir renvoie immédiatement à la question de l'accroissement du budget<sup>491</sup> de l'Union en ce sens. Ce grand projet industriel de l'Union nécessite tout autant une prise en compte de sa dimension temporelle au-delà du simple exercice budgétaire annuel. Dès lors la question de la planification stratégique de l'industrie à l'échelle de l'Union se fait jour. Cette planification impose d'opérer des choix, en particulier sur les industries qu'il y a lieu de sauvegarder compte tenu de l'intérêt stratégique qu'elles représentent pour l'Union dans les prochaines décennies. Dès lors, on pourra penser que le développement industriel d'une branche de l'Union ne résultera pas de la seule stratégie de conquête des marchés par les multinationales dont les intérêts divergent nécessairement de celui de l'Union du fait de leur orientation unilatérale dans le sens d'une meilleure rémunération de leurs porteurs de titres. Bref, il serait pertinent que l'Union trouve<sup>492</sup> par cette planification une certaine maîtrise, avant peut-être une maîtrise certaine, de ses industries qu'elle considère comme stratégiques. Seules ces dernières seront susceptibles de bénéficier du dispositif de sauvegarde, exorbitant du droit commun du marché.

311. Dès lors, le plan de sauvegarde des industries stratégiques de l'Union en difficulté pourrait s'adosser au mécanisme de fonctionnement du semestre européen afin de s'approcher de l'objectif de maîtrise de son destin à l'échelle de l'Union.

#### B. La transposition des principes du semestre européen au plan de sauvegarde

312. Dès lors que le plan de sauvegarde industrielle affecte plusieurs États membres, sa mise en œuvre se heurte nécessairement à la question de la compétence liée. Or s'agissant d'industrie de l'Union, le plan de sauvegarde relève plus de la politique économique, compétence partagée entre l'Union et ses États membres, que de la simple politique commerciale commune, compétence exclusive de l'Union.

La question institutionnelle se fait donc classiquement jour à la lumière de cette source inépuisable de tensions, donc d'indécisions, entre l'Union et les États membres sur fond de compétence partagée à la croisée de l'application des principes de subsidiarité et de spécialité. Pour autant, le problème n'est pas totalement insoluble dans la mesure où il existe des solutions intermédiaires à l'unité de l'Union dans la conduite des politiques économiques. Si l'on s'intéresse au semestre européen<sup>493</sup>, on peut ainsi considérer qu'il s'agit d'une démarche d'amélioration continue des politiques économiques des États membres dans un sens convergent avec les objectifs de l'Union.

<sup>491</sup> Sur ce point, voir *infra*, *La recherche du budget à la mesure de l'intérêt de l'Union*, pages 353 s.

<sup>492</sup> Ou retrouve ?...

<sup>493</sup> DEVOLUY Michel, KOVAR Robert, *Union économique et monétaire*, Répertoire de droit européen, Dalloz, avril 2015, rub. 729s.

Reste à déterminer si les principes et bases juridiques employés dans le cadre du semestre européen peuvent trouver à s'appliquer dans la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde industrielle. Pour ce faire, il s'agira d'identifier dans quelle mesure une politique de coordination du plan de sauvegarde industrielle peut s'inscrire dans une base juridique contraignante (1). D'autre part, il s'agira d'éprouver ce plan de sauvegarde sur la base du principe de coopération loyale entre États membres (2).

#### 1. Le fondement juridique d'une politique de coordination du plan de sauvegarde

313. À défaut de pouvoir diffuser par effet direct la logique de défense commerciale commune à l'intérieur des frontières de l'Union par une action sur la politique industrielle qui renvoie à la politique économique des États membres, une solution alternative doit être trouvée. Cette solution réside dans la politique de coordination qui permet une forme d'intégration positive dans la mesure où elle est fondée sur l'incitation à la coopération par la coordination plutôt que sur l'interdiction. Dès lors la politique de coordination sert de fondement juridique au plan de sauvegarde de l'industrie en difficulté faisant l'objet d'une mesure de sauvegarde.

Une forme de succédané de compétence exclusive de l'Union est ainsi trouvée au service de la protection de ses industries en difficulté (a). Depuis 2011, par suite de la crise financière et dans un objectif de stabilité à l'échelle de l'Union, on observe l'intégration positive des politiques économiques des États membres par la procéduralisation de leur surveillance budgétaire sous couvert de coordination : c'est le semestre européen. Ce dernier est propice à l'adjonction en son sein du plan de sauvegarde de l'industrie en cause (b).

##### a. Le succédané de compétence exclusive de l'Union

314. Pour être efficace et en cohérence avec la mesure de sauvegarde qui s'exerce en tant qu'exception protectionniste à l'égard des pays tiers, le plan de sauvegarde doit faire l'objet d'une élaboration, d'une mise en œuvre et d'une surveillance à l'échelle de l'Union. La question de la compétence, oscillant entre « clarté et complexité<sup>494</sup> », émerge alors. Sur le plan institutionnel, la première difficulté réside dans l'articulation des compétences liées à la mesure de sauvegarde, renvoyant à la défense commerciale commune au visa de l'article 207§1 TFUE, avec celles relevant du plan de sauvegarde qui se limitent à une politique de coordination industrielle entre États membres, au visa du seul article 173 TFUE consacré au sujet. L'objectif d'assurer la compétitivité de l'industrie de l'Union dans « un système de marchés ouverts et concurrentiels » y est affiché, et sa mise en œuvre fonction « des politiques et actions qu'elle [l'Union] mène au titre d'autres dispositions des traités. » On peut dès lors considérer que la politique industrielle de l'Union dérive de sa politique économique visée à l'article 119§1 TFUE, probable source d'inspiration rédactionnelle de l'article 173 TFUE puisqu'il est question de respecter le « principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre. » En revanche, il existe une certaine gradation dans la coordination liée à la politique économique des États membres, dans la mesure où elle est « fondée sur l'étroite coordination ... » Les articles 120 à 122 TFUE nous éclairent sur ce que peut contenir cette notion d'étroite coordination s'agissant d'une compétence partagée entre les États membres et l'Union. En particulier, l'article 121§1 dispose : « Les États membres considèrent leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun et les coordonnent au sein du Conseil ».

<sup>494</sup> GOVAERE Inge, Attribution des compétences post-Lisbonne : entre clarté et complexité, in FLAESCH-MOUGIN Catherine (Mélanges en l'honneur de), *Abécédaire de droit de l'Union européenne*, Préface de Catherine LALUMIERE, Presses universitaires de Rennes, Collection « Droits européens », 2017, pages 121 à 133.

b. Le semestre européen au service du plan de sauvegarde de l'industrie en cause

315. En pratique, on constate que les institutions de l'Union ont trouvé certains remèdes aux forces centrifuges des États membres nées de leur réserve de souveraineté économique, au premier rang desquels ce qu'il est convenu d'appeler le « semestre européen ». Ainsi, lorsque l'on s'attache à analyser la structure du semestre européen telle que précisée dans le règlement (UE) n°1175/2011 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques<sup>495</sup>, on peut considérer que ce mode de fonctionnement institutionnel est transposable au plan de sauvegarde accompagnant la mesure de sauvegarde. Il y est en particulier question de « gouvernance économique » avec la fixation d'un « cadre plus solide, au niveau de l'Union, de surveillance des politiques économiques nationales<sup>496</sup>. » À défaut de politique économique commune dont l'existence aurait marqué l'avènement du fédéralisme dans l'Union, le succédané du semestre européen offre une manifestation juridique processuelle de stratégie de contournement de l'absence de compétence exclusive de l'Union. Cette procéduralisation du droit de l'Union au service d'une politique économique plus convergente<sup>497</sup> par la mise en œuvre d'une procédure de surveillance graduelle et *ex ante* sied parfaitement au plan de sauvegarde dont il constituerait le sous-ensemble régulateur et protecteur des industries en difficulté.

2. La déclinaison du principe de coopération loyale au plan de sauvegarde

316. Au-delà de la coordination du plan de sauvegarde à l'échelle de l'Union, qui serait donc rattachée au semestre européen, le principe de coopération loyale<sup>498</sup> ne pourrait-il pas aussi trouver à s'appliquer en la matière ? Le domaine ou plutôt la compétence réservée des États membres en matière de politique économique doit en effet s'exercer dans le respect du droit de l'Union. Plus précisément, la politique économique d'un État membre, *a fortiori* dans le cadre de l'exception protectionniste que représente le plan de sauvegarde, ne doit pas contrarier l'intérêt de l'Union en matière de politique commerciale commune. Or si la défense commerciale résultant de l'application de cette politique commerciale commune prévoit de recourir à la mesure de sauvegarde dans un premier temps puis au plan de sauvegarde qui l'accompagne nécessairement dans cet horizon prospectif, alors chaque État membre concerné par ce plan de sauvegarde devrait obéir au principe de coopération loyale, forme de « loyauté institutionnelle envers l'Union<sup>499</sup> », découlant des dispositions de l'article 4 TUE. Il en résulte un certain nombre d'obligations et d'interdictions de la part des États membres quant à la conduite du plan de sauvegarde. L'intérêt de l'Union commanderait d'abord aux États membres de mettre à disposition les informations utiles à l'élaboration, à l'exécution et au réexamen périodique du plan de sauvegarde. En particulier, dans la perspective d'un redressement compétitif de l'industrie de l'Union en cause au sein du marché intérieur, le principe de coopération loyale peut se manifester par l'application de dispositions nationales tendant à la réforme structurelle de

<sup>495</sup> JOUE 23 novembre 2011, SECTION 1 – BIS L306/15.

<sup>496</sup> Considérant (8), JOUE, L306/12.

<sup>497</sup> MARTUCCI Francesco, La méthode du cadre : la convergence par la procédure, la politique économique par-delà les compétences in MICHEA Frédérique (Dir.), *La procéduralisation du droit dans la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne*, Faculté de droit et de science politique de Rennes 1, 29 novembre 2018.

<sup>498</sup> BLANQUET Marc, Fasc. 175 : COMPÉTENCES DE L'UNION – Exercice des compétences. – Régulation, LexisNexis, 9 septembre 2014, rub.106 s.

<sup>499</sup> BLANQUET Marc, Loyauté, in FLAESCH-MOUGIN Catherine (Mélanges en l'honneur de), *Abécédaire de droit de l'Union européenne*, Préface de Catherine LALUMIERE, Presses universitaires de Rennes, Collection « Droits européens », 2017, page 339.



la branche en cause sur le territoire de l'État membre. L'intérêt de l'Union interdit ensuite aux États membres d'entraver par leur action unilatérale, « même si elle était collective et concertée », l'« autonomie d'action [de la Communauté] dans les relations extérieures<sup>500</sup> ». L'intérêt de l'Union interdit enfin aux États membres de porter atteinte à « l'unité et à l'efficacité<sup>501</sup> » du droit de l'Union sur le plan interne en adoptant des dispositions qui en limiteraient la portée. Ces deux caractéristiques du principe de coopération loyale dégagées par la jurisprudence européenne sont parfaitement transposables dans le cadre de la mise en œuvre alignée du plan de sauvegarde entre l'Union d'un côté, qui fixe les orientations et assure la coordination de ce plan, et les États membres de l'autre qui tiennent le plus grand compte des attentes fixées dans leur politique économique tout en s'abstenant de les contrarier.

§2 : La réalisation du plan de sauvegarde de la branche industrielle en cause

317. Le principe du plan de sauvegarde ayant trouvé sa justification tant dans l'objectif d'ajustement structurel visé par les règles multilatérales et européennes de sauvegarde que dans la possibilité d'intégration de cette « brique » dans la politique économique stabilisatrice de l'Union, reste désormais à en déterminer les modalités. Ce plan de sauvegarde se distingue chronologiquement en deux phases.

D'une part, la conception du plan de sauvegarde sera l'occasion d'une évaluation *ex ante* des mesures de structuration, voire de régulation, de la branche industrielle en cause (**A**). D'autre part, l'efficacité du plan sera ensuite éprouvée à mesure de son exécution (**B**).

A. La conception du plan de sauvegarde de la branche industrielle en cause

318. Le plan de redressement accompagnant la mesure de sauvegarde dans la branche ou le marché en cause doit en premier lieu tirer les enseignements du passé.

C'est la raison pour laquelle, selon un plan classique de nature chronologique, l'élaboration du plan de sauvegarde débute par un bilan durable de la branche industrielle en cause (**1**). À l'issue de ce bilan durable, au-delà du contenu singulier du plan de sauvegarde, la question de sa faisabilité se pose avec acuité (**2**).

1. Le bilan durable de la branche industrielle en cause

319. La transposition du droit des entreprises en difficulté au plan de sauvegarde de l'industrie souffrant d'importations massives, et en particulier du droit de la procédure de sauvegarde qui en constitue le pivot, doit s'envisager avec certaines nuances tenant compte du changement de dimension existant entre l'entreprise en difficulté d'un État membre et l'industrie en difficulté de l'Union. C'est la raison pour laquelle, dès le stade du diagnostic, du bilan de l'industrie en cause, toute la mesure de l'enjeu de continuation doit être prise selon les trois dimensions économique, sociale et environnementale du développement durable. Il en résulte la nécessité de réaliser le bilan durable de la branche industrielle en difficulté.

Ainsi, après avoir identifié l'objectif s'inscrivant dans une démarche prospective du bilan durable (**a**), il conviendra d'envisager le contenu des recommandations qui en résultent (**b**).

<sup>500</sup> CJCE, Délibération 1/78 arrêtée en vertu de l'article 103, alinéa 3, du traité CEEA - Projet de convention de l'Agence internationale de l'énergie atomique sur la protection des matières, installations et transports nucléaires, 14 novembre 1978, point 33.

<sup>501</sup> CJCE, Arrêt du 16 juin 1987, Affaire 118/85, Commission c/Italie, point 11 ; voir note BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, La Semaine juridique, édition générale, 1988, II 20943.

a. L'objectif prospectif du bilan durable pour le plan de sauvegarde

320. Plus encore que la procédure de sauvegarde prévue par les articles L620-1 et suivants du code de commerce en droit français, organiser la protection exorbitante du droit commun au profit d'une branche industrielle désignée comme stratégique ne peut se justifier que par l'existence d'une perspective de redressement de l'industrie visée. Le préalable nécessaire à l'identification d'une perspective de redressement réside dans la réalisation d'un bilan durable de la branche en cause : « Il est fondamental de chercher à comprendre ce qui a mené à cette position non viable et d'évaluer si les facteurs en cause sont des phénomènes temporaires ou permanents<sup>502</sup>. » Ce bilan devrait être dressé à l'aune de ses trois dimensions économique, sociale et environnementale, avec l'émergence potentielle d'une contrariété entre la première et la dernière dimension, la deuxième se trouvant en lien fragile. Il pose évidemment la question de sa faisabilité à la lumière de l'ampleur de la tâche que représente le recueil puis l'analyse des données d'une branche industrielle à l'échelle de l'Union. Pour autant, cette démarche d'analyse est parfois réalisée à l'échelle de l'Union sur une des trois dimensions. On peut par exemple penser à l'analyse de marché réalisée par la direction générale de la concurrence de la Commission à l'occasion de ses décisions en matière d'ententes, de concentrations et d'abus de position dominante. On peut aussi penser aux analyses d'impact préalables à la procédure législative de l'Union. À l'issue de ce bilan durable de la branche industrielle en difficulté mise sous la protection temporaire de la mesure de sauvegarde, une série de recommandations doivent être notifiées aux parties prenantes dans le sens d'une réindustrialisation compétitive.

b. Le contenu des recommandations du bilan durable

321. Ces recommandations peuvent être distinguées en ajustements de nature structurelle ou comportementale. Les ajustements structurels peuvent prendre la forme de concentrations horizontales d'entreprises de la branche ou d'intégration verticale de la branche sous forme de filière. Reste à délimiter la notion de branche industrielle pour en définir la portée. La question se pose alors de savoir si la branche doit être entendue au sens défini de manière limitative par l'ORD<sup>503</sup> dans le cadre de l'application des mesures de sauvegarde : « Une approche conceptuelle concernant la définition de la branche de production nationale concernée qui laisserait aux autorités nationales compétentes la faculté de déterminer jusqu'où, en amont et/ou en aval dans la chaîne de production d'un produit final "similaire" donné, il convient d'aller pour définir la portée de la branche de production nationale pourrait facilement faire échec au but de l'Accord sur les sauvegardes, qui est de renforcer les disciplines dans le domaine des sauvegardes et d'accroître plutôt que de limiter la concurrence. Ces considérations fondées sur l'objet et le but de l'Accord sur les sauvegardes étayent donc elles aussi une interprétation de la définition de la branche de production figurant à l'article 4 :1 c) de l'Accord SG comme ne permettant pas d'inclure les producteurs d'intrants dans la branche de production du produit final "similaire". » Ceci en référence à l'article 4§1 c) de l'accord sur les sauvegardes. L'ORD prenant soin de préciser que : « Notre conclusion est subordonnée à la condition que – dans une situation factuelle où ce qui est dénommé intrant peut être considéré comme étant "similaire" au produit final – les producteurs de cet intrant puissent être inclus dans la branche de

---

<sup>502</sup> Document conceptuel sur les sauvegardes concernant la balance des paiements, Communication de la Communauté européenne et de ses États membres, WT/WGTI/W/153, 28 novembre 2002, page 2.

<sup>503</sup> Groupe spécial États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie, WT/DS177/R et WT/DS178/R, 21 décembre 2000, paragraphe 7.77, page 47.

production nationale du produit final<sup>504</sup>. » N'y-a-t-il pas lieu, dans le cadre du plan de sauvegarde et à la différence de la mesure de sauvegarde, d'étendre la notion de branche industrielle en considérant l'ensemble de la filière ? Cette extension permettrait une analyse exhaustive des sources de valeur ajoutée dans la chaîne de production. Les ajustements de nature comportementale correspondent quant à eux à la logique des ententes, horizontales ou verticales, entre industriels de la branche en cause. La question sous-jacente qui se pose à la lumière de ces recommandations réside bien évidemment dans leur applicabilité. Autrement dit, comment convaincre les parties prenantes au plan d'adhérer à ces recommandations avec une force juridique suffisante pour les pérenniser ? La réponse se fait à deux niveaux. Le premier critère d'adhésion est incitatif dans la mesure où la protection de l'industrie par les aides contenues dans le plan de sauvegarde sera conditionnée à l'application des recommandations notifiées.

Pour finir d'emporter l'adhésion, le second critère serait comminatoire dans la mesure où l'absence d'application de ces recommandations aura pour effet actuel ou potentiel de suspendre, voire de supprimer les avantages tirés du plan de sauvegarde.

## 2. La faisabilité du plan de sauvegarde

322. Même si l'idée d'un plan de sauvegarde apparaît séduisante dans la mesure où il complète fort utilement, dans le long terme, la mesure de sauvegarde prise dans l'urgence de l'afflux d'importations à bas prix, la question de sa faisabilité en l'état du droit positif ne doit pas être éludée. En particulier, on imagine assez mal un plan de sauvegarde sans aide publique, directe ou indirecte.

De même, accorder le bénéfice d'un plan de sauvegarde à certaines catégories d'entreprises en raison de leur appartenance à une industrie de l'Union en difficulté présente un caractère discriminatoire, le tout faisant largement écho aux règles de concurrence s'imposant au marché intérieur que constitue aussi, et avant tout, l'Union en l'état du droit des libertés de circulation.

Il en résulte la nécessité d'identifier la contrariété actuelle ou potentielle du plan de sauvegarde avec le droit de la concurrence de l'Union **(a)**. Il conviendra ensuite d'envisager les remèdes potentiels ou éventuels à cette contrariété **(b)**.

### a. La contrariété du plan de sauvegarde avec les règles de concurrence

323. Si le bilan durable réalisé permet d'entrevoir la perspective d'un redressement de la branche industrielle concernée par l'application d'une mesure de sauvegarde, il est alors permis de détailler les droits et obligations des parties au plan en question. Pour ce faire, il convient en premier lieu d'identifier les parties prenantes ainsi que leur degré d'engagement dans les trois objectifs du plan de sauvegarde : la réindustrialisation compétitive de la branche en cause, le maintien voire le développement de l'emploi, enfin le rééquilibrage de la balance commerciale de l'industrie concernée en direction d'un excédent. La deuxième étape de la conception du plan de sauvegarde industriel réside dans la détermination de son contenu. Celui-ci comprendrait des systèmes de protection par voie de concentration ou d'intégration économique de l'industrie en cause, mais aussi par le truchement d'incitations, d'avantages économiques sans contreparties de même nature.

324. Ainsi, paradoxalement, la mise en œuvre de l'objectif de réindustrialisation compétitive a toutes les chances de contrarier les règles de concurrence visées aux articles 101 et suivants TFUE. D'abord à raison du droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations. En effet, la définition d'une entente au sens de l'article 101§1 TFUE est la suivante : « toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées ». Or la mise en œuvre d'un plan de sauvegarde emporte par hypothèse la coordination d'une entente,

<sup>504</sup> *Ibidem*, note de bas de page 112.

horizontale ou verticale, telle que définie dans le droit primaire. Reste à savoir ensuite si cette entente serait prohibée, c'est-à-dire si elle est susceptible d'avoir « pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. » Le critère d'affectation du libre jeu de la concurrence au sein du marché intérieur par la réalisation du plan de sauvegarde ne fait que peu de doute. Ensuite à raison des aides d'État. En effet, il ne semble pas envisageable de produire un plan de sauvegarde sans l'assortir de ce qui correspond à la définition d'une aide d'État au sens de l'article 107§1 TFUE, à savoir : « les aides accordées par les États ou au moyen des ressources d'État sous quelque forme que ce soit... » Ce n'est pas tant l'aide en son principe qui pose un problème de concurrence, c'est la distorsion potentielle que crée l'aide d'un État membre alors que celle d'un autre État membre est inexistante ou différente. C'est finalement de l'atteinte au marché intérieur en ce qu'il doit être le lieu de la libre circulation économique totale dont il est question. Dans ce contexte, la solution de l'aide publique à l'industrie en difficulté doit être commune, unitaire et uniformisée. Elle relève donc nécessairement de la compétence exclusive de l'Union. C'est la raison pour laquelle la politique de concurrence est la mieux placée en l'état du droit positif pour y pourvoir. Comment ? Par la voie budgétaire du cadre financier pluriannuel offrant des financements de l'Union dans la durée à certaines industries en difficulté en vue de les redresser. Mais aussi par le truchement de règlements d'exemption par catégories de nature sectorielle. Dès lors, en l'état du droit positif, l'exécution d'un plan de sauvegarde d'une industrie en difficulté telle que présentée dans cette étude serait dépourvue de base juridique. Plus précisément, elle serait prohibée par le droit de la concurrence de l'Union.

#### b. Les remèdes à la contrariété du plan de sauvegarde au droit de la concurrence

325. Il en résulterait la nécessité de remédier à cette illicéité actuelle en envisageant deux hypothèses. D'une part, il pourrait s'agir d'élever le niveau des aides consenties à l'échelon européen pour se trouver en conformité avec le droit des aides d'État, dont on sortirait *de facto* du champ d'application.

Cette hypothèse, qui sera étudiée dans un autre chapitre<sup>505</sup>, ne résout que partiellement la problématique d'incompatibilité avec les règles de concurrence. D'autre part, il pourrait être prévu un mécanisme dérogatoire d'exemption dans le cadre de l'application du plan de sauvegarde. Ainsi que le Professeur Catherine BARREAU l'avait conclu à l'occasion de son exposé relatif à la procéduralisation du droit des aides d'État<sup>506</sup>, à défaut de politique industrielle digne de ce nom à l'échelle de l'Union, le droit des aides d'État pourrait utilement servir de substitut efficace par la combinaison judicieuse de financements de l'Union et des États membres assortis d'exemption par catégorie. En particulier, à l'instar de ce que l'on pourrait trouver en matière d'accords verticaux<sup>507</sup> ou d'aides d'État<sup>508</sup>, un règlement d'exemption pourrait être appliqué en faveur des plans de sauvegarde. La justification en serait d'ailleurs similaire et résiderait dans la volonté de protection d'un secteur considéré comme stratégique, voire sensible au regard de l'intérêt de l'Union.

---

<sup>505</sup> Voir infra, *Les modes de protection juridique de l'énergie renouvelable de l'Union*, pages 204 s.

<sup>506</sup> BARREAU Catherine, La procéduralisation du droit des aides d'État in MICHEA Frédérique (Dir.), *La procéduralisation du droit dans la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne*, Faculté de droit et de science politique de Rennes 1, 29 novembre 2018.

<sup>507</sup> Règlement (UE) n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

<sup>508</sup> Règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

À ce titre, l'existence de projets industriels d'intérêt européen commun<sup>509</sup> (PIIEC) se rapproche de cette logique en prévoyant une dérogation au droit des aides d'État<sup>510</sup> octroyées par les États membres concernés par le projet. Toutefois, la question institutionnelle se fait jour à l'occasion de l'étude de faisabilité d'une telle réglementation, en particulier à la lumière de la majorité exigée pour parvenir à un accord sur la mise en place d'un tel acte juridique.

326. Enfin, le contenu de ce plan s'inscrit nécessairement dans un délai de mise en œuvre, une durée d'application du plan de sauvegarde de la branche en cause. Deux questions se posent à l'égard de la durée du plan. D'une part, celle de déterminer sa durée maximale. À l'instar de ce que l'on peut trouver dans le droit des entreprises en difficulté, le plan de sauvegarde pourrait trouver à s'exécuter sur une durée ne dépassant pas dix années, temps nécessaire et suffisant pour parvenir à un redressement compétitif. D'autre part, la seconde question qui se pose quant à la durée du plan de sauvegarde réside dans la possibilité, ou non, de proroger ce plan. Considérant que la combinaison d'une mesure de sauvegarde à court terme avec le plan de sauvegarde à moyen et long termes a pour objectif de restructurer l'industrie européenne en cause aux fins de la rendre de nouveau compétitive, prendre la décision de proroger le plan de sauvegarde serait un aveu d'échec quant à l'atteinte de cet objectif. Dès lors il ne semble pas opportun ni utile de laisser la possibilité d'une prorogation du plan de sauvegarde ouverte.
327. En l'état du droit positif, il semble difficile de mettre une industrie sous la protection de l'Union par la voie d'un plan de sauvegarde de sa compétitivité sans violer le droit de la concurrence. Un rehaussement du budget de l'Union pour y intégrer les aides à ce niveau<sup>511</sup> combiné à un règlement d'exemption catégoriel et limité à la durée du plan de sauvegarde de l'industrie en cause pourraient permettre de concilier le dispositif de sauvegarde avec les règles de concurrence. Ceci par la création d'un régime d'exception protectionniste fondé sur l'intérêt de l'Union.

#### B. L'exécution du plan de sauvegarde de la branche ou du marché en cause

328. Mettre en place un plan de sauvegarde sans prévoir d'en assurer le suivi rigoureux serait contreproductif. En effet, l'efficacité du plan est tout autant conditionnée par sa qualité de conception que par son exposition à une sanction potentielle en cas de mauvaise exécution, voire d'inexécution. C'est la raison pour laquelle il semble pertinent de prévoir, dès l'origine, que le plan de sauvegarde puisse faire l'objet d'un réexamen (1), sans oublier d'envisager la possibilité d'une sanction en cas d'inexécution (2).

##### 1. Le réexamen du plan de sauvegarde

329. Les fameuses « clauses de rendez-vous » des contrats d'affaires sont à l'économie du contrat ce que le réexamen du plan de sauvegarde serait à l'industrie en cause : l'instrument idoine pour envisager, voire mettre en œuvre, des modifications substantielles du negotium comme de l'instrumentum à une date anticipée, convenue et connue de tous. À cette fin, le réexamen constitue également l'occasion d'un bilan intermédiaire, d'une évaluation intérimaire de l'efficacité des mesures mises en œuvre dans le plan de sauvegarde en vue de protéger cette industrie en difficulté qui ne doit plus l'être. Il importe en conséquence d'en évoquer l'étendue (a) avant d'en envisager la double périodicité (b) qui pourrait lui être appliquée.

<sup>509</sup> Communication 2014/C 188/02 de la Commission, *Critères relatifs à l'analyse de la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun*, JOUE 20 juin 2014, C188/4.

<sup>510</sup> VOGEL LOUIS, *Droit de la concurrence – Droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2018, page 956.

<sup>511</sup> Voir infra, *La recherche du budget à la mesure de l'intérêt de l'Union*, pages 351 s.

a. L'étendue du réexamen du plan de sauvegarde de l'industrie en cause

330. L'honnêteté intellectuelle et, plus encore, le souci de l'intérêt général de l'Union, commandent de porter un regard critique sur le plan de sauvegarde dans le cadre de son exécution. C'est la raison pour laquelle les missions de surveillance et d'évaluation dévolues au système de coordination des politiques économiques, en ce compris de la politique de réindustrialisation compétitive de la branche bénéficiant du plan de sauvegarde, prennent tout leur sens à cette occasion. La question du réexamen du plan de sauvegarde se pose donc naturellement, car celui-ci ne doit pas faire l'économie de la mise à l'épreuve des faits. Ce réexamen devrait être conduit, à l'instar du droit des entreprises en difficulté, par un commissaire à l'exécution du plan<sup>512</sup>, par exemple rattaché à la direction générale du commerce de la Commission, qui incarne et personnalise, donc identifie, la réalité et les enjeux du plan de sauvegarde. Le contenu du plan de sauvegarde est par définition à géométrie variable, fonction de la nature des difficultés rencontrées par l'industrie et des remèdes identifiés pour les lever. Les modifications envisagées à l'issue de ce réexamen intermédiaire peuvent ainsi prendre la forme d'un ajustement structurel ou comportemental comme cela a déjà été évoqué supra à l'occasion des recommandations résultant du bilan durable.

b. La double périodicité du réexamen du plan de sauvegarde

331. L'attention sera donc plutôt portée sur la périodicité du réexamen que l'on peut envisager à deux occasions. La première se situe à mi-parcours et doit être réalisée systématiquement à l'issue d'une période de cinq années. En effet, l'expérience démontre qu'en situation complexe, le plan étant par définition un exercice de prospective, il nécessitera certainement un réajustement à la lumière des quatre premiers rapports annuels sur la branche bénéficiant du plan. La seconde occasion de réexamen du plan de sauvegarde réside quant à elle dans la prise de connaissance de faits de nature à compromettre la continuation de ce plan. Cette situation peut se produire à la lecture du rapport annuel relatif à l'exécution du plan ou, de façon incidente, par l'alerte notifiée par l'une des parties au plan. Gage d'efficacité et de réactivité, le droit d'alerte conféré aux parties permettrait ainsi d'envisager une action curative se traduisant par le réexamen de tout ou partie du plan en vue de la restructuration optimale de la branche en cause sur les plans économique, social et environnemental. L'initiative régulatrice du commissaire à l'exécution du plan permettrait ainsi d'éviter le constat tardif de l'inexécution du plan et ses conséquences préjudiciables pour l'ensemble de la branche. Dans une telle hypothèse, l'inexécution doit être sanctionnée tant pour tenter d'en assurer le redressement que pour en marquer le caractère juridiquement contraignant.

2. La sanction de l'inexécution du plan de sauvegarde

332. Un droit contraignant, sanctionnateur même, peut constituer un droit efficace à condition de réunir deux qualités qui se complètent mutuellement. D'abord, la sanction envisagée doit rester l'exception au principe, de la même manière que le principe de bonne foi s'érige en rempart liminaire d'ordre public face aux éventuels cocontractants mal intentionnés. Ensuite, cette sanction doit être suffisamment dissuasive dans l'esprit de ces auteurs potentiels pour emporter la recherche d'évitement de son fait générateur.

---

<sup>512</sup> Article L626-25 du code de commerce, étant précisé que c'est souvent le mieux placé, à savoir l'administrateur judiciaire qui a contribué à l'élaboration du plan, qui est nommé pour en surveiller la bonne exécution.

Ainsi transposée au plan de sauvegarde de l'industrie en difficulté, le caractère comminatoire de la sanction doit être pensé à la mesure des enjeux du plan de sauvegarde (a). Ce qui permettra d'envisager les variétés de ces sanctions (b).

a. L'exigence de sanction comminatoire de l'inexécution du plan de sauvegarde

333. Le constat de l'inexécution du plan de sauvegarde revient à faire état de l'échec de la sauvegarde de la branche industrielle en cause. Dès lors les moyens les plus énergiques doivent être recherchés pour éviter cette situation, dommageable non seulement pour les parties au plan mais aussi, par ricochet, préjudiciable à l'intérêt de l'Union. La question du principe comme du contenu de la sanction de l'inexécution d'un tel plan se pose dès lors avec acuité. Ce qui doit être recherché dans la sanction de l'inexécution du plan de sauvegarde, c'est sa vertu comminatoire. En effet, en filigrane de cet accompagnement public d'entreprises privées d'une branche industrielle de l'Union persiste le risque de l'aléa moral dont l'industrie financière a largement profité par suite de la crise financière. En vérité, il est permis d'écrire que l'existence même d'un tel plan de sauvegarde crée d'une certaine manière cet aléa moral, à l'encontre duquel il est donc nécessaire de prévoir une large responsabilité individuelle de ses bénéficiaires potentiels. Ainsi, plus la sanction prévue sera énergique à l'encontre de la ou des parties à l'origine de l'inexécution, moins ces parties seront enclines à se diriger vers cet échec. Rappelons que, dans ce scénario, le sort d'une branche industrielle est en jeu et qu'il a bénéficié de la protection assurée par la mesure de sauvegarde pendant que le plan de sauvegarde devait quant à lui garantir un avenir à cette branche. La mesure de sauvegarde, temporaire par essence, s'éteindrait alors. La question se pose de savoir si le plan devrait être opposable aux seules parties ou produirait ses effets *erga omnes*... Nous serions tentés d'affirmer que même si le plan de sauvegarde produit ses effets au-delà des parties en cause, il convient de limiter le champ d'application personnel des sanctions envisageables aux seules parties. En effet, cette approche serait alors en phase avec la conception selon laquelle l'existence même de la sanction contribue à l'objectif d'exhortation à l'exécution du plan par les parties.

b. Les variétés de sanction de l'inexécution du plan de sauvegarde

334. Deux types de sanction contre les parties au plan peuvent être envisagés à l'occasion de l'inexécution du plan de sauvegarde. D'une part, à l'égard des opérateurs économiques privés pourrait être appliqués tant la déchéance des délais accordés que résolution des accords formés à l'occasion du plan. Autrement dit le retrait des avantages procurés par le plan à la branche industrielle en cause. Ces avantages pouvaient correspondre à des engagements, pris par l'Union ou ses États membres, d'ordre financier, économique, social et environnemental. La question se pose de savoir si l'on pourrait demander jusqu'à la restitution des aides octroyées. Cette hypothèse devrait être réservée au cas exceptionnel de la fraude du bénéficiaire ou, par tempérament, de sa mauvaise foi, dont la preuve sera toutefois difficile à établir. D'autre part, à l'égard des opérateurs publics, autrement dit des États membres ou de leurs émanations, une sanction pécuniaire pourrait être infligée. Ainsi, à l'instar de la sanction des déficits excessifs prévue par le semestre européen, il pourrait être envisagé de réclamer le paiement d'un pourcentage du PIB à l'État membre qui n'aurait pas exécuté le plan de sauvegarde conformément aux engagements pris lors de sa conclusion ou de son réexamen.

335. Cette section a permis de démontrer que, sur le plan téléologique, l'adjonction d'un plan de sauvegarde à la mesure de sauvegarde trouve sa justification dans une forme de déclaration d'utilité publique des industries en difficulté que l'Union considère comme stratégiques. Par ailleurs, l'intégration de ce plan de sauvegarde à l'ordre du jour du semestre européen permettrait à l'Union de gagner en maîtrise de ses industries stratégiques. Les industries en difficulté qu'elle déciderait de sauver de la sorte bénéficieraient du support combiné de l'Union et de ses États membres tenus par le principe de coopération loyale. En pratique, la réalisation du plan de sauvegarde interroge nécessairement sur la compatibilité de sa conception puis de sa mise en œuvre avec les règles du marché intérieur et, partant, de concurrence. Dès lors que des remèdes sont identifiés pour pallier ces difficultés, reste encore à s'assurer de la bonne exécution du plan de sauvegarde qui doit nécessairement s'assortir de sanctions en cas d'inexécution, dont les plus efficaces sont de nature pécuniaire.



## Section 2 : L'assouplissement des conditions du régime de la mesure de sauvegarde

336. La qualification de référé économique d'utilité publique que pourrait revêtir la mesure de sauvegarde prise au niveau de l'Union renvoie nécessairement à la caractérisation de ses conditions de fond. Pour ce qui concerne ses effets, la portée de la mesure de sauvegarde se trouve, de facto, nettement plus large que celle des réglementations antidumping et antisubventions, dont les caractéristiques et points d'amélioration possibles ont été précédemment étudiés. En effet, il ne s'agit pas de sanctionner des pratiques commerciales déloyales au niveau du commerce international. Il s'agit plutôt de mettre en œuvre une forme de responsabilité économique non fautive. Selon cette conception, le fait générateur serait la hausse inattendue des importations de produits, causant un préjudice à l'industrie concernée au sein de l'Union. La mesure de réparation du dommage causé à l'industrie prendrait la forme soit d'une hausse des droits ad valorem, soit de restrictions quantitatives. De sorte que les effets d'une mesure de sauvegarde sur l'économie réelle, industrielle, peuvent être significatifs. Dans l'objectif de redonner à la mesure de sauvegarde son utilité réelle dans l'intérêt de l'Union, la question doit se poser de savoir sur quels fondements peut être déclenchée une telle mesure de défense commerciale d'envergure. De manière classique, la procédure de référé qui aboutirait à la décision d'application d'une mesure de sauvegarde nécessite la caractérisation d'une urgence à agir, ce que recouvre la notion « d'évolution imprévue des circonstances<sup>513</sup> ». Pour autant, on observe que cette exigence n'est pas reprise dans le droit de l'Union, où le RCAI ne mentionne pas cette condition.

La question se pose alors de savoir s'il est possible d'instaurer une certaine tolérance dans la caractérisation de l'urgence (§1). De manière moins conventionnelle, il apparaît pertinent de conférer un caractère plus énergique à la mesure de sauvegarde sur le plan de son exécution qui doit trouver à s'appliquer dès le stade de l'enquête, à l'instar de ce que l'on peut trouver dans le cadre d'une décision administrative non susceptible de recours suspensif<sup>514</sup>. De sorte que le référé économique d'utilité publique que représente la mesure de sauvegarde devrait bénéficier d'un aménagement des conditions de l'enquête de sauvegarde (§2).

§1 : La tolérance dans la caractérisation de l'urgence de la mesure de sauvegarde

337. En droit processuel français, qu'il s'agisse du droit civil ou du droit administratif<sup>515</sup>, associer les termes « référé » et « urgence » relève du réflexe sinon de l'évidence. La question reste toutefois entière d'identifier les critères de l'urgence en matière de mesure de sauvegarde dans la perspective d'un recours effectif, donc accru, à ces mesures. Ce qui renvoie à la question d'implémenter une certaine tolérance dans la caractérisation de l'urgence.

Le premier écueil de cette inflexion des conditions de qualification de l'urgence tient au risque de manœuvre dilatoire sous couvert de sauvegarde qu'elle peut représenter (A). Il sera ainsi démontré que le risque de manœuvre dilatoire tient plus dans la nature du fonctionnement de l'entité souveraine qui applique la mesure de sauvegarde que dans les conditions de recours à cette mesure, qu'elles soient ou non assouplies. Il sera ensuite pertinent de se pencher sur l'hypothèse du recours à une forme de sauvegarde « mesures utiles », à l'instar du référé que l'on peut rencontrer en droit administratif français (B).

<sup>513</sup> « Unforeseen developments » ainsi qu'il était écrit à l'origine dans la clause de sauvegarde originelle : Executive Order 9832—Prescribing Procedures for the Administration of the Reciprocal Trade Agreements Program, 25<sup>th</sup> February 1947. Condition désormais visée à l'article XIX §1 a) du GATT de 1994 et à l'article 3§1 de l'accord sur les sauvegardes.

<sup>514</sup> N'est-ce pas là la manifestation de l'exercice d'une prérogative de puissance publique ?

<sup>515</sup> À l'exception de la procédure pénale par conséquent.

### A. Le risque de manœuvre dilatoire sous couvert de sauvegarde

338. Bien entendu, l'allègement des conditions de caractérisation de l'urgence à agir en matière de sauvegarde, donc de recours au référé économique d'utilité publique qu'il constituerait, peut ouvrir la voie à l'aléa moral pour chaque membre de l'OMC qui serait peu soucieux des règles multilatérales. Ce risque d'abus du droit de recours aux mesures de sauvegarde pourrait en particulier prendre la forme d'une manœuvre dilatoire. Pour autant, ce type de comportement n'a pas attendu l'assouplissement des règles relatives à la sauvegarde pour s'exercer. Il en est précisément ainsi de l'affaire qui opposa les États-Unis à huit plaignants devant l'organe de règlement des différends sur la question de savoir si les mesures de sauvegarde concernant certains produits en acier étaient compatibles avec les règles de l'OMC.

L'étude de cette affaire, aussi importante sur le plan juridique en matière de sauvegarde<sup>516</sup> que sur le plan économique par la branche industrielle<sup>517</sup> qu'elle adresse, éclaire de surcroît la pratique de défense commerciale des États-Unis sous l'administration Trump. Elle démontre en particulier que, outre l'aspect éminemment temporel de la manœuvre dilatoire (1), vient se juxtaposer une dimension substantielle (2) qui cristallise finalement la nature profonde du fonctionnement de l'entité souveraine (3).

#### 1. Aspect temporel de la manœuvre dilatoire en matière de sauvegarde

339. Ainsi que l'écrit justement Daniel CHABANOL : « Le temps est une composante essentielle de toute procédure juridictionnelle. Gagner du temps est parfois plus important que gagner un procès, et c'est bien à propos des procédures contentieuses que s'emploie le plus souvent le terme « dilatoire »<sup>518</sup>. » L'aspect temporel de la manœuvre dilatoire en matière de sauvegarde trouve une parfaite illustration dans l'affaire « États-Unis – mesures de sauvegarde concernant l'importation de certains produits en acier »<sup>519</sup>. »

On relève ainsi que, sur la base juridique de la section 203 du Trade Act de 1974, l'administration Bush a exploité le paramètre temps dans l'application de ses mesures de sauvegarde de deux manières. D'une part, au moment du déclenchement, la décision d'exécution des mesures de sauvegarde a été prise seulement quinze jours après son annonce le 5 mars 2002<sup>520</sup>, en violation de la procédure de consultation préalable prévue par l'accord sur les sauvegardes. D'autre part, durant l'exécution des mesures de sauvegarde, la période durant laquelle ces exceptions protectionnistes ont trouvé à s'appliquer s'est étalée sur une année et neuf mois, précisément jusqu'au 12 décembre 2003<sup>521</sup>, étant précisé qu'il était prévu qu'elles durent trois années et un jour à

<sup>516</sup> Par le nombre des arguments de fait et de droit, tant substantiels que processuels (les États-Unis ayant notamment exigé et obtenu la production d'un rapport distinct pour chacun des huit plaignants) confrontés entre les plaignants et le défendeur.

<sup>517</sup> Selon l'OMC, en 2014, l'acier représente environ 2,6% du commerce mondial.

<sup>518</sup> *La pratique du contentieux administratif*, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> édition, 2013, page 191.

<sup>519</sup> Affaires DS248, DS249, DS251, DS52, DS253, DS254, DS258 et DS259 : États-Unis – Mesures de sauvegarde concernant l'acier, sur plaintes de la part des Communautés européennes (7 mars 2002), du Japon (20 mars 2002), de la République de Corée (20 mars 2002), de la Chine (26 mars 2002), de la Suisse (3 avril 2002), de la Norvège (4 avril 2002), de la Nouvelle-Zélande (14 mai 2002) et du Brésil (21 mai 2002) ; rapport du groupe spécial le 11 juillet 2003 ; rapport de l'organe d'appel le 10 novembre 2003, concluant à l'incompatibilité des mesures de sauvegarde instituées par les États-Unis avec l'article XIX du GATT de 1994 et l'accord sur les sauvegardes.

<sup>520</sup> Presidential Documents, Proclamation 7529 of March 5, 2002: "To facilitate Positive Adjustment to Competition From Imports of Certain Steel Products", Federal Register, Vol.67, N°45, March 7, 2002.

<sup>521</sup> Presidential Documents, Proclamation 7741 of December 4, 2003: "To Provide for the Termination of Action Taken With Regard to Imports of Certain Steel Products", Federal Register, Vol.68, N°235, Monday, December 8, 2003.

l'origine<sup>522</sup>. La mise en application des mesures de sauvegarde par les États-Unis leur a donc conféré un avantage temporel certain. Par cette exception protectionniste, l'administration Bush a ainsi offert à son industrie sidérurgique une période de répit économique vis-à-vis de la concurrence mondiale. Pour autant, cette action unilatérale ne peut être réellement qualifiée de dilatoire que dans la mesure où elle est constitutive de manœuvres. En l'espèce, l'existence de manœuvres est révélée par le caractère illicite des mesures de sauvegarde au regard des règles commerciales multilatérales.

## 2. Aspect substantiel de la manœuvre dilatoire en matière de sauvegarde

340. Pour l'État membre de l'OMC à l'origine de la mesure de sauvegarde, le caractère dilatoire de l'exception protectionniste ainsi instituée se révèle également sur le plan substantiel à mesure que l'on converge vers la qualification de manœuvre, autrement dit que la clause de sauvegarde résulte de l'instrumentalisation du droit de la défense commerciale internationale à dessein politique.

L'absence de réunion des conditions de la sauvegarde en constitue le premier révélateur (a). La justification du retrait de la sauvegarde en droit interne, symbole de l'unilatéralisme des États Unis, le second (b).

a. L'absence de réunion des conditions de la sauvegarde, révélateur de la manœuvre dilatoire

341. Au-delà de l'aspect temporel évident de la manœuvre dilatoire étudié dans l'affaire « États-Unis – mesures de sauvegarde concernant l'importation de certains produits en acier<sup>523</sup> », l'emploi du terme « manœuvre » est d'autant plus approprié que quatre incompatibilités majeures aux règles de l'OMC en matière de sauvegarde ont été relevées par l'ORD à l'occasion des huit rapports émis par le Groupe spécial<sup>524</sup>. Il en fut par exemple ainsi de l'absence de démonstration de « l'évolution imprévue des circonstances », de « l'accroissement des importations », du « lien de causalité » entre ces importations et les dommages graves ou menaces de dommages graves à l'industrie sidérurgique, ou encore de l'exigence de « parallélisme » entre la détermination des produits touchés et le choix des produits auxquels les mesures de sauvegarde seraient appliquées. Ces quatre conditions de compatibilité des mesures de sauvegarde avec les règles commerciales multilatérales n'étant pas satisfaites selon les conclusions du Groupe spécial, les États-Unis ont néanmoins entrepris de saisir l'Organe d'appel pour critiquer ces conclusions. Il en est résulté un nouveau délai de procédure nécessaire à la rédaction puis la notification d'un rapport également démultiplié à l'attention des huit plaignants dans lequel l'incompatibilité des mesures de sauvegarde décidées par les États-Unis a été confirmée, avec toutefois des infirmités partielles, notamment quant à la démonstration de l'accroissement des

<sup>522</sup> Presidential Documents, Proclamation 7529 of March 5, 2002, points 9 a) & b), page 5.

<sup>523</sup> Affaires DS248, DS249, DS251, DS52, DS253, DS254, DS258 et DS259 : États-Unis – Mesures de sauvegarde concernant l'acier, sur plaintes de la part des Communautés européennes (7 mars 2002), du Japon (20 mars 2002), de la République de Corée (20 mars 2002), de la Chine (26 mars 2002), de la Suisse (3 avril 2002), de la Norvège (4 avril 2002), de la Nouvelle-Zélande (14 mai 2002) et du Brésil (21 mai 2002) ; rapport du groupe spécial le 11 juillet 2003 ; rapport de l'organe d'appel le 10 novembre 2003, concluant à l'incompatibilité des mesures de sauvegarde instituées par les États-Unis avec l'article XIX du GATT de 1994 et l'accord sur les sauvegardes.

<sup>524</sup> En particulier celui concernant l'Europe, WT/DS248/R Conclusions et recommandations concernant les allégations des Communautés européennes, point 11.2, pages A-1 s. Les États-Unis ont exigé qu'il soit rendu 1 rapport par plaignant, soit 8 au total : qu'est-ce qu'une manœuvre dilatoire...

importations<sup>525</sup> pour certains produits de même qu'à l'existence d'un lien de causalité<sup>526</sup> entre les importations et le dommage grave causé à l'industrie sidérurgique.

b. L'internalisation de la justification du retrait des mesures de sauvegarde, symbole de l'unilatéralisme des États-Unis

342. Mais le fait le plus intéressant réside dans la justification apportée par les États-Unis dans leur décision d'abrogation des mesures de sauvegarde. On peut ainsi lire en premier lieu que la décision d'abrogation se base sur un rapport interne émanant de la commission du commerce international des États-Unis : "Section 204(a) of the Trade Act (19 U.S.C. 2254(a)) requires the United States International Trade Commission (ITC) to monitor developments with respect to the domestic industry while action taken under section 203 remains in effect... The ITC report in Investigation Number TA-204-9 was submitted on September 19, 2003<sup>527</sup>." Puis plus loin, le Président des États-Unis nous explique que l'efficacité des mesures de sauvegarde a été contrariée par une évolution des circonstances économiques : "In view of the information provided in the ITC report, and having sought advice from the Secretary of Commerce and the Secretary of Labor, I determine that the effectiveness of the actions taken under section 203(a)(3)(A) and (B) of the Trade Act with respect to imports of certain steel products and the exclusions from and technical corrections to the coverage of Proclamation 7529 has been impaired by changed economic circumstances". Ce qui le conduisit à conclure au retrait des mesures de sauvegarde faute d'utilité : "I have determined that termination of the actions taken under section 203(a)(3)(A) and (B) set forth in Proclamation 7529 taken with respect to certain steel imports is warranted<sup>528</sup>."
343. Nous sommes donc face à la manifestation la plus patente de mauvaise foi en matière de défense commerciale internationale qu'il nous soit donné de constater. En effet, alors que, chronologiquement, tant les conclusions de l'ORD que celles de l'Organe d'appel étaient entre les mains de l'administration américaine, pas un mot de la décision américaine de retrait des mesures de sauvegarde ne renvoie au différend porté devant l'OMC. Plus précisément, toute la justification du retrait trouve une origine interne dans le rapport de suivi des mesures de sauvegarde complété par l'avis des secrétaires d'État au commerce et au travail.

### 3. La prééminence de la substance sur l'apparence dans la manœuvre dilatoire

344. En d'autres termes, les États-Unis ne tiennent absolument pas compte des règles commerciales multilatérales dans leur argumentation en fait<sup>529</sup> et en droit. Ceci alors même que, en pratique, la prise de décision d'abrogation des mesures de sauvegarde converge avec les conclusions de l'ORD et de l'Organe d'appel, l'OMC considérant d'ailleurs que la décision de retrait en cause constituait une mise en conformité des États-Unis au regard des conclusions citées.

<sup>525</sup> WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, point 513 c), page 192.

<sup>526</sup> *Ibidem*, point 513 d).

<sup>527</sup> Presidential Documents, Proclamation 7741 of December 4, 2003: "To Provide for the Termination of Action Taken With Regard to Imports of Certain Steel Products", Federal Register, Vol.68, N°235, Monday, December 8, 2003, point 4, page 68483.

<sup>528</sup> *Ibidem*, point 6, page 68484.

<sup>529</sup> Qui peuvent être « alternatifs », ainsi que l'on a pu le constater à plusieurs reprises dans l'histoire. L'exemple le plus probant est probablement celui du déclenchement de la guerre en Irak en 2003 sur la base du risque d'utilisation d'armes de destruction massive dont l'existence s'est avérée inexacte.

Cet unilatéralisme affiché et affirmé des États-Unis contraste avec le multilatéralisme et le légalisme auquel se contraint l'Union. En témoigne l'existence d'un règlement<sup>530</sup> imposant dans le cadre de la politique commune de défense commerciale, en matière de droit antidumping et antisubventions, de se conformer aux rapports de l'ORD lorsqu'il émet des recommandations et décisions<sup>531</sup> tendant à rendre compatibles les législations de l'Union avec les règles du droit de l'OMC. Est-ce à dire que l'Union serait mieux inspirée de privilégier l'opportunisme au légalisme dans le but de sauvegarder son intérêt ? Pourrait-on dès lors se ranger derrière cette conclusion éclairée: "...the application of safeguard measures, lacking compliance with both substantive and procedural requirements, only invited disputes and retaliation proposals, causing a substantial danger of beginning a worldwide trade war<sup>532</sup>”? Il est permis d'en douter dans la mesure où la guerre commerciale mondiale s'exerce déjà sous couvert de concurrence<sup>533</sup> ou de compétition, ce qui est nettement préférable à une guerre « conventionnelle ». Il est tout aussi contestable que les mesures de rétorsion soient nocives en soit, car elles représentent simplement un outil de régulation par incident de la prise de mesures de sauvegarde non fondées en fait ou en droit. C'est ainsi que l'on peut interpréter les mesures prises par les communautés européennes<sup>534</sup> en réponse à celles des États-Unis concernant certains produits en acier. La réciprocité préférée à l'unilatéralisme, l'utilitarisme préféré à l'opportunisme et au légalisme.

345. L'unilatéralisme des États-Unis, mode de fonctionnement caractéristique de cette entité souveraine, a donc eu pour effet de déclencher des mesures de sauvegarde délibérément incompatibles avec les règles multilatérales. Cette stratégie de défense des intérêts inclut le recours à des manœuvres dilatoires sous couvert de mesure de sauvegarde. Surtout, elle est indifférente, sans rapport avec l'assouplissement des conditions de recours à la mesure de sauvegarde. Il est très peu probable que l'Union se comporte de la sorte, y compris dans la mesure où les conditions de recours à la mesure de sauvegarde seraient assouplies par une caractérisation plus simple de l'urgence à agir. Son approche légaliste pourrait la conduire plus aisément à envisager l'hypothèse de la sauvegarde « mesures utiles », à la manière du référé que l'on peut rencontrer en droit administratif français.

#### B. L'hypothèse de la sauvegarde « mesures utiles »

346. À la lumière des développements précédents, on peut se ranger derrière cette conclusion : "Safeguard measures, definitive or provisional, should be taken as an exceptional device of last resort, only to remedy or prevent serious injury caused by increased imports<sup>535</sup>". Ainsi, à la condition d'urgence à agir contre une crise de branche industrielle de l'Union pourrait être préférée la notion d'utilité contenue dans la mesure de sauvegarde. On peut d'abord la rechercher dans le référé en matière civile (1) pour mieux s'en inspirer à partir du référé issu du droit administratif (2).

<sup>530</sup> Règlement (UE) 2015/476 du 11 mars 2015, JOUE 27 mars 2015, L83/6.

<sup>531</sup> *Ibidem*, Considérant (5).

<sup>532</sup> LEE Yong-Shik, *Safeguard measures in world trade*, op. cit., page 279.

<sup>533</sup> MUNIER Frédéric, Allons-nous vers une nouvelle guerre froide ? Le protectionnisme et la guerre économique in COLLE David (Dir.), *D'un protectionnisme l'autre, la fin de la mondialisation ?* op. cit., pages 277 s.

<sup>534</sup> Affaire DS260, 21 mai 2002, Communautés européennes – Mesures de sauvegarde provisoires concernant l'importation de certains produits en acier.

<sup>535</sup> LEE Yong-Shik, op. cit., page 279.

## 1. L'évocation du référé en matière civile

347. La volonté d'empêcher l'irréversibilité du dommage causé par l'afflux massif d'importations supplémentaires sur le marché intérieur permet la caractérisation de l'urgence (a). Depuis juillet 2018, ce fondement juridique est passé du cadre théorique à l'illustration pratique par la mise en œuvre de l'exception protectionniste que constitue la sauvegarde. L'Union a ainsi institué des mesures de sauvegarde provisoires concernant certains produits sidérurgiques qu'il convient de commenter (b).

### a. La caractérisation de l'urgence par l'irréversibilité du dommage

348. En matière civile, qui vise donc à défendre les intérêts privés, la condition d'urgence est commune à l'introduction de tout référé. Plus intéressant encore, la finalité du référé réside dans la prise de « mesures, c'est-à-dire des dispositions pratiques, ... destinées à préserver les intérêts d'une partie ou à renforcer sa situation, sans nuire de manière irrémédiable aux droits de l'autre partie<sup>536</sup>. » La caractérisation de l'urgence est par exemple retenue lorsque la poursuite de travaux causerait à une partie un préjudice irréparable<sup>537</sup>. Ces conditions du référé en matière civile seraient-elles transposables à la prise de mesures de sauvegarde ? On observe en premier lieu que la terminologie employée se calque assez bien. Il est ainsi question de « mesures » dont la finalité est de « préserver les intérêts d'une partie », en l'espèce l'industrie de l'Union. En matière de sauvegarde, la notion de dommage est préférée à celle de préjudice, ceci alors que le préjudice est la conséquence juridique du dommage<sup>538</sup>. Pour autant la notion de préjudice n'est pas totalement absente de la législation sur les sauvegardes en droit de l'Union puisqu'elle trouve à s'appliquer dans le cas précis des mesures de sauvegarde dites « provisoires », ainsi qu'on peut le lire dans le considérant 26 du RCAI<sup>539</sup> : « Lorsqu'un retard dans l'imposition des mesures risque de causer un préjudice difficilement réparable, il convient d'autoriser la Commission à adopter des mesures provisoires immédiatement applicables. » Cet exposé des motifs se traduit ensuite textuellement au visa de l'article 7 par la formulation suivante : « ...lorsque des circonstances critiques, dans lesquelles tout délai entraînerait un tort difficilement réparable, rendent nécessaire une mesure immédiate<sup>540</sup>... »

### b. L'illustration par les mesures de sauvegarde concernant certains produits sidérurgiques

349. Le 17 juillet 2018, dans un contexte commercial international particulièrement contrarié dans l'exercice de sa logique dominante de libéralisation des échanges, la Commission a changé sa pratique décisionnelle de la sauvegarde en tenant le plus grand compte du caractère d'urgence au travers de la prise de mesures de sauvegarde provisoires concernant certains produits sidérurgiques. En effet, alors que le recours à la sauvegarde avait été abandonné depuis une décennie par la Commission, celle-ci a non seulement reconsidéré l'activation de ce moyen de défense commerciale commune mais encore souhaité l'appliquer de manière provisoire en vue de protéger l'intérêt de l'Union de façon énergique. Le règlement d'exécution 2018/1013 correspondant indiquait en particulier que « En l'absence de mesures provisoires de sauvegarde, il est probable que la situation

<sup>536</sup> GUINCHARD Serge (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2012-2013, rub. 125.140, page 177.

<sup>537</sup> Civ.3<sup>ème</sup> 20 octobre 1976, n°75-11.905.

<sup>538</sup> LE TOURNEAU (Dir.), *droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2012/2013, rub.1305.

<sup>539</sup> JOUE 27 mars 2015 L83/16.

<sup>540</sup> JOUE 27 mars 2015 L83/20.

évoluera pour résulter en un préjudice grave réel dans un avenir prévisible<sup>541</sup>. » On pouvait de surcroît lire, en référence à l'article 7 du RCAI : « tout délai entraînerait un tort difficilement réparable<sup>542</sup>. » Ces mesures de sauvegarde provisoire furent ensuite confortées par des mesures définitives. En effet, à l'issue du délai légal de 200 jours à compter de l'entrée en vigueur des mesures provisoires, la Commission a émis le règlement d'exécution 2019/159<sup>543</sup> du 31 janvier 2019 instituant des mesures de sauvegarde cette fois définitives à l'encontre des importations certains produits sidérurgiques. On y constate en synthèse que le dispositif de protection mis en œuvre contre les importations massives dans le cadre des mesures provisoires sera conservé pour les mesures définitives. Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> prévoit qu'un contingent tarifaire est ouvert concernant chaque catégorie de produits en cause et leur épuisement constitue le fait générateur d'un droit additionnel de 25%. On peut en particulier lire au considérant (162) : « l'intérêt de l'Union exige l'adoption de mesures de sauvegarde définitives sous la forme d'un contingent tarifaire, afin de prévenir toute détérioration supplémentaire de la situation des producteurs de l'Union. » Est-ce à dire que les mesures de sauvegarde auraient finalement pour dessein de protéger les seuls intérêts privés en partageant une structure si proche du référé en matière civile ? Dans cette hypothèse, il pourrait y avoir une certaine divergence entre les intérêts privés de l'industrie et celui plus général de l'Union dans son ensemble. Il y a dès lors lieu de rechercher les bénéficiaires effectifs des mesures de sauvegarde et, bien entendu, du plan de sauvegarde associé pour garantir l'absence de tout conflit d'intérêt susceptible de corrompre ce système de protection industrielle énergétique. Cette recherche passe par l'analyse des effets des mesures de sauvegarde et pose la question de son utilité économique et sociale.

## 2. L'inspiration du référé en droit administratif

**350.** L'unilatéralisme traverse le droit administratif comme l'exception protectionniste. C'est la raison pour laquelle s'inspirer du référé en pareille matière pour l'appliquer ou le transposer à la sauvegarde est pourvu de sens.

Il s'en dégage en premier lieu une manifestation de la puissance publique de la sauvegarde à l'échelle de l'Union **(a)**. Ce qui permet en second lieu d'envisager l'extension sémantique de la qualification de la sauvegarde à celle de référé économique d'utilité publique **(b)**.

### a. La manifestation de puissance publique de la sauvegarde à l'échelle de l'Union

**351.** À l'instar des décisions administratives, il y aurait lieu de prévoir que les décisions de mise en œuvre d'une mesure de sauvegarde soient exécutoires de plein droit. Cette exécution immédiate de la mesure se justifierait d'autant plus que la cohérence impose que le trouble cesse tout aussi immédiatement quant à l'accroissement inattendu des importations ou, ce qui finit par revenir au même, quant à la pratique de prix dérisoires par les exportateurs de pays tiers vers l'Union. La question se pose ensuite de savoir si la mesure de sauvegarde présente réellement, outre son caractère temporaire, une certaine réversibilité quant à ses effets. Ainsi que peut l'écrire Daniel GILTARD en matière de référé administratif : « Beaucoup de mesures peuvent être juridiquement provisoires, tout en étant en fait difficilement réversibles<sup>544</sup> ».

<sup>541</sup> Considérant (62) du règlement d'exécution 2018/1013, L181/47.

<sup>542</sup> *Ibidem*, considérant (83).

<sup>543</sup> JOUE 1<sup>er</sup> février 2019, L31/27.

<sup>544</sup> GILTARD Daniel, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, rub.479.

352. En effet, en l'état actuel du droit de l'Union et du droit commercial international, il est d'abord prévu<sup>545</sup> d'entrer en consultation avec les pays tiers membres de l'OMC dans le cadre d'une enquête préalable lorsqu'une mesure de sauvegarde est envisagée. Ce fut précisément le cas dans le cadre de l'enquête ouverte après avis public<sup>546</sup> de la Commission du 26 mars 2018 concernant les importations de 26 catégories de produits sidérurgiques. La condition d'existence d'un doute sérieux sur la légalité de la mesure de sauvegarde ou d'une contestation sérieuse sur le fond seraient-elles de nature à suspendre l'exécution de la mesure de sauvegarde ? En contentieux administratif, les référés introduits par voie de requête soumis à condition d'urgence<sup>547</sup> sont au nombre de trois : le référé-liberté<sup>548</sup>, le référé-suspension<sup>549</sup> et le référé conservatoire<sup>550</sup>, autrement dénommé « mesures utiles ». C'est à ce dernier type de référé qu'il serait permis de comparer la demande d'introduction de la mesure de sauvegarde en droit prospectif. D'abord à raison du fait que l'irréversibilité n'est pas exigée<sup>551</sup>. En effet, si la crise liée aux importations accrues devait être irréversible, alors il n'y aurait pas d'utilité à la mesure de sauvegarde. Bien entendu, la condition d'urgence n'est pourvue de sens que dans la mesure où l'enquête préalable de sauvegarde serait déclenchée dans un délai suffisamment court<sup>552</sup>. L'ouverture de l'enquête devrait ainsi immédiatement succéder à la survenance de la crise dans la branche en cause pour que la condition d'urgence ne soit pas écartée.

#### b. L'extension sémantique du référé économique d'utilité publique

353. La notion d'atteinte à un intérêt public qui se juxtaposerait ou convergerait avec l'atteinte à des intérêts privés<sup>553</sup> participe également de la caractérisation de l'urgence en matière de référé. Or dans le cas de la sauvegarde il peut être démontré que l'intérêt de la branche en cause peut se confondre avec l'intérêt général de l'Union. Comment ? En définissant *ex ante* les branches considérées comme sensibles. Cette sensibilité de certains produits pourrait par exemple s'inspirer de la liste visée à l'annexe V du règlement SPG n°978/2012<sup>554</sup>. En effet, on distinguera le terme sensible du terme stratégique, dont il constitue une atténuation. Ce qui permet dès lors de couvrir un spectre plus large de protection dans le champ d'application du référé économique d'utilité publique que représente la mesure de sauvegarde. Mais n'y aurait-il pas lieu d'aller plus loin dans l'assouplissement de la démonstration du caractère d'urgence ? Précisément, ne serait-il pas envisageable de présumer cette condition d'urgence à la lumière d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, à l'instar de l'administration de la preuve des ententes en droit de la concurrence<sup>555</sup> ?

Enfin, on peut lire dans une décision du Conseil d'État de 19 janvier 2004 : « Les effets anticoncurrentiels caractérisés et durables d'une décision administrative sont susceptibles de créer une situation d'urgence, alors même que cette décision bénéficie immédiatement aux consommateurs<sup>556</sup> » Ce propos revêt une acuité particulière dans le cadre de la

<sup>545</sup> En tant que parties intéressées au visa des articles 4§1 du RCAI et 3§1 de l'accord sur les sauvegardes, respectivement.

<sup>546</sup> 2018/C 111/10, JOUE du 26 mars 2018, C111 page 29.

<sup>547</sup> GILTARD Daniel, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, rub.17.

<sup>548</sup> Article L521-2 du code de justice administrative en droit français.

<sup>549</sup> Article L521-1 du code de justice administrative en droit français.

<sup>550</sup> Article L521-3 du code de justice administrative en droit français.

<sup>551</sup> *Ibidem*, rub.467.

<sup>552</sup> *Ibidem*, rub.184.

<sup>553</sup> *Ibidem*, rub.166 et 173 et 176.

<sup>554</sup> JOUE 31 octobre 2012, L303/10.

<sup>555</sup> Décision n°16 – D – 17, point 136.

<sup>556</sup> (CE 19 janv. 2004, Sté T-Online France, req. N°263012, Lebon T. 822), GILTARD Daniel, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, rub.224.



sauvegarde. En effet, l'institution par l'Union d'une mesure de sauvegarde revient pour cette entité à se défendre de la concurrence agressive de pays tiers concernant une branche industrielle particulière. Autrement dit, la mesure de sauvegarde produit des effets anticoncurrentiels à l'égard des pays tiers exportant les produits en cause vers l'Union. Il est de plus tout à fait possible que ces produits importés en quantités accrues bénéficient immédiatement aux consommateurs européens, notamment à raison de leur prix, voire même de leur rapport qualité – prix. De sorte que la mesure de sauvegarde non seulement produirait des effets anticoncurrentiels à l'échelle mondiale mais serait en plus préjudiciable au consommateur européen. Dans ces conditions, comment légitimer le recours à de telles mesures ? La réponse doit se trouver dans la vision de long terme des effets protecteurs de la mesure de sauvegarde, notamment lorsqu'elle est associée, ainsi que le prévoit cette thèse sur le plan prospectif, à un plan de sauvegarde de l'industrie bénéficiant de la mesure de sauvegarde. Certes, le consommateur européen ne bénéficierait pas de l'amélioration de son pouvoir d'achat pouvant résulter de l'importation de produits à bas prix. Pour autant, le libre-échange mené à son paroxysme mènerait-il véritablement à un libre choix<sup>557</sup> du consommateur européen ? Qu'il soit permis d'en douter car, dans cette hypothèse, il est probable que certaines branches de l'industrie européenne aient totalement disparu. En revanche, le maintien par la sauvegarde d'une branche industrielle considérée comme sensible pourrait procurer au citoyen européen des bénéfices de plus long terme.

## §2 : L'aménagement des conditions de l'enquête de sauvegarde

354. La mesure de sauvegarde prise à l'échelle de l'Union en application de la politique de défense commerciale commune s'inscrirait donc, en droit prospectif, dans le cadre d'un référé économique d'utilité publique. Dès lors la question se pose de l'aménagement des conditions de l'enquête de sauvegarde qui se juxtaposeraient dans le temps avec l'exécution provisoire de la mesure de sauvegarde. On se rapprocherait alors, sur le plan des effets à tout le moins, du régime des mesures de sauvegarde prises à titre conservatoire, ainsi que le prévoient les articles 6 de l'accord sur les sauvegardes en droit de l'OMC mais aussi 7§1 du RCAI en droit de l'Union.

Selon un plan chronologique, il y a lieu d'envisager ces aménagements dans le cadre de la phase préalable de l'enquête, que l'on pourrait requalifier plus justement, de façon prospective, d'enquête préliminaire permettant d'instruire très rapidement l'affaire et de dégager, ou non, une décision d'exécution provisoire de mesure de sauvegarde pour la branche industrielle en cause (A). D'autre part, après cette phase d'enquête rapide et non contradictoire propre au référé, les conditions de réalisation de l'enquête contradictoire pourraient aussi connaître quelques aménagements dans le sens d'une amélioration des informations recueillies des parties, en quantité comme en qualité (B).

### A. La phase d'enquête préliminaire de sauvegarde

355. Nécessairement très courte compte tenu de l'urgence à agir dans le cadre du référé économique d'utilité publique, la phase d'enquête préliminaire concentre donc son intérêt sur l'administration de la preuve par la partie requérante, autrement dit par le ou les États membres constatant un accroissement significatif de ses importations de produits pour une branche considérée, mais aussi par les industries de l'Union subissant cet accroissement. Il en résulte un enjeu probatoire considérable dans la procédure d'enquête préliminaire (1), qui conduit à envisager l'hypothèse d'un assouplissement de l'exigence probatoire sous la forme d'une présomption simple en matière de sauvegarde (2).

<sup>557</sup> Ainsi que peut l'écrire Bill WIRTZ in *L'Union européenne subventionne les opposants au libre-échange*, Les Echos, 3 octobre 2017.

## 1. L'enjeu probatoire

356. L'accord sur les sauvegardes comme le RCAI imposent de prouver, préalablement à la prise de toute mesure de sauvegarde, l'accroissement des importations causant un dommage grave à l'industrie de l'Union. Cette constatation se vérifie dans le cadre du déroulement normal de l'enquête préalable, où l'on retrouve cette exigence probatoire tant dans l'article 2§1 de l'accord sur les sauvegardes que dans l'article 5§1 du RCAI. Ce fardeau probatoire trouve à s'appliquer de manière accrue en matière de mesures de sauvegarde provisoires, comme on peut encore le lire au visa de l'article 6 de l'accord sur les sauvegardes ou de l'article 7§1 b) du RCAI. Une gradation dans l'exigence est d'ailleurs marquée par l'adjectif épithète « manifeste » qui vient qualifier le niveau de preuve attendu dans ces circonstances. Compte tenu du fait que la mesure de sauvegarde serait nécessairement accompagnée d'un plan de sauvegarde dont l'évaluation périodique concourt au suivi attentif de l'efficacité du redressement compétitif de la branche industrielle de l'Union en cause, c'est plutôt à ce niveau d'évaluation structurelle que devrait se situer l'enjeu probatoire. Par conséquent, un allègement de la charge de la preuve des conditions d'activation de la mesure de sauvegarde semble judicieux. En effet, l'enquête préalable se penche notamment, à raison, « sur le point de savoir si l'application d'une mesure de sauvegarde serait ou non dans l'intérêt public<sup>558</sup>. » Le principe de cette question doit nécessairement être admis.
357. En revanche, les destinataires de la question, à savoir les parties intéressées par les effets actuels ou potentiels de la mesure de sauvegarde, paraissent mal placés pour évaluer l'intérêt public dans la mesure où ils sont des représentants de leurs propres intérêts, par nature privés. Ceci même si l'on considère que l'intérêt public serait représentatif de la tentative de conciliation des intérêts privés en présence, ce qui renvoie à une définition partielle voire inexacte de l'intérêt public. Il semble plutôt que la seule autorité bien placée pour évaluer la contribution à l'intérêt public de la mesure de sauvegarde envisagée réside logiquement et exclusivement dans l'autorité publique qui la déclencherà, autrement dit la Commission. Un saut qualitatif sera nécessaire pour passer de la considération des intérêts de l'Union, ainsi qu'on peut le lire notamment dans le RCAI, à la considération du seul intérêt de l'Union dans son unicité, consolidant les intérêts s'exerçant et se contrariant parfois au sein de l'Union tout en lui ajoutant une dose de souveraineté.

## 2. L'hypothèse de la présomption simple en matière de sauvegarde

358. Le mode privilégié de facilitation de l'administration de la preuve pour une partie réside dans la présomption. Pour autant, en matière de sauvegarde, reste à déterminer quels éléments pourront contribuer à la présomption de réunion des conditions de l'activation de la clause de sauvegarde.

Il est ainsi permis d'envisager la limitation de l'administration de la preuve à la hausse inattendue des importations pour emporter l'activation possible de la clause de sauvegarde (a). Il s'agira ensuite de s'intéresser à la condition du constat *prima facie* de l'infraction (b).

### a. La limitation de l'administration de la preuve à la hausse inattendue des importations

359. L'Union investie d'une souveraineté pourrait invoquer la protection de son ordre public économique pour justifier du glissement du fardeau probatoire. Rappelons que la mesure de sauvegarde est une exception protectionniste, outil de régulation du libre-échange. Son

---

<sup>558</sup> Article 3§1 de l'accord sur les sauvegardes.

régime peut dès lors contenir des dispositions exorbitantes du droit commun, à l'instar des procédures collectives du droit des entreprises en difficulté. À cet égard, la mesure de sauvegarde n'attire-t-elle pas les producteurs concurrents des pays tiers à une discipline collective ? Si l'on concentre l'enjeu probatoire sur la démonstration du dommage grave, entendu comme la « dégradation générale notable de la situation<sup>559</sup> » des producteurs de l'Union<sup>560</sup> au visa de l'article 4§3 a) du RCAI, la gravité du dommage causé par la perturbation de marché pourrait se présumer. Plus précisément, l'administration de la preuve de la perturbation de marché démontrée par l'accroissement significatif des importations de produits similaires ou directement concurrents issus de pays tiers emporterait présomption de gravité du dommage causé à ce marché. En effet, l'atteinte portée à une branche de l'industrie de l'Union par le jeu de la perturbation du marché que cette branche alimente porte atteinte par ricochet à l'intérêt de l'Union. Ainsi, l'outil de production en cause de même que les emplois qu'il génère s'en trouvent affectés de manière défavorable. Le glissement de la charge de la preuve du dommage vers l'auteur de la perturbation de marché par le jeu de la présomption contribue à une protection plus rapide de la branche industrielle en cause. Le déclenchement de la mesure de sauvegarde s'en trouvera nécessairement facilité.

#### b. La condition du constat *prima facie* de l'infraction

360. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'utilisation de la présomption simple en matière de sauvegarde trouve déjà à s'appliquer, en particulier dans le cadre du règlement des différends de l'OMC : « nous [l'organe d'appel et, par extension, l'organe de règlement des différends] avons toujours considéré que, en règle générale, la charge de la preuve incombait au Membre plaignant. Ce Membre doit fournir des éléments *prima facie* à l'appui de son allégation en présentant des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption en faveur de cette allégation. Si le Membre plaignant y parvient, le Membre défendeur doit alors chercher à réfuter cette présomption. Par conséquent, suivant l'attribution habituelle de la charge de la preuve, la mesure d'un Membre défendeur sera traitée comme étant compatible avec les règles de l'OMC, jusqu'à ce que des éléments de preuve suffisants soient présentés pour prouver le contraire<sup>561</sup>. » Même si ce principe général de la preuve en droit commercial international vient s'entrechoquer avec les dispositions notamment visées par le RCAI, il n'en demeure pas moins vérifié que la pratique de la mesure de sauvegarde permet de conférer un temps d'avance à son initiateur dans la mesure où, de fait, l'initiateur de la mesure, membre défendeur, poursuivra l'exécution de celle-ci pendant le temps de règlement du différend.
361. Cette phase d'enquête préliminaire, de nature purement accusatoire et non contradictoire, dès lors qu'elle réunit les conditions de preuve de l'accroissement significatif des importations, pourrait se poursuivre par une enquête contradictoire après déclenchement de la mesure de sauvegarde à titre conservatoire.

#### B. La phase contradictoire de l'enquête

362. Une fois l'enquête préliminaire passée et la mesure de sauvegarde en cours d'exécution provisoire, la procédure doit retrouver le mode de fonctionnement normal du règlement d'un différend. Dès lors, la procédure contradictoire doit être rétablie et chaque partie intéressée par l'objet ou les effets de la mesure de sauvegarde doit pouvoir être mise en

<sup>559</sup> Terminologie identique à l'article 4§1 a) de l'accord sur les sauvegardes.

<sup>560</sup> L'article 4§1 c) de l'accord sur les sauvegardes utilise quant à lui la formulation « branche de production nationale ».

<sup>561</sup> WT/DS103/AB/RW2, WT/DS113/AB/RW2, point 66, page 21, Canada - mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers - deuxième recours des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande à l'article 21 :5 du Memorandum d'Accord, rapport de l'organe d'appel, 20 décembre 2002.

mesure d'accéder aux informations de l'affaire, aux arguments de droit et de fait des parties. Pour ce faire, chaque partie doit être mise en situation d'exposer et de justifier sa situation et ses prétentions au regard du dispositif de sauvegarde qui se met en place. Le caractère accusatoire de la procédure résultant de l'administration de la preuve par les parties doit être complété par une procédure inquisitoire résultant de l'engagement de la Commission dans la recherche de preuves et d'informations qui serviront tant l'instruction du différend éventuel entre les importateurs des pays tiers et l'Union, mais aussi l'élaboration du plan de sauvegarde de l'industrie en cause.

C'est la raison pour laquelle, contrairement aux dispositions prévues dans le RCAI, la Commission devrait être investie d'un droit de communication étendu (1), idéalement complété par la possibilité de sanctionner les parties démontrant une certaine mauvaise foi dans la coopération à l'administration de la preuve (2).

### 1. L'imposition d'un droit de communication

363. Pendant la phase contradictoire de l'enquête sur les mesures de sauvegarde, on passe d'une procédure accusatoire, pour ce qui concerne l'accroissement des importations et présomptive en matière de caractérisation du dommage grave à l'industrie en cause, à une procédure inquisitoire. La Commission va ainsi assurer une forme de mise en état de l'affaire sur la base des éléments de preuve qu'elle aura recueillies des parties mais aussi de son propre chef. Toutefois, cette dernière hypothèse de récupération des preuves se heurte à un écueil relativement important en l'état du droit positif de l'Union. En effet, au visa de l'article 8 du RCAI, on observe que le secret des affaires peut être opposé dans le cadre de l'enquête. Le secret des affaires peut d'abord être opposé en raison des dispositions applicables par ailleurs dans le droit de l'Union. Ainsi, on pense en premier lieu à la directive (UE) 2016/943<sup>562</sup> du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Dans la mesure où la divulgation de ces informations relevant du secret des affaires peut contribuer à servir « un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union<sup>563</sup> », à savoir la protection de ses industries stratégiques, n'y aurait-il pas lieu de rendre ce secret des affaires inopposable aux parties dans le cadre de l'enquête contradictoire ? Les informations ainsi recueillies ne le seraient que par la Commission et n'auraient pas vocation à circuler. De surcroît, la lecture attentive de l'article 8 du RCAI en son paragraphe 3 nous informe encore que, quand bien même la demande de non divulgation au motif de l'inscription de l'information en cause dans le champ du secret des affaires ne serait pas justifiée, elle pourrait toutefois être écartée par la simple manifestation de volonté de la partie demanderesse. Autrement dit, il suffit d'alléguer de façon péremptoire qu'une information relève du secret des affaires pour la faire échapper à l'instruction de l'enquête. Dans ces conditions, les dossiers doivent être bien maigres.

Ceci alors que l'on impose bien des transferts de technologie<sup>564</sup>, qui constituent par excellence des secrets d'affaires mêlés de propriété industrielle, via les contrats dits *offset*<sup>565</sup> sans que cela ne contrarie pour autant les entités, souveraines ou privées, au contrat. Dans ce contexte, on comprend mal comment on ne pourrait pas exiger l'accès aux

<sup>562</sup> JOUE 15 juin 2016, L157/1.

<sup>563</sup> *Ibidem*, article 5 d) : *Dérogations*, L157/11.

<sup>564</sup> Pour une illustration des conséquences des transferts de technologie, Frédéric Schaeffer, La Chine met en service le premier réacteur EPR au monde, Les Echos, 17 décembre 2018, étant précisé que l'EPR de Flamanville ne sera pas mis en service avant 2020, si toutefois de nouveaux retards n'interviennent pas d'ici là...

<sup>565</sup> BUGA Cristina, *Les politiques d'offset (compensation) : enjeux généraux et étude du cas de l'Afrique du Sud*, Thèse de Sciences économiques, Université de Grenoble Alpes, 2016, page 81.

informations dites confidentielles dès lors que l'industrie d'une entité souveraine, à savoir l'Union, est en jeu.

364. Cette situation est d'autant plus gênante pour l'efficacité et la qualité de l'enquête sur les mesures de sauvegarde que la mauvaise foi des parties pendant son déroulement n'est pas non plus sanctionnée en l'état du droit positif de l'Union.

## 2. La sanction de la mauvaise foi

365. La mise en évidence de manœuvres dilatoires, expressions d'un protectionnisme injustifié sous couvert de sauvegarde, a révélé le risque de l'activation de mauvaise foi de la clause de sauvegarde.

Il en résulte la nécessité de pouvoir sanctionner cette mauvaise foi en prévoyant d'abord la réaffirmation du principe de bonne foi dans l'administration de la preuve (a). Ensuite, il sera temps d'envisager les variétés de sanction de cette mauvaise foi (b).

### a. L'exigence de réaffirmation du principe de bonne foi dans l'administration de la preuve

366. L'article 5§6 du RCAI surprend tout autant par sa mansuétude à l'égard des parties réfractaires au droit de communication qui s'avère, en réalité, facultatif. Ainsi, l'absence de réponse ou de déclaration par suite de la demande de la Commission de même que l'entrave à l'enquête ne sont absolument pas sanctionnées. Pire, la diffusion d'informations fausses ou trompeuses à la Commission dans le cadre de l'enquête n'a pour effet que l'indifférence manifestée par la non prise en compte de ces informations dans le cadre de l'enquête. Ceci alors que ce type de comportement sur les marchés financiers est susceptible de qualification pénale. Ces dispositions témoignent d'une forme d'impuissance ou de désintérêt de la Commission dans la recherche de preuves pertinentes en vue de démontrer l'existence des conditions propres à déclencher les mesures de sauvegarde. Il semblerait au contraire que, conformément aux règles que l'on peut notamment trouver dans la procédure civile, les parties doivent collaborer de façon loyale à l'administration de la preuve, sous peine de sanctions. Il est ainsi nécessaire de réaffirmer que le principe de bonne foi dans les affaires internationales, comme dans le droit français des contrats, renvoie à l'application spontanée de deux principes complémentaires. Le principe de loyauté qui implique de ne pas dissimuler une information utile à la procédure de sauvegarde. Mais aussi le principe de coopération dont se déduit la transmission volontaire de telles informations.

### b. Les variétés de sanction de la mauvaise foi

367. La première des sanctions serait précisément de ne plus être partie à l'affaire et donc exclue de tout droit d'accès au dossier autrement que dans les conditions de publicité accessibles à tout citoyen de l'Union. Dès lors, l'intérêt de la partie exclue serait dissout dans l'intérêt de l'Union, et plus isolé ou identifié en tant que partie. Une autre forme de sanction serait de nature financière et donc comminatoire. Un pourcentage du chiffre d'affaires pour les opérateurs économiques privés ou du PIB de la branche nationale en cause pour les États membres récalcitrants pourrait ainsi servir d'assiette de calcul à une amende civile<sup>566</sup>.

<sup>566</sup> D'une manière proche de la procédure de sanction des déficits excessifs visée à l'article 126§11 TFUE combinée à l'article 12 du règlement n°1467/97 du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, modifié par les règlements n°1056/2005 et n°1177/2011.

Dans ces conditions, la qualité et la quantité des informations recueillies par la Commission dans le cadre de l'enquête ne pourront qu'être accrues. Elles contribueront à l'analyse plus fine des facteurs à l'origine des difficultés de la branche dans le cadre du bilan durable et permettront ainsi une remédiation plus précise au moment de l'élaboration du plan de sauvegarde.

368. En conclusion de section, l'assouplissement des conditions du régime de la sauvegarde passe d'abord par une plus grande tolérance dans la caractérisation de l'urgence. Tout en évitant le grief potentiel de la manœuvre dilatoire sous couvert de sauvegarde, l'inspiration du référé « mesures utiles » issu du droit administratif se combinerait à la caractérisation de l'urgence par l'irréversibilité du dommage en matière civile. Ainsi, l'Union serait en mesure de manifester sa puissance publique par voie d'exception protectionniste dès le stade de la mesure de sauvegarde provisoire, ainsi que sa pratique décisionnelle l'a déjà démontré par le règlement d'exécution 2018/1013 du 17 juillet 2018 et le règlement d'exécution 2019/159 du 31 janvier 2019 instituant des mesures de sauvegarde sur certains produits sidérurgiques. Sur le plan processuel, la phase préliminaire de l'enquête de sauvegarde révèle un enjeu probatoire concentré sur la hausse inattendue des importations du produit en cause. Dans l'hypothèse d'une facilitation du recours à la mesure de sauvegarde en tant qu'exception protectionniste à l'échelle de l'Union prise dans son intérêt, le constat *prima facie* de cette hausse inattendue des importations emporterait présomption simple de dommage grave ou risque de dommage grave à l'industrie de l'Union en cause. La phase contradictoire de l'enquête serait le lieu de rétablissement de l'équilibre probatoire à l'endroit des défenseurs et parties intéressées, en ce compris l'industrie de l'Union en cause, dont la limitation des recours préalables était justifiée par l'intérêt supérieur de l'Union dans le cadre de sa défense commerciale commune.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

369. C'est à raison de son caractère provisoire et défensif combiné à la conception puis à l'exécution d'un plan de sauvegarde tendant au redressement compétitif de l'industrie en cause que la mesure de sauvegarde peut présenter des conditions de recours exorbitantes du droit commun. Dans la mesure où la défense commerciale, en particulier par le truchement d'une mesure de sauvegarde, a bien pour objet de protéger les producteurs de l'Union au nom de son intérêt général, les conditions de recours à cette exception protectionniste par nature peuvent être assouplies dans un premier temps, notamment en termes de fardeau probatoire. Certes, un déséquilibre probatoire est créé au moment de l'enquête préliminaire dans le cadre du référé économique d'utilité publique que constitue le dispositif de sauvegarde. Toutefois, il est rapidement neutralisé à l'occasion de l'enquête contradictoire. Cette phase, autrement plus longue et complexe que l'enquête préliminaire, combine une instruction accusatoire par les parties et inquisitoire par la Commission munie d'un droit de communication énergique. Elle pourra en premier lieu servir la solution juridique résultant d'un éventuel différend entre l'Union et les pays tiers et leurs producteurs à l'occasion de la mesure de sauvegarde appliquée. Elle pourra aussi contribuer à la conception fine et approfondie d'un plan de sauvegarde que l'on souhaite efficace, autrement dit satisfaisant l'objectif de redressement compétitif de l'industrie de l'Union en cause.

## CONCLUSION DU TITRE II

370. La clause de sauvegarde représente l'exception protectionniste par excellence en droit de l'Union. Sa présence au sein de la défense commerciale commune comme dans les ALE conclus entre l'Union et les pays tiers de toute obédience économique – y compris le Viêtnam – révèle une contradiction : la coexistence de l'imperium des libertés de circulation avec son parfait instrument antagonique. Dès lors, la clause de sauvegarde ne doit sa survie textuelle que dans la perspective de concéder une réserve de souveraineté économique aux membres de l'OMC pour assurer leur défense commerciale dans un monde libéral. C'est la raison pour laquelle sa justification est muselée par le test de nécessité aux fins de la circonscrire à la plus stricte expression d'une exception aux libertés de circulation. La loyauté commerciale internationale commande par ailleurs d'associer la mesure de sauvegarde du droit positif avec un plan de sauvegarde imaginé en droit prospectif aux fins de responsabiliser l'industrie de l'Union concernée par les importations massives à bas prix sur son avenir. Cette combinaison temporelle d'instruments juridiques conjoncturels et structurels est pourvue de sens dans la mesure où la défense de l'intérêt de l'Union mérite une défense commerciale énergique de court terme tout autant que stratégique, propice au développement d'une industrie de l'Union pérenne à la faveur de dispositifs de redressement compétitifs sectoriels.



## CONCLUSION DE LA PARTIE I

371. Une défense commerciale commune pertinente à l'échelle de l'Union commande la protection énergique de son intérêt. Ainsi, la protection juridique de l'Union contre les externalités négatives du commerce international peut apparaître tout à la fois salubre par son existence et insatisfaisante par son contenu. Salubre car il convient de relever que l'Union dispose de législations pour assurer sa défense commerciale contre les dommages causés tant par les pratiques commerciales déloyales issues de pays tiers que par les importations massives de produits à bas prix sur le marché intérieur. Les régimes antidumping et antisubvention contribuent ainsi à lutter contre les pratiques commerciales déloyales internationales pendant que la clause de sauvegarde permet la défense contre les hausses inattendues d'importations. Surtout, il est véritablement salubre dans l'intérêt de l'Union de constater l'évolution favorable de la pratique décisionnelle de la Commission, garante de l'intérêt général, dans le sens d'un recours plus soutenu aux régimes antidumping et antisubvention, et renouvelé à la clause de sauvegarde. Cette inflexion de la logique libérale à la source des libertés économiques du droit primaire légitime par là même le principe de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union.
372. Toutefois, la protection juridique de l'Union contre les externalités négatives du commerce international s'avère insatisfaisante par son contenu. C'est la raison pour laquelle des axes de progrès de la législation actuelle en matière de défense commerciale commune sont envisagés sous deux angles distincts. La première série de voies d'amélioration tend à renforcer le droit positif. Les régimes antidumping et antisubvention pourraient ainsi permettre un progrès substantiel par l'intégration de l'intérêt de l'Union de manière inconditionnelle. De même, le fardeau probatoire pourrait être allégé au stade de l'enquête préliminaire et des mesures provisoires pour chacun des instruments de la défense commerciale de l'Union afin de faciliter le déclenchement d'exceptions protectionnistes prises dans son intérêt. La seconde série de voies d'amélioration est plus disruptive. Dans cet esprit, imaginer un droit de la concurrence mondial permettrait dès lors de régir les externalités négatives résultant du commerce international par la régulation concurrentielle des comportements des agents économiques. Un droit international des pratiques anticoncurrentielles pourrait ainsi émerger et avoir notamment pour fait générateur l'affectation du commerce de l'un des membres du commerce mondial : l'Union. Sur le registre de la sauvegarde, un plan de sauvegarde de l'industrie de l'Union en cause devrait être systématiquement associé à la mesure de sauvegarde du droit positif. En effet, l'intérêt de l'Union commande une protection de son industrie qui puisse être à la fois conjoncturelle par la mesure de sauvegarde et structurelle par le truchement du plan de sauvegarde destiné au redressement compétitif du secteur en difficulté. Ainsi, la fonction régulatrice du libre-échange de l'exception protectionniste en droit de l'Union apparaît dès lors plus caractéristique dans le cadre de sa défense commerciale commune. Sa fonction répressive à l'égard des pays tiers apparaît vaine voire contreproductive car susceptible d'escalade par les destinataires de ces potentielles sanctions. Reste à explorer la fonction prophylactique de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union, qu'il convient dès lors d'envisager sous un angle durable, ne se limitant donc pas à la seule dimension économique traitée par la défense commerciale commune dans cette première partie.

## PARTIE II : L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE AU SOUTIEN DU DEVELOPPEMENT DURABLE DE L'UNION

373. La dimension économique de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union, si elle légitime son existence en tant qu'outil énergétique de régulation du libre-échange, doit être dépassée et complétée pour prendre sa pleine mesure à la lumière des enjeux de notre siècle : « la libéralisation des échanges...peut jouer un rôle positif dans la réduction de la pauvreté et des inégalités, mais ne suffit pas en soi à faire progresser le développement durable...la compétitivité et la croissance ne sont pas des fins en soi, mais des moyens au service de l'humanité<sup>567</sup> ». Cette gradation téléologique de l'exception protectionniste au service de l'humanité doit se traduire sur le plan juridique par l'étude de nouvelles voies de régulation durable du libre-échange, en rapport avec des domaines jusque-là inexplorés dans cette recherche. S'agissant de mettre en évidence l'exception protectionniste au soutien du développement durable de l'Union, il ne fait pas de doute que la recherche des dimensions tant environnementale que sociale de cette exception protectionniste durable s'impose par définition. Il s'agira par ailleurs de ne pas négliger l'interaction, actuelle ou potentielle, de l'exception protectionniste durable avec les flux de capitaux, en ayant à l'esprit que le droit positif de l'Union veut que ces mouvements de capitaux jouissent d'une liberté absolue de circulation, au visa de l'article 63§1 TFUE. Cette contrariété imposée par le droit primaire invitera alors à rechercher une voie de manifestation de l'exception protectionniste durable à caractère financier sur le fondement d'une autre liberté économique, susceptible d'admettre une restriction de son champ d'application géographique aux frontières de l'Union.
374. Pour toutes ces raisons, il convient d'étudier en premier lieu la protection du citoyen de l'Union au cœur de l'exception protectionniste durable (**Titre I**), avant d'envisager en second lieu les nouveaux instruments de l'exception protectionniste durable (**Titre II**).

---

<sup>567</sup> LANGE Bernd, RUBIG Paul, Parlement européen, Commission du commerce international, Rapport sur l'OMC : la voie à suivre, A8-0379/2018, 2018/2084(INI), 22 novembre 2018, Suggestion d'incorporation dans la proposition de résolution de la commission du développement, page 13.

## TITRE I : LA PROTECTION DU CITOYEN DE L'UNION AU CŒUR DE L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE DURABLE

375. Assurer la protection du citoyen européen ne se limite pas à la seule préoccupation de son bien-être économique se manifestant en particulier par le pouvoir d'achat. En effet, le droit du marché intérieur, combinant les règles de concurrence en vue d'une compétition libre et non faussée avec le droit protecteur du consommateur, ne suffit pas à prendre la pleine mesure du citoyen de l'Union. Le besoin de protection est d'ordre plus général et diffus : « La majorité des citoyens, condamnés à se vivre comme des variables d'ajustement de la mondialisation libérale, demandent aujourd'hui qu'on les protège<sup>568</sup>. » Sur le plan social, la place qu'occupent les mouvements hétéromorphes que l'on peut qualifier de populistes, privilégiant le repli sur soi, xénophobes par essence, qu'il s'agisse du Royaume-Uni l'ayant mené au Brexit, de l'Italie, de l'Allemagne, de l'Espagne ou même de la France, rappellent tout autant la complexité des comportements individuels et collectifs que leur irrationalité à l'égard de ce besoin de protection. Ces mouvements sont ainsi révélateurs de la prédominance de ce que Philippe AGHION<sup>569</sup> qualifie de « croyance désirable » – le possible retour en arrière conforté par le recul de l'autorité légitime<sup>570</sup> devant la manifestation d'une partie du peuple contre la démocratie – sur la « croyance exacte » – l'irrésistible mais prévisible compromission de la planète par l'espèce humaine. Transparaît alors l'exigence de durabilité dans la protection du citoyen de l'Union, dont la dimension environnementale ambitionne que « la transition écologique doit être un vecteur de solidarité et de cohésion<sup>571</sup> ». Pour parvenir à cette protection du citoyen de l'Union adressant le champ complet du développement durable, la mise en œuvre d'exceptions protectionnistes actuelles ou potentielles, en droit positif ou prospectif, peut apparaître particulièrement fondée dans les dimensions sociale ou environnementale du développement durable.

C'est la raison pour laquelle il importe de rechercher l'existence de telles exceptions protectionnistes sous l'angle de l'affirmation européenne de l'exigence environnementale (**Chapitre I**), avant d'envisager l'hypothèse de leur émergence sous la forme d'une tentative d'ordre public social de protection européen (**Chapitre II**).

---

<sup>568</sup> CROISSANDEAU Matthieu, *Bonne année quand même...L'OBS*, n°2720, 22 décembre 2016.

<sup>569</sup> AGHION Philippe, *Croyances collectives : organisations, marchés financiers et idéologies politiques*, Collège de France, 6 décembre 2017.

<sup>570</sup> Voir en particulier, dans le cadre du mouvement des « *gilets jaunes* », LE BILLON Véronique, *La transition vers une énergie sans carbone chamboulée*, Les Echos, 26 décembre 2018.

<sup>571</sup> Parlement européen, P8\_TA-PROV(2018)0215, Finance durable, résolution du 29 mai 2018 sur la finance durable, (2018/2007(INI)), page 6.

## CHAPITRE I : L’AFFIRMATION EUROPEENNE DE L’EXIGENCE ENVIRONNEMENTALE

376. Force est de constater que le TFUE relègue la politique de l’environnement à son titre XX, contenant simplement trois articles, c’est-à-dire bien plus loin dans la structure du texte et bien moins riche en contenu que ce qui est consacré à la politique sociale<sup>572</sup> de l’Union. Ainsi, l’article 191 §1 TFUE énonce les quatre objectifs de la politique environnementale, visant tant l’environnement en tant que tel, que la protection de la santé humaine, la gestion des ressources naturelles et l’action extérieure de l’Union pour le développement durable. Cette relégation textuelle de la politique de l’environnement dans le droit primaire peut-elle trouver sa justification dans l’insertion de la clause environnementale dès le stade des dispositions générales du TFUE, en tant qu’outil d’affirmation et de mise en œuvre de l’exigence environnementale ? Dans cette hypothèse, l’exception protectionniste à caractère environnemental aurait pour principe l’article 11 TFUE contenant la clause environnementale et pour déclinaison juridique l’application des articles 191 à 193 TFUE. En particulier, ce dernier article dispose expressément que des mesures environnementales de protection renforcées peuvent être maintenues voire établies par les États membres sous réserve de compatibilité avec le droit primaire. La voie est donc ouverte à une forme d’exception protectionniste à caractère environnemental au sein de l’Union, entre États membres, dans les limites imposées par les libertés de circulation, sériées par le juge de l’Union en mesures discriminatoires ou indistinctement applicables. La question reste en revanche entière de la mise en œuvre d’une exception protectionniste à caractère environnemental à l’échelle de l’Union, dont l’existence permettrait d’affirmer l’exigence environnementale à ce niveau plus pertinent.

Dans cette perspective, il importe de s’assurer du passage du principe de précaution au principe d’intégration environnementale (**Section 1**) dans le droit de l’Union. En application de ce principe d’intégration environnementale, les enjeux qui s’y rapportent contribuent à l’intérêt d’une étude prospective des modes juridiques de protection du secteur européen de l’énergie (**Section 2**).

---

<sup>572</sup> Titres IX à XI et vingt articles consacrés à l’emploi, à la politique sociale et au fonds social.

## Section 1 : Du principe de précaution au principe d'intégration environnementale

377. Le principe de précaution pourrait-il à lui seul servir de fondement juridique à l'exception protectionniste en droit de l'Union ? En particulier, la vertu prophylactique recherchée en vain dans la défense commerciale commune dans la première partie de ces développements pourrait-elle trouver un fondement dans ce principe de précaution ? Il est permis d'en douter à la lecture du droit primaire. Ainsi, le 2<sup>ème</sup> paragraphe de l'article 191 TFUE témoigne de l'approche systémique de la politique environnementale de l'Union dans ses fondements. Elle révèle en effet que le principe de précaution s'analyse comme un simple instrument de régulation du système que représenterait l'environnement, qu'il s'agit de combiner avec les actions curatives, correctives et le principe pollueur-payeur. De la régulation à l'entrave juridique au libre-échange d'origine environnementale, il existe un hiatus. Cette situation est d'autant plus vérifiée que le principe de précaution ne revêt pas la même importance en France qu'à l'échelle de l'Union, pour ne citer que cet État membre. En effet, depuis l'intégration de la charte de l'environnement dans le bloc de constitutionnalité par l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005, le principe de précaution visé à l'article 5 de cette charte constitue un droit fondamental dit « de troisième génération<sup>573</sup> », à valeur constitutionnelle. Dès lors, cet écart de réception du principe de précaution peut avoir des effets y compris entre États membres, en contrariété avec les libertés de circulation du marché intérieur. Qu'en est-il dans les autres États membres ? La place du principe de précaution dans la hiérarchie des normes s'élève-t-elle au niveau constitutionnel ? Les applications du principe de précaution sont-elles réellement efficaces au regard de l'objectif de protection de l'environnement et de la santé humaine et animale ?

Déterminer la portée du principe de précaution au sein de l'Union permettra de répondre (§1). Le principe de précaution n'ayant paradoxalement pas la même importance juridique que ce que lui accordent les médias, l'opinion publique et par ricochet la sphère politique, où il sert régulièrement d'épouvantail, la question se pose de savoir quel principe traversant peut assurer le niveau de protection élevé de l'environnement au sein de l'Union et ainsi constituer une véritable exception protectionniste durable au service du citoyen de l'Union. La réponse se situe certainement dans le développement du principe d'intégration environnementale au sein de l'Union (§2).

---

<sup>573</sup> Par ordre chronologique, après les droits-libertés de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 puis les droits-créances économiques et sociaux du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

## §1 : La portée du principe de précaution

378. La définition du principe de précaution n'est pas uniforme : « À l'instar d'autres notions générales contenues dans la législation, telles que la subsidiarité ou la proportionnalité, il appartient aux décideurs politiques, et en dernier ressort aux instances juridictionnelles, de préciser les contours de ce principe<sup>574</sup>. » Ainsi, Michel PRIEUR le définit de manière conceptuelle et prospective par sa raison d'être : « Le principe de précaution est une assurance sur l'avenir. Il met concrètement en œuvre le droit à l'environnement des générations futures<sup>575</sup>. » Plus prosaïquement, le principe de précaution s'élève comme un rempart contre le risque non mesurable en l'état actuel de l'art scientifique et technique. Fait saillant, cette mesure juridique de protection par anticipation des citoyens trouve à s'appliquer, non par voie d'exception, mais de façon intégrée dans les domaines de l'environnement, de la santé et de la sécurité alimentaire. Certes, ce principe de précaution s'avère donc protecteur par nature, mais la question se pose de savoir à quel degré. L'entrave du principe de précaution aux libertés de circulation s'avère-t-elle plus théorique que pratique ? L'exception protectionniste potentielle s'y rapportant trouve-t-elle à s'appliquer au sein de l'Union ou à ses frontières ?
- La mesure du niveau de protection réellement assuré par le principe de précaution nécessite l'analyse de son invocabilité (A) mais aussi de son effectivité (B).

### A. L'invocabilité du principe de précaution

379. Déterminer la portée du principe de précaution passe par l'examen de son invocabilité devant le juge. Ce dernier se fonderait ainsi explicitement sur le principe de précaution pour motiver, au moins en partie, sa décision. L'invocabilité du principe de précaution peut être examinée sous l'angle du droit de l'Union (1), utilement complété par son analyse dans le droit des États membres (2).

#### 1. L'invocabilité du principe de précaution en droit de l'Union

380. La référence faite au principe de précaution dans le droit de l'Union n'est pas nouvelle. Elle a en particulier été ravivée à l'occasion de la crise dite de la « vache folle », à la fin des années 1990. Ainsi, la Commission a produit une communication<sup>576</sup> sur le sujet dès l'année 2000. Quant à sa portée, le principe de précaution, d'application générale, dépasse largement le domaine de l'environnement : « le principe de précaution est un principe d'application générale qui doit être notamment pris en compte dans les domaines de la protection de l'environnement et de la santé humaine, animale ou végétale. » Pour autant, cette communication n'étant par définition pas contraignante, le principe de précaution devait donc puiser sa source dans le droit primaire ou dérivé (a) pour constituer la base juridique sur laquelle la CJUE peut s'appuyer dans ses décisions (b).

#### a. Le principe de précaution dans le droit primaire et dérivé

381. L'intégration du principe de précaution dans le droit de l'Union remonte au Traité de Maastricht<sup>577</sup>, précisément au visa de son article 130 R 2. Depuis, force est de constater la présence parcimonieuse du principe de précaution dans le droit primaire. Ce principe ne figure de manière expresse ni dans le TUE, ni dans les protocoles et annexes y afférant, ni

<sup>574</sup> COM(2000)1 final, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, page 10.

<sup>575</sup> PRIEUR Michel (Dir.), *Précis de Droit de l'environnement*, Dalloz, 2016, page 208.

<sup>576</sup> COM(2000)1 final.

<sup>577</sup> Signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993 (JOCE). 29.07.1992, n° C 191.

même dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, le principe de précaution ne puise sa source dans le droit primaire que dans l'équivalent actuel de l'article 130 R2<sup>578</sup>, autrement dit au visa de l'article 191 §2 TFUE : « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. » La lecture de cet alinéa consacré à la description des principes servant l'objectif de protection élevée de l'environnement permet de conclure à l'invocabilité de ces principes en droit européen de l'environnement. Parmi ceux-ci, le principe de précaution se situe au premier rang des principes invocables en vue d'assurer un niveau de protection élevé de l'environnement. On observe enfin que la description de son régime ne figure pas dans ce texte du droit primaire, confiant classiquement cette tâche au droit dérivé par déduction.

382. Quant au droit dérivé, le règlement (CE) n°178/2002 relatif à la sécurité alimentaire<sup>579</sup> traite expressément du principe de précaution. Le considérant 20 dudit règlement expose ainsi la raison d'être du principe de précaution : « assurer la protection de la santé dans la Communauté », précisant à l'attention des tenants du marché intérieur que sa mise en œuvre avait pour effet de créer « des entraves à la libre circulation des denrées alimentaires et des aliments pour animaux », révélant dès lors une exception protectionniste fondée sur ce principe. Le considérant 21 révèle quant à lui la nature du principe de précaution : un mécanisme de gestion des risques, dont le régime est esquissé à l'article 7. Deux conditions sont nécessaires. D'une part, la « possibilité d'effets nocifs sur la santé », d'autre part, la persistance d'une « incertitude scientifique ». La réunion de ces conditions permet alors de prendre des mesures de gestion du risque « pour assurer le niveau élevé de protection de la santé choisi par la Communauté ». Toutefois, pour assurer le plus juste équilibre entre les objectifs de protection de la santé et de réalisation du marché intérieur, toute mesure prise en application du principe de précaution doit être limitée par son caractère provisoire, nécessaire et proportionné. Le principe de précaution trouve également sa place dans les directives européennes, ce qui mérite moins d'attention à ce stade dans la mesure où, conformément à l'article 288 TFUE, cette catégorie d'actes juridiques a vocation à être transposée dans le droit des États membres.

#### b. La réception du principe de précaution par la CJUE

383. Nous avons vu que le principe de précaution trouvait surtout sa base juridique dans le droit dérivé, à l'exception notable de sa présence au visa de l'article 191 §2 TFUE. Dès lors on peut considérer que le principe de précaution est invocable devant le juge de l'Union, dont on rappelle le rôle de contrôle de la juste interprétation et de l'application du droit de l'Union, conformément à l'article 19 TUE. Il ne sera donc pas surprenant de voir ce dernier fonder certaines de ces décisions sur le principe de précaution. On y apprend d'une part que, par application du principe de précaution, la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement peuvent primer les intérêts économiques : « Le principe de précaution impose aux autorités concernées de prendre, dans le cadre précis de l'exercice des compétences qui leur sont attribuées par la réglementation pertinente, des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts

---

<sup>578</sup> Par ailleurs amputé de cette phrase : « Les exigences en matière de protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques de la Communauté. » La raison en est simple : le principe d'intégration environnementale est désormais remonté au niveau de la clause transversale de l'article 11 TFUE, ex-article 6 TCE.

<sup>579</sup> Règlement du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires.

sur les intérêts économiques (voir arrêts du Tribunal du 26 novembre 2002, *Artégodan e.a./Commission*, T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. p. II-4945, points 183 et 184, et du 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals/Conseil*, T-392/02, Rec. p. II-4555, point 121, et la jurisprudence citée).<sup>580</sup> » Dans le même esprit d'identification de la hiérarchie des intérêts en présence à la lumière du principe de précaution, on relève encore dans la jurisprudence que ce principe peut constituer une exception protectionniste environnementale au sens large, intégratif de la protection de santé : « Lorsque il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives (voir, notamment, arrêt du 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, C-157/14, points 81 et 82).<sup>581</sup> » Le juge de l'Union peut donc être amené à conclure, sur le fondement du principe de précaution, à la justification d'une entrave aux libertés de circulation.

384. Par ailleurs, l'utilisation du principe de précaution comme base juridique des décisions de la CJUE ou du Tribunal permet de refléter son écho dans la société : « la portée du principe de précaution est aussi liée à l'évolution jurisprudentielle, qui, d'une certaine manière, est influencée par les valeurs sociales et politiques prévalant dans une société<sup>582</sup>. » L'exemple le plus remarquable de cet écho social réside dans la réception du principe de précaution par le juge de l'Union à l'occasion de la crise dite de la « vache folle », où la définition proposée est la suivante : « Lorsque des incertitudes subsistent quant à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées...<sup>583</sup> » Cette formulation spécifique à l'application du principe de précaution en matière de protection de la santé humaine sera reprise de façon régulière et étendue, notamment dans le domaine de la PAC. Le raisonnement du juge est alors le suivant<sup>584</sup> : « Le principe de précaution constitue, conformément à l'article 174 CE, un des principes sur lesquels est fondée la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement, dont fait partie celle relative à la protection de la santé des personnes, et il s'applique également lorsque les institutions communautaires prennent, dans le cadre de la politique agricole commune, des mesures de protection de la santé humaine. » Celui-ci de conclure sur la nature, tout aussi restreinte qu'en droit français, du contrôle devant être effectué à la lumière de ce principe : « Le législateur communautaire dispose dans ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation, qui implique de sa part des choix de nature politique, économique et sociale et dans lequel il est appelé à effectuer des appréciations complexes. Dans un tel contexte, le contrôle du juge communautaire quant au fond doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir d'appréciation n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si le législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation. » Un autre arrêt dans le domaine de la PAC nous informe sur la réception du principe de précaution en tant que principe à la fois général et autonome du droit de l'Union : « Dans la mesure où les institutions communautaires sont responsables, dans l'ensemble de leurs domaines de compétence, de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, le principe de précaution peut être considéré comme un principe autonome découlant des articles 3, sous p), CE, 6 CE, 152, paragraphe 1, CE, 153, paragraphes 1 et 2, CE et 174,

<sup>580</sup> Arrêt du 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours C/ Commission*, point 134.

<sup>581</sup> Arrêt du 9 juin 2016, *C-78/16 et C-79/16, Giovanni Pesce e.a. Cesare Serinelli e.a.*, point 47.

<sup>582</sup> COM(2000)1 final, *Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution*, page 10.

<sup>583</sup> CJCE 5 mai 1998 C-180/96, points 99 et 100.

<sup>584</sup> Ordonnance du 28 septembre 2007, *France / Commission (T-257/07 R, Rec. Page II-4153)* (cf. points 60-61, 66-67).



paragraphes 1 et 2, CE<sup>585</sup>. » Dans le même esprit, mais de manière plus relative, l'ordonnance du président de la Cour du 24 avril 2008<sup>586</sup> considère le principe de précaution comme « l'un des fondements de la politique de protection d'un niveau élevé poursuivie par la Communauté dans le domaine de l'environnement, conformément à l'article 174, paragraphe 2, premier alinéa, CE.<sup>587</sup> »

385. De manière plus bucolique, la jurisprudence environnementale relative à la conservation des habitats naturels fondée sur la directive 92/43<sup>588</sup> vise également le principe de précaution, notamment à raison de l'appréciation du risque d'affectation d'un site naturel : « Compte tenu, en particulier, du principe de précaution, un tel risque existe dès lors qu'il ne peut être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que ledit plan ou projet affecte le site concerné de manière significative<sup>589</sup>. » Elle se réfère encore au principe de précaution de manière plus affirmative et exclusive lorsqu'il est question d'apprécier l'atteinte potentielle à l'intégrité d'un site, entendue comme la mise en cause du maintien durable de ses caractéristiques spécifiques : « Aux fins de cette appréciation, il y a lieu d'appliquer le principe de précaution<sup>590</sup>. » Cette directive 92/43 protectrice de la biodiversité vient enfin nous éclairer plus précisément sur la prédominance du principe de précaution face aux mesures visant à compenser les effets négatifs d'un projet sur un site Natura 2000, qui ne peuvent sauver l'atteinte à l'intégrité d'un tel site<sup>591</sup>.
386. Enfin, la jurisprudence de l'Union est constante dans sa conception du recours au principe de précaution en tant qu'outil d'anticipation des risques. Son utilisation se situe donc le plus en amont possible du risque potentiel en vue de la meilleure protection de l'environnement. Il en est par exemple ainsi en matière de gestion des déchets : « À cet égard, dans la mesure où les déchets, même stockés temporairement, peuvent causer des dommages importants à l'environnement, cette disposition, qui vise à mettre en œuvre le principe de précaution, est également applicable à l'opération de stockage temporaire... toutes les opérations de stockage, qu'elles soient effectuées à titre temporaire ou préalable ...sont notamment soumises au respect des principes de précaution et d'action préventive que l'article 4 de la directive 75/442 vise à mettre en œuvre<sup>592</sup>. » On retrouve cette analyse de manière plus récente dans le domaine de la responsabilité environnementale : « ...en application du principe de précaution, par l'objectif de prévenir l'apparition ou la résurgence d'autres dommages environnementaux...<sup>593</sup> ».
387. Le principe de précaution, parce qu'il trouve sa place dans le droit primaire au visa de l'article 191§2 TFUE, est invocable en droit de l'Union devant la CJUE et effectivement visé dans la jurisprudence environnementale, entendue au sens large. Il peut même légitimer des exceptions protectionnistes environnementales face à des intérêts économiques et aux libertés de circulation. Ce principe y est même qualifié de général, autonome, et constitue l'un des fondements de la protection de l'environnement, en ce

<sup>585</sup> Arrêt du 21 octobre 2003, Solvay Pharmaceuticals / Conseil (T-392/02, Rec. Page II-4555) (cf. points 121-122, 125).

<sup>586</sup> Commission / Malte affaire C-76/08.

<sup>587</sup> Point 37, voir, par analogie, notamment arrêt du 7 septembre 2004, Waddenvereniging et Vogelbeschermingsvereniging, C-127/02, Rec. page I-7405, point 44.

<sup>588</sup> Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages.

<sup>589</sup> Arrêt du 26 mai 2011, Commission / Belgique (C-538/09, Rec. page I-4687) (cf. points 39-40) ; Arrêt du 13 décembre 2007, Commission / Irlande (C-418/04, Rec. page I-10947) (cf. points 226-227, 243) ; Arrêt du 10 janvier 2006, Commission / Allemagne (C-98/03, Rec. page I-53) (cf. points 40-41) ; Arrêt du 20 octobre 2005, Commission / Royaume-Uni (C-6/04, Rec. page I-9017) (cf. point 54).

<sup>590</sup> Arrêt du 11 avril 2013, Sweetman e.a. (C-258/11) (cf. points 39-40, 43, 48).

<sup>591</sup> Arrêt du 15 mai 2014, Briels e.a. (C-521/12) (cf. points 28-34, 39).

<sup>592</sup> Arrêt du 5 octobre 1999, Lirussi (C-175/98 et C-177/98, Rec. page I-6881) (cf. points 53-55, disp. 2).

<sup>593</sup> Arrêt du 9 mars 2010, ERG e.a. (C-379/08 et C-380/08, Rec. page I-2007) (cf. point 92, disp. 2).

compris la protection de la santé humaine. Reste à déterminer si cette invocabilité du principe de précaution est aussi prégnante dans le droit des États membres.

## 2. L'invocabilité du principe de précaution dans le droit des États membres

**388.** Alors que le régime du principe de précaution est réglé de manière uniforme à l'échelle de l'Union en matière de sécurité alimentaire<sup>594</sup>, les directives dans le domaine de la protection de l'environnement laissent plus de liberté aux États membres pour déterminer les outils juridiques de gestion des risques.

Une attention particulière sera d'abord portée à la constitutionnalisation française de ce principe au visa de l'article 5 de la Charte de l'environnement en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 2005 **(a)**. Cela justifie ensuite l'analyse comparative des pratiques des différents ordres juridiques des États membres en matière de principe de précaution **(b)**.

### a. La constitutionnalisation française du principe de précaution

**389.** En droit français, l'accès du principe de précaution au plus haut degré de la hiérarchie des normes internes est le fruit d'un long débat qui s'est développé à la suite du scandale de la « vache folle » pour se concrétiser, après de nombreux débats médiatiques, politiques puis juridiques, par l'entrée en vigueur de la Charte de l'environnement du 1<sup>er</sup> mars 2005, au visa de son article 5 : « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage. » La constitutionnalisation du principe de précaution par le truchement de la Charte de l'environnement permet donc à ce principe de représenter un moyen que le justiciable ou l'administration peuvent soulever à l'occasion d'un procès, que ce soit par voie d'action ou d'exception : « Par définition, toutes les normes énoncées dans la Constitution sont invocables devant les juges. Il n'appartient ni au juge ni à la doctrine de prétendre que des droits reconnus à chaque être humain par le texte constitutionnel ne seraient pas vraiment des droits mais simplement de vagues objectifs. Chacun est au contraire tenu d'assurer le respect de ces droits, même si c'est souvent très difficile<sup>595</sup>. » S'agissant toutefois du principe de précaution en particulier, « des divergences d'interprétation subsistent quant aux conditions de son invocabilité selon les juridictions et quant au degré de contrôle exercé<sup>596</sup>. »

**390.** La question se pose donc de savoir si le principe de précaution peut être invoqué au visa de l'article 5 de la Charte de l'environnement dans un autre domaine que celui de l'environnement. Il s'agit ainsi de déterminer si le principe de précaution s'est trouvé intégré dans toutes les politiques publiques par le jeu de sa constitutionnalisation. Le rapporteur du Sénat Monsieur GELARD répond par l'affirmative à ce questionnement : « Du fait de sa constitutionnalisation, le principe de précaution trouve à s'appliquer à tous les domaines du droit et plus seulement dans le seul champ du droit de l'environnement<sup>597</sup>. » Est-ce à dire que l'article 5 de la Charte de l'environnement serait au principe de précaution ce que la clause transversale visée à l'article 11 TFUE est à

<sup>594</sup> Règlement (CE) n°178/2002, cons. (20).

<sup>595</sup> PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Précis, Dalloz, 2016, page 24.

<sup>596</sup> PRIEUR Michel, *Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement*, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n°43, avril 2014, page 4.

<sup>597</sup> GELARD Patrice, Sénat, Rapport n°547 du 21 mai 2014 sur la proposition de loi constitutionnelle de M. Jean BIZET et plusieurs de ses collègues, visant à modifier la Charte de l'environnement pour exprimer plus clairement que le principe de précaution est aussi un principe d'innovation, page 20.

l'environnement en droit de l'Union ? On peut en douter dans la mesure où aucune disposition dans le bloc de constitutionnalité ne répond à l'article 5 de la Charte de l'environnement comme l'article 11 TFUE répond à l'article 191 TFUE.

391. La question se pose ensuite de connaître le degré d'intensité du contrôle de légalité dont le principe de précaution peut faire l'objet lorsqu'une décision administrative se trouve attaquée sur ce fondement. À la lecture de l'arrêt Orange, on peut le qualifier de contrôle restreint : « Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> août 2013<sup>598</sup>, le Conseil d'État a fait une application là encore mesurée du principe de précaution, en annulant pour erreur manifeste d'appréciation un arrêté ministériel suspendant la mise en culture de variétés de semences de maïs génétiquement modifié, autorisée au niveau européen, laquelle ne méconnaissait pas le principe de précaution. Par cet arrêt, le Conseil a aussi reconnu que le principe de précaution de la Charte de l'environnement et le principe de précaution du droit européen avaient un effet équivalent<sup>599</sup>. » On relève de surcroît que le Conseil d'État considère le principe de précaution de l'article 5 de la Charte de l'environnement comme la manifestation en droit interne du principe de précaution visé à l'article 191§2 TFUE.

#### b. Le droit comparé du principe de précaution

392. Qu'il soit permis de rappeler tout l'intérêt que représente le droit comparé dans une matière juridique en progression rapide telle que le droit de l'environnement. Plus encore que pour les formes de droit relativement stables où il s'agit plutôt de comparer des fonctionnements, des mécanismes juridiques qui n'ont pas vocation à être transposés dans un autre ordre juridique, le droit comparé de l'environnement en général, et du principe de précaution en particulier, intéresse dans la mesure où il peut constituer une voie d'amélioration rapide d'un système de protection de l'environnement toujours en construction. À cet égard, l'apport d'une perspective chronologique dans le droit comparé du principe de précaution sera permis par les restitutions du rapport au premier ministre de 1999<sup>600</sup>, analysées relativement à l'annexe n°3 du rapport d'information sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement<sup>601</sup> du 8 juillet 2010, très éclairant à ce titre, avec une méthodologie intéressante en six questions pour chaque pays. À ce stade de la recherche, l'étude n'a pas vocation à être exhaustive, mais plutôt illustrative que représentative, visant simplement à apprécier le degré d'intégration du principe de précaution dans l'ordre juridique de l'État membre considéré.
393. Les analyses nous permettent ainsi de distinguer, au sein de l'Union, deux typologies d'État membre au regard du principe de précaution. D'une part, ceux qui, à l'instar de la France, des Pays-Bas ou de l'Allemagne<sup>602</sup>, ont accordé une place importante au principe de précaution dans leur ordre juridique : « Un témoin industriel explique ainsi qu'une même autorisation d'extension d'usine prend cinq fois moins de temps en Allemagne, mais lui impose le respect de critères plus exigeants. Élaborer une bonne décision suppose de répondre aux inquiétudes d'une population désorientée et méfiante, comprendre les angoisses des décideurs harcelés et dont la bonne foi n'est plus présumée, prendre en compte les contraintes des industriels, tout en résistant aux pressions intéressées<sup>603</sup>. » Ce que l'auteur résume justement ainsi : « D'où viennent alors les contraintes qui

<sup>598</sup> Société Orange France, n° 344992.

<sup>599</sup> GELARD Patrice, op. cit, page 21.

<sup>600</sup> VINEY Geneviève, KOURILSKY Philippe, *Le principe de précaution, rapport au premier ministre*, page 127.

<sup>601</sup> GEST Alain et TOURTELIER Philippe, rapport d'information n°3970 sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information n°2179 à l'Assemblée nationale sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relative à l'application du principe de précaution, 17 novembre 2011, pages 257 s.

<sup>602</sup> *Le principe de précaution, rapport au premier ministre*, op. cit., page 127.

<sup>603</sup> WEIL Thierry, *Principe de précaution : ne nous trompons pas de combat !* Le Monde, idées, 7 octobre 2014.

décourageraient l'initiative économique, plus chez nous que chez nos voisins ? Pas du principe de précaution, mais d'une difficulté à bien réglementer, tout particulièrement en situation d'incertitude. » D'autre part, les États membres qui ne considèrent pas que le principe de précaution mérite un positionnement constitutionnel dans la hiérarchie des normes, à l'instar des pays intégrés dans les années 2004 et 2007, mais aussi du Royaume-Uni. Ainsi, certains précèdent et dépassent le droit de l'Union dans leur intégration du principe de précaution pendant que d'autres États membres s'attachent à limiter son existence aux exigences du droit de l'Union, notamment à travers la transposition de directives s'y rapportant.

394. Principe général du droit de l'Union mais aussi principe autonome visant à protéger la santé des personnes et l'environnement d'une manière générale, le principe de précaution semble paré de vertus énergiques lorsqu'il est invoqué en droit de l'Union. Il peut également apparaître particulièrement important compte tenu de la place qu'il occupe dans la hiérarchie des normes de certains États membres, au premier rang desquels la France. La question se pose toutefois de son effectivité en tant qu'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union voire d'un État membre.

### B. L'effectivité du principe de précaution

395. Rappelons que le troisième objectif prioritaire affirmé par le septième programme d'action pour l'environnement de l'Union réside dans la protection du citoyen européen « contre les pressions et les risques pour la santé et le bien-être liés à l'environnement », à laquelle participe le principe de précaution. Observons toutefois que cet objectif de protection du citoyen est immédiatement suivi par l'objectif d'amélioration de la mise en œuvre de la législation environnementale de l'Union. Dès lors, la question de l'effectivité du droit européen de l'environnement, au sens de « production de tous les effets adéquats à la finalité des normes juridiques observées<sup>604</sup> », sans oublier ses caractères classiques d'impérativité et de sanction en cas de non-respect, apparaît donc à la fois comme un enjeu majeur et une gageure pour l'Union. Or le principe de précaution trouvant particulièrement à s'appliquer dans le domaine de l'environnement au visa de l'article 191 §2 TFUE, son effectivité se trouve nécessairement questionnée de la sorte.

Ainsi, au-delà du contrôle minimal<sup>605</sup> exercé par le juge de l'Union sur l'application de ce principe, nous constaterons que la portée du principe de précaution est paradoxalement limitée à double titre (1). Ce principe de précaution subit de surcroît la concurrence d'autres principes du droit de l'Union (2).

#### 1. La portée paradoxale du principe de précaution

396. Quand bien même le principe de précaution se situe au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, il peut tout autant s'avérer de portée limitée. Cette limitation tient d'une part à la dimension procédurale du principe de précaution (a). Elle réside également dans l'influence déterminante de l'expertise scientifique sur le principe de précaution (b).

<sup>604</sup> LEROY Yann, *La notion d'effectivité du droit*, Droit et Société, 2011/3, n°79, pages 715 à 732.

<sup>605</sup> « Le contrôle du juge communautaire quant au fond doit se limiter à examiner si l'exercice d'un tel pouvoir d'appréciation n'est pas entaché d'une erreur manifeste ou d'un détournement de pouvoir ou encore si le législateur n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation ».

### a. La dimension procédurale du principe de précaution

397. L'analyse des faits contredit le juge de l'Union lorsqu'il écrit que le principe de précaution serait autonome<sup>606</sup>. En effet, la nature éminemment procédurale du principe de précaution fait par définition dépendre son application de règles substantielles : « ...l'application du principe de précaution par les juridictions montre bien qu'il s'agit d'une règle de procédure, imposant aux autorités publiques compétentes de mettre en œuvre des procédures d'évaluation des risques et des mesures particulières adaptées, en fonction de l'état des connaissances scientifiques, mais pas une règle de fond interdisant d'agir dès qu'un risque existe, même de façon hypothétique<sup>607</sup>. » Les rapporteurs GEST et TOURTELIER n'écrivent pas différemment lorsqu'il est question, en vue de l'amélioration du recours au principe de précaution en droit français, de « mise en œuvre d'une procédure globale, en quatre étapes, assurant l'encadrement de l'usage du principe de précaution, que le sujet relève du domaine environnemental ou sanitaire<sup>608</sup>. » Pour autant, le juge de l'Union a pleinement conscience du caractère processuel de ce principe de précaution lorsqu'il écrit : « Au sein du processus aboutissant à l'adoption par une institution de mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement en vertu du principe de précaution, trois étapes successives peuvent être distinguées : premièrement, l'identification des effets potentiellement négatifs découlant d'un phénomène, deuxièmement, l'évaluation des risques pour la santé publique, la sécurité et l'environnement qui sont liés à ce phénomène, troisièmement, lorsque les risques potentiels identifiés dépassent le seuil de ce qui est acceptable pour la société, la gestion du risque par l'adoption de mesures de protection appropriées. Si la première de ces étapes ne requiert pas de plus amples explications, les deux étapes suivantes méritent d'être explicitées.<sup>609</sup> » Est-ce à dire que le caractère processuel du principe de précaution réduit ses effets protecteurs à l'égard de l'environnement ? On pourrait penser que non dans la mesure où la mise en œuvre d'une procédure de précaution pourrait constituer un moratoire de fait pour celui qui ne se concentre que sur une décision d'autorisation préalable à l'activité potentiellement risquée pour l'environnement. Pour autant, bien souvent en pratique, le recours à la mesure de précaution n'intervient, comme il est écrit dans le précédent arrêt, qu'au terme de la procédure de mise en œuvre du principe de précaution, alors même que l'activité potentiellement risquée pour l'environnement s'exerce déjà. Dès lors la dimension procédurale du principe de précaution a plutôt pour effet d'affaiblir son caractère protecteur. Celui-ci se trouve en effet suspendu à une décision hypothétique prise au terme d'un long processus d'instruction scientifique et technique, avec fixation politique du risque acceptable au regard du niveau de protection choisi pour l'environnement dans le domaine en cause.

Le simple énoncé des étapes menant à la mesure éventuelle de précaution transforme le moratoire apparent en permis d'exercer une activité potentiellement dommageable pour l'environnement sous condition suspensive d'obtention de cette mesure de précaution.

### b. L'incidence de l'expertise scientifique sur le principe de précaution

398. Au-delà de sa nature purement procédurale liée à la gestion du risque potentiel, l'autonomie du principe de précaution est de nouveau en cause en ce sens qu'il trouve un appui significatif, voire essentiel, dans l'expertise scientifique au soutien de laquelle la décision est prise. Il ne peut ainsi y avoir de gestion du risque fondée sur le principe de

<sup>606</sup> Arrêt du 21 octobre 2003, Solvay Pharmaceuticals / Conseil (T-392/02, Rec. Page II-4555) (cf. points 121-122, 125).

<sup>607</sup> GELARD Patrice, Sénat, op. cit., page 21.

<sup>608</sup> GEST Alain et TOURTELIER Philippe, op. cit. page 7.

<sup>609</sup> Arrêt du 12 avril 2013, Du Pont de Nemours C/ Commission, point 136.

précaution sans analyse du risque potentiel en cause par des études scientifiques. L'évaluation des risques dans le cadre de la mise en œuvre du principe de précaution en droit de l'Union est ainsi décrite : il s'agit du « processus scientifique qui consiste, autant que possible, à identifier un danger et à caractériser ledit danger, à évaluer l'exposition à ce danger et à caractériser le risque.<sup>610</sup> » Parfois au point que les conclusions d'expertise pourraient se confondre avec la décision : « en période de crise, la séparation entre l'évaluation et la décision est parfois difficile à maintenir. Ainsi, lors de l'installation de la commission Dormont constituée pour répondre à la crise dite de la « vache folle » en 1996, les pouvoirs publics avaient indiqué qu'ils suivraient les recommandations qui leur seraient faites ; les membres de la commission avaient alors exprimé leurs craintes d'être transformés de fait en décideurs<sup>611</sup>. » L'influence de l'expertise scientifique prime alors sensiblement dans la mise en œuvre du principe de précaution. Plus précisément, l'application du principe de précaution est conditionnée à la qualité de l'état de l'art scientifique et technique dans le domaine en cause : “The ‘precautionary approach’ means a comprehensive and in-depth balancing of the opportunities and risks of the new technology<sup>612</sup>.” Or le principe de précaution étant par définition utilisé en situation d'incertitude, le pouvoir exécutif ou judiciaire qui le met en œuvre n'aura pas d'autre choix que de calquer le fondement de sa décision sur les conclusions de l'expertise. Ce qui renvoie à la question de l'indépendance de l'expert scientifique.

399. L'indépendance ou l'honnêteté intellectuelle des résultats scientifiques produits peut ainsi être contrariée par le financement, direct ou indirect, des travaux de recherche par une partie prenante. Or il s'avère que les conflits d'intérêt sont légions eu égard aux capacités de financement des grandes entreprises agroalimentaires, pharmaceutiques ou de la chimie, nettement supérieures à celles des pouvoirs publics, capacités de financement qui trouvent nécessairement une oreille attentive auprès des scientifiques qui doivent avancer dans leurs recherches. Il en résulte une inflexion sensible de la portée du principe de précaution en considération tant de l'influence de l'expertise scientifique que de l'indépendance relative des conclusions qui s'y trouvent. Nous sommes loin de l'idéal décrit par le juge de l'Union : « l'évaluation scientifique des risques doit se fonder sur les meilleures données scientifiques disponibles et doit être menée de manière indépendante, objective et transparente.<sup>613</sup> »

## 2. Le principe de précaution à l'épreuve des autres principes

400. Les limites du principe de précaution quant à son effectivité peuvent également émerger par sa confrontation à d'autres principes et donc affaiblir son caractère d'exception protectionniste. Sur la question du degré de certitude scientifique du risque duquel on cherche à se protéger, le principe de prévention domine le principe de précaution par définition. Ce dernier est d'ailleurs souvent confondu avec le principe de précaution, alors même que le risque en cause est avéré.

L'exemple le plus saillant à ce titre en droit français réside dans l'interdiction de la fracturation hydraulique par la loi n°2011-835 du 13 juillet 2011, ayant fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité<sup>614</sup>.

Toujours dans le domaine de l'environnement, on pourrait également penser *a priori* que le principe pollueur-payeur devrait avoir une valeur équivalente à celle du principe de précaution compte tenu de sa situation textuelle identique au niveau de l'alinéa 2 de

<sup>610</sup> *Ibidem*, point 138.

<sup>611</sup> GEST Alain et TOURTELIER Philippe, op. cit., page 57.

<sup>612</sup> PEETERS Marjan, UYLENBURG Rosa, *EU Environmental Legislation*, Edward Elgar Publishing, 2014, page 7.

<sup>613</sup> Arrêt du 12 avril 2013, Du Pont de Nemours C/ Commission, point 141.

<sup>614</sup> Décision n°2013-346 QPC du 11 octobre 2013.

l'article 191 TFUE (a). Par ailleurs, et de manière moins équivoque, le principe de proportionnalité contraire, par sa nature même, le principe de précaution (b).

a. Le principe de précaution face au principe pollueur-payeur

401. En raison de ses caractéristiques intrinsèques, le principe pollueur-payeur exerce une dominance tant économique que juridique sur le principe de précaution. Sur le plan économique d'abord, contrairement au principe de précaution, le principe pollueur-payeur se prête remarquablement à la logique de marché et a d'ailleurs trouvé à s'appliquer, avec ses mérites et ses dérives, au sein du marché des émissions de gaz à effet de serre. Pour les mérites, le principe pollueur-payeur permet de responsabiliser les auteurs de la pollution, souvent acteurs économiques, en agissant sur le cœur de leurs préoccupations finales : les finances. On peut expliquer l'efficacité du principe pollueur-payeur de cette manière : « le coût de la dépollution n'est pas intégré dans les coûts de production de l'entreprise, ce qui ne l'incite pas à diminuer son impact sur l'environnement. Pour y remédier Pigou proposait d'instituer une taxe équivalente au montant des externalités négatives afin de contraindre l'entreprise à réduire sa pollution<sup>615</sup>. »
402. L'objectif, vertueux, était de réduire les émissions de gaz à effet de serre à l'échelle de l'Union : « In the field of greenhouse gas emissions reductions, discussed by Peeters, a huge integration took place by establishing an EU-wide emissions trading scheme that relies on a very much centralized EU decision-making procedure for the allocation of the tradable allowances and on rules for monitoring and enforcement, to be applied by Member States.<sup>616</sup> » Pour les dérives, ou les effets pervers, la mise en œuvre d'un tel marché emporte d'abord et par définition le droit de polluer, ce qui s'inscrit à contre-courant de l'objectif. Par ailleurs, le marché donne aussi, par hypothèse, un prix à la tonne de carbone, c'est-à-dire matérialise la représentation collective d'une charge supplémentaire à payer par tout un chacun pour réduire les émissions responsables du réchauffement climatique. Le signal est donc particulièrement négatif et non incitatif dans l'esprit de la société en général. Ceci est d'autant plus vérifié, dans le cas particulier des industriels, que le prix fixé de la tonne de carbone s'avère bien trop faible pour encourager la réduction volontaire de gaz à effet de serre sur ce fondement : “There is, however, a large flexibility given to the industrial actors by means of the emissions trading regime; we qualify this as market flexibility. The private actors have the freedom to choose how much they are going to pollute, depending on a consideration of the potential price of the tradable allowances on the market and the costs for avoiding emissions.” Cet effet pervers s'est d'autant plus ressenti que le marché des émissions de gaz à effet de serre a fait l'objet d'une forme de quantitative easing dès sa mise en place, de sorte que l'offre de certificat était nettement supérieure à la demande, réduisant ainsi mécaniquement le prix de la tonne de carbone. Il en résulte que le prix de la tonne de carbone, qui a donc vocation à augmenter de manière significative si l'objectif de réduction carbonée est maintenu, déjà perçu comme un coût supplémentaire et non intégré, risque de contrarier de manière importante son acceptabilité sociale.
403. Sur le plan juridique et conceptuel ensuite, le principe pollueur-payeur apparaît également d'une grande simplicité. Ses contours sont plus aisés à délimiter. Il s'agit de mettre à la charge du sujet de droit à l'origine de la pollution le coût financier nécessité par sa valorisation ou par son élimination. Le principe du pollueur-payeur crée ainsi une obligation financière imputable au sujet de droit ayant généré la pollution. La jurisprudence se trouve de ce fait bien plus abondante au visa du principe pollueur-payeur que du principe de précaution. Il en est par exemple ainsi en matière de déchets d'hydrocarbures : « La directive 75/442, relative aux déchets, telle que modifiée par la

<sup>615</sup> CHENEVIÈRE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, op. cit., page 43.

<sup>616</sup> PEETERS Marjan, UYLENBURG Rosa, op. cit., page 238.

directive 91/156, distingue la réalisation matérielle des opérations de valorisation ou d'élimination des déchets, qu'elle met à la charge de tout "détenteur de déchets", qu'il en soit le producteur ou le possesseur, de la prise en charge financière desdites opérations, qu'elle impose, conformément au principe du pollueur-payeur, aux personnes qui sont à l'origine des déchets, qu'elles en soient détentrices ou anciennes détentrices ou encore qu'elles soient productrices du produit générateur des déchets.<sup>617</sup> » On ne peut dès lors que constater la très grande proximité du principe pollueur-payeur avec la responsabilité civile<sup>618</sup>, où la logique de réparation par équivalent, en l'espèce du dommage causé à l'environnement, représente l'objectif prioritaire : « L'application du principe du pollueur-payeur, au sens de l'article 174, paragraphe 2, premier alinéa, seconde phrase, CE et de l'article 15 de la directive 75/442, relative aux déchets, telle que modifiée par la décision 96/350, serait mise en échec si les personnes impliquées dans la génération de déchets, qu'elles en soient détentrices ou anciennes détentrices ou encore productrices du produit générateur des déchets, devaient échapper à leurs obligations financières telles que prévues par cette directive, alors même qu'est clairement établie l'origine des hydrocarbures qui ont été déversés en mer, bien qu'involontairement, et qui ont été à l'origine d'une pollution du territoire côtier d'un État membre.<sup>619</sup> »

404. Si l'on compare enfin le principe pollueur-payeur et le principe de précaution selon l'approche par les risques<sup>620</sup>, on constate que le premier principe se situe nettement en aval du second dans la chronologie de survenance et de gestion du risque environnemental : « Cependant, conformément au principe du pollueur-payeur, un tel producteur ne peut être tenu de supporter ces coûts que si, par son activité, il a contribué au risque de survenance de la pollution occasionnée par le naufrage du navire.<sup>621</sup> » Le principe pollueur-payeur apparaît donc comme un instrument pragmatique de concrétisation dans la gestion du risque environnemental pendant que le principe de précaution en est une conceptualisation. En pratique, le premier principe est donc nécessairement préféré au second, faisant écho au principe de proportionnalité dont il serait une manifestation selon l'arrêt *Fisheries and Food* du 29 avril 1999 : « S'agissant du principe du pollueur-payeur, la directive n'implique pas que les exploitants agricoles doivent assumer des charges inhérentes à l'élimination d'une pollution à laquelle ils n'ont pas contribué, car il incombe aux États membres de prendre en considération, dans la mise en œuvre de la directive, les autres sources de pollution et, compte tenu des circonstances, de ne pas faire supporter aux exploitants agricoles des charges d'élimination de la pollution qui ne sont pas nécessaires. Dans cette perspective, le principe du pollueur-payeur apparaît comme l'expression du principe de proportionnalité. Il en est de même en ce qui concerne le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement.<sup>622</sup> »

<sup>617</sup> Arrêt du 7 septembre 2004, *Van de Walle e.a.* (C-1/03, Rec. Page I-7613) (cf. points 58-61), V. aussi Arrêt du 16 juillet 2009, *Futura Immobiliare e.a.* (C-254/08, Rec. Page I-6995) (cf. points 44, 49-51, 56-57).

<sup>618</sup> Dans l'attente de la réforme effective du droit français de la responsabilité civile, espérée en 2019 sur la base de l'avant-projet déposé en mars 2017 sous l'ancienne législature.

<sup>619</sup> Arrêt du 24 juin 2008, *Commune de Mesquer* (C-188/07, Rec. page I-4501) (cf. points 71-72).

<sup>620</sup> Au sein d'un système ou d'une organisation donnée, identification et prise en compte systématiques du risque en vue de sa maîtrise. Cette approche est utilisée dans les normes professionnelles telles que l'ISO 9001 ou les Normes d'Exercice Professionnel (NEP) des Commissaires aux comptes.

<sup>621</sup> *Ibidem*, points 78, 82, 89.

<sup>622</sup> Arrêt du 29 avril 1999, *The Queen / Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte *Standley e.a.* (C-293/97, Rec. page I-2603) (cf. points 50-53, 55-57).



b. Le principe de précaution à l'épreuve du principe de proportionnalité

405. Après avoir démontré la dominance économique du principe pollueur-payeur qui pourtant se situe sur le même plan juridique que le principe de précaution dans le droit primaire<sup>623</sup>, la mise en évidence de la dominance juridique du principe de proportionnalité sur le principe de précaution constitue une nouvelle source d'affaiblissement relatif du principe de précaution au regard de son effectivité. En effet, il n'est pas nécessaire d'approfondir l'étude du droit de l'Union pour faire émerger le principe de proportionnalité comme l'un des principaux guides juridiques des politiques mises en œuvre. Ce principe de proportionnalité est l'ennemi naturel de l'absolutisme et constitue le fondement de la mise en balance des différents intérêts en présence au profit d'un équilibre toujours fragile et mouvant : « Le principe de proportionnalité, énoncé à l'article 5, paragraphe 4, TUE, fait partie des principes généraux du droit communautaire. Ce principe exige que les actes des institutions ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (voir arrêt Afton Chemical, pt 141, pt 45).<sup>624</sup> »
406. Pour comprendre le fonctionnement du principe de proportionnalité et la manière dont il peut contrarier le principe de précaution par sa nature même, il est utile de relever un exemple jurisprudentiel au niveau de l'Union. L'arrêt Du Pont de Nemours concerne ainsi notamment l'application combinée du principe de précaution et du principe de proportionnalité dans le cadre de produits phytopharmaceutiques représentant un risque pour la santé : « À cet égard, il y a lieu de rappeler que les objectifs poursuivis par la directive 91/414 sont d'améliorer la production végétale en autorisant des produits phytosanitaires, d'éliminer les entraves à la libre circulation des produits phytosanitaires résultant des divergences entre les règles nationales tout en assurant un niveau de protection élevé de la santé humaine, de la santé animale, des eaux souterraines et de l'environnement. Compte tenu du caractère cancérigène et reprotoxique avéré ainsi que des effets possibles du flusilazole sur le système endocrinien des hommes et des animaux, restreindre l'utilisation de ladite substance aux seules cultures qui ont effectivement été évaluées n'est pas inapproprié pour atteindre ces objectifs.<sup>625</sup> » Le principe de proportionnalité joue donc un premier rôle de modérateur au regard de son caractère approprié à l'objectif de protection de la santé. Le premier test de proportionnalité réside donc dans l'appréciation de l'adéquation de la mesure de précaution à l'objectif de protection de l'environnement au sens large : « Il y a lieu d'examiner, en second lieu, si l'obligation de procéder à l'enlèvement immédiat des végétaux hôtes qui se situent « dans un rayon de 100 mètres » autour des végétaux infectés, « quel que soit leur statut sanitaire », constitue une mesure adéquate, au regard des principes de précaution et de proportionnalité, pour atteindre l'objectif poursuivi.<sup>626</sup> » Si la mesure de précaution est adéquate, encore faut-il ensuite qu'elle soit nécessaire, c'est-à-dire la moins contraignante possible, pour être proportionnée. Reprenant le même arrêt Du Pont de Nemours sur ce point : « Quant au caractère nécessaire des restrictions contestées, il y a lieu d'observer qu'une absence de limitation de l'inscription du flusilazole dans l'annexe I de la directive 91/414 aux seules cultures ayant fait l'objet d'une analyse de leurs résidus au niveau communautaire implique un risque de protection moins élevé de la santé humaine et animale à ce niveau. Il ne peut dès lors être considéré que les mesures en cause dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis.<sup>627</sup> » Le second test de

<sup>623</sup> Situé précisément dans le même alinéa de l'article 191§2 TFUE consacré à l'environnement.

<sup>624</sup> Arrêt du 12 avril 2013, T-31/07, Du Pont de Nemours C/ Commission, point 150.

<sup>625</sup> *Ibidem*, point 216.

<sup>626</sup> Arrêt du 9 juin 2016, C-78-16 et C-79-16, Giovanni pesce e.a. et Cesare Serinelli e.a. point 63.

<sup>627</sup> Arrêt du 12 avril 2013, T-31/07, Du Pont de Nemours C/ Commission, point 217.

proportionnalité révèle donc une volonté de recours à la mesure de précaution avec la plus grande parcimonie : tout ce qu'il faut, mais pas plus qu'il n'en faut. Toutefois, il est constant de constater qu'en matière de protection de la santé humaine, le principe de proportionnalité peut aller dans le sens du principe de précaution : « S'agissant de la violation du principe de proportionnalité alléguée, le Tribunal a constaté, au point 88 de l'arrêt attaqué, que la Commission pouvait valablement considérer que l'unique modification des autorisations de mise sur le marché pour l'avenir, telle qu'envisagée par Acino en tant que mesure moins contraignante, ne constituait pas une mesure suffisamment appropriée au vu de l'objectif de protection de la santé humaine. En effet, selon le Tribunal, une modification des autorisations de mise sur le marché conformément à l'article 116 de la directive 2001/83 ne visait pas le risque découlant de la présence effective des médicaments concernés sur le marché, lequel n'a pu être surmonté que par un retrait effectif du marché des médicaments en cause conformément à l'article 117 de la directive 2001/83. Le Tribunal a précisé que ces considérations valaient d'autant plus eu égard à l'exigence du respect du principe de précaution appliqué dans le domaine sensible de la protection de la santé humaine.<sup>628</sup> » Une illustration flagrante de cet antagonisme entre principe de proportionnalité et principe de précaution au niveau d'un État membre de l'Union tient dans l'article 301 du code de l'environnement italien. Ce dernier prévoit en effet que « le ministre de l'environnement et de la protection du territoire, en application du principe de précaution, a la faculté d'adopter des mesures de prévention (définies à l'article 304 du même code), qui doivent être : a) proportionnelles au risque ; b) non discriminatoires et cohérentes avec des mesures analogues déjà adoptées ; c) basées sur l'examen des avantages et coûts potentiels ; d) modifiables en raison de nouvelles données scientifiques. » Cette disposition environnementale consacrée à l'application du principe de précaution révèle le triple test imposé à la mesure de précaution envisagée pour qu'elle accède à la vie juridique. Nous avons d'abord le test classique mais déjà exigeant de proportionnalité. En second lieu, le test de non-discrimination évoque le droit commercial international, en particulier le respect impératif de la clause de la nation la plus favorisée et du traitement national, face à une mesure de précaution par nature restrictive. Enfin, la mesure de précaution en cause est encore soumise à un arbitrage de nature économique sous la forme d'un bilan coûts – avantages.

407. Le principe de précaution est donc indissociable d'une analyse à la lumière du principe de proportionnalité qui vient immédiatement le tempérer dans sa mise en œuvre. Dès lors la clause de sauvegarde visée par l'article 193 TFUE peut finalement s'avérer sensiblement plus efficace dans l'objectif de protection de l'environnement : « Dans le cadre de la politique communautaire de l'environnement, pour autant qu'une mesure nationale poursuit les mêmes objectifs qu'une directive, le dépassement des exigences minimales établies par cette directive est prévu et autorisé par l'article 176 CE dans les conditions posées par celui-ci. Par conséquent, le principe communautaire de proportionnalité ne trouve pas à s'appliquer en ce qui concerne les mesures nationales de protection renforcées prises en vertu de l'article 176 CE et dépassant les exigences minimales prévues par une directive communautaire dans le domaine de l'environnement, pour autant que d'autres dispositions du traité ne soient pas impliquées.<sup>629</sup> »
408. Invocable devant la Cour de justice de l'Union comme devant certaines juridictions des États membres par sa mention expresse au visa de l'article 191§2 TFUE ou dans leur droit interne, le principe de précaution bénéficie de prime abord d'une portée significative qui se trouve encore renforcée, tant sur le plan juridique que symbolique, par sa constitutionnalisation en droit français. Pourtant, le principe de précaution résiste plus

<sup>628</sup> Arrêt du 10 avril 2014, C-269/13, Acino AG C/ Commission, point 93.

<sup>629</sup> Arrêt du 14 avril 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe (C-6/03, Rec. page I-2753) (cf. points 58, 64, disp. 2).

difficilement à l'épreuve de l'effectivité, difficulté qu'il partage plus généralement avec la législation environnementale de l'Union. Doublement contrarié par sa dimension procédurale qui le fait dépendre de dispositions substantielles mais aussi par l'influence notable de l'expertise scientifique dans sa mise en œuvre, le principe de précaution est encore soumis à la concurrence du principe pollueur-payeur dont le spectre d'application s'avère beaucoup plus large, sans oublier la soumission du principe de précaution à l'exigence antagoniste de proportionnalité. Toutes ces limites affectent les potentialités d'application du principe de précaution en tant qu'exception protectionniste prise dans l'intérêt du citoyen de l'Union et de son environnement. Elles invitent à étendre le champ de recherche à ce qu'il sera convenu d'appeler le principe d'intégration environnementale.

## §2 : Le développement du principe d'intégration environnementale

409. Le domaine environnemental fait l'objet d'un plus large consensus que la dimension sociale du développement durable pour la simple raison que le constat est partagé de la finitude des ressources naturelles et de l'impact négatif de l'activité humaine sur l'environnement, à commencer par le climat. En conséquence, l'intérêt commun de l'humanité réside tout autant dans la préservation des ressources restantes que dans la limitation des effets de l'activité humaine sur l'environnement, les deux objectifs étant intimement corrélés. La première démonstration de l'intérêt général porté à l'environnement a résidé dans la signature puis la ratification universelle<sup>630</sup> du protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, adopté du 22 mars 1985. Trente années plus tard, l'accord de Paris du 12 décembre 2015 est le second accord universel sur le climat signé par 195 États souverains et par l'Union européenne, et notamment ratifié par la Chine, l'Inde et les États-Unis en moins d'un an pour entrer en vigueur le 4 novembre 2016<sup>631</sup>. Toutefois, l'élection de Donald TRUMP quatre jours plus tard aura pour effet de remettre en cause son effectivité à la faveur de l'annonce par les États-Unis de leur retrait. Les préoccupations environnementales traversent donc l'humanité avec une certaine fébrilité et le principe d'intégration de l'environnement dans les politiques européennes en constitue le corollaire à l'échelle de l'Union. Précisément, au visa de cet article 11 TFUE, le principe d'intégration environnementale<sup>632</sup> réside dans la prise en compte des aspects environnementaux « dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union », ce que Jacques DELORS appelait de ses vœux en matière sociale. Ceci dans l'objectif d'assurer un « niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement », au visa de l'article 383 TUE. Par la prise en compte de la protection de l'environnement en amont du droit de l'Union, on comprend aisément que ce parti pris vertueux dans le sens du développement durable aura néanmoins pour effet de créer une distorsion avec les pays tiers qui ne l'intègrent pas et font ainsi l'économie – au propre comme au figuré – de l'investissement correspondant. Cette manifestation unilatérale de volonté de l'Union affirmée en vue d'assurer à ses citoyens un environnement préservé constitue dès lors une exception protectionniste par ses effets potentiellement antagonistes au libre-échange.

<sup>630</sup> Par 196 pays.

<sup>631</sup> Pour mémoire, les États-Unis n'ont jamais ratifié le protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 visant la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Les États-Unis étant connus pour agir dans leur strict intérêt, quels changements ont pu les décider à renverser leur position sur le changement climatique ? Le déplacement du barycentre économique vers l'Orient ? La volonté de Barack Obama de marquer sa présidence d'une avancée universelle ?

<sup>632</sup> PRIEUR Michel (Dir.), op. cit., page 7 : « il n'est pas surprenant que le droit de l'environnement soit un droit de caractère horizontal, recouvrant les différentes branches classiques du droit (privé, public et international) et un droit d'interactions qui tend à pénétrer dans tous les secteurs du droit pour y introduire l'idée environnementale se conformant en cela au traité de Maastricht du 7 février 1992 selon lequel la protection de l'environnement doit être intégrée dans les autres politiques de la communauté (TFUE Lisbonne, 13 déc. 2007, art. 11) ».

Dès lors, il y a lieu de s'intéresser à la construction du système juridique européen de protection environnementale (**A**), pour ensuite mettre en évidence l'intégration positive de la dimension environnementale (**B**).

#### A. La construction du système juridique européen de protection environnementale

410. Le droit de l'environnement se développe fortement depuis ces dernières décennies, à mesure de la prise de conscience de l'enjeu qu'il représente en vue de la protection de l'environnement dans les sociétés pourvues d'un État de droit.

À l'instar du principe de précaution qui constitue une forme de protection par anticipation de l'environnement, la question n'est donc pas tant de savoir si l'Union dispose de suffisamment de bases juridiques pour mettre en œuvre cette protection, mais plutôt de déterminer comment le système juridique de protection environnementale peut effectivement s'exercer et constituer ainsi une forme d'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union.

On relèvera d'abord que la protection juridique de l'environnement représente un élément constitutif de la protection du citoyen européen (**1**). On identifiera ensuite les variétés de protection juridique de l'environnement au sein de l'Union (**2**).

##### 1. La protection du citoyen européen par celle de son environnement

411. Sur le plan téléologique, la question se pose de savoir si la législation environnementale, malgré son objectif de niveau élevé de protection de l'environnement dans son ensemble, n'a pas plutôt pour raison d'être la seule protection du citoyen européen.

Le droit de l'environnement serait donc marqué d'un fort anthropocentrisme (**a**). À tel point que la protection de l'environnement renvoie très régulièrement à la protection de santé humaine (**b**).

##### a. L'anthropocentrisme du droit de l'environnement

412. On pourrait de prime abord penser que le droit de l'environnement tire sa singularité d'une considération holistique, universalisante dans le cadre de sa finalité car il s'agirait d'un droit conçu et rédigé en considération de la planète tout entière, et de ses limites pour paraphraser le septième programme d'action pour l'environnement de l'Union. Ainsi, le sommet de la Terre à Rio, ou la déclaration de Stockholm vingt années plus tôt iraient dans le sens d'une action vertueuse, car désintéressée, en faveur de l'environnement. En réalité, et à l'instar des autres matières juridiques, au-delà des dispositions visant à préserver la qualité de l'eau, de l'air, des sols, et de la biodiversité, au sein de laquelle on peut également intégrer l'espèce humaine, c'est bien l'homme qui se situe au cœur de l'objectif de protection de l'environnement édicté par l'Union : « ...Une conception anthropocentriste de l'environnement s'est imposée. Si les maladies environnementales sont plus largement identifiées que les pollutions d'origine sanitaire, l'article 168 §1 TFUE dispose qu'un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union, y compris la politique de l'environnement, de manière symétrique par rapport au principe d'intégration<sup>633</sup>. » La protection du citoyen européen constitue donc le sous-jacent de la protection de l'environnement, et l'intérêt général auquel il se rapporte est finalement l'intérêt, essentiel, de préservation de l'espèce humaine : « On peut considérer que depuis la mise en œuvre d'une politique de l'environnement et la reconnaissance de l'intérêt général de cette politique, on assiste à l'émergence d'un ordre public nouveau ayant pour fin la protection

<sup>633</sup> THIEFFRY Patrick, *Traité de droit européen de l'environnement*, Bruylant, 3<sup>ème</sup> édition, 2015, page 368.

de l'environnement. En matière d'environnement, la fin (au sens de but) du droit de l'environnement est d'assurer l'équilibre écologique des diverses espèces vivantes dont l'homme<sup>634</sup>. »

b. Le renvoi de la protection de l'environnement à la protection de la santé humaine

413. Le citoyen européen préside donc à toutes les attentions en matière d'environnement, à tel point que l'exigence environnementale se confond souvent avec la recherche d'un niveau élevé de protection de la santé humaine, compris comme un sous-ensemble de l'objectif de protection l'environnement : « Selon l'expression de la Cour de justice, l'objectif de protection de la santé « se trouve déjà englobé dans l'objectif de protection de l'environnement(...) lequel vise, dans un sens plus large, à protéger la santé ». Il en résulte, par exemple, qu'il n'y a pas lieu d'examiner des arguments relatifs à la protection de la santé publique séparément de ceux relatifs à la protection de l'environnement au regard des règles du marché intérieur<sup>635</sup>. » Au-delà des développements consacrés à la réception du principe de précaution par la CJUE<sup>636</sup>, qui témoignent pour une large part de la volonté de protection de la santé humaine avant même celle de l'environnement, le renvoi de la protection de l'environnement à la protection de la santé est aussi remarquable dans la jurisprudence de l'Union relative aux déchets : « ...la directive 75/442 relative aux déchets, telle que modifiée par la directive 91/156... l'objectif essentiel de la directive, lequel, selon le troisième considérant de celle-ci, est la protection de la santé de l'homme et de l'environnement contre les effets préjudiciables causés par le ramassage, le transport, le traitement, le stockage et le dépôt des déchets...<sup>637</sup> » Il en va de même dans cet arrêt : « Il ressort de l'analyse du règlement n° 1013/2006, concernant les transferts de déchets, que celui-ci vise principalement, tant par son objectif que par son contenu, la protection de la santé humaine et de l'environnement contre les effets potentiellement nuisibles des transferts transfrontaliers de déchets.<sup>638</sup> » Et le juge de conclure dans le sens d'une protection de l'environnement primant le marché intérieur : « le règlement n° 1013/2006 a pour but non pas de définir les caractéristiques que doivent posséder les déchets pour circuler librement dans le marché intérieur ou dans le cadre des échanges commerciaux avec les pays tiers, mais de fournir un système harmonisé de procédures par lesquelles la circulation des déchets peut être limitée afin d'assurer la protection de l'environnement. »
414. Un autre arrêt<sup>639</sup> attire l'attention par sa considération de la politique commerciale commune d'un côté, et de la protection de l'environnement ainsi que de la santé de l'autre, comme deux éléments devant être analysés de manière indissociable à la lumière du règlement n° 304/2003 concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux, qui « comporte, tant sur le plan des finalités poursuivies par ses auteurs que sur celui de son contenu, deux composantes liées de façon indissociable, sans que l'une puisse être considérée comme seconde ou indirecte par rapport à l'autre, relevant, l'une, de la politique commerciale commune et, l'autre, de la politique de protection de la santé humaine et de l'environnement. » C'est finalement cette dernière partie de la phrase qui

<sup>634</sup> PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement, Précis*, Dalloz, page 84.

<sup>635</sup> THIEFFRY Patrick, *Traité de droit européen de l'environnement*, Bruylant, 3<sup>ème</sup> édition, 2015, page 116.

<sup>636</sup> Voir supra, *La réception du principe de précaution par la CJUE*, pages 182 s.

<sup>637</sup> Arrêt du 18 décembre 2007, Commission / Italie (C-194/05, Rec. page I-11661) (cf. points 32-33) ; Arrêt du 18 décembre 2007, Commission / Italie (C-195/05, Rec. page I-11699) (cf. points 34-35) ; Arrêt du 18 décembre 2007, Commission / Italie (C-263/05, Rec. page I-11745) (cf. points 32-33).

<sup>638</sup> Arrêt du 8 septembre 2009, Commission / Parlement et Conseil (C-411/06, Rec. page I-7585) (cf. points 62-64, 70-72).

<sup>639</sup> Arrêt du 10 janvier 2006, Commission / Parlement et Conseil (C-178/03, Rec. page I-107) (cf. points 44-47, 50, 56-60).

témoigne d'une confusion littérale entre la protection de la santé humaine et celle de l'environnement.

En droit dérivé de l'Union, on citera également la directive 2008/50, concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe, dont la fixation de valeurs limites pour le dioxyde d'azote notamment n'a pas pour autre objectif que d'assurer la protection de la santé humaine<sup>640</sup> alors qu'il s'agit expressément d'une disposition environnementale. Dès lors on ne peut que se rallier à l'analyse suivante : « La santé et l'environnement sont en effet souvent très liés. L'environnement doit alors être compris de manière extensive comme une préoccupation de tout ce qui entoure l'homme, son milieu, son mode de vie, sa santé. Or, c'est surtout dans le domaine de la santé que la société paraît l'avoir adopté : la demande sociale de sécurité sanitaire a renforcé la demande internationale de sécurité écologique<sup>641</sup>. »

415. Lorsque la santé humaine est en jeu, les mesures environnementales liées sont sensiblement plus énergiques, se manifestant notamment par l'interdiction de l'activité en cause, comme ce fût par exemple le cas pendant la crise de la « vache folle<sup>642</sup> ». Il existe ainsi par définition des entraves à la liberté d'entreprendre causées par certaines dispositions environnementales mais justifiées par l'exigence d'un niveau élevé de protection de la santé humaine. On peut donc conclure à l'existence d'une clause de sauvegarde de la santé publique produisant des effets protectionnistes, trouvant sa source et sa légitimité dans l'exigence environnementale et donc motivée, justifiée par des raisons non économiques.

## 2. Les variétés de protection juridique de l'environnement

416. Le système juridique européen de protection environnementale s'avère particulièrement complet sur le plan chronologique.

En effet, l'environnement bénéficie d'abord d'une protection en amont par l'évaluation des incidences de certains projets sur celui-ci (a). Par ailleurs, pendant l'exécution du projet ou de l'activité ayant une incidence sur l'environnement, une protection juridique *ex post* peut également trouver à s'appliquer de manière énergique (b).

### a. La protection juridique *ex ante* de l'environnement

417. L'environnement bénéficie d'une protection juridique *ex ante* par l'existence de nombreuses procédures préalables à la prise de décision dans ce domaine. Quoi de plus protecteur en effet que d'inscrire les projets ayant une incidence sur l'environnement dans un processus itératif propice à la réflexion, à la raison, à la mesure de l'impact environnemental d'un projet ? Ces procédures sont le lieu de confrontation cathartique d'intérêts privés affirmés, ou un peu moins, et de l'intérêt général, doublement représenté par l'État et les organisations non gouvernementales, ainsi que peuvent l'être les associations reconnues d'utilité publique en droit français. On peut distinguer entre les procédures n'affectant pas la réalisation du projet en tant que tel et celles qui la conditionnent. Il s'agit des études d'impact, d'une part, et des autorisations d'installations générant des émissions, d'autre part. Un trait commun de ces deux modes de protection de l'environnement réside dans leur caractère déterminé, affecté à un projet, donc spécial, ou plus justement local. La systématisation de ces procédures permet donc d'assurer une protection large mais toutefois non exhaustive de l'environnement. En droit de l'Union, on

<sup>640</sup> Arrêt du 19 novembre 2014, Client Earth (C-404/13) (cf. points 44, 46, 49, disp. 2, points 52-56, points 57, 58, disp. 3).

<sup>641</sup> VINEY Geneviève, *le principe de précaution*, op. cit., page 131.

<sup>642</sup> CJCE 5 mai 1998 C-180/96, points 99 et 100.

citera utilement la directive n°2011/92 du 13 décembre 2011, renforcée à partir de 2017 par la directive n°2014/52 du 16 avril 2014 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement. Il est à noter que, de façon constante dans le droit de l'Union, l'évaluation des incidences de certains projets sur l'environnement constitue une disposition à la fois substantielle et fondamentale, à laquelle un État membre ne peut pas déroger dans la transposition de la directive originelle, ainsi que l'arrêt du 3 mars 2011 le précise : « L'article 3 de la directive 85/337, concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, telle que modifiée par les directives 97/11 et 2003/35, met à la charge de l'autorité environnementale compétente l'obligation de réaliser une évaluation des incidences sur l'environnement qui doit comprendre une description des effets directs et indirects d'un projet ... Cette obligation d'évaluation se distingue des obligations énoncées aux articles 4 à 7, 10 et 11 de la directive 85/337, qui sont, pour l'essentiel, ... d'ordre procédural, qui ne concernent que la mise en œuvre de l'obligation substantielle prévue à l'article 3 de cette directive.[...] Il découle donc tant du libellé des dispositions en cause de ladite directive que de l'économie générale de celle-ci que son article 3 constitue une disposition fondamentale. Une simple transposition des articles 4 à 11 de cette directive ne saurait être considérée comme réalisant automatiquement une transposition dudit article 3. Par conséquent, en ne transposant pas cet article 3, un État membre manque aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 85/337, telle que modifiée.<sup>643</sup> » Dès lors, la question se pose de savoir quels effets sont susceptibles d'être produits par le non-respect de ces dispositions substantielles, que l'on retrouve en droit interne au visa des articles L.122-1 et suivants du code de l'environnement. Bref, quel degré de protection assure effectivement cette procédure d'évaluation impérative *ex ante* de certains projets ayant une incidence sur l'environnement ? Patrick THIEFFRY nous éclaire sur la réponse en écrivant que « l'omission d'évaluation des incidences sur l'environnement ne confère pas à un particulier un droit à réparation d'un préjudice purement patrimonial, et il incombe au juge national d'établir s'il est possible, en droit interne, de retirer ou de suspendre une autorisation, ce qui reste la sanction privilégiée du dispositif ou, si le particulier y consent, de l'indemniser de tout préjudice subi dans le respect du principe d'équivalence et du principe d'effectivité.<sup>644</sup> » On peut considérer que le niveau de protection de l'environnement s'avère relativement élevé puisque la sanction peut aller jusqu'au retrait de l'autorisation, soit une forme de résolution judiciaire, ou se limiter à une réparation par équivalent en fonction des circonstances de l'espèce, évoquant ainsi les conséquences juridiques de la responsabilité.

#### b. La protection juridique *ex post* de l'environnement

418. La protection juridique *ex post* peut être assurée par la mise en œuvre de la responsabilité environnementale au sens large dans la mesure où elle peut présenter un caractère comminatoire en plus de son objectif de réparation, contribuant ainsi à l'effectivité<sup>645</sup> du droit de l'environnement par nature protecteur. Cette responsabilité environnementale peut revêtir une nature pénale, civile, voire administrative et même éthique<sup>646</sup> lorsqu'elle est déclinée au niveau des entreprises. Sur le plan pénal, la recherche d'une répression énergique de l'atteinte à l'environnement<sup>647</sup> réside dans le fait que le bien commun que

<sup>643</sup> Arrêt du 3 mars 2011, Commission C/ Irlande, C-50/09, point 1.

<sup>644</sup> THIEFFRY Patrick, *Manuel de droit de l'environnement*, Bruylant, 2014, page 218.

<sup>645</sup> BETAÏLE Julien, *Répression et effectivité de la norme environnementale*, Revue juridique de l'environnement, numéro spécial, 2014, pages 47 s.

<sup>646</sup> Pour autant des obligations juridiques existent bel et bien, notamment en termes d'information environnementale, à la charge des sociétés.

<sup>647</sup> Société française pour le droit de l'environnement, *Droit répressif : quelles perspectives pour le droit de l'environnement ?* Revue juridique de l'environnement, numéro spécial, 2014.

constitue l'environnement se trouve ainsi attaqué. Le droit de l'Union s'est emparé de la question en vue de répondre à l'objectif de niveau élevé de protection de l'environnement au visa de l'article 191 §2 TFUE. Il en est notamment résulté la directive n° 2008/99/CE du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. Constitue ainsi une infraction pénale environnementale non seulement une action positive intentionnelle mais aussi un « manquement à une obligation d'agir<sup>648</sup> », dès lors que l'activité en cause est « susceptible de causer la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité du sol, ou de la qualité de l'eau, ou bien de la faune ou de la flore ». A l'instar du droit pénal général, l'échelle des sanctions de ce trouble à l'ordre public écologique doit trouver à s'appliquer en fonction du degré de gravité des atteintes à l'environnement. Ainsi, la notion de crime écologique, ou écocide<sup>649</sup> se trouve pourvue de sens pour les infractions les plus graves, c'est-à-dire celles qui compromettent irrémédiablement l'environnement en cause. La question peut se poser de savoir si, à l'instar des crimes contre l'humanité, certains crimes écologiques ne pourraient pas devenir imprescriptibles. D'aucuns objecteront que, compte tenu de son ampleur, une catastrophe écologique ne peut rester impunie à l'endroit de ses auteurs qui seront tôt ou tard rattrapés par la justice. Pour autant, lorsque l'auteur est l'État, l'une de ses émanations, ou encore plus souvent une grande entreprise revêtue de la personnalité morale, l'incrimination élève généralement de la gageure.

419. Par ailleurs, sur le plan civil, le principe de réparation intégrale des dommages causés à l'environnement peut paraître insuffisant pour dissuader les auteurs potentiels de dommages causés à l'environnement, précisément lorsque ceux-ci sont irrémédiables, à l'instar des marées noires et des incidents nucléaires ou chimiques. C'est la raison pour laquelle le législateur de l'Union pourrait instituer des dommages et intérêts punitifs dans certains cas limitatifs. Il semble en effet que seul ce type de réparation de préjudice puisse avoir l'effet comminatoire souhaité, et souhaitable en ce sens que le capital environnemental ne peut qu'être préservé, pas restauré, à l'échelle de la planète. Enfin, la responsabilité sociale et environnementale récemment mise à la charge des sociétés par actions en droit français au visa de l'article L225-102-1 du code de commerce correspond plutôt à une obligation d'information sur la manière dont la société prend en compte les considérations sociales et environnementales dans le cadre de son activité, au même titre que l'information sur la rémunération des mandataires sociaux et dans le même rapport de gestion soumis à l'approbation de l'assemblée générale annuelle.
420. Le système juridique de protection environnementale sert d'abord le citoyen européen en raison de son caractère résolument anthropocentré, avec une attention particulièrement renforcée sur la protection de la santé humaine. Cette attention environnementale se manifeste à tous les stades des activités ayant une incidence sur l'environnement, qu'il s'agisse de l'évaluation du projet en amont de sa mise en œuvre jusqu'à la mise en cause de l'auteur d'un dommage situé dans le champ d'application de la responsabilité environnementale.

#### B. L'intégration positive de la dimension environnementale

421. L'intégration positive de la dimension environnementale ne constitue pas une approche esthétique, un vernis policé qui viendrait s'appliquer sur deux couches massives d'ordre économique et social.

<sup>648</sup> Considérant 6 de la Directive 2008/99/CE du 19 novembre 2008.

<sup>649</sup> NEYRET Laurent, *Pour la reconnaissance du crime d'écocide*, Revue juridique de l'environnement, 2014, Hors-Série 1, Volume 39, pages 177 à 193.

<sup>649</sup> BETAÏLE Julien, op. cit., page 179.



L'intégration positive de la dimension environnementale est plutôt la couche de protection supplémentaire nécessaire à la cohésion de l'ensemble, celle qui va permettre l'élargissement du bilan économique et social vers le bilan durable (A). Celle qui va tester l'intégration juridique du citoyen dans la dimension environnementale (B).

### 1. L'élargissement du bilan durable dans le droit de l'Union

422. L'intégration positive de l'environnement dans le droit de l'Union passe par sa mise en balance avec les deux autres dimensions, sociale et économique, du développement durable auquel exhorte l'Union. Reste à déterminer le poids respectif de chaque dimension, dont on peut encore espérer qu'il évoluera en faveur de l'environnement. D'abord selon un angle délimité à la politique de l'environnement (a), puis selon une impulsion traversant l'ensemble des politiques de l'Union (b).

#### a. Les ressources de l'article 191 TFUE

423. De quel bilan durable est-il question ? Si le concept de développement durable s'analyse en la recherche d'un développement conciliant les dimensions environnementale, sociale et économique, alors le concept de bilan durable consiste en l'évaluation d'une politique ou de ses instruments de mise en œuvre à la lumière de ces trois dimensions. Ce bilan durable a déjà une existence juridique solide dans la mesure où il puise sa source au visa de l'article 191 §3 TFUE : « Dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, l'Union tient compte :

- des données scientifiques et techniques disponibles,
- des conditions de l'environnement dans les diverses régions de l'Union,
- des avantages et des charges qui peuvent résulter de l'action ou de l'absence d'action,
- du développement économique et social de l'Union dans son ensemble et du développement équilibré de ses régions. » Par définition, ce bilan durable constitue donc une manifestation du principe d'intégration environnementale. On relève aussi l'expression d'un certain pragmatisme dans la mesure où la législation environnementale sera d'autant mieux acceptée, donc appliquée qu'elle tiendra compte de tous les autres facteurs, scientifiques, techniques, économiques et sociaux, qui interagissent avec l'environnement dans le cadre de sa protection et de la préservation de ses ressources naturelles : « Environmental policy thus emphasizes the potential of framework directives to establish integration of environmental measures, which implies coherence and a reduction of the environmental Acquis Communautaire<sup>650</sup>. »

424. Avec le recul, cette forme d'intégration s'avère de nature négative dès lors que, selon une approche plus réaliste, ce sont plutôt les contraintes scientifiques, techniques, économiques et sociales qui viennent s'intégrer, dès la phase de conception, à la législation environnementale. La marge de manœuvre du droit de l'environnement s'en trouve en conséquence amoindrie par l'interposition des autres dimensions du développement durable. Pour autant, le raisonnement transversal intégratif peut déjà s'appliquer en aval de la politique environnementale, au sein du champ complexe et large de l'environnement, qui fonctionne par secteur ou filière : « Next to sector-wise laws, we also see the emergence of horizontal approaches such as the environmental impact assessment provision, procedural provisions and an environmental liability regime. Horizontal approaches give one common provision applicable to several environmental subdomains. An example is the Environmental Liability Directive.<sup>651</sup> »

<sup>650</sup> PEETERS Marjan, UYLENBURG Rosa, op. cit., page 58.

<sup>651</sup> *Ibidem*, page 4.

b. La combinaison du bilan durable avec les clauses transversales

425. Alors que le bilan durable résulte de l'application de l'article 191 §3 TFUE aux actes juridiques de l'Union pris dans le cadre de sa seule politique environnementale, la question se pose de savoir s'il serait possible de l'élargir à l'ensemble des politiques de l'Union. Cette extension du champ d'application serait alors la manifestation de l'intégration positive de la dimension environnementale dans l'ensemble du droit de l'Union. Qu'il soit permis de penser que cet élargissement du bilan durable à l'ensemble des politiques de l'Union est rendu possible sur le fondement de deux dispositions d'importance majeure en matière d'environnement.
426. D'une part, l'intégration positive du bilan durable peut trouver sa source par la voie d'une disposition d'application générale du droit primaire de l'Union, au visa de la clause transversale environnementale de l'article 11 TFUE : « Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable. » Ainsi donc l'approche du bilan durable rencontrée à l'article 191§3 TFUE serait frappée de réciprocité à la faveur de cet article 11 TFUE. Ces dispositions croisées imposent donc la prise en compte des considérations environnementales au même titre que les problématiques économiques et sociales dans la mise en œuvre de toute politique de l'Union. Au niveau du marché intérieur, l'écoconception, la gestion des déchets ou encore la classification énergétique des matériels participe de cet élargissement du bilan durable. La politique de l'énergie ou des transports est tout aussi traversée par ces préoccupations environnementales. La politique sociale peut également avoir des traits de caractère environnemental si l'on considère la santé et la sécurité des travailleurs ou encore le développement du télétravail comme un moyen de limiter les déplacements donc les émissions de gaz à effet de serre.
427. D'autre part, l'intégration positive du bilan durable peut trouver à s'appliquer par la reconnaissance, en tant que droit fondamental du citoyen de l'Union, du droit à un environnement de qualité hautement protégé, au visa de l'article 37 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable. » Il n'est pas surprenant non plus que l'environnement soit érigé au rang de droit fondamental tant sa nature même relève de l'intérêt général. Partant, le droit à un environnement de qualité pour contribuer au bien-être du citoyen européen doit être assuré non seulement par le droit de l'environnement mais aussi relayé par l'ensemble de la législation de l'Union qui garantit en droit la mise en œuvre de ses politiques.
428. Une illustration jurisprudentielle de cette intégration positive de l'environnement réside dans l'arrêt de la CJUE du 10 janvier 2006<sup>652</sup> qui, au visa du règlement n°304/2003 relatif au commerce international de produits chimiques dangereux, qualifie de composantes indissociables la politique commerciale commune et la protection de la santé humaine et de l'environnement : « Le règlement n° 304/2003, concernant les exportations et importations de produits chimiques dangereux, comporte, tant sur le plan des finalités poursuivies par ses auteurs que sur celui de son contenu, deux composantes liées de façon indissociable, sans que l'une puisse être considérée comme seconde ou indirecte par rapport à l'autre, relevant, l'une, de la politique commerciale commune et, l'autre, de la politique de protection de la santé humaine et de l'environnement. »  
On relèvera ici une double indissociabilité, d'une part entre la politique commerciale commune et la politique environnementale, démontrant l'intégration positive de

---

<sup>652</sup> Arrêt du 10 janvier 2006, Commission / Parlement et Conseil (C-178/03, Rec. Page I-107) (cf. points 44-47, 50, 56-60).

l'environnement au visa de ce règlement n°304/2003. D'autre part entre la protection de la santé humaine et de l'environnement, qui se confondent quasiment.

429. Les ressources de l'article 191§3 TFUE faisant émerger la possibilité d'un bilan durable formant un tout indissociable en considération des composantes environnementales, sociales et économiques, se combinent utilement avec la clause transversale de l'article 11 TFUE, et avec l'article 37 de la charte des droits fondamentaux pour réaliser l'élargissement du bilan durable à tout le droit de l'Union. L'intégration positive de la dimension environnementale dans la législation européenne constitue donc une réalité textuelle solide.

## 2. L'intégration juridique du citoyen dans la dimension environnementale

430. L'intégration positive de la dimension environnementale implique des mesures énergiques et systématiques de promotion des opérations qui s'y rapportent. Le chemin pour atteindre le citoyen européen dans le cadre de cette promotion environnementale réside d'abord dans les différentes formes de participation du public en matière d'environnement (a), dont on identifiera les limites dans un second temps (b).

### a. Les variétés de participation du public en matière environnementale

431. Nous avons évoqué la protection juridique de l'environnement *ex ante* à l'occasion de la construction du système juridique de protection environnementale. Dans ce contexte de travail en amont d'un projet aux incidences environnementales actuelles ou potentielles, notamment dans le cadre des études d'impact, il ressort clairement que le droit de l'environnement se démarque des autres matières du droit par une caractéristique singulière : la participation du public. Cette forme d'invitation du citoyen à exprimer son avis peut s'entendre plus largement comme toute forme d'intégration des citoyens dans le processus décisionnel. Elle induit une obligation de transparence, c'est-à-dire la mise à disposition des informations pertinentes auprès du public selon le principe 10 du sommet de la Terre à Rio et la convention d'Aarhus : « L'information du public et sa participation active au processus décisionnel sont en revanche parmi les dispositions accessoires les plus répandues dans les mesures sectorielles comme transversales du droit européen de l'environnement...De plus, outre ces exigences particulières, une démarche systématique s'articule autour des trois orientations essentielles de la convention d'Aarhus : l'information du public, condition préalable à sa participation à la prise de décision, dont l'accès à la justice garantit le caractère réel et non formel<sup>653</sup>. » Il est à noter que la convention d'Aarhus, ou plus précisément la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès du public à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998, a été publiée au Journal Officiel de la République française du 21 septembre 2002 pour entrer en vigueur le 6 octobre 2002.
432. Dès lors cette convention internationale trouve à s'appliquer sur le territoire français, à l'exception de la Nouvelle-Calédonie, de la Polynésie française et des îles Wallis et Futuna. Surtout, elle prime le droit interne selon la hiérarchie des normes fixée à l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958. Elle peut donc légitimement être invoquée devant les juridictions françaises par le truchement du contrôle de conventionalité. Plus intéressante encore est la réserve formulée par le Gouvernement de la République française à la fin de la publication de la convention d'Aarhus. En effet, on constate ainsi une mise en balance de la participation du public avec la protection du secret industriel et commercial<sup>654</sup>, au profit de ce dernier. Il est par ailleurs précisé que seules les informations « pertinentes » pour la protection de l'environnement méritent d'être

<sup>653</sup> THIEFFRY Patrick, *Manuel de droit de l'environnement*, Bruylant, 2014.

<sup>654</sup> JORF du 21 septembre 2002, page 15572.

divulguées, donnant ainsi un pouvoir certain de sélection à l'administration chargée de divulguer ces informations. Un exemple pratique en droit interne de l'intégration juridique du citoyen dans la dimension environnementale réside dans l'institutionnalisation de la démarche : « Le recours à la commission nationale du débat public (devenue autorité administrative indépendante) dans le cadre des enquêtes publiques d'importance doit être souligné : elle y a pour mission d'organiser un débat public sur l'opportunité, les objectifs et les caractéristiques principales des projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national ayant un impact significatif sur l'environnement ou l'aménagement du territoire ou présentant de forts enjeux socio-économiques<sup>655</sup>. »

433. En droit de l'Union, la participation du public passe également par l'application cette convention d'Aarhus, dont l'Union est partie signataire depuis le 25 juin 1998. Cette dernière a inspiré le législateur européen, en particulier dans la confection de la directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement<sup>656</sup>. L'importance accordée au respect de la convention d'Aarhus se retrouve tout autant dans la jurisprudence, en particulier dans l'arrêt du 8 mars 2011<sup>657</sup> : « Il en résulte que, lorsque est en cause une espèce protégée par le droit de l'Union, et notamment par la directive «habitats», il appartient au juge national, afin d'assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union de l'environnement, de donner de son droit national une interprétation qui, dans toute la mesure du possible, soit conforme aux objectifs fixés à l'article 9, paragraphe 3, de la convention d'Aarhus. » La soft law européenne affirme enfin sa volonté générale de transparence<sup>658</sup> en matière environnementale par le truchement d'une communication<sup>659</sup> de la Commission visant à « Tirer le meilleur parti des mesures environnementales de l'UE : instaurer la confiance par l'amélioration des connaissances et de la réactivité ». On peut ainsi faire le constat suivant quant au fait générateur de l'information et à la nécessité de la partager : « Le droit de l'environnement de l'Union européenne contient des règles qui génèrent des informations, par exemple des exigences en matière de contrôle de la qualité de l'air, ainsi que des règles qui imposent de rendre l'information accessible à un public plus vaste. »

Plus loin, la Commission nous informe sur la qualité de l'information environnementale attendue dans le cadre de sa mise à disposition du public. L'objectif consiste ainsi à « ...fournir des informations qui, d'une part, sont solides sur les plans scientifique et juridique et, d'autre part, utiles pour le grand public, les experts et les décideurs politiques<sup>660</sup>. »

434. De manière moins directe, en matière d'information environnementale mise à la charge des entreprises, le droit de l'Union s'est fait l'écho du législateur français à travers la directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes. Cette directive, qui vise à améliorer le niveau d'information des parties prenantes de l'entreprise en cause, en particulier des détenteurs de son capital, impose la présence dans le rapport de gestion d'informations

<sup>655</sup> GEOFFRON Patrice in BOITEAU Claudie, *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2014, page 359.

<sup>656</sup> Et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, JO L 41 du 14.2.2003.

<sup>657</sup> Arrêt CJUE du 8 mars 2011, affaire C-240/09, point 50.

<sup>658</sup> Pour un exemple de contentieux, voir arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, LPN c/Commission, exception relative à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit – informations environnementales affaire C-514/11, ECLI:EU:C:2013:738, voir note DUPONT-LASSALLE Julie, *Accès aux documents et confidentialité des enquêtes de la Commission*, Europe, 2014, Janvier, Commentaire n°1, pages 19-20.

<sup>659</sup> COM(2012) 95 final, page 4.

<sup>660</sup> *Ibidem*, page 5.

dépassant le cadre financier pour aller sur le terrain social et environnemental. Au visa de l'article 4 de cette directive et de l'article 288 TFUE, le droit interne de chaque État membre devra donc faire respecter aux entreprises assujetties, à compter de leur exercice ouvert à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017, cette exigence d'information environnementale quant au résultat à atteindre, ce qui est déjà le cas en France à raison de l'article L.225-102-1 du code de commerce.

435. La variété des modes de participation du public prévus par le droit de l'Union et de ses États membres démontre en tant que telle la volonté d'intégration juridique du citoyen européen dans la dimension environnementale. Pour autant, même si l'esprit d'intégration environnementale irradie la participation du public, cette dernière présente toute une série de limites juridiques qu'il convient de ne pas négliger.

#### b. Les limites juridiques à la participation du public

436. Deux grandes catégories de limites juridiques à la participation du public peuvent être distinguées. D'une part, les limites tenant aux imperfections inhérentes à l'état du droit positif en la matière. D'autre part, les limites inhérentes à ce qu'il est convenu d'appeler le détournement des régimes juridiques de participation du public par les parties prenantes. La procédure juridique permettant la participation du public en matière environnementale présente assez classiquement les défauts de ses qualités. Ainsi, la transparence voulue par la mise à disposition d'informations de plus en plus nombreuses ne se rencontre pas nécessairement en pratique. Ainsi, conformément à la réserve émise par la France sur la manière d'appliquer la convention d'Aarhus, le secret des affaires ou le secret industriel peuvent être opposés devant une demande d'information, ce qui diffère a minima, voire rend impossible la mise à disposition des informations pertinentes et maintient ainsi l'asymétrie informationnelle au profit des entreprises en cause. On oppose donc un intérêt privé, le secret des affaires ou le secret industriel, à l'intérêt général que représente la mise à disposition d'informations pertinentes dans le domaine environnemental. Cette exception de mise à disposition, à rebours de l'objectif de transparence, se retrouve également, avec beaucoup d'autres, dans le droit de l'Union, au sein du règlement CE n°1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, dont l'interprétation par le juge de l'Union est illustrée par cet arrêt<sup>661</sup> : « Il ressort également de ce règlement, notamment du considérant 11 et de l'article 4 de celui-ci qui prévoit un régime d'exceptions à cet égard, que ce droit d'accès n'en est pas moins soumis à certaines limites fondées sur des raisons d'intérêt public ou privé (voir arrêts *Commission/Technische Glaswerke Ilmenau*, précité, point 51; *Suède e.a./API et Commission*, précité, points 69 et 70, ainsi que du 28 juin 2012, *Commission/Éditions Odile Jacob*, C-404/10 P, point 111, et *Commission/Agrofert Holding*, C-477/10 P, point 53). » Cet arrêt nous informe sur le pouvoir de décision souverain des institutions de l'Union de refuser l'accès aux documents. Le raisonnement réside ainsi dans l'identification de l'intérêt qui primera tous les autres dans le cadre du choix de divulgation, ou non : « le régime des exceptions prévu à cet article 4, et notamment au paragraphe 2 de celui-ci, est fondé sur une mise en balance des intérêts qui s'opposent dans une situation donnée, à savoir, d'une part, les intérêts qui seraient favorisés par la divulgation des documents concernés et, d'autre part, ceux qui seraient menacés par cette divulgation. La décision prise sur une demande d'accès à des documents dépend de la question de savoir quel est l'intérêt qui doit prévaloir<sup>662</sup> ». Ce pouvoir souverain se trouve encore renforcé par l'outil probatoire puissant utilisé pour rendre une décision de refus quasiment inattaquable en pratique : « la reconnaissance d'une présomption générale selon laquelle la divulgation de documents d'une certaine

<sup>661</sup> Arrêt du 14 novembre 2013, LPN C/ Commission, C-514-11, point 40.

<sup>662</sup> *Ibidem*, point 42.

nature porterait, en principe, atteinte à la protection de l'un des intérêts énumérés à l'article 4 du règlement n°1049/2001 permet à l'institution concernée de traiter une demande globale et de répondre à celle-ci de la manière correspondante<sup>663</sup> ». On mesure donc à quel point la participation du public permise par la transparence en matière environnementale se trouve atténuée par les nombreuses et énergiques exceptions au droit de communication. Du côté des parties prenantes, la participation du public présente aussi son lot de contradictions se traduisant par des actions venant contrarier des projets présentant un intérêt environnemental certain. On peut ainsi penser aux projets éoliens qui entrent dans le champ de la transition vers une énergie décarbonée afin de réduire ou limiter le réchauffement climatique.

Ce détournement de l'intégration juridique du citoyen dans la dimension environnementale répond à deux catégories d'acronymes, étant précisé qu'à l'origine, ces acronymes trouvaient généralement à s'appliquer à des projets dont les risques ou les nuisances étaient effectivement avérés. D'une part, l'acronyme BANANA pour Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything, qui manifeste un mouvement d'opposition générale du public à la mise en œuvre d'un projet, notamment de nature environnementale. D'autre part, l'acronyme NIMBY pour Not In My Backyard, qui constitue la déclinaison subjective et plus réaliste du précédent acronyme, traduit le paradoxe d'une volonté générale et indéfinie de contribuer au développement durable qui vient se heurter à l'opposition du voisinage immédiat du projet environnemental en cause : « une énergie serait en théorie acceptable dès lors qu'elle n'est pas implantée près de la personne consultée...Une part substantielle du contentieux des éoliennes peut être lue dans ce cadre<sup>664</sup>. »

437. L'acceptabilité sociale des projets, y compris à vocation environnementale comme les énergies renouvelables, constitue donc un idéal de fonctionnement conditionné au respect scrupuleux d'une procédure intégrative du citoyen, et du riverain en particulier : « La recherche de l'acceptabilité sociale de l'exploitation d'énergies décarbonées est liée à la prise en compte des impacts environnementaux, notamment en matière paysagère, mais aussi d'émission de gaz à effet de serre, de polluants atmosphériques, de gestion des déchets...Les externalités effectives et potentielles (rationnelles ou non) doivent être abordées, sans oublier, évidemment, la question centrale de l'efficacité énergétique.<sup>665</sup> » Malgré cette démarche, dont la transparence apparente et la prise en compte de tous les intérêts en présence devraient contribuer à l'acceptation du projet modifié dans le sens des observations pertinentes des parties, il est fréquent de rencontrer une opposition de principe de certains riverains qui se traduit ensuite par une action en justice pour voir le projet s'arrêter ou, à tout le moins, ralentir sa progression par le jeu de la procédure. On peut ainsi évoquer le trouble paysager provoqué par l'installation d'une éolienne, mais aussi la nuisance sonore potentielle et ses conséquences sur l'état de santé des riverains, la perte de valeur du bien immobilier compte tenu de la présence à proximité d'une éolienne...De manière plus étonnante, on trouve également de fortes oppositions à la mise en œuvre de champs éoliens off-shore, par définition éloignés de tout voisinage. Les motifs invoqués sont encore le trouble paysager, mais aussi la perturbation de l'écosystème, en particulier des ressources halieutiques et donc les zones de pêche.
438. Le développement du principe d'intégration environnementale se manifeste d'abord par la mise en œuvre d'un système juridique européen complet de protection centré sur le citoyen. L'intégration des autres dimensions du développement durable dans la politique environnementale de l'Union a pour effet miroir l'intégration des considérations environnementales dans toutes les politiques de l'Union par le jeu de la clause transversale du TFUE et de la charte fondamentale. L'intégration juridique du citoyen dans la

<sup>663</sup> *Ibidem*, point 48.

<sup>664</sup> GEOFFRON Patrice, op. cit., page 362.

<sup>665</sup> *Ibidem*, page 354.

dimension environnementale constitue enfin le marqueur singulier du principe d'intégration environnementale, quand bien même la question de l'acceptabilité sociale peut venir perturber la mise en œuvre pratique de projets d'intérêt environnemental, à l'instar des énergies renouvelables.

439. Cette section a voulu déterminer la mesure de l'exception protectionniste de nature environnementale à la faveur d'une analyse complémentaire du principe de précaution et du principe d'intégration dans cette perspective. Il s'avère que le principe de précaution contribue effectivement à la protection de l'environnement par voie d'exception sans pour autant disposer d'une portée significative. Le principe d'intégration contribue quant à lui à la protection de l'environnement par voie d'action, non pas au sens du droit processuel, mais plutôt au sens d'initiatives convergentes en vue de faire de la question environnementale une caractéristique consubstantielle à toute politique de l'Union. Il convient dès lors de rechercher dans cette dimension environnementale le domaine le plus approprié en vue de l'exercice d'une exception protectionniste dans le sens de l'intérêt de l'Union. La transition énergétique semble particulièrement intéressante à ce titre.

## Section 2 : Les modes de protection juridique de l'énergie renouvelable de l'Union

440. L'enjeu environnemental s'affirmant au travers des autres politiques de l'Union par le principe d'intégration, la question se pose toutefois de déterminer laquelle de ces politiques est la plus à même de favoriser un niveau élevé de protection de l'environnement. On pourrait d'abord penser à la politique de santé pour les raisons évoquées précédemment<sup>666</sup>. On pourrait également penser à la protection du consommateur par le truchement de la notion de responsabilité élargie du producteur<sup>667</sup>. On préférera mettre en évidence l'importance particulière du domaine de l'énergie dans l'affirmation de l'exigence environnementale. Le premier indice de cette importance est d'ordre textuel. En effet, le TFUE consacre son titre XXI à la politique de l'énergie dont on observe qu'elle se résume au seul article 194. Or, d'une part, cette politique succède immédiatement à celle de l'environnement. D'autre part, cet article consacré à la politique énergétique est beaucoup plus récent que ceux dédiés à la politique de l'environnement, puisqu'il a été créé lors de la rédaction du Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Il a donc été inséré sciemment à la suite de la politique de l'environnement à laquelle il répond dans la mesure où le remède majeur identifié pour endiguer le réchauffement climatique réside dans le développement des énergies renouvelables, autrement dit inépuisables à l'échelle de l'humanité<sup>668</sup>.
441. Cette contribution environnementale primordiale de la politique de l'énergie du TFUE se conjugue avec l'idéal d'autonomie, ou à tout le moins d'indépendance énergétique<sup>669</sup> de l'Europe qui prend tout son sens dès lors que l'énergie demeure au fondement du développement de notre société à l'échelle de l'Union comme du monde entier. On peut donc penser que, pour contribuer à l'affirmation de l'exigence environnementale au sein de l'Union mais aussi dans ses relations extérieures, le domaine de l'énergie bénéficie de modes de protection juridique légitimes qui emprunteraient deux voies. D'abord, la voie déjà tracée de la transition énergétique (§1) suscite l'intérêt. Ensuite, la recherche des conditions de développement de champions européens de l'énergie (§2) mérite attention.

---

<sup>666</sup> *Supra*, *Du principe de précaution au principe d'intégration environnementale*, pages 177 s.

<sup>667</sup> THIEFFRY Patrick, *Traité de Droit européen de l'environnement, Vers une généralisation de la responsabilité élargie des producteurs*, page 456.

<sup>668</sup> On peut considérer l'énergie solaire, éolienne, géothermique, hydraulique, maritime, et la biomasse comme des énergies renouvelables. À noter que l'énergie hydraulique au sens large dispose déjà d'une ancienneté de plus de 50 années, qu'il s'agisse de la construction de barrages ou de l'usine marémotrice de la Rance mise en service en 1966 dans la région Bretagne, entre Saint-Malo et Dinard (Ille-et-Vilaine).

<sup>669</sup> Par comparaison, lire RAULINE Nicolas, *Les Etats-Unis en route vers l'indépendance énergétique*, Les Echos, 10 décembre 2018.



## §1 : Les voies juridiques de protection de la transition énergétique

442. Assumer et mettre en œuvre la « diminution des énergies fossiles dans le mix énergétique<sup>670</sup> », autrement dit la transition énergétique au niveau de l'Union répond à l'enjeu environnemental planétaire du réchauffement climatique de même qu'à celui de la préservation des ressources naturelles d'origine fossile. Il s'agit effectivement de basculer progressivement mais de façon irréversible de sources d'énergie majoritairement fossiles à des sources d'énergie majoritairement renouvelables<sup>671</sup> : « Dans le cas présent, il s'agit non pas d'enrichir les mix énergétiques en y introduisant de nouvelles filières, mais bien, in fine, d'opérer une substitution : la stratégie européenne envisage ainsi en 2050 une production électrique décarbonée à 95%<sup>672</sup>. » Le défi est tellement difficile à relever qu'il n'est modélisé à l'horizon 2050 que sous forme d'hypothèses scénarisées<sup>673</sup>, alors que l'objectif affiché pour 2030 s'élève à 27% d'énergies renouvelables. Le droit se trouvant une nouvelle fois à la croisée des sphères économique et politique dans ce domaine, assurer la protection juridique de la transition énergétique revient à sécuriser ses parties prenantes en offrant un cadre de développement pérenne de leurs activités économiques. Pour ce faire, la recherche d'une politique commune de l'énergie apparaît pertinente (A). La mise en place d'une telle politique commune nécessiterait toutefois la révision des traités en ce sens (B).

### A. La recherche d'une politique commune de l'énergie

443. La transition énergétique se rattache évidemment à la politique énergétique de l'Union. Or sur le plan institutionnel et intérieur, on ne peut que constater une faiblesse certaine de cette politique dans la mesure où sa mise en œuvre est partagée entre l'Union et ses États membres, au profit des seconds.

La recherche d'une politique commune de l'énergie serait ainsi l'axe de progrès majeur au sein de l'Union pour favoriser la transition énergétique face à l'insuffisance actuelle du mandat de l'article 194 TFUE (1) et à l'incomplétude du marché intérieur de l'énergie (2).

#### 1. L'insuffisance du mandat de l'article 194 TFUE

444. Au visa de l'article 4 i) TFUE, comme dans beaucoup d'autres matières, l'Union ne dispose que d'une compétence partagée en matière de politique de l'énergie. Certes, la politique de l'environnement n'est pas mieux lotie à cet égard. Pour autant, l'histoire de la construction européenne rappelle avec force l'importance de l'énergie dans ses fondements. À tel point que la Communauté économique s'est largement basée sur la production, le transport et le commerce du charbon, source principale d'énergie de l'époque d'après-guerre, pour s'unir. En 2019, l'énergie représente toujours un secteur stratégique à la source de toute activité économique.

Pour bénéficier d'une meilleure protection, ce domaine devrait donc, à l'instar de la politique commerciale, faire l'objet d'une politique commune à l'échelle de l'Union. On ne peut dès lors que constater l'insuffisance actuelle du mandat de l'article 194 TFUE, qui révèle tant une dépendance matérielle (a) qu'une faiblesse institutionnelle (b).

<sup>670</sup> KARPENSCHIF Michaël in LE BAUT-FERRARESE Bernadette (Dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, page 7.

<sup>671</sup> En 2014, la part des sources d'énergies renouvelables s'élève à 14,1% au niveau de l'Union, [https://europa.eu/european-union/topics/energy\\_fr](https://europa.eu/european-union/topics/energy_fr).

<sup>672</sup> GEOFFRON Patrice, op. cit., page VIII.

<sup>673</sup> COM/2011/0885 final.

## a. La dépendance matérielle de l'article 194 TFUE

445. Ainsi que l'écrit Patrice GEOFFRON dans un ouvrage collectif consacré aux énergies renouvelables et au marché intérieur, « L'initiative intitulée « Une Europe efficace dans l'utilisation des ressources » vise à découpler la croissance économique de l'utilisation des ressources, à favoriser le passage vers une économie à faible émission de carbone, à accroître l'utilisation des sources d'énergie renouvelable, à moderniser notre secteur des transports et à promouvoir l'efficacité énergétique<sup>674</sup>. » On comprend alors que, pour préserver les ressources tout en espérant maintenir une croissance économique, il y a lieu de changer de paradigme. Or que prévoit le droit primaire pour ce faire en matière de politique énergétique ?
446. L'article 194 TFUE, dont la présence et la rédaction au sein des traités de l'Union datent uniquement du Traité de Lisbonne, dévoile d'abord dans son premier paragraphe le double encadrement matériel de la politique européenne de l'énergie : « Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur et en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement... » Tout espoir d'autonomie de la politique de l'énergie est ainsi douché selon deux plans distincts. Selon un plan vertical tout d'abord, la politique de l'énergie est contrôlée eu égard à l'objectif de réalisation du marché intérieur<sup>675</sup> ici décliné en considération du fonctionnement des activités économiques liées à l'énergie dans l'Union. Selon un plan horizontal ensuite, la politique de l'énergie est encadrée par la politique de l'environnement<sup>676</sup>, exigeante et protectrice, qu'il convient d'intégrer<sup>677</sup> aux autres politiques de l'Union, au premier rang desquelles la politique de l'énergie. Ce que Claudie Boiteau décrit à la manière d'un « double filigrane. Il renvoie, immédiatement, aux objectifs du marché intérieur. Le fonctionnement du marché de l'énergie est étroitement lié à son ouverture à la concurrence et à sa compétitivité. La sécurité d'approvisionnement et le caractère durable de son développement sont affirmés. Puis apparaît, tel un second filigrane, la segmentarisation du marché intérieur de l'énergie : la production, avec la référence aux énergies nouvelles et renouvelables, le transport, avec la référence à la sécurité d'approvisionnement et à l'interconnexion des réseaux énergétiques et, enfin, la fourniture avec la référence à l'efficacité énergétique et la nécessité de réaliser des économies d'énergie<sup>678</sup>. » Dès lors que les composantes économique et environnementale viennent tempérer la politique européenne de l'énergie, la question se pose de savoir dans quelle mesure elle peut encore conserver une certaine autonomie matérielle.
- Ainsi que l'écrit Bernadette LE BAUT FERRARESE : « ...on peut légitimement douter de la consistance normative d'une partie au moins de la politique européenne de l'énergie, soit de celle concernant les secteurs de l'efficacité énergétique et des économies d'énergie ainsi que des énergies nouvelles et renouvelables, dès lors que, suivant le Traité (art.194.1,c) TFUE), cette politique doit s'incarner dans des mesures européennes de « promotion » : cette formule minimaliste ne traduit-elle pas en effet une forme d'inaptitude congénitale de l'ordre juridique en cause à préempter véritablement le domaine du soutien aux énergies concernées<sup>679</sup> ? » Pire, à cette dépendance matérielle de toutes parts vient se surajouter une insuffisance institutionnelle manifeste.

<sup>674</sup> GEOFFRON Patrice, op. cit. page XVI.

<sup>675</sup> Article 194§1 a) TFUE.

<sup>676</sup> Article 194§1 c) TFUE.

<sup>677</sup> Voir supra, *La combinaison du bilan durable avec les clauses transversales*, pages 201 s.

<sup>678</sup> GEOFFRON Patrice, op. cit., page XV.

<sup>679</sup> LE BAUT-FERRARESE Bernadette (Dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, op. cit., page 212.

## b. La faiblesse institutionnelle de l'article 194 TFUE

447. La question de la souveraineté des États membres s'avère particulièrement prégnante en matière d'énergie et se manifeste en creux à la lecture de l'article 194§1 TFUE, qui rappelle en liminaire l'importance d'opérer « dans un esprit de solidarité entre les États membres », et précise ensuite en son point b) l'un des quatre objectifs de la politique européenne de l'énergie : « assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique de l'Union ». L'esprit de solidarité ainsi exposé n'a pas véritablement de valeur juridique contraignante, mais représente plutôt une obligation morale, un rappel de la raison d'être de l'Union au sens littéral, l'expression implicite de la résistance à la souveraineté nationale de chaque État membre dans l'objectif de parvenir, un jour peut-être, à l'achèvement du marché intérieur. On pourrait ensuite penser que le contrôle de la sécurité d'approvisionnement énergétique s'élève effectivement au rang de l'Union. La poursuite de la lecture de l'article 194§2 TFUE rappelle toutefois de manière expresse et séparée que la compétence en matière d'énergie n'a jamais été transférée par les États membres au-delà de l'application du principe de subsidiarité. Il est ainsi précisé, à la manière d'une précaution rédactionnelle prise en vue de sécuriser les États membres sur ce point, que les mesures prises selon la procédure législative ordinaire pour satisfaire les quatre objectifs de la politique énergétique de l'Union « n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique ». En effet, la politique énergétique renvoie à la capacité relative de chaque État membre de produire l'énergie nécessaire à l'activité marchande et non marchande tout comme à la satisfaction des besoins de ses citoyens usagers, dans les limites de son territoire. La symbolique de l'indépendance et de l'autonomie gouverne donc les décisions de politique énergétique, qui elle-même renvoie à des considérations de politique intérieure. C'est la raison pour laquelle la France a tant investi dans l'énergie nucléaire en parallèle de sa politique de dissuasion. Dès lors on comprend aisément l'aporie institutionnelle de l'Union en matière d'énergie, dont l'intervention se fonde juridiquement sur le seul article 194 TFUE combiné à l'application du principe de subsidiarité : « Le fait de pouvoir s'accorder auxdits objectifs ne suffit pas, dès lors que, suivant la logique des compétences partagées, l'action que l'Union européenne entend mener doit, en tout état de cause, passer avec succès le test de subsidiarité.

En théorie, il est permis de soutenir que, pour satisfaire les objectifs ci-dessus présentés, une politique de l'énergie sera probablement mieux réalisée au niveau de l'Union qu'au niveau des États membres, même si, en cette matière comme dans beaucoup d'autres, l'argument juridique pèse moins que la volonté politique<sup>680</sup>. »

448. Que l'on se penche en particulier sur le 2<sup>ème</sup> paragraphe de l'article 194 TFUE, en son dernier alinéa, s'agissant des mesures nécessaires à la réalisation des quatre objectifs liés à la politique de l'énergie : « Elles n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique... » Quand bien même ces éléments de la politique énergétique sont la prérogative des États en droit international public<sup>681</sup>, quel aveu d'impuissance d'une union hypothétique de l'énergie face à la discrétion énergétique des États membres ! Cela signifie en somme que l'Union ne fait pas mieux qu'une organisation multilatérale fondée sur un droit consensuel dont les questions majeures sont laissées à l'appréciation souveraine de ses membres. De manière plus diplomatique, en ne manquant toutefois pas de souligner les contradictions patentées, on peut lire avec intérêt : « L'Union européenne a élaboré un corpus très dense d'objectifs communs (libéralisations progressives des marchés électriques et gaziers, paquets énergie-climat 2020 et 2030, etc.), tout en laissant aux États membres la capacité

<sup>680</sup> *Ibidem*, page 211.

<sup>681</sup> *Ibidem*, page 216.

de décision en matière de choix énergétiques fondamentaux dans les moyens de production<sup>682</sup>. »

449. L'article 194 TFUE révèle, par son isolement textuel et sa dépendance substantielle, la double insuffisance du mandat de l'Union en matière de politique de l'énergie. Dans ces conditions, comment s'étonner de l'incomplétude du marché intérieur de l'énergie ?

## 2. L'incomplétude du marché intérieur de l'énergie

450. La communication<sup>683</sup> de la Commission du 13 octobre 2014, ambitieusement intitulée « Vers l'achèvement du marché intérieur de l'énergie : état des lieux », ne résiste pas à l'analyse des faits. On peut ainsi y lire : « En 2011, les chefs d'État et de gouvernement, reconnaissant l'importance que revêt l'existence d'un marché intérieur de l'énergie, ont clairement fixé à 2014 la date butoir pour l'achèvement de ce marché et souligné qu'aucun État membre de l'UE ne devrait rester à l'écart des réseaux européens de gaz et d'électricité après 2015. » En mars 2017, où l'Union célèbre dans une contradiction patente le soixantième anniversaire du Traité de Rome tout en recevant la notification de retrait au visa de l'article 50 TUE par le gouvernement du Royaume-Uni, l'incomplétude du marché intérieur de l'énergie persiste pour deux séries de raisons. D'une part, ce caractère inachevé résulte du cloisonnement des marchés de l'énergie au niveau national (a). D'autre part, le degré de concentration des opérateurs participe de cette incomplétude du marché intérieur de l'énergie (b).

### a. Le cloisonnement des marchés de l'énergie au niveau national

451. En droit de l'Union, la politique de l'énergie est pensée à l'échelle de l'Union selon un raisonnement économique pur. Elle doit par conséquent s'intégrer voire être assimilée aux règles prévues dans le cadre du fonctionnement de son marché intérieur : « L'Union dispose de moyens d'action supplémentaires sis dans les règles générales du Traité. Il est simple de le concevoir si l'on se souvient que toutes les mesures relevant des politiques nationales de l'énergie sont placées, comme on l'a vu, sous l'emprise du droit général du marché intérieur...<sup>684</sup> » Et l'auteur de poursuivre au niveau national : « ...la politique française de l'énergie qui, construite initialement principalement autour du concept de service public, adhère désormais pleinement au paradigme européen du marché, conçu pour sa part comme le premier objectif – sinon l'objectif premier ? – de la politique de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie<sup>685</sup>. »

Dans les faits, à l'instar des opérateurs de télécommunications qui présentent une propension à intervenir sur un marché national plutôt qu'euro-péen, les énergéticiens ne démontrent pas une grande sensibilité à l'ouverture transfrontalière entre États membres. Ce qui contrarie nécessairement l'achèvement du marché intérieur dans ce domaine. On ne peut ainsi qu'approuver l'analyse suivante : « La réalisation d'un véritable marché intérieur, qui se traduit par la liberté de choisir son fournisseur, nécessite de développer les interconnexions et les échanges transfrontaliers<sup>686</sup>. » Pour illustrer le degré de cloisonnement des marchés de l'énergie, un indice fiable de cette affectation structurelle des échanges entre États membres réside dans l'analyse du taux d'interconnexion dans le

<sup>682</sup> DERDEVET Michel, *L'Union de l'énergie, un vaste et grand chantier*, Fondation Robert SCHUMAN, question d'Europe n°369, 2 novembre 2015.

<sup>683</sup> COM(2014) 634 final.

<sup>684</sup> LE BAUT-FERRARESE Bernadette (Dir.), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, op. cit., page 220.

<sup>685</sup> *Ibidem*, page 221.

<sup>686</sup> GEOFFRON Patrice, op. cit. page XVIII.

secteur de l'électricité...À cet égard, le 32<sup>ème</sup> point de la résolution<sup>687</sup> du Parlement européen du 23 juin 2016 sur le rapport<sup>688</sup> sur les progrès accomplis dans le secteur des énergies renouvelables est éloquent : « demande l'élimination des obstacles bureaucratiques inutiles et plaide en faveur d'investissements permettant la réalisation de l'objectif de 10 % d'interconnexion dans le secteur de l'électricité d'ici à 2020... » Nous avons donc une manifestation de volonté, parfaitement louable mais non pourvue d'un quelconque effet juridique, exhortant à l'atteinte de l'objectif de 10% d'interconnexion dans le délai de trois années. On peut dès lors conclure, par cette unique analyse, au cloisonnement actuel particulièrement important du marché de l'énergie, et en particulier de l'électricité.

452. Cette situation est le fruit d'une histoire de l'énergie qui, d'européenne lors de la création de la Communauté Économique du Charbon et de l'Acier, est rapidement devenue une affaire nationale en lien avec la souveraineté de chaque État membre, à la faveur d'une diversification des sources d'énergie, au premier rang desquels l'énergie d'origine nucléaire.

La vision du Parlement européen s'avère pour autant diamétralement opposée à cette situation de fait<sup>689</sup> : « considérant que le développement des énergies renouvelables devrait coïncider avec le développement d'un marché intérieur de l'électricité performant; considérant que l'Union de l'énergie devrait être fondée sur une transition vers un système énergétique durable tourné vers l'avenir avec une efficacité énergétique et des économies, des énergies renouvelables et une infrastructure intelligente comme piliers principaux ». Cette aspiration, fort éloignée de l'incomplétude actuelle du marché intérieur de l'énergie, n'empêche toutefois pas un certain discernement de l'institution en matière d'électricité : « insiste sur le problème des goulets d'étranglement dans le secteur de l'électricité, qui continue à entraver la libre circulation de l'énergie renouvelable à travers les frontières des États membres et ralentit l'avancement de la création d'un véritable marché intérieur de l'énergie dans l'Union<sup>690</sup> »

453. La compétence partagée en matière de politique énergétique au profit des États membres explique majoritairement ce cloisonnement national des marchés, rendant impossible l'achèvement du marché intérieur de l'énergie. Ceci d'autant plus que, à l'intérieur de ces frontières relativement hermétiques entre États membres, on constate un degré de concentration élevé des opérateurs de l'énergie.

#### b. La concentration des opérateurs de l'énergie au sein de l'Union

454. Les risques concurrentiels d'un marché présentant un degré de concentration élevé sont connus. L'idée directrice consiste à éviter qu'un opérateur de marché se trouve en situation de rente économique par la création de barrières à l'entrée de nouveaux concurrents et l'éviction de concurrents existants. Cette situation de rente serait considérée comme préjudiciable au consommateur eu égard à la trop grande capacité de contrôle des prix pratiqués par l'opérateur, dont les tarifs seraient susceptibles de s'éloigner du coût marginal majoré de la marge applicable raisonnablement. Il existerait également un risque concernant l'innovation, qui serait freinée par le manque de dynamisme du marché, autrement dit par le manque de compétition, au sens de rivalité économique, entre les opérateurs. Au regard des ententes, le risque serait notamment de s'accorder entre énergéticiens sur les prix, le volume de production, ou toute situation prévue par l'article 101§1 TFUE. Ces comportements constitueraient alors une entente prohibée. Il importe toutefois de préciser que la situation concurrentielle est perfectible. Ainsi, en 2016,

<sup>687</sup> P8\_TA(2016)0292.

<sup>688</sup> (2016/2041(INI)).

<sup>689</sup> Considérant G, résolution du Parlement européen du 23 juin 2016 sur le rapport sur les progrès accomplis dans le secteur des énergies renouvelables, P8\_TA(2016)0292.

<sup>690</sup> *Ibidem*, point 54.

les tarifs de détail de l'électricité<sup>691</sup> en France présentaient un taux de 35% de taxes. Autrement dit, l'intervention, par le prélèvement obligatoire, de l'État s'avère particulièrement prégnante sur les énergéticiens dont la politique de développement dépend, pour une large part, de la politique énergétique.

455. Au regard de la position dominante, c'est le risque considéré dans le cadre de la théorie des infrastructures essentielles qui traduit le mieux la situation des opérateurs de réseaux d'énergie, et en particulier d'électricité. Ainsi que la communication<sup>692</sup> de la Commission du 13 octobre 2014 l'affirme : « Pour que le marché puisse prendre son essor, il est impératif que tous les acteurs du marché aient accès aux infrastructures de gaz et d'électricité existantes sur une base non discriminatoire et à un tarif équitable. La priorité a donc été donnée à l'attribution des capacités et à la gestion de la congestion des réseaux, et notamment des interconnexions. » Pour autant, l'abus de domination peut aussi trouver à s'appliquer par le jeu du pouvoir de marché détenu grâce aux données personnelles des clients, à l'instar des GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft). L'illustration en est donnée par la décision « ENGIE » n°17-D-06 de l'Autorité de la concurrence du 21 mars 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de gaz naturel, d'électricité et de services énergétiques. Au visa notamment de l'article 102 TFUE et du livre IV du code de commerce, la procédure de transaction aboutit en particulier à la sanction de l'opérateur à concurrence de 100 millions d'euros. L'affectation du commerce entre États membres résulte précisément du cloisonnement des marchés qui rend difficile l'arrivée de nouveaux concurrents européens sur le marché français. Cette décision, remarquable par l'ampleur de la sanction, démontre une nouvelle fois à quel point le marché intérieur est inachevé dans la mesure où, même si la décision ne précise étonnamment pas le marché géographique<sup>693</sup> pertinent, on en déduit assez aisément qu'il est limité, cloisonné au seul marché français du gaz et de l'électricité<sup>694</sup>.
456. Face au constat d'un degré de concentration élevé du marché de l'énergie, qui présente une nature structurelle bien plus que conjoncturelle, il peut être pertinent de réfléchir à une organisation du marché de l'énergie qui fasse exception aux règles qui trouvent à s'appliquer au marché intérieur dans son ensemble. En effet, vouloir démanteler ou freiner le développement des énergéticiens en place pourrait avoir pour effet de ralentir le rythme, déjà insuffisant<sup>695</sup>, de la transition énergétique. Pour ce faire, une révision des traités est nécessaire.

## B. La révision des Traités en vue d'une politique commune de l'énergie

457. La mise en œuvre d'une politique commune de l'énergie est certes intéressante en vue d'une application uniforme du droit de l'Union s'y rapportant dans l'ensemble des États membres, mais encore faut-il que le droit primaire permette tout simplement son existence. Or la lecture combinée des articles 4 i) et 194 TFUE ne fait pas de doute sur l'impossibilité de mener une politique commune de l'énergie en l'état actuel du droit des Traités.

---

<sup>691</sup> LE BILLON Véronique, *La facture d'électricité, nouveau nid à impôts*, Les Échos, 24 mars 2017, « À fin 2016, les diverses taxes (TVA, CSPE, mais aussi taxes des communes et pour financer les retraites d'EDF) représentaient 35 % de la facture, soit 5 points de plus qu'il y a cinq ans, selon l'observatoire de la Commission de régulation de l'énergie. L'essentiel de cette évolution est dû à la montée en puissance du soutien public aux énergies renouvelables (plus de 5 milliards d'euros prévus cette année), qui a garanti aux producteurs des prix d'achat attractifs pour développer la filière verte, le coût étant supporté par l'ensemble des consommateurs d'électricité. »

<sup>692</sup> COM(2014) 634 final.

<sup>693</sup> Points 116 à 119, pages 23 et 24.

<sup>694</sup> Points 13 s., pages 8 s.

<sup>695</sup> FREITZ Anne, *Économies d'énergie : l'Europe s'éloigne de son objectif pour 2020*, Les Échos, 21 février 2017.

Même une organisation commune de marché dont l'inspiration puiserait sa source dans la politique agricole commune (PAC) ne peut voir le jour sans modification du droit primaire. Ceci alors même que cette PAC relève d'une compétence partagée mais avec prérogatives inversées au profit de l'Union.

Dès lors, pour mettre en place cette politique commune de l'énergie unificatrice, le recours à l'article 48 TUE s'avère nécessaire pour modifier les traités en ce sens (1), avant d'envisager le contenu de cette politique qui accèderait ainsi à la vie juridique (2).

### 1. Le recours à l'article 48 TUE

458. La modification des traités n'est ni originale, ni insurmontable en tant que telle. Elle correspond plutôt à un processus adaptatif d'amélioration par paliers du fonctionnement de l'Union. La construction européenne est ainsi ponctuée de multiples conférences intergouvernementales qui, à chaque fois, ont apporté à l'Union, jusqu'au retrait probable du Royaume-Uni à l'horizon 2019. Une nouvelle révision des traités est donc parfaitement envisageable.

Elle devra respecter la procédure ordinaire compte tenu de sa nature (a). Possible dans son principe car expressément prévue par les traités, cette révision devra toutefois être évaluée à l'aune de sa faisabilité pratique (b).

#### a. La nécessité d'une révision ordinaire des Traités

459. On rappelle qu'en l'état actuel des traités, la politique de l'énergie fait l'objet d'une compétence partagée au visa combiné de l'article 4 i) et de l'article 194 TFUE. Basculer vers une politique commune de l'énergie, qu'elle relève d'une compétence exclusive comme la politique commerciale, ou élargie, comme la PAC, implique donc la mise en œuvre d'un transfert de compétences supplémentaire au bénéfice de l'Union. Or, ainsi qu'en dispose l'article 48 §2 TUE, lorsqu'il s'agit de « tendre à accroître ou à réduire les compétences attribuées à l'Union dans les traités », c'est la procédure de révision ordinaire, par opposition à révision simplifiée<sup>696</sup>, qui trouve à s'appliquer<sup>697</sup>. Cette procédure ordinaire de révision des traités s'avère relativement large dans son initiative et particulièrement exigeante dans sa mise en œuvre. L'initiative de la révision appartient indifféremment au pouvoir exécutif d'un État membre à travers son gouvernement, au Parlement européen censé représenter les citoyens européens, ou à la Commission, paradoxalement garante des traités.

460. Concernant sa mise en œuvre, le projet de révision des traités est d'abord communiqué au Conseil qui le transmet lui-même au Conseil européen. S'il est adopté à la majorité simple, ce dernier va convoquer une Convention après consultation du Parlement européen et de la Commission. Cette Convention, constituée par les représentants des parlements nationaux des États membres, par les chefs d'État ou de gouvernement ainsi que par le Parlement européen et la Commission, devra adopter par consensus, c'est-à-dire à l'unanimité, le projet de révision des traités envisagé avant de faire convoquer par le président du Conseil une Conférence des représentants des gouvernements des États membres. Ce n'est enfin qu'à l'issue de longues négociations que cette conférence sera susceptible d'arrêter « d'un commun accord les modifications à apporter aux traités », avant de les faire ratifier par tous les États membres.

<sup>696</sup> Contrairement à la tenue des assemblées en droit des sociétés, la complexité se trouve ici dans « l'ordinaire » !

<sup>697</sup> La procédure simplifiée prévue à l'article 48 §6 TUE aurait quant à elle pu être imaginée dans la mesure où la politique de l'énergie, en tant que politique intérieure de l'Union contenue dans la troisième partie du TFUE, conservait sa compétence partagée. Pour autant, la règle contraignante de l'unanimité demeure à ce titre.

461. On mesure à quel point la simple description succincte de cette procédure met déjà en évidence une grande complexité, non pas liée à la procédure elle-même, mais plutôt au nombre de points de vue à faire converger pour parvenir à un accord unanime. Ce qui pose la question de sa faisabilité.

#### b. La faisabilité d'une révision des traités

462. La procédure de révision ordinaire des traités en vue d'une politique commune de l'énergie, possible dans son principe, se heurte à une série de freins dans sa mise en œuvre pratique. Tout d'abord, au regard des conditions de majorité requises pour permettre une telle révision, l'unanimité imposée par le droit primaire constitue un point de blocage particulièrement préjudiciable à la modification rapide et efficace des traités. À la différence d'une indivision où le fait générateur de la propriété juridique subie est souvent indépendant de la volonté de ceux qui l'administrent, la condition d'unanimité est ici le résultat de la volonté de chaque État membre pris individuellement. Or nul besoin de grandes prédictions pour identifier l'accroissement probable des points de blocage avec l'accroissement du nombre d'États membres. Toutes les conditions d'une inertie institutionnelle, donc politique, sont donc réunies, en ce compris une volonté de modification des traités, *a fortiori* en matière d'énergie.

463. Ensuite, au regard de la gageure que constitue l'obtention d'un accord de tous les États membres sur les termes modificatifs des traités ainsi révisés, il apparaît hautement probable que la procédure de révision sera bien plus large que la seule modification de la politique de l'énergie. Ainsi, sur le plan institutionnel, la règle de l'unanimité pourrait être remise en cause en lien avec une modification du régime de la coopération renforcée entre certains États membres désireux d'approfondir la mise en œuvre d'une politique au-delà des exigences du droit de l'Union. Sur le plan matériel, outre la politique de l'énergie qui deviendrait une prérogative relevant de la compétence exclusive ou élargie de l'Union, la politique des transports pourrait également remonter à ce niveau de compétence pour assurer l'homogénéité de sa régulation et sa transition relativement à la politique de l'énergie. La politique de concurrence pourrait aussi trouver à s'améliorer dans le cadre du régime des aides d'État<sup>698</sup> afin d'accueillir favorablement l'exception protectionniste environnementale. Bref, augmenter les souhaits de modification des traités implique une augmentation corrélative de la durée des négociations et des points d'achoppement entre les représentants des États membres. Le risque est donc élevé de voir les objectifs de modification initialement fixés non atteints, ce qui pose la question d'une solution plus radicale de refonte complète de ce qui constituerait l'Union pour l'avenir. Est-il ainsi envisageable de prévoir une Europe à plusieurs vitesses ? Autrement dit, une réduction du nombre d'États membres au-delà du Brexit apparaît-elle pertinente pour assurer l'efficacité tout comme l'adaptabilité du droit de l'Union face aux enjeux de protection sociaux, environnementaux, économiques voire militaires ?

#### 2. Le contenu potentiel de la politique commune de l'énergie

464. Une fois l'épreuve théorique de la révision des Traités réussie tant sur le plan technique que sur celui de sa faisabilité, resterait à déterminer le contenu de la politique commune de l'énergie. Il serait alors possible de prévoir une organisation commune du marché de l'énergie dont l'inspiration inspirée de la PAC avec un regard critique (a).

<sup>698</sup> Cette voie d'amélioration existe également en matière de contrôle des concentrations et d'abus de position dominante dans le domaine du numérique, en particulier quant aux critères de d'appréciation dans le premier cas et de qualification dans le second cas. Voir infra, pages 371 s.



Par ailleurs, la recherche d'efficacité dans le fonctionnement de la politique commune de l'énergie imposerait de diviser la filière énergétique par source, renouvelable ou conventionnelle, mais aussi par fonction (b).

a. L'organisation commune de marché d'inspiration de la PAC

465. La PAC renfermait à l'origine ce que la politique européenne de l'énergie représente pour l'avenir : un formidable enjeu d'autonomie, d'indépendance de l'Union portant sur des ressources stratégiques à portée environnementale. C'est la raison pour laquelle la politique commune de l'énergie mérite de voir son marché régulé au niveau de l'Union par une organisation tirant son inspiration mais aussi les enseignements de la PAC, en gardant à l'esprit que, sur le plan historique, « la PAC a aussi été conçue comme une contrepartie à l'accord de la France sur la création du marché intérieur qui permettait aux produits industriels allemands de pénétrer le marché français<sup>699</sup>. »
466. Nous constatons effectivement qu'en l'état du droit positif, et malgré l'enthousiasme de l'analyse qui suit, le niveau de régulation de la politique de l'énergie n'apparaît pas suffisant : « La Commission européenne demeure un acteur décisif de la régulation du secteur énergétique, qu'il s'agisse d'une régulation transversale de type concurrentiel ou d'une régulation sectorielle. Sa prédominance a même été confortée par le traité de Lisbonne, en donnant à la Commission européenne, gardienne des traités (art 258 TFUE), une base juridique expresse pour exercer ses compétences normative et para-normative (art. 194 TFUE)<sup>700</sup> ». Ceci est d'autant plus vérifié lorsqu'on s'attache à regarder le rôle de l'organe dédié à la régulation de l'énergie au niveau européen : « L'ACER n'est pas un véritable gendarme du secteur de l'électricité...investie d'une triple mission relativement classique pour une agence européenne : d'une part, assister la Commission, ainsi que les autres institutions européennes, sous forme de conseils, d'avis techniques, de rapports d'expertises ; d'autre part, mettre en réseau des autorités nationales de régulation, en collectant, analysant et transmettant les informations pour leur fournir une information objective, fiable et facilement accessible ; et enfin, dans certaines circonstances, adopter des décisions individuelles<sup>701</sup> ».
467. Dès lors, concernant l'inspiration d'une organisation commune du marché de l'énergie issue de la PAC, l'article 39 §1 TFUE pourrait être décliné de la manière suivante : « La politique énergétique commune a pour finalité d'assurer la transition énergétique. Pour ce faire, elle se fixe pour objectifs :
- a) d'accroître la productivité des énergies renouvelables en développant le progrès technique ;
  - b) de stabiliser les marchés ;
  - c) de garantir la sécurité des approvisionnements ;
  - d) d'assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs. »
- Dans la même perspective, l'article 39 §2 TFUE pourrait être rédigé comme suit : « Dans l'élaboration de la politique énergétique commune et des méthodes spéciales qu'elle peut impliquer, il sera tenu compte :
- a) du caractère particulier du secteur de l'énergie, découlant des disparités énergétiques structurelles et naturelles entre les divers États membres ;
  - b) de la nécessité d'opérer graduellement les ajustements opportuns ;
  - c) du fait que, dans les États membres, l'énergie constitue un secteur intimement lié à l'ensemble de l'économie. »
- L'article 40 se prête encore plus aisément à la déclinaison. Il s'agirait simplement de remplacer les deux adjectifs « agricole(s) » présents aux premier et dernier alinéas par le

<sup>699</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, La documentation française, réflexeurope, 2018, page 28.

<sup>700</sup> CALANDRI Laurence in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page 403.

<sup>701</sup> *Ibidem*, page 396.

terme « énergétique » pour décrire le cadre de l'organisation commune des marchés énergétiques. Celle-ci contribuerait à la gestion du marché unique de l'énergie en instituant des normes de tarification ainsi que des aides à la production d'énergie. Bref, des outils de régulation du marché pour influencer l'offre comme la demande, les importations comme les exportations<sup>702</sup>, et ainsi jouer un rôle homéostatique, stabilisateur pour le producteur comme pour le citoyen-usager-consommateur européen, à l'exception notable du financement des revenus des énergéticiens, différence majeure avec ce que l'on peut rencontrer au niveau de la PAC.

La déclinaison en droit dérivé de cette PAC est réalisée par la voie du règlement<sup>703</sup> (UE) n°1308/2013 du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles. L'inspiration d'une politique commune de l'énergie pourrait d'abord provenir des considérants 171 à 173 de ce règlement. Ceux-ci prévoient notamment des exceptions aux règles de concurrence prévues par le TFUE. Ces exceptions sont contenues dans la partie IV dudit règlement et concernent tant les règles de concurrence applicables aux entreprises, visées aux articles 207 à 210 du règlement, que les aides d'État, prévues aux articles 211 à 218. Par ailleurs, source d'inspiration d'une politique commune de l'énergie au-delà de ces exceptions aux règles de concurrence, le règlement portant organisation commune des marchés des produits agricoles prévoit, au visa des articles 219 à 222, la possibilité d'adopter des mesures exceptionnelles. Ces mesures pourraient en particulier trouver à s'appliquer en amont, dans un objectif de prévention des perturbations du marché<sup>704</sup>, de même qu'en aval, lors de périodes de déséquilibres graves sur les marchés<sup>705</sup>. À titre d'exemple aux portes de l'Union, on ne peut s'empêcher de penser à la crise Ukrainienne débutée en novembre 2013 et l'enjeu énergétique sous-jacent sur le gaz dans ses relations avec la Russie.

468. Concernant les enseignements que l'on peut tirer de la PAC à bon escient, retenons d'abord que celle-ci a effectivement mené à l'autonomie agricole et à la création de filières agroalimentaires exportatrices puissantes. Retenons également que la pratique d'un tarif d'intervention dépassant largement le prix du marché mondial, au profit des agriculteurs pour leur assurer des revenus décents, a pu conduire à des situations de surproduction non pas conjoncturelles mais bien structurelles. Est-ce à dire que la PAC devrait être purement et simplement remplacée au profit de la politique commune de l'énergie ? Ainsi que l'écrit Jacques DELPLA<sup>706</sup> avec une certaine radicalité : « la PAC n'a aujourd'hui aucune utilité européenne : il n'y a aucun risque de disette en Europe. » Ceci pendant que le tableau dessiné par Daniel GADBIN n'est pas plus enthousiaste à première vue : « Au procès de la consommation de masse et des systèmes agro-alimentaires énergivores s'ajoute l'incompréhension des agriculteurs dont la plupart ne survivent sur leurs exploitations que grâce aux aides publiques...les investisseurs du monde entier rachetant partout des terres arables, faisant monter le prix des terres agricoles...<sup>707</sup> » Pour autant, ce dernier auteur ne manque pas de tempérer son propos par la précision importante que la PAC a déjà opéré

<sup>702</sup> Sans toutefois que ces dernières aient vocation à être pérennes, l'idée n'étant pas de reproduire les erreurs de la PAC quant à la surproduction.

<sup>703</sup> Abrogeant les règlements (CEE) n°922/72, (CEE) n°234/79, (CE) n°1037/2001 et (CE) n°1234/2007 du Conseil (JO L 347 du 20.12.2013, page 671).

<sup>704</sup> Art. 219 du règlement portant organisation commune des marchés des produits agricoles.

<sup>705</sup> Art.222 du même règlement.

<sup>706</sup> Chercheur associé à l'école d'économie de Toulouse, *Supprimons la PAC pour relancer l'Europe*, Les Échos, 26 janvier 2017.

<sup>707</sup> GADBIN Daniel, PAC, La promotion des circuits d'approvisionnement courts au croisement des politiques agricoles française et européenne, in FLAESCH-MOUGIN Catherine (Mélanges en l'honneur de), *Abécédaire de droit de l'Union européenne*, Préface de Catherine LALUMIERE, Presses universitaires de Rennes, Collection « Droits européens », 2017, page 409.

une inflexion dans le sens du développement des circuits d'approvisionnement courts par la voie du règlement n°1305/2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural. En conséquence de ces faits, il y a lieu de prévenir une telle situation pour la politique commune de l'énergie. Ceci d'autant que le meilleur comportement au regard de la consommation d'énergie est celui de la sobriété, de la parcimonie.

469. La production d'énergie ne devrait donc pas avoir vocation à augmenter de manière inconsidérée, et surtout pas en raison de l'attrait des aides qui s'y rapporteraient. Il en résulte un questionnement sur le point de savoir s'il conviendrait de plafonner la production. Dans l'affirmative, à quel niveau pertinent et sur la base de quelle évaluation ? Sous le contrôle d'une autorité indépendante ou directement de la Commission ? Avec une répartition des quotas par État membre, voire par régions ? Avec un réexamen annuel, couplé à l'agenda du semestre européen ? Ces seules questions sur le contrôle potentiel de la production abondent ainsi dans le sens de Patrick THIEFFRY, qui observe que « sur le plan institutionnel, les importantes distorsions entre États membres en matière énergétique expliquent qu'une compétence partagée, comme en matière d'environnement, ait finalement été attribuée à l'Union<sup>708</sup>. »

#### b. La division de la filière énergétique par fonction et par source

470. La filière énergétique d'origine renouvelable peut assez classiquement se diviser en trois fonctions successives. D'une part, la production d'énergie, qu'elle soit d'origine éolienne, solaire, hydraulique, maritime, géothermique ou encore issue de la biomasse. Ensuite, le transport de cette énergie sous sa forme secondaire la plus répandue : l'électricité. Enfin, la distribution de cette électricité par le truchement d'opérateurs de marché. Cette division ne devrait pas être uniquement fonctionnelle, mais aussi juridique au moyen d'un groupe de sociétés dont la mère serait une société européenne au sens du règlement (CE) n°2157/2001<sup>709</sup> et de la directive 2001/86/CE. Dans l'aéronautique, il en est par exemple ainsi d'Airbus Group. Au-delà d'une division par fonction, la transition énergétique impose de tenir le plus grand compte du maintien, encore très largement majoritaire en 2018, des énergies conventionnelles, qu'elles soient d'origine fossile ou nucléaire. Dès lors, la production d'énergie devrait également faire l'objet d'une division juridique de ses activités en fonction de leur origine, renouvelable ou non. Il y aurait ainsi une cohérence entre domaines d'activité stratégique et autonomie juridique des filières conventionnelles comme renouvelables. À terme, certes lointain, seule la division renouvelable devrait subsister et marquer ainsi l'achèvement de la transition énergétique ainsi que le retour aux règles de marché et donc de concurrence normales.
471. La question se pose enfin, non pas de la nationalisation, déjà très marquée dans la plupart des États membres qui ont bien compris l'enjeu stratégique et de souveraineté renfermé dans le domaine de l'énergie, mais plutôt de « l'eupéanisation » de certaines fonctions de l'énergie renouvelable au nom de l'intérêt général. Pour ce faire, l'Union devrait disposer d'un budget élargi et surtout de la capacité juridique de prendre le contrôle de sociétés du secteur de l'énergie, de la même manière que la Banque Centrale Européenne dispose de la prérogative d'achat de titres de créances souveraines ou privées. La différence proviendrait ici du fait que, plutôt que de titres de créance, il s'agira d'achat de titres de capital conférant un droit de vote donc un pouvoir de contrôle sur la société cible. Dans cette perspective, la banque européenne d'investissement visée aux articles 308 et 309 TFUE pourrait voir ses compétences élargies et son indépendance garantie par un budget et une gouvernance autonomes. Selon un droit prospectif mâtiné d'optimisme, un service d'intérêt général de l'énergie durable pourrait ainsi voir le jour à l'échelle de l'Union.

<sup>708</sup> THIEFFRY Patrick in *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, op. cit., page 228.

<sup>709</sup> Modif. Règl (CE) n°885/2004, 1791/2006, 517/2013.

472. L'histoire textuelle de la politique de l'énergie au sein du droit de l'Union ne suffira pas à assurer la protection, donc la mise en œuvre complète, de la transition énergétique. En effet, l'insuffisance patente de l'article 194 TFUE, symptôme de la souveraineté des États membres dans le domaine de l'énergie, emporte la détermination nationale des choix énergétiques, ayant pour effet le cloisonnement national des marchés de l'énergie, à rebours de l'objectif d'achèvement d'un marché intérieur de l'énergie particulièrement concentré. Toute politique commune de l'énergie s'avère donc absente alors qu'elle constitue le ciment nécessaire d'une transition énergétique réussie à l'échelle de l'Union. La nouvelle révision des traités en ce sens pourrait ainsi prévoir une organisation commune du marché de l'énergie inspirée de la PAC jusqu'à l'achèvement de la transition énergétique, à l'horizon 2050. Le régulateur européen de l'énergie, doté de pouvoirs supplémentaires d'injonction et de sanction, pourrait par ailleurs imposer une séparation des activités selon l'origine, conventionnelle ou renouvelable, de l'énergie produite. De sorte que l'on puisse envisager sereinement le développement de champions européens de l'énergie renouvelable.

## §2 : Les conditions de développement de champions européens de l'énergie renouvelable

473. Les institutions de l'Union ont bien conscience de l'importance stratégique de l'énergie pour l'avenir de l'Europe et produisent leurs meilleurs efforts afin de déployer les instruments législatifs idoines, dans la limite de leurs compétences, pour permettre cette transition énergétique. Au-delà des axes de progrès identifiés dans le précédent paragraphe, notamment en vue d'une politique commune de l'énergie, cette mise en œuvre sur le plan économique nécessite de sécuriser ses acteurs directs, à savoir les entreprises de la filière énergétique : « L'enjeu n'est pas seulement la légitime préservation de l'intérêt privé des investisseurs. Au-delà, pour une Europe aujourd'hui ballotée dans un monde globalisé, la transition énergétique est la seule voie pour refonder les bases d'un leadership économique et d'un modèle de croissance qui assure notre prospérité collective<sup>710</sup>. » Répondre à cet enjeu, c'est permettre aux entreprises européennes de l'énergie d'atteindre la taille critique au-delà de laquelle elles vont pouvoir consacrer toujours plus de fonds à deux conditions clés du succès de la transition énergétique. D'abord, la recherche et le développement d'innovations technologiques, mais aussi l'extension et l'interconnexion des infrastructures de transport d'électricité.

Sur le plan intérieur, le développement de tels champions européens de l'énergie pose la question de l'adaptation des règles de concurrence (A). Par ricochet au regard des pays tiers, les champions européens de l'énergie doivent pouvoir se justifier par la protection de l'environnement dans le cadre de leurs relations extérieures (B).

### A. L'adaptation du régime des aides d'État aux champions européens de l'énergie renouvelable

474. Assurer le développement de champions européens de l'énergie s'entend de la production, du transport et de la distribution d'énergie renouvelable, à l'exclusion de toute autre source d'énergie, qu'elle soit d'origine fossile ou nucléaire. Or, comme chacun sait désormais en l'état actuel des connaissances scientifiques et techniques, « La compétitivité des filières bas carbone ne procèdera pas d'un épuisement prochain des énergies fossiles<sup>711</sup>. » Les explorations et découvertes de pétrole et de gaz restent à cet égard particulièrement soutenues<sup>712</sup> en 2018. Il s'agit en conséquence de changer de paradigme, de bouleverser les

<sup>710</sup> GEOFFRON Patrice in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page X.

<sup>711</sup> *Ibidem*, page VIII.

<sup>712</sup> COLLEN Vincent, *Les découvertes de pétrole et de gaz repartent à la hausse*, Les Echos, 20 décembre 2018.

habitudes industrielles, d'accompagner les entreprises de l'énergie dans leur transition vers les énergies propres. Pour ce faire, il y a lieu de favoriser les productions d'énergie renouvelable plutôt que les énergies d'origine fossile ou nucléaire. Ce qui pose nécessairement la question de la compatibilité de telles faveurs avec le régime actuel des aides d'État (1). Et invite par conséquent à envisager la question de son dépassement (2).

### 1. Le secteur de l'énergie à l'épreuve du régime des aides d'État

475. En l'état du droit positif, les entreprises de l'énergie européennes recevant des aides directes ou indirectes des États membres ou de leurs émanations peuvent-elles bénéficier d'une protection, c'est-à-dire ne pas s'exposer à des sanctions au regard du droit des aides d'État ? Plus précisément, existe-t-il une exception protectionniste à caractère environnemental susceptible de justifier une dérogation au régime des aides d'État dans le domaine des énergies renouvelables ?

Répondre à ces questions nécessite l'analyse de la réception de l'exception environnementale par le droit de l'Union (a), tout en relevant la contrariété de la neutralité technologique avec l'exception environnementale (b).

#### a. La réception de l'exception environnementale en matière d'aides d'État

476. Le développement de champions européens de l'énergie renouvelable se confronte à la contradiction suivante : « la production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables suppose, au stade variable de maturité technique et économique auquel elles se situent, des mécanismes de soutien adaptés. [...] Or, les mécanismes de soutien à la production des énergies renouvelables se heurtent au droit de l'Union qui prohibe les aides d'État<sup>713</sup>. » Rappelons brièvement, au visa de l'article 107§1 TFUE, l'interdiction de principe de toute aide d'un État membre conférant un avantage à une entreprise ou une production et ayant un effet actuel ou potentiel de distorsion de concurrence au sein du marché intérieur. Il existe toutefois des exceptions à cette incompatibilité de principe qui se distinguent en trois catégories.

477. D'une part les aides réputées compatibles *per se*, expressément citées au visa de l'article 107§2 TFUE. On relèvera en particulier une référence à l'environnement au point b) : « Les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles... ». Il s'agit ici de pallier l'urgence causée par une catastrophe naturelle, donc de réparer plutôt que de protéger l'environnement. Nous sommes donc dans l'exception de l'exception, autrement dit dans le cas de l'exception environnementale à caractère exceptionnel. D'autre part, certaines aides d'État peuvent être déclarées compatibles avec le marché intérieur concurrentiel de manière expresse par décision du Conseil sur proposition de la Commission, sur la base juridique de l'article 107§3 e) TFUE. Enfin, certaines aides d'État peuvent être sauvées après examen, donc notification préalable par l'État à l'origine de l'aide, eu égard à leur objectif, en particulier « les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre », à la lecture de l'article 107§3 b) TFUE.

478. C'est sur cette base juridique que l'exception environnementale peut être envisagée dans la mesure où elle répond à la première hypothèse de réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun avec le paradoxe suivant concernant la politique de l'énergie : « ...la construction du Droit dans ce contexte de transition énergétique est un extraordinaire exercice pour répondre à des injonctions contradictoires : comment produire des règles de droit qui préservent le primat des mécanismes de marchés dans l'Europe

<sup>713</sup> BOITEAU Claudie in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page XVI.

énergétique, tout en permettant l'insertion de technologies énergétiques nouvelles qui ne sont pas viables sous un régime de concurrence classique ?<sup>714</sup> »

479. La déclinaison énergétique de l'exception environnementale en matière d'aide d'État peut par ailleurs trouver à s'appliquer au visa de l'article 107§3 c) TFUE. Il y est notamment question de sauver « les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités... », avec la réserve rédigée sous forme doublement négative suivante : « quand elles n'altèrent les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ». Autrement dit quand l'affectation des échanges liée à l'aide d'État en cause contribue à l'intérêt général de l'Union. De manière plus explicite, le règlement (UE) n°651/2014<sup>715</sup> de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité prévoit, dans sa section 7, au visa des articles 36 à 49, d'exempter certaines aides d'État « à la protection de l'environnement » de toute obligation de notification à la Commission. Il existe donc des exceptions environnementales expressément reçues et précisées par un acte juridique de l'Union à portée générale, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre, ainsi qu'en dispose l'article 288 TFUE. Ces exceptions environnementales dotées d'une base juridique solide sont utilement éclairées en soft law par la communication 2014/C 200/01 de la Commission relative aux lignes directrices<sup>716</sup> concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020.

#### b. La contrariété de la neutralité technologique avec l'exception environnementale

480. Agir en faveur de la protection de l'environnement sur le plan de la transition énergétique nécessite d'orienter les aides d'État vers des technologies de production d'énergie renouvelable, relativement nouvelles ou innovantes, par itération plus que par rupture. C'est particulièrement le cas des énergies solaires et éoliennes qui, bien qu'existantes depuis plusieurs décennies désormais, poursuivent leur développement technologique, en améliorant notamment leur rendement par le truchement de matériaux plus performants. Pour autant, ainsi que le prévoit le règlement (UE) n°651/2014, en sa section 10 relative aux aides en faveur des infrastructures à haut débit : « Les aides sont attribuées sur la base d'une procédure de mise en concurrence ouverte, transparente et non discriminatoire respectant le principe de neutralité technologique<sup>717</sup>. » Est-il possible d'envisager l'application de ce principe de neutralité technologique au domaine de l'énergie dans le cadre de la transition énergétique fondée sur la protection de l'environnement ? Il apparaît raisonnable de répondre par l'affirmative, suivant ainsi l'avis de Patrick Thieffry à cet égard : « il convient donc de s'attendre à ce que le contrôle des aides à l'investissement dans les énergies renouvelables devienne plus rigoureux par application du principe de neutralité technologique, nommément désigné ou implicite, revenant à laisser le marché sélectionner les sources d'énergie les plus efficaces<sup>718</sup>. »
481. Dès lors, l'application du principe de neutralité technologique aux aides d'État à la protection de l'environnement revient à laisser libre cours au jeu de la concurrence, c'est-à-dire au marché de l'énergie décarbonée, ce qui vient contrarier le marché de l'énergie dans son ensemble. En particulier, la rente économique des énergéticiens se trouverait potentiellement atteinte par le développement des énergies renouvelables<sup>719</sup> : « plus l'énergie verte se généralise, plus elle fait baisser le prix de l'énergie, quelle que soit son

<sup>714</sup> GEOFFRON Patrice in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page VIII.

<sup>715</sup> JOUE L 187, 26 juin 2014.

<sup>716</sup> JOUE C 200, 28 juin 2014.

<sup>717</sup> JOUE L 187, 26 juin 2014, page 64.

<sup>718</sup> THIEFFRY Patrick in *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, op. cit., page 241.

<sup>719</sup> *Le marché sauvera les énergies renouvelables, pas l'État*, Challenges, n°512, 9 mars 2017, page 51.

origine. Cela complique la transition vers un avenir sans carbone, car...beaucoup de technologies de production, propres ou pas, doivent rester rentables, si l'on ne veut pas connaître des coupures de courant. C'est pourquoi l'Europe et la Chine commencent à réduire les subventions aux renouvelables, afin de freiner leur développement. La vraie solution serait de revoir la façon dont est fixé leur prix. » Nous arriverions au paradoxe suivant : le développement massif des énergies renouvelables contribuerait à la baisse du prix de l'énergie, donc au bien-être du consommateur tout en assurant une meilleure protection de l'environnement, mais menacerait l'équilibre financier des activités de production d'énergies conventionnelles... N'est-ce pas précisément ce à quoi aspire la transition énergétique ? N'y-a-t-il pas lieu, dans cette perspective, de maintenir les aides d'État à la protection de l'environnement aux fins de parvenir à une substitution totale des énergies renouvelables par rapport aux énergies émettrices ou présentant un risque de sûreté pour les populations ?

482. Parce que ce principe de neutralité technologique<sup>720</sup> peut se confondre avec le principe de non-discrimination par sa nature, il doit être dépassé par l'objectif de protection de l'environnement dans sa finalité. À cet égard, l'arrêt<sup>721</sup> de la CJUE « IBV & Cie » du 26 septembre 2013 illustre cette confrontation de principes et juge dans le sens d'une protection de l'environnement : « Le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination, consacré notamment aux articles 20 et 21 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne s'oppose pas à ce que, lorsqu'ils instituent des régimes nationaux de soutien à la cogénération et à la production d'électricité au moyen de sources d'énergie renouvelables,...les États membres prévoient une mesure de soutien renforcée,...susceptible de bénéficier à toutes les installations de cogénération valorisant principalement de la biomasse, à l'exclusion des installations qui valorisent principalement du bois et/ou des déchets de bois. »
483. Le juge poursuit ainsi son raisonnement : « ...lesdites catégories ne doivent pas être considérées, dans le contexte de tels régimes de soutien, comme étant dans une situation comparable aux fins de l'application éventuelle du principe d'égalité de traitement dont le droit de l'Union assure le respect. Notamment, sur le plan même du caractère renouvelable de la ressource et, partant, sous l'angle de la disponibilité de celle-ci, comme dans une perspective de développement durable, d'utilisation prudente et rationnelle des ressources naturelles et de sécurité des approvisionnements, le bois, qui est une ressource dont le renouvellement requiert une longue période, se distingue des produits de l'agriculture ou des déchets ménagers et industriels, dont la production intervient en un laps de temps considérablement plus réduit. »
484. À cet égard, la logique de promotion de champions européens de l'énergie est pleinement pourvue de sens dans la mesure où il est tout à fait envisageable, voire souhaitable en raison de leur expérience du métier, que les énergéticiens d'aujourd'hui, producteurs d'énergies conventionnelles, deviennent les producteurs d'énergies renouvelables de demain. La production d'énergie serait ainsi partagée entre la production domestique autonome raccordée au réseau en aval, et la production industrielle par le truchement de fermes de panneaux photovoltaïques, de champs éoliens ou hydroliens.
485. En l'état du droit positif de l'Union, certaines aides d'État en matière d'énergie renouvelable peuvent donc échapper à la prohibition par voie d'exception suite à leur examen approfondi comprenant notamment une mise en balance des intérêts en cause. Surtout, dès lors que les énergies renouvelables deviennent compétitives, la seule justification environnementale ne suffira probablement plus à sauver ces aides.

<sup>720</sup> Pour une illustration du principe de neutralité technologique dans le commerce électronique, voir BERNIER C., VAN OVERMEIRE X., WERY E., *Commerce électronique Canada – Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2018, pages 126s.

<sup>721</sup> Arrêt du 26 septembre 2013, IBV & Cie (C-195/12) (cf. points 66, 67, 74, 80, 82, disp. 2).

L'insécurité juridique pour les énergéticiens s'avère donc élevée, cela étant d'autant plus vérifié à moyen terme. Il peut en résulter un effet comminatoire qu'il convient de combattre en levant cette insécurité juridique au regard du droit de la concurrence. C'est la raison pour laquelle il importe d'envisager, selon une approche prospective, le dépassement du régime actuel des aides d'État.

## 2. Le dépassement du régime actuel des aides d'État

486. Promouvoir l'émergence et le développement de champions européens des énergies renouvelables doit impliquer le financement de ces entreprises par des fonds publics, qu'il s'agisse du soutien à la recherche et au développement en vue de l'innovation, mais aussi du développement d'infrastructures de transport interconnectées. Dès lors que ces fonds répondent à la qualification d'aide d'État au sens de l'article 107 §1 TFUE, le contrôle de ces financements de l'entreprise va s'exercer par le truchement de la Commission<sup>722</sup>. Est-il d'ores et déjà possible, en l'état du droit positif de l'Union, de favoriser le financement de champions européens de l'énergie renouvelable ?

En ce sens, la voie d'une sanctuarisation de l'exception environnementale au nom de l'intérêt général dans le régime des aides d'État mérite attention (a). Par ailleurs, dans la mesure où les fonds publics proviendraient non pas des États membres, mais directement de l'Union, ce mode de financement serait-il compatible avec la législation actuelle sur les aides d'État (b) ?

### a. La sanctuarisation de l'exception environnementale au nom de l'intérêt général

487. En l'état actuel des règles de concurrence de l'Union, ainsi que l'écrit Patrick THIEFFRY, « la phase de qualification des pratiques, qu'elles se réclament ou non de la protection de l'environnement, les autorités et les juridictions concernées ne disposent que d'une latitude limitée pour nuancer leur démarche en mettant en balance les intérêts en présence<sup>723</sup>. » Cette analyse trouve une résonance particulière à la lecture de l'arrêt<sup>724</sup> de la CJUE dit « Vent de colère » du 19 décembre 2013, dont l'enjeu importe au regard de la protection juridique des champions européens de l'énergie renouvelable : « ... c'est l'économie même du dispositif qui est en cause. Or, depuis 2000, ce dispositif est le principal outil de soutien au développement des énergies renouvelables et ne concerne pas seulement l'éolien... Il est donc très urgent que l'État français cesse de placer les opérateurs de ces filières en développement dans une telle insécurité juridique et procède, enfin, à la notification des dispositifs d'achat obligatoire en espérant que la Commission européenne, régulièrement informée cette fois, les considère compatibles avec le traité au vu, notamment, des lignes directrices sur les aides d'État à finalité environnementale<sup>725</sup>. » Est-ce à dire que les aides d'État aux énergies renouvelables pourraient être sauvées au regard des règles de concurrence par une simple régularisation trouvant sa manifestation dans une notification ? Le droit positif conforte plutôt l'analyse de Laurence IDOT selon laquelle, en droit européen de la concurrence, « l'argument de la protection de l'environnement ne peut manifestement pas être invoqué pour échapper aux sanctions...<sup>726</sup> »

<sup>722</sup> Article 108 §1 TFUE.

<sup>723</sup> THIEFFRY Patrick, *Traité de droit européen de l'environnement*, page 971.

<sup>724</sup> C-262/12, Pts 22 à 25 notamment, V. note Patrick Thieffry, *un vent de colère qui souffle sur le Palais-Royal à Luxembourg : le tarif d'achat d'électricité éolienne, aide d'État illégale*, Recueil Dalloz 2014, page 224.

<sup>725</sup> BOITEAU Claudie in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page 19.

<sup>726</sup> *Droit de la concurrence et protection de l'environnement, la relation doit-elle évoluer ?* Revue Concurrences n°3-2012, n°9.



488. *A contrario*, selon une démarche prospective au titre des aides d'État, les mesures environnementales pourraient bénéficier de la même présomption de compatibilité que les aides visées à l'article 107 §2 TFUE. Ainsi, faire glisser l'exception environnementale d'un contrôle préalable après notification à un contrôle incident potentiel permettrait de sanctuariser l'exception environnementale. Cette sanctuarisation serait fondée sur l'intérêt général de l'Union à protéger en matière environnementale, en lien avec les énergies renouvelables : « En économie de marché ouverte où la concurrence est libre, la régulation des marchés sectoriellement singuliers, à l'instar de l'énergie, demeure une exigence impérieuse. Une régulation qui... signifie non seulement corriger, mais également équilibrer et orienter. Telle est la gageure que doit relever l'État dans son interaction avec le marché<sup>727</sup>. » Et le défi que doit relever l'Union, par extension !
489. Dans le même esprit que les prévisions dérogatoires aux ententes prohibées, en particulier le fait de réserver « aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte<sup>728</sup> », la formulation pourrait être reprise en matière d'aides d'État ou de l'Union dès lors que l'activité de champions européens de l'énergie contribue à réserver aux citoyens européens une partie équitable du profit environnemental. Si l'on s'attarde au prix de détail de l'électricité, la taxation pour partie d'origine écologique traduit d'ores et déjà ce transfert du profit économique au profit environnemental.

#### b. L'aide de l'Union aux champions européens de l'énergie

490. En France, l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a confirmé, dans son étude<sup>729</sup> sur les coûts des énergies renouvelables en France, l'amélioration de la compétitivité des énergies renouvelables. L'ADEME n'en recommande pas pour autant de retirer les aides publiques à la transition énergétique. Bien au contraire, il est ainsi affirmé comme principal résultat de cette étude que : « Face aux objectifs de déploiement ambitieux des énergies renouvelables visant à freiner le réchauffement climatique, les soutiens publics restent nécessaires pour prolonger les baisses de coût, faciliter les investissements ou compenser les défaillances de marché. » Dès lors, les aides aux énergies renouvelables sont toujours pourvues de sens tant que la transition énergétique n'est pas achevée, ce qui fixe un horizon en décennies plutôt qu'en années. Dans cette hypothèse, l'aide de l'Union apparaît pertinente compte tenu du caractère européen, sinon planétaire de l'enjeu auquel elle se rapporterait. L'intérêt commun est manifeste. Au même titre que pour la PAC, elle n'interdirait pas l'aide des États membres mais ces dernières seraient toutefois limitées dans leur principe, exceptionnel, comme dans leur montant. De la même manière que les aides issues de la PAC, la politique commune de l'énergie pourrait adopter une disposition similaire à l'article 211 du règlement (UE) n°1308/2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles, dont la rédaction pourrait être la suivante :
491. « 1. Les articles 107 à 109 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'appliquent à la production et au commerce des énergies renouvelables.  
2. Par dérogation au paragraphe 1, les articles 107 à 109 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne s'appliquent pas aux paiements effectués par les États membres au titre de l'une des mesures et dispositions mentionnées ci-après et en conformité avec l'une d'elles : a) mesures prévues par le présent règlement qui sont financées partiellement ou totalement par l'Union... » Le b) de cet article pourrait comprendre une série de renvois à des dérogations expresses au droit des aides d'État, correspondant à des mesures d'aides ciblées aux énergies renouvelables. Par exemple, des paiements nationaux en faveur du

<sup>727</sup> MARTUCCI Francesco in *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, op. cit., page 137.

<sup>728</sup> Une des quatre conditions cumulatives de « sauvetage » d'une entente au sens de l'article 101§3 TFUE ; V. aussi *Les vertus compensatrices de l'entente* in *Traité de droit européen de l'environnement*, page 988.

<sup>729</sup> ADEME, *Coûts des énergies renouvelables en France*, Collection faits et chiffres, GADEME Editions, décembre 2016.

développement des hélices hydroliennes, ou du moteur à hydrogène pourraient être expressément prévus.

492. L'aide de l'Union pourrait également être découplée<sup>730</sup>, c'est-à-dire indépendante du type de production d'énergie. Ceci à l'exception notable des énergies fossiles ou présentant un risque de sûreté pour les populations, qui seraient quant à elles exclues de toute aide. L'aide de l'Union pourrait ainsi être déterminée en fonction du Mégawattheure produit à partir de source d'énergie renouvelable, les producteurs énergétiques étant par ailleurs soumis à une conditionnalité environnementale. C'est en effet par l'affirmation d'une exigence environnementale élevée en droit de l'Union à l'endroit des champions européens de l'énergie que l'on peut légitimer une contrariété avec les règles de concurrence. Toutefois, l'aide se situant non pas au niveau des États membres mais à celui de l'Union, les articles 107 à 109 TFUE ne trouveraient pas à s'appliquer. Ce n'est pas pour autant que l'aide de l'Union trouverait une base légale en l'état du droit positif.
493. Deux questions doivent alors se poser et se compléter. Celle déjà évoquée de la base juridique d'une telle aide, qui trouverait sa place dans le règlement d'organisation commune du marché de l'énergie, à l'instar de ce que le législateur européen a pu réaliser dans le cadre de la PAC. Celle tout aussi importante de son financement. L'Union souffre en effet d'une maladie chronique depuis sa création : la faiblesse quantitative de son budget, qui représente l'exact reflet de son influence politique mais également la manifestation implicite du maintien très solide de la souveraineté de chacun des États membres de l'Union. À tel point que l'unanimité est requise au visa de l'article 311 TFUE pour déterminer le système de ressources propres de l'Union. Au visa de l'article 312 TFUE, l'unanimité constitue également une condition de fixation du cadre financier pluriannuel, dont le budget ne constitue qu'une déclinaison annuelle prévue aux articles 313 et suivants. Comment, dans ces conditions, réorienter le budget de l'Union vers la transition énergétique ? Sur le plan politique, il apparaît plus probable qu'un changement d'affectation du budget sera préféré à une augmentation de la part qu'il représente, aussi infime<sup>731</sup> soit-elle à ce jour. Ainsi, le budget de l'Union pourrait voir sa part actuellement consacrée à la croissance durable et aux ressources naturelles non pas changée dans son libellé mais dans son contenu. En effet, au lieu de dédier des fonds européens à l'agriculture en situation de surproduction, une partie substantielle du budget pourrait être allouée à la transition énergétique.
494. Les règles de concurrence, en particulier les aides d'État, ne créent pas les conditions favorables au développement des champions européens de l'énergie renouvelable, qui n'obéissent pas qu'à la seule logique de marché et méritent en ce sens la possibilité d'application d'exceptions protectionnistes. Certes, le législateur a déjà pris en compte la singularité de la production d'énergie renouvelable en créant un certain nombre d'exceptions, sous forme d'exemptions. Pour autant, la mesure du caractère stratégique de la transition énergétique n'est pas encore prise à l'échelle de l'Union, de sorte qu'il convient de l'envisager dans un droit prospectif grâce à la sanctuarisation de l'exception protectionniste à caractère environnemental venant au soutien de la production d'énergie renouvelable, combinée à un système d'aides provenant majoritairement de l'Union et ponctuellement des États membres.

---

<sup>730</sup> Au même titre que cela peut être rencontré pour la PAC.

<sup>731</sup> 145,5 mds d'euros en 2015 pour l'Union à 28 États membres, soit environ 1% du revenu national brut.

## B. La justification environnementale des champions européens de l'énergie renouvelable dans les relations extérieures

495. La contrariété au commerce mondial que peut représenter le développement de champions européens de l'énergie à l'égard des pays tiers fait peu de doutes. Pour autant, dans la mesure où « ...le paquet énergie-climat, adopté le 23 avril 2009, a marqué un véritable changement d'approche politique tout en consacrant une filiation certaine entre les énergies renouvelables et les enjeux climatiques<sup>732</sup> », il est permis de penser qu'une justification environnementale de cette exception protectionniste peut trouver à s'appliquer et assurer ainsi un rôle de protection aux frontières de l'Union. La question de cette justification environnementale des champions européens de l'énergie renouvelable se pose tant en droit commercial international (1) que dans les relations bilatérales de l'Union (2).

### 1. La justification environnementale en droit commercial international

496. La justification du soutien au développement de champions européens de l'énergie renouvelable sur le terrain du droit commercial international peut trouver sa source dans deux types d'argument, étant au préalable précisé que l'on ne peut que constater une « certaine schizophrénie de la communauté internationale. D'une part, le Traité de Marrakech, qui institue l'Organisation Mondiale du Commerce, entérine des règles visant à protéger la liberté des échanges et éviter l'immixtion de l'État dans la poursuite des activités commerciales ; alors que, d'autre part, ce même traité affirme la volonté des États contractants de tenir compte de l'objectif de développement durable devraient être orientés de manière à permettre l'utilisation optimale des ressources<sup>733</sup>. »
497. Le premier argument réside dans la confrontation des règles pertinentes du droit de l'OMC à la situation de fait relative au fonctionnement des énergies renouvelables. Cette confrontation conduit à la remise en question de l'applicabilité des règles commerciales multilatérales aux champions européens de l'énergie renouvelable (a). Le second argument repose quant à lui sur un raisonnement par l'absurde au sens mathématique. En effet, dans la mesure où il existe un très grand nombre de subventions aux énergies conventionnelles dont les effets sur l'environnement sont actuellement ou potentiellement préjudiciables, il apparaît intellectuellement difficile de ne pas justifier les aides aux champions européens de l'énergie par un motif environnemental (b).

#### a. L'innocuité potentielle du droit de l'OMC face aux champions européens de l'énergie

498. Il est de jurisprudence établie que l'électricité, source d'énergie secondaire notamment produite à partir d'énergie d'origine renouvelable, est considérée en tant que marchandise par le droit commercial international<sup>734</sup> comme par le droit de l'Union<sup>735</sup>. Il en résulte que le GATT de 1994 trouve à s'appliquer aux sources d'énergie renouvelables productrices d'électricité, plutôt que l'annexe 1B reprenant l'AGCS. On pourrait d'abord penser que les clauses majeures de traitement général de la nation la plus favorisée<sup>736</sup> ainsi que le traitement national<sup>737</sup> en matière d'imposition et de réglementation intérieures, de même

<sup>732</sup> BOITEAU Claudie in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page XII.

<sup>733</sup> MARANDET Féline in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page 132.

<sup>734</sup> Rapport de l'organe d'appel AB-2013-1 du 6 mai 2013 concernant les différents WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R, point 5.128, page 125 : les tarifs de rachat d'électricité sont des « achats de biens ».

<sup>735</sup> CJCE, 27 avr. 1994, aff. C-393/92, Cne d'Almelo, spéc. pt 28 : Europe 1994, comm. 243, obs. L. Idot ; JDI 1995, page 427, obs. D. Simon. - CJCE, 23 oct. 1997, aff. C-158/94, Commission c/ Italie, spéc. pts 17-19).

<sup>736</sup> Article 1<sup>er</sup> de l'accord général.

<sup>737</sup> Article 3 de l'accord général.

que l'accord sur les Subventions et les Mesures Compensatoires (SMC), contrarient nécessairement la protection juridique qui pourrait être apportée aux champions européens de l'énergie renouvelable par le truchement d'aides de l'Union et des États membres dans le cadre d'une organisation commune de marché. En premier lieu, le caractère discriminatoire de ces produits tient paradoxalement à la distinction quant à l'origine renouvelable de l'énergie produite, alors que l'électricité qui en résulte est totalement substituable avec de l'électricité issue de sources génératrices d'émissions polluantes ou de risques de sûreté. Autrement dit, l'origine renouvelable de l'énergie ne peut justifier, au visa des articles 1<sup>er</sup> et 3 du GATT 1994, une discrimination que l'on qualifierait volontiers de positive, qu'il s'agisse des relations commerciales extérieures ou du fonctionnement du marché de l'énergie à l'intérieur des frontières de l'Union, respectivement. En second lieu, eu égard à l'accord SMC, l'aide de l'Union ou des États membres pourrait être qualifiée, au visa de l'article 3.1.b), de « subventions subordonnées, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, à l'utilisation de produits nationaux de préférence à des produits importés ». Or ces subventions sont prohibées par le droit commercial international. Le différend<sup>738</sup> opposant le Canada et le Japon concernant les tarifs de rachat garantis relatifs au secteur de l'énergie renouvelable illustre pour partie cette situation.

499. Pour autant, la protection juridique des champions européens de l'énergie renouvelable pourrait également se trouver assurée par l'analyse suivante au regard d'une situation de fait : « A l'heure actuelle le marché du renouvelable est, dans la plupart des cas, un marché de dimension locale<sup>739</sup>. » Nous avons donc le cas d'une production d'énergie renouvelable européenne qui n'a nul besoin de bénéficier d'une quelconque préférence communautaire en raison du fait qu'intrinsèquement, compte tenu des technologies et des réseaux de distribution, elle conserve une dimension locale.
500. *A fortiori*, les subventions prohibées à l'exportation visées à l'article 3.1.a) de l'accord SMC<sup>740</sup> ne trouvent pas à s'appliquer. En effet, dans la mesure où la vocation des aides aux champions européens de l'énergie est d'assurer la transition énergétique de l'Union et son indépendance de ce point de vue, la situation de surproduction et donc de nécessité d'exportation des surplus serait le marqueur de l'achèvement de cette transition énergétique, au même titre que la surproduction agricole coïncidait avec l'atteinte de l'objectif d'autonomie agricole et agroalimentaire de l'Union. En conséquence, « il est plus probable que les subventions aux énergies renouvelables entrent alors dans la catégorie des subventions intérieures, lesquelles ne sont pas prohibées, mais peuvent en revanche être contestées, soit dans le cadre du système de règlement des conflits de l'OMC, soit par une mesure compensatoire prise à l'initiative d'un État contractant dont l'intérêt est menacé par les effets défavorables de la mesure<sup>741</sup>. »

#### b. La justification par comparaison avec les énergies conventionnelles

501. On pourrait *a priori* penser que l'affirmation suivante relève du bon sens : « ...le manque de compétitivité intrinsèque des technologies liées aux énergies renouvelables, face à un marché des énergies fossiles déjà bien établi, est un obstacle majeur à leur survie sur le marché<sup>742</sup> ». En vérité, les énergies renouvelables concurrencent sérieusement les énergies conventionnelles depuis 2016<sup>743</sup>, autant par les prix que par le coût de maintenance,

<sup>738</sup> WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R, rapport de l'organe d'appel AB-2013-1, 6 mai 2013.

<sup>739</sup> MARANDET Féline in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page 135.

<sup>740</sup> « Subventions subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation ».

<sup>741</sup> MARANDET Féline in *Énergies renouvelables et marché intérieur*, op. cit., page 146.

<sup>742</sup> *Ibidem*, page 131.

<sup>743</sup> SILBERSAHN Philippe (Professeur à EMLYON), *La rupture qui menace les géants de l'énergie électrique*, 27 septembre 2016, <https://philippesilberzahn.com/2016/09/26/la-parite-divine-rupture-menace-geants->

nettement plus faible que l'entretien du parc nucléaire pour ne citer que cette forme d'énergie majoritaire en France. L'argument selon lequel il s'agirait de soutenir les champions européens de l'énergie renouvelable aux fins de leur faire atteindre le niveau de compétitivité des énergies conventionnelles a donc perdu de sa superbe. Il convient en conséquence de l'écarter au profit d'un argument dont l'horizon de validité s'avère nécessairement plus long. Il s'agit du fait que la plupart des énergies conventionnelles, en particulier d'origine fossile, bénéficieront encore pendant de nombreuses années de programmes d'aides conséquents dans le monde.

502. En 2010, le directeur général adjoint de l'OMC pouvait ainsi écrire : « Historiquement, les combustibles ont bénéficié et bénéficient toujours de subventions importantes. » En 2015, l'OCDE confirme ces propos dans son rapport<sup>744</sup> accompagnant l'inventaire OCDE des mesures de soutien pour les combustibles fossiles. Il y est notamment précisé que l'OCDE « recense près de 800 programmes de dépenses et allègements fiscaux mis en œuvre dans les 34 pays de l'OCDE et six grandes économies émergentes du G20 (Brésil, Chine, Inde, Indonésie, Russie et Afrique du Sud) qui incitent à produire ou à consommer des combustibles fossiles. Il s'agit notamment de mesures qui réduisent les prix pour les consommateurs ainsi que les coûts d'exploration et d'exploitation pour les compagnies pétrolières et gazières. » Pour fixer les idées en termes de volume de soutien, on observe en 2007 un niveau de mesures s'élevant à environ 70 milliards de dollars pour les 34 pays de l'OCDE, et à un peu plus de 40 milliards de dollars pour les BRIICS. En 2014, ces montants sont quasiment inchangés pour les 34 pays de l'OCDE alors qu'ils sont passés à plus de 100 milliards de dollars pour les BRIICS. À titre de comparaison, le montant des aides d'États membres de l'Union aux énergies renouvelables s'élevait à 41 milliards d'euros en 2012. Le directeur général adjoint de l'OMC faisant le lien avec les énergies renouvelables poursuivait ainsi son discours : « La réforme des subventions aux combustibles fossiles est sans aucun doute l'un des principaux instruments dont dispose la communauté internationale pour lutter contre le changement climatique. Elle nous permettrait de nous orienter plus rapidement vers des sources d'énergie renouvelables et moins polluantes<sup>745</sup>. » Tout en précisant par la suite : « ...y aura-t-il certaines subventions aux combustibles fossiles que la communauté internationale serait prête à tolérer ? En d'autres termes, toutes les subventions aux combustibles fossiles seront-elles soumises également au processus de "réforme", ou certaines resteront-elles nécessaires ? On comprend que les énergies conventionnelles bénéficieront encore de mesures de soutiens publics pour des motifs d'accompagnement du développement de la croissance des économies, notamment celles qui ne sont pas encore arrivées à maturité, mais aussi pour des raisons stratégiques de contribution à l'indépendance énergétique des États souverains. Dans un tel contexte, la protection juridique de l'Union aux champions européens de l'énergie renouvelable par le jeu d'une sanctuarisation de l'exception environnementale en matière d'aides d'État ou de l'Union est légitimée par l'accompagnement du développement durable des sociétés qui renferment ce type de mesures. Qu'il soit permis de penser que ce type de soutien est pleinement conforme aux valeurs affirmées et normalement défendues par l'Union.

503. Même si le droit commercial multilatéral perd de plus en plus de sa substance au fur et à mesure que les grandes puissances économiques en contestent la légitimité et en affaiblissent par conséquent l'effectivité, l'Union s'y soumet en tant que membre de l'OMC. La protection juridique de potentiels champions européens de l'énergie

---

energie-electrique/; voir également : Anne Freitz, *Les énergies vertes de plus en plus compétitives*, Les échos, 25 janvier 2017.

<sup>744</sup> <http://www.oecd.org/fr/environnement/rapport-accompagnant-l-inventaire-ocde-des-mesures-de-soutien-pour-les-combustibles-fossiles-9789264243583-fr.htm>.

<sup>745</sup> V. SINGH Harsha, Directeur général adjoint de l'OMC, discours du 14 octobre 2010, [https://www.wto.org/french/news\\_f/news10\\_f/ddg\\_14oct10\\_f.htm](https://www.wto.org/french/news_f/news10_f/ddg_14oct10_f.htm).

renouvelable par le truchement d'aides de l'Union et des États membres peut s'analyser en subventions internes à l'Union destinées à produire leurs effets sur un marché intérieur de dimension régionale. Cette protection n'affecterait donc pas le commerce extérieur de manière directe et aurait pour objectifs de développer la capacité énergétique de l'Union tout en réduisant les impacts environnementaux de ces productions d'énergie d'origine renouvelable. Si toutefois cette argumentation ne suffisait pas, alors il conviendrait d'opposer le nombre vertigineux de programmes de soutien aux énergies d'origine conventionnelle dont les dommages causés à l'environnement sont autrement moins justifiés qu'ils créent de surcroît un trouble au commerce international.

## 2. La justification environnementale dans les relations bilatérales de l'Union

504. Selon un jeu à somme nulle, les ALE traduisant l'exercice du commerce bilatéral se développent à mesure que les négociations multilatérales se figent, ce que l'on peut dater de l'échec du cycle de Doha, le 24 juillet 2006. Le développement de tels accords bilatéraux dépasse désormais largement le simple cadre des échanges de biens et services. Sur ce dernier point, l'apparition de négociations de l'Union fondées sur des listes négatives<sup>746</sup> constitue un élargissement significatif du champ de la libéralisation. En outre, cet élargissement du champ d'application des accords dits de deuxième voire de troisième génération<sup>747</sup> intègre désormais, à l'instar des accords de l'Union avec le Canada mais aussi avec la Corée du Sud, des dispositions relatives à l'environnement.

On observe en premier lieu une certaine subordination de ces ALE au droit multilatéral dans le domaine de l'environnement (a). Ce qui traduit la nécessité d'un approfondissement de l'exception protectionniste à caractère environnemental dans les relations bilatérales de l'Union avec les pays tiers (b).

### a. La subordination des accords de libre-échange au droit multilatéral dans le domaine de l'environnement

505. L'ALE entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2011 entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et la République de Corée<sup>748</sup>, d'autre part, a pour objectif principal de favoriser un accès accru au marché de la Corée du Sud pour les États membres de l'Union, et réciproquement. Le principe réside donc dans la suppression du maximum de barrières, qu'elles soient tarifaires ou non tarifaires. En pratique<sup>749</sup>, la quasi-totalité des droits de douane sont supprimés à terme. Il en va de même concernant les obstacles techniques au commerce par le mécanisme des équivalences de normes reconnues mutuellement entre les parties signataires de l'ALE. Dans un tel cadre, la justification environnementale ne peut être invoquée qu'à titre d'exception. Soucieux de respecter le droit commercial multilatéral ainsi qu'en dispose l'article 15.14 §4 de l'accord<sup>750</sup>, l'article 2.15<sup>751</sup> renvoie ainsi explicitement aux exceptions générales de l'article XX du GATT de 1994 pour ce qui

<sup>746</sup> KEIRNEIS Pascal in *Le commerce des services de l'AECG, un Nouveau pont sur l'Atlantique*, l'AECG entre l'UE et le Canada, Dir. DEBLOCK C., LEBULLENGER J., PAQUIN C., PUQ, 2015, page 239.

<sup>747</sup> Critères distinctifs entre les deux générations d'accord selon Pascal Lamy (Le traité transatlantique est un accord de troisième génération, Les Echos, 20 octobre 2015) : le niveau d'équivalence des normes avant conclusion de l'accord de deuxième génération ; le niveau d'acceptabilité du principe de précaution. Selon Joël Lebullenger, l'AECG est également un accord de troisième génération en ce qu'il présente un champ d'application qui s'étend bien au-delà de la suppression des barrières tarifaires et obstacles techniques au commerce, et qu'il est par ailleurs couplé à un accord de nature politique : l'accord de partenariat stratégique (Un nouveau pont sur l'atlantique, l'AECG, pages 14 à 21).

<sup>748</sup> JOUE 14 mai 2011, L 127/1 à L 127/1426.

<sup>749</sup> Commission européenne, *L'accord de libre-échange entre l'UE et la Corée en pratique*, 2011.

<sup>750</sup> JOUE 14 mai 2011, L 127/73.

<sup>751</sup> JOUE 14 mai 2011, L 127/10.

concerne les marchandises, donc l'électricité. L'article 7.50 de l'accord<sup>752</sup> reprend quant à lui les termes des exceptions générales de l'article XIV de l'AGCS pour ce qui concerne les services, étant précisé que sa formulation est identique à celle de l'article XX du GATT de 1994 avec lequel il ne partage toutefois pas le paragraphe g). Il en résulte que les États membres comme l'Union et la Corée du Sud demeurent libres de fixer un niveau élevé d'exigence en vue de la protection de leur environnement.

506. Concernant l'AECG, on constate en premier lieu le renvoi général aux règles de l'OMC dès le stade de la détermination du champ d'application de la coopération des parties en matière de réglementation<sup>753</sup> : « Le présent chapitre s'applique aux aspects liés au développement, à l'examen et à la méthodologie des mesures réglementaires prises par les autorités de réglementation des Parties qui sont visées, entre autres, par l'Accord OTC, l'Accord MSP, le GATT de 1994, l'AGCS et les chapitres Quatre (Obstacles techniques au commerce), Cinq (Mesures sanitaires et phytosanitaires), Neuf (Commerce transfrontières des services), Vingt-deux (Commerce et développement durable), Vingt-trois (Commerce et travail) et Vingt-quatre (Commerce et environnement). » Dans l'hypothèse où cela ne serait pas suffisamment clair, l'article 21.2 consacré aux principes dispose : « Les Parties confirment leurs droits et obligations relatifs aux mesures réglementaires au titre de l'Accord OTC, de l'Accord MSP, du GATT de 1994 et de l'AGCS. »
507. Ce sont donc les chapitres 22 et 24, consacrés au commerce et au développement durable ainsi qu'au commerce et à l'environnement, respectivement, qui intéressent notre propos. Il est notamment créé un Comité sur le commerce et le développement durable<sup>754</sup> qui ne dispose pas de pouvoir contraignant quant à l'exécution d'éventuelles recommandations découlant du rapport final du groupe d'experts<sup>755</sup> : « bien que les mécanismes institués en matière sociale et environnementale s'inspirent grandement du mécanisme général (tant sur les plans des règles de procédure, de la constitution du groupe d'experts que de la soumission du rapport provisoire aux Parties), ils s'en distancient de manière fondamentale dans le traitement qui est donné au rapport du groupe d'experts...L'organisme créé dans le cadre du chapitre sur le développement durable agit alors comme un organisme de surveillance. Rien n'est prévu pour forcer la mise en œuvre ou, à défaut, dédommager la Partie plaignante<sup>756</sup>. » Pour appuyer cette analyse en matière environnementale, l'article 24.16 de l'AECG prend soin de préciser, dans le cadre du règlement des différends, que « Pour tout différend découlant du présent chapitre, les Parties ont uniquement recours aux règles et aux procédures prévues au présent chapitre. » En second lieu, le domaine de l'énergie est expressément cité dans le cadre de la politique d'accès au marché par les investisseurs ressortissants des parties définie selon le leitmotiv d'une interdiction de toute restriction au commerce. On comprend que l'idée directrice est de faire du commerce dans le domaine du développement durable, ce qui ne revient pas nécessairement à tenir compte des dimensions du développement durable autres que celle du commerce. Se trouve ainsi conforme à une concurrence<sup>757</sup> libre et non faussée « une mesure exigeant la dissociation de la propriété des infrastructures et de la propriété des marchandises ou services fournis grâce à ces infrastructures dans le but d'assurer une concurrence loyale, notamment dans les secteurs de l'énergie ».
508. Enfin, les exceptions générales issues du droit commercial multilatéral sont de nouveau rappelées à la fin de l'AECG, en son article 28.3 : « Les Parties comprennent que les mesures visées à l'article XX b) du GATT de 1994 englobent les mesures environnementales nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux. Les Parties comprennent que l'article XX g) du

<sup>752</sup> JOUE 14 mai 2011, L 127/41.

<sup>753</sup> Article 21.1, page 372.

<sup>754</sup> Article 22.4 §1 de l'AECG, page 390.

<sup>755</sup> Article 22.15 §11 de l'AECG, page 428.

<sup>756</sup> DUFOUR Geneviève, PAVOT David in *L'AECG et le règlement des différends*, op. cit., page 191.

<sup>757</sup> Le chapitre 17 (page 257 s.) de l'AECG consacre 4 articles à la politique de concurrence.

GATT de 1994 s'applique aux mesures pour la conservation des ressources naturelles épuisables, qu'elles soient biologiques ou non biologiques. »

509. Est-ce à dire que la production d'énergie, en qualité de marchandise, et le service de transport de cette énergie peuvent bénéficier de ces exceptions générales au nom de l'atteinte d'objectifs environnementaux exigeants ? Le simple maintien du niveau de protection de l'environnement existant au moment de l'entrée en vigueur de l'accord ne pourrait-il pas être remis en question ? L'absence textuelle du principe de précaution dans chacun des deux accords cités ne plaide pas en ce sens. C'est la raison pour laquelle un approfondissement de l'exception environnementale apparaît nécessaire pour une affirmation effective de l'exigence de l'Union en la matière.

#### b. La nécessité d'approfondissement de l'exception environnementale

510. La lutte d'influence entre droit commercial multilatéral et droit commercial bilatéral a permis l'introduction, au sein des accords dits de « nouvelle génération », de dispositions de nature purement environnementale. Pour autant, il ne semble toujours pas possible d'approfondir l'exception environnementale au-delà du simple respect des dispositions protectrices de l'environnement internes à chaque partie contractante. Il en résulte notamment que l'exception environnementale qui pourrait ou devrait être opposée à l'importation d'énergies fossiles issues des sables bitumineux<sup>758</sup> canadiens de l'Alberta compte tenu des impacts environnementaux de son exploitation ne peut trouver à s'appliquer à la lecture de l'AECG. Cette situation s'avère d'autant plus inquiétante que le seuil de rentabilité de tels hydrocarbures, préjudiciables à l'environnement local comme mondial, ne cesse de diminuer et risque donc de stimuler ce type de production tout comme leur exportation vers l'Union. L'Union disposera-t-elle du pouvoir de négociation, et surtout de la volonté politique, d'introduire une telle exception environnementale dans ses prochains accords de libre-échange, en particulier avec le Japon ?
511. En conséquence, si les relations bilatérales ne permettent pas d'atteindre le niveau de protection élevé pourtant garanti par les traités en matière d'environnement, la seule solution effective réside alors dans la décision unilatérale. En effet, la préférence accordée par l'Union aux champions européens de l'énergie renouvelable et, par antagonisme, le refus d'importations de sources d'énergie à fort impact environnemental se fondent sur la même volonté de servir les valeurs et de pourvoir aux objectifs du droit primaire dans le domaine du développement durable. L'accord de Paris sur le climat témoigne par sa seule existence, même remise en question par la présidence Trump, de ce que la protection de l'environnement ne s'arrête pas aux frontières de l'Union. En revanche, constituer des barrières à l'importation de produits énergétiques causant des dommages à l'environnement contribue nécessairement à leur diminution par la disparition d'un débouché commercial. De sorte que l'environnement dans son ensemble s'en trouverait mieux protégé.
512. À rebours de cette vision de l'environnement au sens de bien commun, l'unilatéralisme désormais affirmé des États-Unis<sup>759</sup>, alors qu'il s'exerçait de manière implicite et ponctuelle jusqu'alors, pose question non pas dans le principe de son utilisation, mais plutôt dans le sens de son exercice, particulièrement en matière environnementale. Dans la mesure où l'unilatéralisme de l'administration américaine relève du pire en termes de défense des intérêts environnementaux, comment l'application du principe de réciprocité

<sup>758</sup> FLAESCH-MOUGIN Catherine in *L'élaboration et la mise en œuvre de l'AECG, un Nouveau pont sur l'Atlantique*, op. cit., page 146 ; V. aussi HONORE Renaud, *Le CETA soulève des questions sur le climat*, Les Echos, 15 février 2017.

<sup>759</sup> MADELIN Thibaut, *Le G20 sous le choc après le blocage des États-Unis sur le libre-échange*, Les Echos, 20 mars 2017.



par l'Union au moyen de l'approfondissement de l'exception environnementale ne pourrait pas être perçue comme le meilleur ?

513. Terminer cette section sur une note optimiste quant à la réunion des conditions de développement durable de champions européens de l'énergie serait réjouissant dans le principe mais irréaliste en pratique. Le chemin s'avère en effet très long pour que, au sein d'un marché intérieur de l'énergie à construire, les aides aux énergies renouvelables bénéficient d'une exception protectionniste d'ordre environnemental primant la dimension économique. Le constat n'est pas meilleur au regard des relations commerciales extérieures de l'Union, où l'aide aux énergies d'origine renouvelable ne peut trouver de salut qu'à la faveur d'une situation de fait consistant en la dimension locale de la production, ce qui l'exclut potentiellement des subventions prohibées par l'accord SMC *per se*. Dans le même sens, les accords de libre-échange, y compris de troisième génération, ne poussent pas l'exception environnementale au-delà des prévisions du droit commercial international. Il en résulte une nécessité d'approfondissement de l'exception protectionniste à caractère environnemental fondant la protection juridique en matière d'énergie renouvelable, qu'il s'agisse de la politique intérieure de l'Union ou des relations extérieures.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

514. Ce chapitre dessine les traits de deux voies de manifestation de l'exception protectionniste en matière environnementale que l'on peut qualifier de vertueuses dans la mesure où leurs effets correspondent certes à une restriction de certaines libertés économiques, mais au nom de la protection du citoyen européen, voire de l'humanité tout entière et, pour sûr, des générations futures.
515. D'une part, nous observons l'amorce de l'influence croissante de l'environnement sur l'économie. La progression rapide du droit de l'environnement à l'échelon européen comme au niveau des États membres constitue un marqueur important de l'enjeu humanitaire, au sens littéral, qu'il représente. Ce glissement du principe de précaution au principe d'intégration environnementale en droit de l'Union matérialise l'emprise de cette dimension du développement durable, de sorte que toutes les politiques de l'Union en deviennent indissociables dans leur conception comme dans leur mise en œuvre.
516. D'autre part, selon une approche prospective de la transition énergétique, nous dépasserions les règles du marché trouvant à s'appliquer à l'égard des États membres pour les élever au niveau européen et ainsi ne pas souffrir de contrariété avec la législation actuelle sur les aides d'État. Le marché de l'énergie, à l'instar de la PAC, serait soumis à une organisation commune sous contrôle de l'Union. Dès lors, envisager un budget de l'Union pour subventionner les marchés de l'énergie renouvelable ne serait qu'une réponse, pas même une initiative, juste et proportionnée à l'annonce de l'investissement de près de 350 milliards d'euros de la Chine<sup>760</sup> dans ce domaine. En d'autres termes, pour éviter de perdre la compétition sur les énergies renouvelables et se contenter d'importer les technologies de pays tiers, il y a lieu de favoriser les industries européennes dans ce domaine, ce que l'on peut légitimement justifier dans nos relations extérieures par l'enjeu environnemental auquel toute l'humanité est confrontée.

---

<sup>760</sup> *La Chine veut investir 344 milliards d'euros dans les énergies renouvelables*, Les Échos, 5 janvier 2017.

## CHAPITRE II : LA TENTATIVE D'ORDRE PUBLIC SOCIAL DE PROTECTION EUROPEEN

517. La notion d'ordre public renvoie, dans son acception en droit international privé<sup>761</sup> comme en droit interne, au concept kantien d'impératif catégorique. Ainsi, l'ordre public peut représenter un moyen de défense de l'ordre juridique de l'Union qui permet de l'opposer en tant qu'exception aux règles de conflit de lois, tout comme en tant que manifestation d'une exigence sociale souveraine. Dès lors cette notion se prête particulièrement bien à la présente étude dans la mesure où les frontières juridiques de l'Union peuvent se trouver protégées par un ordre public international dans son action extérieure, pendant que les sujets de droit de l'Union, en particulier les travailleurs, seraient protégés par un ordre public d'essence interne. La question se pose alors de savoir si la dimension sociale de l'Europe se trouve ancrée de façon suffisamment solide dans ses fondations pour faire émerger un ordre public social de protection à l'échelle de l'Union, et dès lors favoriser l'application d'une exception protectionniste à dimension sociale à ses frontières.
518. La mise en œuvre d'une politique sociale à l'échelle de l'Europe n'est pas nouvelle. En effet, dès le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne en date du 25 mars 1957, le droit primaire consacre simplement quelques articles à la politique sociale. Ces articles comprennent les dispositions sociales proprement dites et celles relatives au fonds social européen. En particulier, le concept d'égalisation dans le progrès se retrouve à l'article 117 : « Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès. » Toutefois, la politique sociale se limite à la collaboration entre États membres. Depuis l'Acte unique de février 1986, dont la vocation première était d'assurer la réalisation du marché intérieur, la politique sociale fait son entrée de manière contraignante dans le droit primaire à l'article 118 A : « 1. Les États membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs, et se fixent pour objectif l'harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine. » La cohésion économique et sociale devient un objectif communautaire<sup>762</sup>. Mais bien avant cela, la résolution du Conseil des communautés européennes du 21 janvier 1974 considérait déjà<sup>763</sup> qu'« une action vigoureuse doit être entreprise en vue d'atteindre les finalités sociales de l'union européenne, par étapes successives, pour réaliser les grands objectifs suivants : réalisation du plein et du meilleur emploi au niveau communautaire, national et régional, condition essentielle d'une politique sociale efficace ; amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès ; participation croissante des partenaires sociaux aux décisions économiques et sociales de la Communauté et des travailleurs à la vie des entreprises. » De manière encore plus flagrante, on retrouve fidèlement, dans un autre considérant de cette résolution<sup>764</sup> plus que quarantenaire, l'esprit de la clause sociale transversale de l'actuel article 9 TFUE dans sa rédaction résultant du Traité de Lisbonne : « les objectifs sociaux doivent constituer une préoccupation constante de toutes les politiques de la Communauté. » Au-delà des actions effectivement menées au niveau

<sup>761</sup> BUCHER Andreas. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*. Leiden, Pays-Bas, États-Unis d'Amérique, 2008.

<sup>762</sup> Article 130 A « Afin de promouvoir un développement harmonieux de l'ensemble de la Communauté, celle-ci développe et poursuit son action tendant au renforcement de sa cohésion économique et sociale. En particulier la Communauté vise à réduire l'écart entre les diverses régions et le retard des régions les moins favorisées. Article 130 B Les États membres conduisent leur politique économique et la coordonnent en vue également d'atteindre les objectifs énoncés à l'article 130 A. La mise en œuvre des politiques communes et du marché intérieur prend en compte les objectifs énoncés aux articles 130 A et 130 C et participe à leur réalisation. »

<sup>763</sup> Considérant 9, résolution du Conseil du 21 janvier 1974 concernant un programme d'action sociale, JOCE n°C13/1, 12 février 1974.

<sup>764</sup> *Ibidem*, considérant 11.

communautaire puis de l'Union européenne en matière sociale, il ressort clairement de cette rétrospective sélective une réelle constance à la fois des valeurs sociales et des objectifs qui s'en déclinent.

519. Pour autant, et malgré son élévation progressive dans la hiérarchie des normes européennes jusqu'aux dispositions d'application générale du TFUE à la faveur de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la dimension sociale ne constitue toujours que l'accessoire de la dimension économique de l'Union. Est-ce à dire que l'ordre public économique de direction et l'ordre public social de protection doivent nécessairement s'opposer ? Le bon sens nous inclinerait à affirmer que non, dans la mesure où ces deux notions visent communément la satisfaction du bien-être du citoyen européen, le premier par l'amélioration attendue de la qualité et des prix des produits et services, le second par la réduction des déséquilibres à la faveur des travailleurs. Dans les faits, l'ordre public social de protection résulte de l'ordre public économique de direction<sup>765</sup>. Ce qui se retrouve dans l'article 117 du Traité de Rome : « Ils [Les États-membres] estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives. »
520. L'idée dominante au soutien de cette situation réside dans la croyance – exacte ou désirable – que la réalisation du marché intérieur aura des conséquences bénéfiques systémiques sur le plan social : « l'expansion économique n'est pas une fin en soi, mais doit se traduire par une amélioration de la qualité aussi bien que du niveau de la vie<sup>766</sup> ». Autrement dit, il s'agirait de concentrer les efforts de l'Union principalement sur les aspects économiques, ce qui aura pour effet secondaire une amélioration de la condition sociale du citoyen européen. Pour démontrer de manière encore plus évidente la dominance économique sur la dimension sociale, cette dernière a fini par être intégrée dans la dimension économique en tant que levier de compétitivité dans la course au libre-échange. Il s'agirait donc de réduire les obstacles, notamment réglementaires, en matière sociale. À cet égard, un durable<sup>767</sup> représentant de l'histoire comme de l'action politique de l'Union l'exprimait ainsi dès 1995<sup>768</sup> : « Si nous étions d'accord pour considérer que le différentiel social sera demain le seul différentiel compétitif d'envergure, nous pourrions nous mettre d'accord sur des règles minimales en matière de licenciement, de travail dominical, de salaire minimal, de droits des travailleurs dans le cadre de relations de travail atypiques. Même à l'unanimité nous devrions être à même de nous mettre d'accord sur ce socle de droits minimaux. »
- À la faveur de la proclamation d'un socle européen de droits sociaux<sup>769</sup> visant une « convergence vers le haut », à laquelle a succédé une proposition de règlement<sup>770</sup> établissant une « Autorité européenne de travail », la manifestation d'une exception protectionniste à dimension sociale est-elle actuelle ou simplement potentielle ? Pour y répondre, qu'il soit permis de rechercher tant une cohésion sociale à l'échelle de l'Union (**Section 1**) sur le plan interne, que l'affirmation d'une exigence sociale à l'égard des pays tiers (**Section 2**) dans le cadre des relations extérieures de l'Union.

<sup>765</sup> BARTHELEMY Jacques, *Finalités du droit du travail et ordre public*, 1<sup>er</sup> janvier 2011, Wolters Kluwer France.

<sup>766</sup> *Ibidem*, considérant 3.

<sup>767</sup> Au sens littéral bien entendu.

<sup>768</sup> Discours de JUNCKER Jean-Claude, Premier Ministre, à l'occasion de la séance inaugurale de la session de 1995 de l'Institut Universitaire International Luxembourg le lundi 17 juillet 1995, *Une Europe Sociale. Pourquoi...Jusqu'où ?* page 14.

<sup>769</sup> [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet\\_fr.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_fr.pdf).

<sup>770</sup> COM(2018)131 final – C8-0118/2018-2018/0064(COD), 13 mars 2018. Aussi, LENAERS Jeroen, Rapport de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen du 26 novembre 2018, A8-0391/2018.

## Section 1 : La recherche de cohésion sociale à l'échelle de l'Union

521. La cohésion sociale est un résultat qui nécessite l'existence d'un financement partagé, donc un budget autonome suffisant de l'Union en matière sociale. Dans une logique libérale, ce prélèvement imposé en vue de protéger les travailleurs entrave une partie de la libre circulation des capitaux et constitue dès lors une exception protectionniste. Ce manque structurel qui permettrait d'articuler sereinement le discours et les actes a été identifié en matière de politique sociale européenne de façon très précoce par la doctrine, en particulier par d'éminents représentants de la Commission<sup>771</sup>. De même, la dimension sociale de l'Union, malgré les écueils de sa construction, existe au plus profond de ses textes fondateurs : « Trop souvent, les gouvernements – soucieux de faire prévaloir les intérêts nationaux à court terme sur l'intérêt commun, les souverainetés nationales sur l'intégration communautaire – font obstacle à son développement. Il faudrait à la Communauté le soutien constant de l'opinion publique et spécialement des salariés. Or l'image qui leur en est généralement fournie n'est pas telle qu'elle puisse susciter l'enthousiasme. [...] Certes, pour unifier en un marché commun les marchés nationaux des États membres, les Traités devaient imposer la suppression des frontières douanières, le libre établissement des salariés, des entreprises et des prestataires de services, la libre circulation des capitaux dans un régime de concurrence réglée. Mais certes aussi les Traités ne s'en tiennent pas à ces libéralisations. Ils affirment que la Communauté doit promouvoir, en même temps qu'une expansion continue, « un relèvement accéléré du niveau de vie » et plus précisément « l'amélioration des conditions et de travail de la main-d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès ». Ils ajoutent que cette évolution devra résulter non seulement du fonctionnement du marché commun qui, favorisant l'expansion, facilitera le progrès social, mais aussi d'interventions communautaires. Ce n'est donc pas sous le signe du « laisser faire » qu'a été fondée la Communauté.<sup>772</sup> »

Près de cinquante années plus tard, on ne peut qu'approuver cette analyse des textes primaires et l'espoir de dimension sociale protectrice qui en ressortait. Pourtant, la chronologie des faits résultant de la construction européenne contredit cette analyse textuelle, confortant l'analyse financière selon laquelle un système ne peut effectivement fonctionner que si on alloue des moyens adaptés et suffisants à la réalisation des objectifs. Ainsi, même si le fonds social a le grand mérite d'exister, il ne répond pas de manière satisfaisante aux attentes des citoyens européens en matière sociale, particulièrement importantes en période de difficultés désormais structurelles, qu'il s'agisse du chômage, du nivellement des salaires vers le bas, ou de la flexibilisation du droit du travail.

522. À tel point que, par la combinaison de manœuvres politiciennes irresponsables avec l'opinion d'un peuple aussi souverain qu'insulaire, le pourtant génial parce que cohésif mécanisme d'irréversibilité de l'acquis communautaire se trouve désormais remis en cause : « L'effet de spill over [engrenage] signifie que le processus d'intégration économique n'est pas un phénomène statique, mais qu'il comporte une dimension de progressivité, par exemple, tendant vers la réalisation des objectifs prévus par les traités eux-mêmes. La mécanique de l'intégration comporterait alors une tendance inhérente au dépassement, par un effet de d'entraînement complété par l'effet de cliquet qui implique que le dynamisme de l'intégration économique repose également sur une idée d'irréversibilité du processus. De ce fait, « l'interdépendance économique mais aussi l'intensification de la coopération politique et le rapprochement des réglementations juridiques ont pour conséquence de consolider les avancées de l'intégration et de rendre tout retour en arrière sinon impossible, du moins plus coûteux économiquement et

<sup>771</sup> « Une action sociale concrète et profonde est possible si l'institution communautaire dispose de ressources propres, indépendantes des contributions des gouvernements. » RIBAS Jean-Jacques, LEVI-SANDRI Lionello, et TEITGEN Pierre-Henri, *La politique sociale des Communautés européennes*, Paris, Dalloz : Sirey, 1969, page VI.

<sup>772</sup> *Ibidem*, TEITGEN Pierre-Henri, page IX et X.

socialement, que le maintien du statu quo ou le passage à l'étape suivante. » Ce mécanisme prend juridiquement la forme de ce que l'on appelle l'irréversibilité de l'acquis communautaire.<sup>773</sup> »

Cette cohésion sociale malmenée tire sa faiblesse d'une double anomalie de l'Union censée promouvoir sa dimension sociale et l'émergence d'une exception protectionniste dans ce domaine. D'une part, c'est bien l'empreinte nationale de la dimension sociale au regard du droit primaire de l'Union qui constitue un frein normatif majeur à la cohésion (§1). D'autre part, on ne peut que constater, de façon constante depuis sa fondation, la contrariété du modèle économique européen avec sa dimension sociale (§2).

§1 : L'empreinte nationale de la dimension sociale européenne

523. On peut chercher dans le droit primaire comme dans le droit dérivé : il n'existe pas de transfert des compétences nationales des États membres à l'Union en matière sociale. Cette situation de fait n'empêche pas la Commission d'affirmer que : « la réduction des disparités économiques et sociales entre États membres et en leur sein est un impératif pour une Union qui veut se doter d'une économie sociale de marché hautement compétitive, ayant pour objectif le plein emploi et le progrès social...La priorité absolue serait d'investir dans les personnes, au niveau tant de l'éducation et de la formation que de la santé, de l'égalité et de l'inclusion sociale<sup>774</sup>. »
524. Dès lors, affirmer qu'une politique sociale commune s'exerce au sein de l'Union peut paraître excessif, ou à tout le moins prêter à confusion avec des domaines dans lesquels la compétence de l'Union est exclusive, en particulier dans le cadre de la fixation des règles de concurrence au sein du marché intérieur. Cette prégnance du droit national des États membres en matière sociale par rapport au droit de l'Union est parfaitement exposée par Emmanuelle MAZUYER. En effet, dans la mesure où « ...le droit tend généralement à ordonner les rapports sociaux de manière cohérente au sein d'un État donné, le droit du travail pourrait être qualifié, selon une image métaphorique, de « continent ». Il a vocation à régir l'ensemble de la relation de travail de sa naissance à son terme, envisageant les crises, les modifications, les conditions d'exécution, les situations particulières...Il en va tout autrement du droit du travail régional [de l'Union européenne] qui, même dans le cadre d'une intégration poussée avec un droit communautaire contraignant, se présente plutôt comme un ensemble d'îlots, de « poches de droit » s'apparentant à un « archipel ». L'objectif de ce que nous appelons, par pure commodité, droit du travail régional, consiste à intervenir, de manière ponctuelle et limitée, pour réduire les distorsions entre les normes nationales susceptibles de perturber l'équilibre économique régional.<sup>775</sup> »
525. Par application du principe de subsidiarité, le législateur de l'Union se contente donc de compléter, par bribes parcellaires, le droit national des États membres, essentiellement par la voie de directives dont l'apogée appartient à l'histoire des années 1989 à 1995<sup>776</sup>. On peut toutefois envisager la dimension sociale européenne selon cette approche : « Le « modèle social européen » peut en effet être envisagé selon différentes acceptions : le modèle de protection sociale ou le modèle de relations professionnelles<sup>777</sup> ».

<sup>773</sup> MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, *L'harmonisation sociale européenne : processus et modèle*. Bruxelles, Bruylant, 2007, page 13.

<sup>774</sup> Commission européenne, COM (2017) 358 du 28 juin 2017, *Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE*, 2017, ISBN 978-92-79-68312-1, page 22.

<sup>775</sup> MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, op. cit., page 14.

<sup>776</sup> 25 directives en l'espace de quelques années, dont la directive cadre en matière de santé et de sécurité au travail, directive 89/391/CEE du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOCE n°L183/1 du 26 juin 1989.

<sup>777</sup> MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, op. cit., page 20.

À la lumière de cette approche duale, on peut se poser la question de savoir s'il est possible de modéliser les relations de travail à l'échelle de l'Union pour en dégager une cohésion, tant le degré de protection est à géométrie variable au sein de l'Union (A). On peut légitimement se poser la même question concernant les protections sociales, tant ces dispositifs témoignent d'une grande disparité (B).

#### A. Une protection des relations de travail à géométrie variable

526. L'essor de la division internationale du travail se caractérise notamment par une course au moins-disant social : « La stratégie des firmes transnationales consiste à décomposer les étapes de la production, localisant chaque maillon de la chaîne de valeur dans les pays où les coûts unitaires sont les plus bas. Ces firmes bénéficient de l'asymétrie entre leurs stratégies mondiales et les capacités de régulation des États. Ce changement d'échelle leur permet de mettre les gouvernements en concurrence pour les inciter à réduire leurs normes sociales et environnementales<sup>778</sup>. »

La fragmentation du travail à l'échelle mondiale reflète l'enjeu d'avantage compétitif reposant sur les pays dont le coût de main-d'œuvre est le plus faible. Or pour offrir un coût de main-d'œuvre minimal, la protection des relations de travail s'en trouve nécessairement réduite à sa portion congrue. Loin de se limiter aux seuls pays tiers, nous avons vu en introduction de ce chapitre que l'exposition de l'Union au « différentiel social » constituait un enjeu, sinon l'enjeu majeur en termes de compétitivité. Doit-on en déduire que le principe même de l'exception protectionniste à dimension sociale s'en trouve remis en cause, voire condamné ?

Pour répondre, la protection juridique des relations de travail doit être étudiée selon ses deux niveaux, individuel (1) et collectif (2).

##### 1. La protection juridique des relations individuelles de travail

527. Certains auteurs insistent sur le risque de confusion entre le contrat de travail et le contrat de louage de services prévu à l'article 1780 du code civil : « Il convient de bien distinguer le contrat de travail, dont l'objet est l'Homme, d'un contrat de prestation de services. Le calage du contrat de travail sur l'état de subordination juridique y a indiscutablement joué un rôle déterminant.<sup>779</sup> » Pourtant, le développement des travailleurs indépendants autonomes au sein de l'Union est passé de conjoncturel à structurel dans sa nature. Ainsi que peut l'écrire le représentant d'un think tank libéral : « À travers les questions techniques de droit du travail, c'est une nouvelle vision de la société qui se profile, où le salariat classique laisse peu à peu la place à des modes d'emploi plus autonomes, rendus possibles par la technologie. Peut-on rêver d'un monde où chacun est son propre patron, décide de la gestion de son temps et facture ses prestations ? Aujourd'hui déjà, les travailleurs indépendants représentent 15 % de la population active européenne. Demain, une majorité d'entre nous pourrait bien se mettre "à son compte", ce qui bouleverserait la conception des rapports sociaux et le fonctionnement du jeu politique. Les réseaux remplaceraient la hiérarchie, la coopération se substituerait à la domination. Le monde deviendrait horizontal<sup>780</sup>. »

<sup>778</sup> ZACHARIE Arnaud, *Mondialiser les normes sociales et environnementales*, C.E.R.A.S., Revue Projet, 2016/4 n°353, pages 43 à 50.

<sup>779</sup> BARTHELEMY Jacques, *Finalités du droit du travail et ordre public*, op. cit.

<sup>780</sup> [http://www.lepoint.fr/invites-du-point/gaspard-koenig/une-idee-pour-l-europe-un-statut-de-l-autoentrepreneur-europeen-09-05-2014-1820887\\_2002.php](http://www.lepoint.fr/invites-du-point/gaspard-koenig/une-idee-pour-l-europe-un-statut-de-l-autoentrepreneur-europeen-09-05-2014-1820887_2002.php).

À mille lieux du rêve libéral du « tous entrepreneurs<sup>781</sup> », on observe plutôt, à la faveur de ce glissement de travailleurs salariés vers le statut de microentrepreneur<sup>782</sup>, une atomisation bien réelle de la relation de travail (a), ayant pour corollaire immédiat l'affaiblissement de la protection de la relation individuelle de travail (b). Ces deux faits saillants se manifestent aux dépens du travailleur, salarié comme indépendant.

#### a. L'atomisation de la relation de travail

528. L'économie mondiale fonctionne majoritairement et de façon croissante sur la base de prestations de services<sup>783</sup>. Ainsi que pouvait l'écrire la Commission à l'occasion de sa tentative de révision de la directive sur le temps de travail : « Les formules de travail ont évolué au cours des vingt dernières années sous l'effet combiné des progrès technologiques, de la mondialisation, de la restructuration et de l'organisation du travail au sein des entreprises, de l'importance accrue des services, de la diversification de la main-d'œuvre, et de l'individualisation des modes de vie et de la conception de la carrière<sup>784</sup>. » Dès lors, le développement exponentiel des regroupements, sur une plateforme virtuelle accessible par internet, d'offres et de demandeurs de services en contrepartie d'une commission prélevée à l'offreur par l'hébergeur du marché en cause, a transformé la sécurité de l'emploi salarié en « liberté d'entreprendre », toute relative, pour le travailleur indépendant.

En droit français, le contrat de louage de service prévu à l'article 1780 du code civil trouve ainsi à s'appliquer pour les offres, et marque la résurgence massive de ce qu'il est convenu d'appeler le « tâcheron » : « Sans doute, il n'avait pas de rentes, ce tâcheron ; la nécessité requérait qu'il peinât au travail (...) du lever au coucher du soleil, pour gagner un misérable écu de trois livres<sup>785</sup>. » Contrairement à ce que l'on peut imaginer, le service peu qualifié n'est pas le seul concerné par ce fait stylisé : les experts du chiffre et du droit en recherche de nouveaux marchés, et plus prosaïquement de revenus, proposent également leurs services par le truchement de ces plateformes. Cette libéralisation des relations de travail a pour effet d'atomiser le marché des travailleurs indépendants, qui se retrouvent en hyper-concurrence sur une voire sur plusieurs plateformes. La raison principale de ce glissement vers le travail indépendant réside dans le fait que les revenus ne suffisent souvent pas à assurer leur subsistance<sup>786</sup>. Il en résulte nécessairement un affaiblissement de la protection des relations individuelles de travail. C'est *a contrario*, dans le sens d'une protection maximale du travailleur puisque décorrélée du travail en son principe même, que l'idée de revenu universel entendrait transformer le revenu de subsistance en revenu d'existence, de donner du sens et de la considération là où il y aurait de l'assistance et de la commisération.

<sup>781</sup> L'esprit d'entreprise n'est pas un trait commun de l'humanité : tout un chacun ne peut être ni devenir entrepreneur. De plus, cet esprit ne suffit pas au développement d'une entreprise, qui doit nourrir un projet soutenable résultant de la juste allocation de moyens humains, matériels et financiers dans un environnement concurrentiel. Seule une minorité de la population est susceptible d'y parvenir.

<sup>782</sup> LEVRATTO N., SERVERIN F., *L'auto-entrepreneur, instrument de la compétitivité ou adoucissant de la rigueur ? Bilan de trois années de fonctionnement du régime*, Revue de la Régulation, n°12, 2012, <http://regulation.revues.org/9879>. Aussi BARREAU Catherine, Risque entrepreneurial in FLAESCH-MOUGIN Catherine (Mélanges en l'honneur de), *Abécédaire de droit de l'Union européenne*, Préface de Catherine LALUMIERE, Presses universitaires de Rennes, Collection « Droits européens », 2017, pages 493 à 503.

<sup>783</sup> Croissance de 59 % à 68% de la valeur ajoutée, exprimée en % du PIB, de 1995 à 2014, //donnees.banquemondiale.org/indicateur/NV.SRV.TETC.ZS.

<sup>784</sup> COM(2010) 801 final, page 7.

<sup>785</sup> CLADEL, *Ompdrailles*, 1879, page 146.

<sup>786</sup> Chiffre d'affaires annuel moyen (duquel il faut déduire les charges) de 13 082 euros pour les autoentrepreneurs en 2015, [http://www.acoss.fr/files/Publications/Acoss\\_Stat/Acoss\\_Stat\\_235.pdf](http://www.acoss.fr/files/Publications/Acoss_Stat/Acoss_Stat_235.pdf).



## b. L'affaiblissement de la protection de la relation individuelle de travail

529. Faire glisser plusieurs millions de travailleurs salariés vers le statut de travailleur indépendant a pour effet mécanique de les écarter du champ d'application du droit du travail. Quid à l'échelle des autres EM ? C'est bien le droit commun des contrats, dont le code civil contient l'ensemble des dispositions<sup>787</sup>, qui régit alors la relation de travail qui s'intéresse plus à la prestation de service qu'à la personne qui l'exécute. Dès lors, ces travailleurs ne bénéficient plus des dispositions résultant de l'ordre public social de protection, en particulier à l'occasion de la rupture de leur relation contractuelle. En effet, le régime de la rupture du contrat de travail par rapport au contrat de prestation de services révèle une inégalité de droits en termes de protection. Le contrat de travail ne peut ainsi être rompu sans respecter des conditions de fond comme de forme particulièrement strictes. En cas de contentieux, il en résulte une absence de protection procédurale inhérente au licenciement pour motif personnel comme économique. Il en résulte aussi un renversement partiel de la charge de la preuve à la défaveur du travailleur en cas de rupture abusive par le commanditaire de la prestation de services. Le travailleur indépendant devra ainsi prouver le caractère abusif de cette rupture selon le droit commun de la responsabilité contractuelle, ou invoquer l'article L.442-6-2° du code de commerce devant la juridiction compétente. En particulier, si un doute devait subsister, alors il ne lui profiterait en aucune manière car le dernier alinéa de l'article L1235-1 du code du travail ne sera pas applicable. La réforme du droit des contrats applicable en France depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016 pourrait-elle avoir un impact protecteur en faveur du travailleur indépendant ? L'enjeu se situe probablement au niveau de la notion de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, notamment dans les contrats d'adhésion, à la manière des clauses abusives du droit de la consommation ou de la rupture brutale des relations commerciales établies.
530. À cet égard, cette réforme apparaît condamner la conclusion de contrats d'adhésion entre professionnels, de sorte que les conditions générales d'achat, qui en sont une variété, devraient être personnalisées pour permettre d'échapper à la qualification de clause abusive. Il en résulte enfin une absence de protection effective contre la privation d'emploi indépendante de sa volonté : le droit à l'allocation d'aide au retour à l'emploi ne trouve à s'appliquer qu'aux travailleurs salariés ayant cotisé à l'assurance chômage. Ce n'est toutefois pas le cas des autoentrepreneurs qui se trouvent donc particulièrement exposés d'un point de vue financier en cas de rupture de leur contrat de prestation de services, même si un effort en ce sens a été réalisé à partir de 2019 sous de strictes conditions<sup>788</sup> et avec des effets limités, notamment la mise en redressement ou liquidation judiciaires et la limitation de l'indemnisation à hauteur de 800 euros pendant une durée de 6 mois.

## 2. Les relations collectives de travail

531. Sur le plan des relations collectives de travail, on relève d'une part qu'il n'existe pas de droit syndical européen dont le rôle protecteur par nature à cette échelle manque donc cruellement : « En réalité, le dialogue social reste toutefois mineur dans de nombreux États membres ayant rejoint l'UE en 2004 et 2007. Il existe également une tendance, dans certains cas, à éroder, minimiser, voire même éliminer les structures tripartites. Certaines stratégies implicites de « dumping social » peuvent miner la négociation collective et d'autres avantages sociaux<sup>789</sup>. »

<sup>787</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOEFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 10<sup>ème</sup> édition, Lextenso, Paris, 2018, 912 pages.

<sup>788</sup> Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, article 51.

<sup>789</sup> *Guide de l'Europe sociale*, Office des publications de la Commission, janvier 2012, page 5.

On constate ainsi une tendance à l'utilisation des normes conventionnelles dans le sens de l'inversion de la hiérarchie des normes (a). Ceci une nouvelle fois en corrélation avec le constat d'une grande hétérogénéité du dialogue social entre États membres (b).

#### a. L'inversion de la hiérarchie des normes

532. Les normes en droit du travail peuvent être d'origine législative ou conventionnelle. Il s'agirait de : « préciser à grands traits les rapports entre la loi et la négociation collective et surtout observer comment, le cas échéant, se produisent des brèches dans les systèmes nationaux de hiérarchie des normes, de sorte qu'il devient possible de déroger à des normes de niveau supérieur par le biais de conventions ou d'accords conclus au niveau de l'entreprise<sup>790</sup> ».

La tendance actuelle, notamment en France mais également dans d'autres États membres tels que l'Italie ou le Royaume-Uni, réside dans la volonté d'une négociation descendant les échelons macroéconomiques jusqu'au niveau microéconomique de l'entreprise. De sorte que l'accord d'entreprise primerait les sources textuelles d'origine législative, à l'exception des dispositions d'ordre public : « Il peut y avoir en effet paradoxe à exalter l'égalité des droits en même temps qu'à prôner la négociation collective<sup>791</sup> ». Cette observation se révèle d'une grande acuité à la lumière du renversement de la hiérarchie textuelle au profit des normes conventionnelles, faisant disparaître par voie de conséquence le séculaire principe de faveur : « Le but du législateur est d'instituer une plus grande autonomie entre les différents niveaux de négociation et de permettre en particulier à la négociation collective d'entreprise de pouvoir déroger aux règles posées à un niveau supérieur. C'est la hiérarchie classique des normes qui est ici remise en question<sup>792</sup>. »

Cette très juste analyse de Philippe MARTIN en 2007 est toujours contemporaine de la France de 2018. Ainsi, la loi « Travail »<sup>793</sup> du 8 août 2016 illustre parfaitement ce renversement de la hiérarchie des normes en consacrant notamment, dans le domaine très sensible donc discuté du temps de travail, la primauté de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche. Ainsi, à défaut de pouvoir réviser la directive sur le temps de travail<sup>794</sup> à l'échelle de l'Union, la pression exercée sur la protection des conditions de travail se produit au niveau des États membres. La fameuse clause de non-régression sociale prévue à l'article 23 de ladite directive ne permet pas d'assurer une protection effective contre ce qui doit pourtant être qualifié de régression. En effet, n'oublions pas que les directives en matière sociale imposent des prescriptions simplement minimales aux États membres, prescriptions que la France ne viole pas en promulguant la loi « Travail ». Il en résulte que l'ordre public social de protection ne produit pas d'effet à l'échelle de l'Union.

#### b. L'hétérogénéité du dialogue social au sein des États membres

533. L'état du dialogue social dans les États membres résulte d'abord de l'histoire de leur démocratie sociale. Pour commencer brièvement par l'Europe à quinze, on peut ainsi

<sup>790</sup> AUVERGNON Philippe, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, *Union européenne et cohésion sociale*, Talence, France, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 1998, page 77.

<sup>791</sup> BERRAMDANE Abdelkhalq, ABDEREMANE Karine, Groupe d'études et de recherches sur la coopération internationale et européenne, *Union européenne: une Europe sociale et solidaire?* Paris, Mare & Martin, 2015, page 215.

<sup>792</sup> MARTIN Philippe, *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, page 287.

<sup>793</sup> Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, articles 8 à 14.

<sup>794</sup> Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 299 du 18.11.2003, page 9).

rappeler que l'Espagne<sup>795</sup>, le Portugal ou la Grèce étaient sous l'emprise d'un régime autoritaire jusqu'aux années 1970. Ils ont donc une expérience relativement récente de la démocratie en général, et de la démocratie sociale en particulier. En 2007, Philippe MARTIN relevait déjà l'effritement de l'ordre public social de protection à la faveur d'un dialogue social orienté vers une inversion de la hiérarchie des normes de travail : « On assiste à un net assouplissement de l'ordre public social qui devient du coup de plus en plus relatif. Ce qui caractérise la démarche, c'est le fait de placer la possibilité de déroger à la norme supérieure par des normes inférieures ... Le droit français du travail suit une évolution observable dans différents autres pays européens, évolution consistant à permettre une décentralisation de la négociation et en même temps une plus grande autonomie de celle-ci, notamment au niveau de l'entreprise ou de l'établissement<sup>796</sup>. »

534. Que dire alors des anciens pays du bloc soviétique et ses satellites, ayant rejoint l'Union en 2004 et en 2007 ? Plus que d'une expérience récente de la démocratie sociale, ils découvrent littéralement ce qu'il en est. Un indicateur permet d'apprécier la bonne tenue du dialogue social : il s'agit de la représentativité des syndicats à l'égard des travailleurs. Elle fait l'objet d'une présomption fonction d'un seuil statistique d'élus relativement faible aux différents niveaux de négociation collective. Cette représentativité présumée est donc le fondement, fragile, de leur légitimité. Fragile parce que le taux de salariés syndiqués, à l'exception notable des pays nordiques<sup>797</sup> et de la Belgique, est particulièrement faible, notamment en France où il se limite à 7,7% en 2013<sup>798</sup>. Fragile également parce que la tendance lourde consiste à attribuer un pouvoir normateur croissant aux partenaires sociaux sans que ceux-ci bénéficient d'une légitimité démocratique suffisante compte tenu de l'analyse qui précède.
535. Ce transfert de compétences volontaire d'un pouvoir législatif élu au suffrage universel vers un pouvoir paritaire élu aux élections professionnelles nuit nécessairement à l'unité de protection des relations de travail. Ce glissement du pouvoir normatif au niveau de la branche professionnelle voire de l'entreprise pourrait être pertinent par application du principe de subsidiarité considérant ces entités comme mieux placées pour confectionner les règles applicables à leur environnement économique et social. Pour autant, se pose la question de la représentativité des élus en comparaison avec celle du Parlement. En tout état de cause, cette situation ne permet pas de faire émerger une quelconque exception protectionniste à dimension sociale à l'échelle de l'Union ni même au niveau de ses États membres pris isolément.

## B. La disparité des protections sociales au sein de l'Union

536. L'absence de politique sociale commune au sein de l'Union n'empêche pas l'existence de nombreuses sources juridiques à son niveau, qu'elles aient une nature conventionnelle ou non<sup>799</sup>. Pour autant, même en présence de règlements et directives résultant d'une interprétation extensive des traités en matière sociale, ces sources ne suffisent pas à créer un corpus juridique suffisant pour la mise en œuvre d'une politique sociale autonome de l'Union. Il en résulte un premier constat : « ...la disparité des niveaux mais également des

<sup>795</sup> En Espagne, l'héritage franquiste était matérialisé par des ordonnances : « Las Ordenanzas Laborales » qui régissaient de manière autoritaire les relations collectives de travail. À partir de 1978 et de la transition démocratique, elles ont été remplacées par la garantie constitutionnelle du « droit à la négociation collective du travail entre les représentants des travailleurs et des patrons, ainsi que le caractère obligatoire de leurs accords. ».

<sup>796</sup> MARTIN Philippe, op. cit., page 288-289.

<sup>797</sup> Islande, Norvège (Hors UE), Suède, Danemark, Finlande : plus de 50% des salariés sont syndiqués.

<sup>798</sup> [http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=UN\\_DEN&Lang=fr](http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=UN_DEN&Lang=fr).

<sup>799</sup> TEYSSIE Bernard, *Les normes sociales européennes*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000.

formes de protection du social est réelle, pis les évaluations statistiques le montrent s'aggravant<sup>800</sup>. »

La protection des relations individuelles et collectives de travail ayant fait l'objet des développements précédents pour ce qui concerne les relations de travail, attachons-nous maintenant à rappeler, dans un premier temps, que les disparités des protections sociales existant au sein de l'Union sont le fruit de deux sources d'inspiration principales résultant de l'histoire (1). Surtout, regardant l'horizon, la mutation actuelle et à venir du travailleur impose de repenser la protection sociale au-delà de ce statut (2).

### 1. Les deux sources d'inspiration des protections sociales de l'Union

537. Une approche complète des formes de protection sociale de l'Union est décrite par Georg VOBRUBA :

“The 2 basic types of social policy are usually labeled as Bismarckian or Beveridge types of social policy. Social payments can either be linked to the status of workers or to the status of citizen. For the purpose of this chapter I shall introduce 2 distinctions. One concerns the structure of social payments: wage-labour centred and universalistic, while the other distinction is on the level of the payments: high and low. Thus, we will get four modes of welfare provision, characterized by their social expenditures, namely:

- wage-labour centred on a high level ;
- wage-labour centred on a low level;
- universalistic on a high level and;
- universalistic on a low level.<sup>801</sup>”

Plus schématiquement, on peut écrire que deux sources principales d'inspiration coexistent. D'une part, la protection sociale d'inspiration bismarckienne (a) puise ses ressources des cotisations des travailleurs et des employeurs, et fournit des prestations de type assurantiel. D'autre part, la protection sociale d'inspiration beveridgienne (b) finance des prestations universelles et d'assistance par l'impôt. En vérité, chacun des vingt-huit États membres applique une protection sociale singulière, avec de fortes disparités, nuisant ainsi à la cohésion interne en matière sociale et donc à l'expression d'une exception protectionniste à dimension sociale à l'échelle de l'Union.

#### a. La protection sociale d'inspiration bismarckienne

538. Dès la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, le chancelier Otto Von BISMARCK fut l'instigateur du premier régime de sécurité sociale. Par l'« instauration d'un système d'assurances sociales ouvrières obligatoires en 1881, le chancelier BISMARCK...préconise l'intervention « minimale mais forte » de l'État.<sup>802</sup> »

Parallèlement à la mise en place de cette protection sociale, on observe l'adoption de mesures protectionnistes. En tout état de cause, se dessinent déjà les traits essentiels de nos systèmes actuels : affiliation obligatoire professionnelle, financement du système de protection sociale par des cotisations indépendantes de la prestation servie, le tout reposant sur le principe de solidarité.

On retrouve ces caractéristiques dans le fameux arrêt Pistre et Poucet<sup>803</sup> à l'occasion d'une prétendue contrariété au droit de la concurrence au regard de l'affiliation obligatoire à un régime de sécurité sociale :

<sup>800</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine, op. cit., page 15.

<sup>801</sup> ORBIE Jan, TORTELL Lisa, éd. *The European union and the social dimension of globalization: how the EU influences the world*, London, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2009, page 106.

<sup>802</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine, op. cit.

<sup>803</sup> Arrêt de la Cour du 17 février 1993. Affaires jointes C-159/91 et C-160/91.

« La notion d'entreprise, au sens des articles 85 et 86 du traité, comprend toute entité exerçant une activité économique. En sont donc exclus les organismes concourant à la gestion du service public de la sécurité sociale, lesquels remplissent une fonction de caractère exclusivement social et exercent une activité, fondée sur le principe de la solidarité nationale, dépourvue de tout but lucratif.[...]13. Il résulte de ce qui précède que les régimes de sécurité sociale ainsi conçus reposent sur un système d'affiliation obligatoire, indispensable à l'application du principe de la solidarité ainsi qu'à l'équilibre financier desdits régimes. »

539. La protection sociale de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de la France et des Pays-Bas repose sur ce modèle bismarckien, étant rappelé que chaque État membre a évolué selon une « logique hybride<sup>804</sup> » entre les modèles d'inspiration bismarckienne et beveridgienne. Pour fixer les idées, en 2013, la richesse nationale consacrée aux dépenses de protection sociale s'élève en moyenne à près de 30% du PIB dans les vingt-huit États membres de l'Union, une corrélation étant établie entre le niveau de développement d'un pays et le niveau des dépenses de protection sociale. Pour comparaison, les États-Unis se situent à 18,6% et le Canada à 17%<sup>805</sup>. De sorte que l'on peut faire sienne la conclusion suivante : « In fine, l'histoire des modèles sociaux ... nous montre que la question sociale est inhérente à la conceptualisation de l'État et désormais de l'Union. Il est vrai qu'entre crises du libéralisme et de la solidarité, il semble que le droit de l'Union européenne modifie le cadre d'exercice des fonctions sociales de l'État. Reste à déterminer dans quelle mesure l'Union européenne est susceptible de proposer un modèle ou, du moins, un cadre à l'exercice modifié des modèles sociaux nationaux.<sup>806</sup> »

#### b. La protection sociale d'inspiration beveridgienne

540. Plus de cinquante années après la mise en place de la protection sociale au sein de l'empire allemand, c'est l'empire britannique, sous les bombes du troisième Reich, qui décide de se doter « de ces droits essentiels, qui évoquent à leur façon le « plancher » que BEVERIDGE voulait « glisser sous les pieds de la société libérale<sup>807</sup> ». C'est ainsi à l'occasion d'un célèbre rapport<sup>808</sup> que BEVERIDGE recommande l'instauration d'un système de protection sociale pour combattre les cinq fléaux sociaux du Royaume-Uni de 1942 : la pauvreté, l'ignorance, la maladie, l'insalubrité et le chômage. Observons toutefois que ces fléaux sont toujours d'actualité, à un degré moindre, dans l'Union. Différence majeure avec le système de BISMARCK, BEVERIDGE propose l'instauration d'une protection universelle, ne se limitant pas à la seule population des travailleurs.

Autre différence, cette aide universelle est majoritairement financée par l'impôt plutôt que par la cotisation sociale, qui représente toutefois 55,1%<sup>809</sup> du financement de la protection sociale de l'Union à vingt-huit États membres.

La Finlande, la Suède, le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni s'inspirent actuellement de ce modèle de Beveridge pour assurer la couverture des cinq différents types de risques par leur protection sociale. Il s'agit des risques vieillesse – survie, maladie – soins, famille – enfants, invalidité et chômage.

541. Un exemple de financement de la protection sociale par l'impôt au sein de l'Union réside dans la TVA « sociale », qui opère une hausse de la TVA consacrée au financement de la protection sociale en contrepartie d'une baisse des cotisations sociales correspondantes. Elle fut pratiquée au Danemark, dont le financement de la protection sociale repose très

<sup>804</sup> DREES, *La protection sociale en France et en Europe en 2013*, édition 2015, page 92.

<sup>805</sup> [https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=SOCX\\_AGG&Lang=fr](https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=SOCX_AGG&Lang=fr).

<sup>806</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDREMANE Karine, op. cit., page 38.

<sup>807</sup> *Ibidem*, page 214.

<sup>808</sup> *Social Insurances and Allied Services, Report by Sir William Beveridge, Presented to Parliament by Component of His Majesty, November 1942.*

<sup>809</sup> DREES, *La protection sociale en France et en Europe en 2013*, édition 2015, page 94.

majoritairement sur l'impôt, puis en Allemagne. Un second exemple repose sur la mise en place, par la loi de finance pour l'année 1991, de la Contribution Sociale Généralisée (CSG). L'évolution inflationniste de l'assiette et encore plus du taux de cet impôt est révélatrice de la volonté de diversifier les sources de financement de la protection sociale, alors que les États membres se focalisent de plus en plus sur le coût du travail : « La tendance à la baisse du coût du travail n'épargne pas l'assurance maladie et conduit actuellement différents pays européens à rechercher des ressources alternatives aux cotisations sociales. Le recours aux assurances privées et aux mécanismes de marché est alors fréquent. Mais il va généralement de pair avec des financements de type régressif : primes sans lien avec le revenu, qu'il s'agisse d'ailleurs d'assurance obligatoire ou facultative. Cette dernière peut en outre ouvrir la voie à des formes de sélection déguisées pourtant interdites par la loi...La préoccupation de maîtrise des dépenses publiques tend donc à l'emporter sur celle de la solidarité et de la redistribution tandis que la référence à la responsabilité individuelle (de l'acheteur de l'assurance ou du consommateur de soins) est mise en avant sans que celle-ci ne soit véritablement en mesure de s'exercer compte tenu de la spécificité des soins de santé<sup>810</sup>. »

542. La tendance lourde du financement d'une protection sociale européenne toujours plus universalisante repose désormais sur le modèle de BEVERIDGE : « l'important niveau d'inégalités actuel, l'augmentation du nombre d'emplois "atypiques" et l'intensité capitalistique accrue de la production économique suggèrent qu'il est nécessaire de réduire la charge fiscale sur le travail (y compris les cotisations de sécurité sociale) et de cofinancer davantage les régimes d'assurance sociale à partir d'autres recettes fiscales (telles que les gains liés au capital, à la richesse ou à la pollution) afin de fournir à tous un niveau de protection sociale décent.<sup>811</sup> »

## 2. Vers une protection contre le chômage indifférente du statut du travailleur

543. Dans le domaine de la protection sociale, le traitement du risque chômage mérite attention pour au moins deux raisons. D'une part, le chômage des travailleurs salariés représente un problème structurel et d'ampleur dans l'Union, auquel aucune solution efficace n'a été apportée. En septembre 2018, 6,7% soit 16,56 millions de personnes étaient au chômage dans l'Union. Ceci alors que « les prestations liées au risque chômage ne dépendent pas seulement du taux de chômage, mais également des différences de couverture, de durée d'indemnisation et de montant des prestations servies<sup>812</sup>. » D'autre part, le développement de l'ubérisation représente une source croissante d'insécurité sociale pour ses prestataires, travailleurs indépendants, qui – en principe<sup>813</sup> – ne peuvent prétendre à aucune indemnité s'ils sont privés de leur travail. Dès lors, la question du dépassement d'un régime d'assurance chômage (a) au-delà des seuls salariés, connaissant un commencement de réalisation en droit français, apparaît fondée au regard des valeurs que promeut l'Union. Sa déclinaison juridique aboutirait à un régime unifié d'assurance-chômage (b).

<sup>810</sup>DEFRAIGNE Jean-Christophe, DE MEULEMEESTER Jean-Luc, DUEZ Denis Duez et al., *Les modèles sociaux en Europe: quel avenir face à la crise ?* Bruxelles, Bruylant, 2013, page 143.

<sup>811</sup>RODRIGUES Maria Joao, *Projet de rapport sur un socle européen de droits sociaux (2016/2095/INI)*, Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, page 15.

<sup>812</sup>DREES, *La protection sociale en France et en Europe en 2013*, édition 2015, page 102.

<sup>813</sup>Une dérogation existe en cas de mise en redressement ou liquidation judiciaire de l'entrepreneur, prévue, Loi n° 2018-771, 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, article 51.

### a. Le dépassement du régime général salarié d'assurance-chômage

544. La conception du droit du travail en tant qu'ensemble des règles organisant les relations individuelles et collectives des seuls salariés avec leur employeur doit être dépassée. En effet, on observe depuis la fin des années 2000 une volonté politique de faciliter la transition d'une forme subordonnée à une forme « indépendante » de travail. La création par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 du statut d'autoentrepreneur, qui réaffirme notamment la présomption de non-salariat des travailleurs inscrits, est en ce sens. De tels travailleurs, devenus indépendants sur le plan juridique par la suppression du lien de subordination topique du contrat de travail, ne voient pas pour autant disparaître leur dépendance économique, bien au contraire. C'est en ce sens que l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 novembre 2018<sup>814</sup> rappelle que « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné. »
545. De sorte que, dans certains cas, ce statut relève plutôt de la fiction juridique au service de la statistique économique, en particulier des chiffres du chômage. Il n'est donc pas étonnant que cette situation ait déjà suscité un large contentieux sur deux fronts. D'une part, celui du contentieux URSSAF qui voit, par cette transformation artificielle du lien de travail, s'échapper un volume considérable de cotisations sociales<sup>815</sup>. D'autre part, celui du contentieux prud'homal dans le cadre duquel les autoentrepreneurs demandent la requalification de leur contrat de prestation de services en contrat de travail lorsqu'ils se trouvent involontairement privés de leur emploi : « La pratique montre, en effet, que c'est seulement en cas de cessation des paiements du donneur d'ouvrage que les travailleurs, impayés et sans allocation chômage, songent à contester la qualification juridique de leurs contrats<sup>816</sup>. » Il en résulte une insécurité juridique générale pour toutes les parties prenantes, qu'il s'agisse du travailleur ou du commanditaire. Cette situation est symptomatique d'un système de protection sociale inadapté au regard de l'assurance chômage.

### b. La nécessité d'un régime unifié d'assurance – chômage

546. Pour assurer une protection équivalente et suffisante contre le chômage à tous les travailleurs européens, on pourrait exploiter les mérites de l'harmonisation telle que décrite ci-après :
- « L'intégration européenne étant basée sur le droit, sur une intégration juridique, cette politique sociale commune s'est basée sur un effort de rapprochement des législations nationales du travail, plus précisément sur une entreprise d'harmonisation de ces droits nationaux. Nous pensons ainsi que ce qui peut caractériser le modèle social européen réside justement dans cette œuvre d'harmonisation. Encore faut-il s'entendre sur cette notion d'harmonisation. Pour ce faire, il faut prendre comme point de départ les contradictions inhérentes à la coexistence d'ensembles de normes juridiques entre le niveau national et le niveau régional. Trois groupes de distorsions, ou de heurts, peuvent être relevés :
- des heurts entre les normes nationales du travail des différents États ;
  - des heurts entre les normes régionales du travail et les normes nationales du travail ;
  - et également des heurts entre certaines normes nationales du travail et les normes régionales de concurrence

<sup>814</sup> Arrêt n°1737 « *Take Eat Easy* », pourvoi 17-20.079, publié au bulletin.

<sup>815</sup> V. notamment arrêt 2<sup>ème</sup> Civ. du 7 juillet 2016, pourvoi n°15-16.110.

<sup>816</sup> MOULY Jean, *Contrat de travail, Quand l'autoentreprise sert de masque au salariat*, Revue Droit social n°10, octobre 2016, Dalloz, page 860.

...Or pour réduire ces antinomies entre un niveau national et un niveau supranational, ...une nouvelle catégorie de droit s'est développée. Cette nouvelle catégorie de droit, ce droit supranational est le droit régional, créé dans le cadre des intégrations régionales.<sup>817</sup> »

547. Malgré cette analyse enthousiaste d'une politique sociale européenne cohésive, disposer d'un régime unifié d'assurance chômage au sein de l'Union relève de la gageure voire de la douce utopie en l'état actuel du droit de l'Union qui révèle la dimension éminemment nationale de la protection sociale. Ainsi, plus qu'un transfert de compétences des États membres, l'idée d'un socle européen de droits sociaux émise par la Commission le 8 mars 2016 apparaît plus pertinente en termes de faisabilité et pourrait trouver à s'appliquer à l'assurance chômage : dans son projet de résolution sur le sujet, le Parlement européen « insiste sur le fait que tous les travailleurs doivent être couverts par une assurance contre le chômage involontaire ou l'emploi à temps partiel, assortie d'une aide à la recherche d'emploi et d'un soutien à la formation ou à la reconversion.<sup>818</sup> »

Ceci est particulièrement vrai dans l'économie collaborative : « si nécessaire, élaborer des propositions visant à réglementer l'économie numérique et collaborative afin de garantir une concurrence loyale et la protection des droits des travailleurs.<sup>819</sup> » Pour ce faire, de nombreux critères doivent converger. La difficulté première réside dans la définition du bénéficiaire de l'assurance chômage.

548. Elle nécessite de répondre à deux questions sous-jacentes. Quelle est la définition du travailleur ? Allant au-delà des propositions du Parlement européen, le travailleur doit-il nécessairement être privé de son emploi indépendamment de sa volonté<sup>820</sup> ? La proposition d'Emmanuel Macron, en marche présidentielle, de couvrir la démission<sup>821</sup> par l'assurance chômage, est-elle fondée ? Juridiquement, non, mais économiquement, le travailleur qui souhaite quitter l'emploi qui ne lui convient plus et dans lequel il est probablement moins productif serait couvert par le risque chômage et libérerait ainsi son poste pour une personne par hypothèse plus motivée pour l'occuper. Ce serait un pas supplémentaire vers la sécurisation de la rupture du contrat de travail après l'instauration de la rupture conventionnelle<sup>822</sup> par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008. Pour autant, cette situation ne répond pas à la question de la rupture de contrat de prestation des services du travailleur indépendant individuel. Ensuite, les modalités de couverture varient autour de trois critères, étant précisé que le régime d'assurance-chômage est « purement commutatif : il faut avoir cotisé préalablement pour avoir accès à une indemnisation dépendant du salaire préalable<sup>823</sup>. »

549. D'une part, la durée de perception des allocations, qui correspond à la durée de protection du travailleur privé d'emploi. Autrement dit, quelle est la durée au-delà de laquelle on peut raisonnablement penser que le travailleur sans emploi pourra de nouveau être en situation d'emploi ?

D'autre part, le taux de remplacement de la prestation servie. Pour permettre le maintien d'un niveau de vie acceptable, il ne peut être inférieur à 50% du revenu de référence. De manière plus sécurisante, un taux de remplacement proche de 80% les six premiers mois de la privation d'emploi paraîtrait cohérent avec le fait qu'il est difficile de se remettre en situation d'emploi sous si bref délai.

<sup>817</sup> MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, op. cit., page 16.

<sup>818</sup> RODRIGUES Maria Joao, op. cit., page 6.

<sup>819</sup> Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne (2015/2255(INI)), page 14.

<sup>820</sup> Conformément à l'art. L.5421-1 du code du travail, à l'art.2 §1<sup>er</sup> de la convention UNEDIC du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage.

<sup>821</sup> LOI n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, article 50.

<sup>822</sup> Art. L.1237-11 à L.1237-16 et R.1237-3 C. trav.

<sup>823</sup> KESSLER Denis, *L'Unedic du Général de Gaulle a vécu, c'est à l'État de reprendre la main*, Challenges, n°578, 20 septembre 2018, page 54.



Enfin, les modalités de contrôle de l'activité de transition professionnelle de l'allocataire pourraient être constructives et inscrites dans le projet professionnel du travailleur. Ainsi, le travailleur pourrait être invité à compléter son bilan de compétences dans la première période de bénéfice des allocations, puis à identifier les formations qui lui permettraient de s'adapter au poste qu'il projette, voire de développer de nouvelles compétences.

550. Il résulte des développements de ce paragraphe que le droit social à l'échelle de l'Union est tellement dispersé par le jeu de l'histoire et des systèmes sociaux de ses États membres qu'il ne parvient pas à maintenir une cohésion sociale suffisante pour garantir l'existence et le maintien d'un ordre public social de protection européen. Le simple stade de la coordination se révèle difficile<sup>824</sup> à l'échelle de l'Union. Cette situation révèle en filigrane le poids considérable qu'exerce la dimension économique de l'Union sur sa dimension sociale, rendant impossible l'expression d'une exception protectionniste à dimension sociale de manière autonome.

## §2 : La contrariété du modèle économique européen avec sa dimension sociale

551. Le programme général de l'Union est notamment énoncé à l'article 3 TUE. En particulier, le développement durable constitue un objectif de l'Union exprimé sous ses trois angles économique, social, et environnemental, rédigés dans cet ordre à l'alinéa 3. L'établissement du marché intérieur précède cette référence au développement durable et revêt une intensité impérative nettement supérieure : « L'Union établit un marché intérieur » alors qu'elle se contente « d'œuvre[r] pour le développement durable », notamment fondé sur une « économie sociale de marché hautement compétitive »... Dès lors, la dimension sociale européenne ne représente qu'une composante du modèle économique de l'Union et doit par ailleurs satisfaire l'exigence de compétitivité pour ne pas constituer un obstacle à la réalisation du marché intérieur. Cette recherche de compétitivité sociale relève parfois du réflexe dans l'esprit de certains : « comme le montrent les pays d'Europe du Nord, ce qui fait la différence ce n'est pas le degré de protection mais la qualité de l'action publique et du dialogue social<sup>825</sup>. »
552. Cette différence de traitement entre les composantes économique et sociale du développement durable de l'Union se manifeste notamment par l'écart de transfert de compétences dans les deux domaines : « Malgré ces avancées, le traité stipule ... que la mise en œuvre de ces droits sociaux ne peut conduire à un élargissement des compétences communautaires. En outre, le traité confère aux libertés économiques une valeur juridique équivalente aux droits sociaux ce qui signifie qu'en pratique un équilibre doit être trouvé entre ces deux dimensions... la tension entre droits sociaux et droits économiques reste forte, comme on l'avait déjà vu par le passé dans les arrêts Laval, Viking, Ruffert, Luxembourg<sup>826</sup> ». Le modèle économique prime la dimension sociale européenne, compromettant d'emblée la réponse à la problématique suivante : « L'enjeu qui pèse sur l'Union européenne dans la définition d'un modèle social européen : concilier économie de marché et garantie généralisée des droits sociaux. » L'exception protectionniste est de nouveau mise en cause dans sa dimension sociale : « Le droit du travail apparaît ... instrumentalisé au service de l'intégration économique... l'objectif ... se concentre sur la compatibilité des politiques nationales de l'emploi avec les politiques économiques communautaires... La régulation régionale du travail serait alors réduite à ... un contenu minimal de normes sociales fondamentales et une méthode d'action normative allégée... l'objectif principal recherché dans les intégrations économiques étant la

<sup>824</sup> Proposition de règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, COM(2016)0815 6 C8 – 0521/2016 – 2016/0397(COD), BALAS Guillaume, Rapport de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen du 23 novembre 2018, A8-0386/2018.

<sup>825</sup> LAIDI Zaki, *Le protectionnisme est une impasse*, Les Échos, 10 mai 2017.

<sup>826</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, op. cit., page 44.

prévention du dumping social ou la concurrence par le droit social...<sup>827</sup> » Dès lors, on ne peut que constater l'intégration négative de la dimension sociale à l'échelle de l'Union (A). De surcroît, à la faveur de la crise, la rigueur budgétaire imposée par le dogme économique a déclenché une influence normative aux effets sociaux défavorables (B).

#### A. L'intégration négative de la dimension sociale

553. Le développement de la dimension sociale de l'Union a toujours été réalisé en considération et sous la subordination de son modèle économique, de sorte que « diverses alternatives à l'harmonisation sociale, faisant prévaloir la dimension négative et concurrentielle, y compris dans le domaine du travail, se sont succédées...d'une part, celle de première génération, la reconnaissance mutuelle, la regulatory competition, concurrence par le droit, et la standardisation<sup>828</sup>... »

Cette intégration négative de la dimension sociale de l'Union dans son modèle économique produit d'abord des effets sociaux défavorables étant donnée la primauté des libertés économiques (1). De surcroît, le concept séduisant de flexisécurité s'avère décevant (2).

##### 1. Les effets sociaux de la primauté des libertés économiques

554. La primauté des libertés économiques prévues par le droit primaire entraîne une mise en balance du droit de la concurrence par rapport au droit social à la faveur du premier. On observe ainsi le « ...renforcement de l'emprise du droit de la concurrence sur ces régimes de sécurité sociale. Si au départ, pour le dire vite, deux critères suffisaient à constituer le principe neutralisant de solidarité, désormais il faut en réunir au moins six pour que cette même fonction soit activée. Plus les exigences sont grandes pour constituer la notion de solidarité, plus l'emprise spectrale du droit de la concurrence sur ces activités est potentiellement large ; moins ces régimes sont placés à l'abri du droit des activités économiques.<sup>829</sup> »

Ces effets sociaux sont dès lors directement ressentis par l'application, au niveau des personnes physiques, de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services (a). Par ailleurs, les effets sociaux se font indirectement sentir, au niveau des personnes morales, par la prédominance de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux (b).

##### a. La libre circulation des travailleurs et la libre prestation de services

555. Depuis le Traité de Rome, la question de la protection sociale des travailleurs se pose surtout en tant qu'accessoire à la création d'une zone de libre-échange intégrée, notamment par le truchement de la libre circulation des travailleurs. L'article 121 du Traité instituant la Communauté économique européenne en date du 25 mars 1957 en disposait ainsi : « Le Conseil, statuant à l'unanimité après consultation du Comité économique et social, peut charger la Commission de fonctions concernant la mise en œuvre de mesures communes, notamment en ce qui concerne la sécurité sociale des travailleurs migrants visés aux articles 48 à 51 inclus. » En d'autres termes, pour inciter, ou à tout le moins pour faciliter les migrations intracommunautaires de travailleurs, il était nécessaire de leur assurer une protection sociale équivalente.

<sup>827</sup> MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, op. cit., page 316.

<sup>828</sup> *Ibidem*, page 98.

<sup>829</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, op. cit., page 207.

Ainsi, les premiers ouvrages juridiques relatifs au droit social européen<sup>830</sup> consacrés à la liberté de circulation des travailleurs étaient finalement à forte consonance économique. Pourtant, très tôt également dans la construction européenne, d'éminents juristes prenaient conscience de l'insuffisance de la prise en compte de la dimension sociale en tant que simple accessoire du développement économique de ses États membres : « Libre circulation, sécurité sociale des travailleurs migrants, Fonds social européen, et les autres institutions de caractère social prévues par les traités, doivent être accompagnés et complétés par une action sociale à mener dans le cadre des diverses politiques communes et communautaires, de façon que celles-ci soient orientées précisément vers cette amélioration constante des conditions de vie et d'emploi et puissent réaliser effectivement leur égalisation dans le progrès. <sup>831</sup>»

556. Désormais, les effets sociaux de cette libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, garantie par l'article 45 TFUE et précisée par le règlement (UE) n°492/2011 du 5 avril 2011, se combinent avec ceux de la libre prestation de services prévus par l'article 56 TFUE et par la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services : « le nombre des travailleurs détachés en Europe connaît une augmentation sensible, cessant d'être marginal dans certains secteurs et remettant ainsi en cause le caractère subsidiaire d'une législation qui, à l'origine, relevait d'une exception à la règle du droit international privé suivant laquelle le contrat de travail doit se conformer à la loi du pays de travail. Ainsi, le recours au détachement apparaît chaque jour davantage comme une norme de gestion de la main-d'œuvre, s'inscrivant dans un processus de dumping social<sup>832</sup>. »

Ces effets sociaux se situent au niveau de l'appréciation de leurs conditions de travail. Ainsi, d'une manière générale, les travailleurs détachés sont exposés à des conditions de travail dégradées, notamment en raison d'une rupture d'équilibre entre vie personnelle et professionnelle. Tout d'abord, une situation de fait : ces travailleurs détachés ne voient pas leur famille aussi souvent que leurs collègues ressortissants de l'État membre dans lequel ils exercent leur mission. Ensuite, à cette situation d'éloignement familial, propice à la surexploitation du salarié détaché en termes de durée de travail, vient se surajouter la xénophobie ambiante dans les États membres de l'Union, parfaitement identifiée par le législateur : « confrontés à des restrictions ou à des obstacles injustifiés à l'exercice de leur droit à la libre circulation, comme la non-reconnaissance de qualifications, des discriminations fondées sur la nationalité et le fait d'être exploités lorsqu'ils se rendent dans un autre État membre. Il existe donc une fracture entre le droit et son application effective, fracture qu'il faut examiner<sup>833</sup>. » Il apparaît dès lors nécessaire de rappeler que « Pour beaucoup, migrer n'est pas la conséquence d'une décision prise en toute indépendance, c'est le résultat d'un enchevêtrement de contraintes générées par la situation économique, politique et sociale dans le pays d'origine. Migrer est souvent une déchirure pour celui qui fait ce choix<sup>834</sup>. »

<sup>830</sup> SCHIEFER, J. *Marché du travail européen : libre circulation et migration des travailleurs*, Paris, France, Dalloz, Sirey, 1961.

<sup>831</sup> RIBAS Jean-Jacques, op. cit., page VI.

<sup>832</sup> GROSSET Jean, *Les travailleurs détachés*, avis du Conseil économique, social et environnemental, 22 septembre 2015, page 5.

<sup>833</sup> DIRECTIVE 2014/54/UE du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs.

<sup>834</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, op. cit., page 216.

## b. La liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux

557. À côté des effets sociaux ressentis à l'occasion des flux de travailleurs au sein de l'Union, le second phénomène produisant des effets sociaux défavorables à grande échelle réside dans une application de la liberté d'établissement combinée à la libre circulation des capitaux : les délocalisations d'entreprises. En 2006, le Comité économique et social européen pouvait écrire dans sa préface sur le sujet, sous la plume de son président Josly PIETTE : « On ne saurait trop insister sur les chances dont sont porteuses les délocalisations, à savoir la possibilité de réorganiser et d'améliorer les chaînes d'approvisionnement et les processus de production ou de distribution, ou encore, tout simplement, d'assurer la survie même d'une entreprise donnée qui doit faire face à des niveaux de concurrence à l'échelon mondial toujours plus élevés<sup>835</sup>. » On ne peut que constater l'absence pure et simple de considération de la dimension sociale dans ce propos, qui reflète plutôt le point de vue stratégique d'une grande entreprise industrielle face à des enjeux purement économiques. Il s'agit ainsi d'optimiser, c'est-à-dire de réduire, le coût du travail productif. De sorte que l'industriel peut réduire le coût de revient de son produit et ainsi augmenter ses profits, soit en maintenant le prix de vente, soit en le réduisant avec une augmentation du volume des ventes. Rien de choquant dans tout cela, il s'agit de la déclinaison économique du principe juridique de la société énoncé à l'article 1832 alinéa 1<sup>er</sup> du code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »
558. En pratique, cette volonté de minimiser ses coûts, en particulier de main d'œuvre, pour maximiser ses profits, peut se traduire par une délocalisation, c'est-à-dire le transfert de tout ou partie de ses activités d'un pays à coût du travail élevé vers un pays où il l'est moins. Depuis l'élargissement de l'Union vers l'est de l'Europe en 2004, puis en 2007, la délocalisation d'entreprises ou d'une partie de leurs activités de l'Europe à 15 vers les pays de l'Europe Continentale et Orientale représente une véritable opportunité à deux niveaux. Sur le plan juridique, d'abord, les douze nouveaux États membres font désormais partie du marché intérieur. De sorte que les libertés économiques, notamment d'établissement visée à l'article 49 TFUE et de circulation des capitaux prévue par l'article 63 TFUE, s'exercent de plein droit et facilitent de manière considérable les délocalisations au sein même de l'Union. Sur le plan économique, ensuite, les pays ECO représentent une opportunité d'économies de coût de main d'œuvre considérable pour les industries, en particulier dans le domaine automobile<sup>836</sup>.
559. Nous assistons donc à un double effet social défavorable des libertés de circulation condamnant la manifestation d'une exception protectionniste. Soit les travailleurs les moins bien rémunérés se déplacent pour servir les entreprises, au sens du droit de la concurrence, implantées dans un État membre à coût du travail plus élevé. Soit les entreprises se déplacent vers les États membres où le coût du travail est moindre, voire le plus bas. Ce chassé-croisé de la compétitivité sociale a toujours pour effet la suppression d'emplois dans les États membres où le coût du travail est le plus élevé. Plus grave, l'égalisation des conditions de vie se fait non pas dans le progrès social, mais plutôt dans le sens d'un nivellement par le bas.

---

<sup>835</sup> CESE, *Délocalisation – défis et opportunités*, Les Cahiers du CESE, page 5.

<sup>836</sup> Avant que les ouvriers qualifiés ne se fassent remplacer définitivement par des robots, ne laissant plus de place aux hommes que pour les travaux de maintenance de ces machines intelligentes.

## 2. Le concept déceptif de flexisécurité

560. Le concept de flexisécurité, contraction d'oxymore remarquable, apparaît séduisant<sup>837</sup>. Quel esprit humaniste condamnerait en effet la recherche de conciliation entre la souplesse accrue du marché du travail et une meilleure sécurité des travailleurs ? Cette proposition conciliatrice de contrat social doit bénéficier d'un accueil bienveillant dans son principe. À ce titre, on ne peut que souscrire à la communication de la Commission : « Ce livre vert s'est penché sur le rôle que pourraient jouer le droit du travail et les conventions collectives en promouvant la "flexisécurité" dans l'optique d'un marché du travail plus équitable, plus réactif et plus inclusif, qui contribue à rendre l'Europe plus compétitive<sup>838</sup>. » Pour autant, comme tout concept séduisant, il est souvent déceptif dans ses modalités de mise en œuvre, quant à elles éprouvées par les travailleurs. Ainsi, les employeurs n'entendent souvent que les premières syllabes du concept pendant que les travailleurs fondent leurs espoirs sur les dernières. On assiste en réalité à l'accroissement de la flexibilité du travail (a). Ce qui a pour corollaire immédiat l'affaiblissement de la protection des travailleurs (b).

### a. L'accroissement de la flexibilité du travail

561. La flexibilité est une notion économique liée à la gestion des ressources humaines. L'idée est d'assurer un maximum de souplesse à l'entreprise dans l'affectation, la réaffectation et la suppression des ressources humaines. Ainsi, la flexibilité quantitative interne peut jouer sur le temps de travail<sup>839</sup>. La flexibilité quantitative externe joue quant à elle sur la durée limitée du contrat de travail<sup>840</sup>. Enfin, la flexibilité géographique relève des effets sociaux des délocalisations, déjà évoqués supra.

Sur le plan juridique, la flexibilisation du travail implique une dérégulation. C'est en ce sens que plaide Maxime CERRUTTI, en charge des questions sociales auprès de Business Europe, principale organisation d'employeurs au niveau européen<sup>841</sup> : « Le premier point que je voudrais mettre en valeur, certainement le plus important : les problèmes sociaux en Europe ne sont pas dus à un manque de politique sociale, mais ils sont dus à un manque de compétitivité globale des entreprises européennes...pour réfléchir à quelle est la politique sociale dont les pays européens et l'Europe ont besoin, il faut partir de ce constat...Un point important pour nous en termes d'objectifs c'est d'augmenter la flexibilité des marchés du travail, en termes de temps de travail, de salaire, et de contrat de travail... »

562. Le constat ainsi défendu par le syndicat des employeurs devrait plutôt être qualifié de postulat. Il permet toutefois de comprendre l'argumentaire selon lequel il faudrait lever les freins à la compétitivité en assouplissant les réglementations sur le temps de travail, le niveau des salaires ainsi que les conditions de conclusion et de rupture des contrats de travail. Argumentaire tempéré à bon escient par la Cour de Justice de l'Union européenne à l'occasion de l'obligation, certes minimale, de prévenir le recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée successifs : « En outre, il convient de noter que si, certes, un État membre est en droit, lors de la mise en œuvre de la clause 5, point 1, de l'accord-cadre, de tenir compte des besoins particuliers d'un secteur spécifique, ce droit ne saurait toutefois être entendu comme lui permettant de se dispenser de respecter, à l'égard de ce secteur, l'obligation de prévoir une mesure adéquate pour prévenir et, le cas échéant, sanctionner le recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée successifs. En effet, le fait de permettre à un État membre d'invoquer un objectif tel que la flexibilité découlant de l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée, afin de se dispenser de

<sup>837</sup> ROGOWSKI Ralf, SALAIS Robert and WHITESIDE Noel, *Transforming European employment policy*, page 27.

<sup>838</sup> COM(2007) 627 final, page 2.

<sup>839</sup> Modulation du temps de travail, chômage partiel, compté épargne temps.

<sup>840</sup> Contrat à durée déterminée, travail temporaire, sous-traitance, y compris les autoentrepreneurs.

<sup>841</sup> MINE Michel, *MOOC droit du travail européen*, octobre 2016.

cette obligation, irait à l'encontre de l'un des objectifs poursuivi par l'accord-cadre, à savoir la stabilité de l'emploi, conçue comme un élément majeur de la protection des travailleurs, et serait également susceptible de réduire de façon importante les catégories de personnes susceptibles de bénéficier des mesures protectrices prévues à la clause 5 de l'accord-cadre<sup>842</sup>. »

563. À titre d'alerte, la résolution du Parlement européen sur le dumping social « rappelle qu'il est important d'associer le développement de l'économie numérique et collaborative à la protection des travailleurs dans ce nouveau secteur où les formes de travail plus flexible peuvent conduire à des emplois moins réglementés au niveau de la sécurité sociale, du temps de travail, du lieu de travail, de la participation du salarié et de la protection de l'emploi.<sup>843</sup> » Hélas, cette résolution du Parlement européen procède de la manifestation de volonté politique, non pourvue d'effets juridiques.

#### b. L'affaiblissement corrélatif de la protection du travail

564. Si l'entreprise est assurée d'un maximum de souplesse, donc de liberté, par le truchement de la flexibilisation du travail, alors c'est nécessairement le travailleur, selon un jeu à somme nulle, qui s'en trouve affaibli. Historiquement, le Traité de Maastricht a instauré un cadre de négociation collective au niveau européen mais avec d'insuffisants pouvoirs normatifs et donc une faible incidence sur la cohésion sociale au niveau de l'Union. Il en a résulté une tendance à la flexibilisation plus qu'à la sécurisation juridique des travailleurs<sup>844</sup>. Ainsi, l'objectif pour l'employeur de simplification de la rupture du contrat de travail et de sécurisation du risque financier des conséquences de cette rupture nécessite la réduction de la protection en cas de licenciement. Cette protection peut diminuer tant sur le plan substantiel que sur le plan processuel. Ainsi, la condition de fond majeure d'une cause réelle et sérieuse de licenciement pourrait être remise en cause. En pratique, elle l'est déjà en droit français par le truchement de la rupture conventionnelle qui n'exige aucune motivation de la rupture et sert bien souvent de succédané au licenciement des salariés en contrat à durée indéterminée. Enfin, le délai de prescription de l'action du travailleur peut être réduit, comme cela a été le cas en France par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi<sup>845</sup>. Ce délai a été réduit de cinq à deux années, et à une année depuis la loi du n°2018-218 du 29 mars 2018, au visa de l'article L.1471-1 du code du travail.
565. Revenant une dernière fois sur le statut d'autoentrepreneur, ce type de travailleurs représente une source de flexibilité quantitative externe particulièrement bon marché pour les commanditaires : coût du travail plus faible que l'intérim, pas dans le champ d'application du droit du travail européen donc pas d'égalité de traitement. Ainsi, de manière très claire, les autoentrepreneurs se retrouvent en situation de concurrence favorable aux dépens des travailleurs salariés puisqu'ils dominent par les coûts le marché de la main d'œuvre peu qualifiée. De sorte que la notion de flexibilité peut glisser vers celle de précarité, tout à la fois juridique et économique. Dans l'objectif de lutte contre le dumping social qui en résulte, le Parlement européen demande ainsi de : « pouvoir opérer une distinction entre salariés et travailleurs indépendants pour lutter contre le "travail des faux indépendants", et demande à la Commission de proposer des recommandations spécifiques fondées sur les indicateurs attestant l'existence d'une relation de travail conformément à la recommandation n° 198 de

<sup>842</sup> Arrêt du 26 février 2015, Commission / Luxembourg (C-238/14) (cf. points 50, 51, 53 et disp.).

<sup>843</sup> Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne (2015/2255(INI)), page 14.

<sup>844</sup> AUVERGNON Philippe, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, *Union européenne et cohésion sociale*, Talence, France, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 1998.

<sup>845</sup> En l'espèce ce sera clairement la sécurisation de l'employeur plutôt que de l'emploi.

l'OIT sur la relation de travail, qui ne porte pas préjudice aux vrais travailleurs indépendants ayant peu de clients<sup>846</sup>. »

566. En l'état actuel, il ne peut donc y avoir de flexisécurité au niveau européen tant les positions des partenaires sociaux sont antagoniques. Seules des concessions réciproques acceptables dans le cadre de négociations entre représentants du capital et du travail permettraient, à l'instar de la négociation sur la rupture conventionnelle en France, de répondre à cet objectif de flexisécurité au niveau de l'Union. La condition de permettre au salarié signataire d'une rupture conventionnelle de bénéficier de l'assurance chômage a été la concession des représentants employeurs. Les concessions des représentants salariés ont principalement consisté en l'absence de motivation de la rupture ainsi qu'en une réduction du délai de prescription de l'action à une année à compter de la date d'homologation de la convention<sup>847</sup>.

## B. Les conséquences sociales de la rigueur budgétaire

567. Une autre manifestation majeure de la contrariété du modèle économique de l'Union avec sa dimension sociale réside dans la rigueur budgétaire qui s'est imposée par suite de la crise des subprimes : « à la différence de la stratégie de Lisbonne, plus globale, la nouvelle stratégie « Europe 2020 » recentre toute l'action politique nationale et européenne sur les seuls objectifs de la croissance économique et de la croissance accélérée des finances publiques, au détriment du social et de l'environnement. Or, dans un contexte d'inégalités grandissantes, il n'est pas certain que la poursuite effrénée de la croissance, doublée d'une sévère cure d'austérité, contribue simultanément à une société plus solidaire et plus durable. Regrettant que l'opportunité d'interroger en profondeur le modèle économique actuel, opportunité qui était offerte par la crise, n'ait pas été saisie, ils en appellent à un changement du contenu et du sens de la croissance économique européenne au profit d'un modèle de développement à la fois plus durable au plan environnemental et plus cohésif au plan social.<sup>848</sup> »
- Plutôt que de rigueur, il s'agit bien de volonté de réduction budgétaire donc du niveau d'intervention de l'État providence. À ce titre, la protection sociale des États membres se trouve particulièrement regardée en tant que levier puissant de compétitivité (1). Ceci par le truchement d'une soft law au double effet pervers en matière sociale (2).

### 1. La protection sociale en tant que levier de compétitivité

568. L'État providence tel qu'on pouvait encore le trouver dans certains États membres de l'Union se trouve entre deux fronts : « At present all European welfare states have come under pressure. This pressure is caused by domestic as well as transnational factors. The main domestic causes are : an increasingly unfavourable ratio between employed people and non-working (unemployed, retired) people ; the widespread view of social security as a cost factor and ; the overestimation of the effects of economic transnationalization. The transnational causes are : the real impact of economic transnationalization ; the economic bias of European integration ; the disequilibrium of power of organized interests and ; the selectivity of political institutions at European level.<sup>849</sup> » Cette réalité s'accommode bien mal de la référence consensuelle à l'économie sociale de marché hautement compétitive que l'on peut trouver dans le droit primaire, en particulier à l'article 3 TUE : « Le droit et la protection sociale deviennent aussi un levier du marché, telle la flexisécurité. Certes, la

<sup>846</sup> Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne (2015/2255(INI)), page 12.

<sup>847</sup> Art. L.1237-14 C.trav. ; ce délai est devenu le délai de droit commun.

<sup>848</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine, op. cit.

<sup>849</sup> ORBIE Jan, TORTELL Lisa, op. cit., page 107.

notion d'économie sociale de marché a pour mérite de rappeler le lien symbiotique qui existe entre « les lois du marché » et la protection sociale, mais elle n'est pas exclusive d'une analyse des politiques sociales qui serait subordonnée aux règles du marché. Surtout, elle trahit la richesse de l'approche du modèle social européen que consacre déjà le droit de l'Union et dont l'article 3§3 TUE ne propose pas de lecture exhaustive, malgré la subtilité apparente des alinéas qu'il organise pour ne pas subsumer la justice sociale à l'économie sociale de marché (cf. al.1, 2 et 3 art. 3§3 TUE). En outre, le traité de Lisbonne, par la réorganisation des objectifs sociaux qu'il consacre (art. 3§3 TUE) et par l'introduction prometteuse d'une clause sociale transversale (art.9 TFUE), élargit le champ des objectifs sociaux sans garantir, par ces seules dispositions, la promotion d'un modèle social européen<sup>850</sup>. » Dès lors la protection sociale peut être perçue comme la solution à ce problème de compétitivité. Pour y remédier, il est possible d'envisager de faire glisser la protection sociale de la puissance publique aux organismes privés de gestion **(a)**. Ce qui permettra ensuite de mettre en concurrence les organismes de protection sociale **(b)**.

#### a. La privatisation croissante de la protection sociale

569. La tendance à glisser vers le modèle beveridgien de protection sociale dans les États membres repose sur la réduction des cotisations sociales au profit de l'impôt avec une focalisation sur le coût du travail en tant que levier de compétitivité<sup>851</sup>. La France a même pu décider que cette réduction s'exerce sans contrepartie par le truchement du crédit d'impôt compétitivité emploi,<sup>852</sup> avec des effets peu convaincants sur la compétitivité comme sur l'emploi<sup>853</sup>. Contrairement au courant de pensée majoritaire en la matière, « le lien entre cotisations sociales et coût du travail ne va cependant pas de soi : des pays à taux de cotisation très différents peuvent avoir des coûts du travail très voisins. Dans les pays du nord de l'Europe, le taux de cotisation sociale est plus faible, mais les salaires nets versés aux salariés sont plus élevés car ceux-ci acquittent un impôt sur le revenu beaucoup plus important. Les cotisations sociales constituent en réalité la part socialisée de la rémunération des salariés et ne sont pas une taxe sur les salaires. La protection sociale doit être vue comme un mode de redistribution des revenus salariaux en aval de leur distribution primaire<sup>854</sup>. » Une manifestation de cette tendance générale focalisée sur la baisse du coût du travail par une volonté de réduction des cotisations sociales se situe au niveau de la gestion du régime d'assurance maladie, sous le vocable de « maîtrise médicalisée des dépenses de santé ». Depuis la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, la santé n'a certes pas de prix, mais elle a un coût, qu'il convient désormais de faire peser sur le patient, du fait de son irresponsabilité potentielle. Ainsi, la contribution forfaitaire, non remboursable, est instaurée pour les actes médicaux et biologiques. Cette nouvelle franchise s'est accompagnée de plusieurs vagues de déremboursement total ou partiel des médicaments<sup>855</sup> au regard d'une appréciation toujours plus stricte de leur service médical rendu. Le tout juxtaposé au presque séculaire ticket

<sup>850</sup> *Union européenne : une Europe sociale et solidaire ?* pages 12-13.

<sup>851</sup> DREES, *La protection sociale en France et en Europe en 2013*, édition 2015, page 96.

<sup>852</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-20150701.

<sup>853</sup> Rapport 2016 du comité de suivi du CICE, page 2 : « ...Le CICE a conduit à une amélioration sensible des marges des entreprises...Le comité tient pour robuste les résultats des équipes de recherche qui concluent à l'absence d'impact de court terme du CICE sur l'investissement, la recherche-développement et les exportations...Le comité ... estime probable un effet direct de l'ordre de 50.000 à 100.000 emplois créés ou sauvés sur la période 2013-2014...Le comité relève peu d'effets du CICE sur les salaires par tête. »

<sup>854</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, *op. cit.*, page 133.

<sup>855</sup> <http://www.irdes.fr/documentation/syntheses/historique-de-la-politique-du-medicament-en-france.pdf>, page 8.



modérateur<sup>856</sup>, qui peut soit rester à la charge du patient, soit être remboursé par un organisme d'assurance complémentaire de frais de santé.

570. Le développement de ces « complémentaires santé » suit le transfert croissant de la couverture de certains risques, notamment maladie, du public vers le privé. La notion de contrat responsable<sup>857</sup> est également en ce sens. L'obligation faite aux entreprises, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, de faire adhérer leurs salariés à un contrat obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident<sup>858</sup> parachève ce mouvement de privatisation de la protection sociale. Ainsi, on constate que « sous couvert de l'aléa moral et de la responsabilisation du patient, l'action sur la demande, via l'accroissement de la participation de l'assuré, caractérise en effet les politiques françaises mises en œuvre dans le champ de l'assurance maladie depuis plusieurs décennies. Ces mesures résultent en réalité des échecs répétés de la maîtrise côté offre et s'apparente à une politique par défaut de report de la dépense sur le privé<sup>859</sup>. »

#### b. La mise en concurrence des organismes de protection sociale

571. Restant sur le cas de la France, le mouvement de privatisation de la protection sociale s'accompagne d'un assujettissement progressif, mais certain, au droit de la concurrence, révélateur de ce que les frais de santé et la prévoyance sont d'abord un marché au regard du droit de l'Union. La décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013 du Conseil constitutionnel, faisant écho à l'avis 13-A-11 du 29 mars 2013 de l'Autorité de la concurrence<sup>860</sup>, illustre cette volonté d'inclusion dans le champ du droit de la concurrence. En effet, les clauses de désignation des assureurs de frais de santé et de prévoyance au sein des branches professionnelles, conférant un monopole de droit aux assureurs ainsi désignés, ne passent pas le test de proportionnalité au regard du considérant 13 du Conseil constitutionnel : « les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale portent à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques. » Dès lors une procédure de mise en concurrence des organismes s'impose,<sup>861</sup> cette fois-ci pour être simplement recommandé, et plus désigné, au niveau des branches voire au niveau interprofessionnel. Le choix de l'employeur au niveau de l'entreprise demeure libre par application de la liberté contractuelle. L'objectif affiché de cette mise en concurrence des organismes étant fondé sur l'obtention du meilleur rapport qualité-prix<sup>862</sup> de la prestation servie aux assurés sociaux, soit par une meilleure couverture du champ des soins ou du niveau de garantie, soit par une prime d'assurance moindre. Qu'en est-il dans les autres États membres ? En Allemagne, l'obligation d'assurance maladie est individuelle donc indépendante du statut de la personne qui adhère. D'une manière plus générale, « l'objectif de limitation des prélèvements obligatoires, affiché par l'ensemble des gouvernements européens, se traduit un peu partout par la volonté de contenir l'augmentation des dépenses de santé et de limiter la part des ressources publiques allouée à cette fonction...les systèmes d'assurance maladie connaissent, comme partout en Europe, des réformes constantes. Si l'on s'efforce de les synthétiser, celles-ci ont consisté tout à la fois ces dernières années à :

<sup>856</sup> <http://www.irdes.fr/documentation/syntheses/historique-du-ticket-moderateur-en-france.pdf>.

<sup>857</sup> Art. L.871-1 Code Séc. Soc.

<sup>858</sup> Art. L911-7-I Code Séc. Soc.

<sup>859</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, op. cit, page 143.

<sup>860</sup> En particulier les points 102 et 107, pages 24 et 25.

<sup>861</sup> Décret n°2015-13 du 8 janvier 2015 relatif à la procédure de mise en concurrence des organismes dans le cadre de la recommandation prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.

<sup>862</sup> <http://www.irdes.fr/documentation/syntheses/la-protection-sociale-complementaire-en-france.pdf>, page 22.

-réduire la part des cotisations sociales ;

-faire une plus grande place aux assureurs privés dans la prise en charge des dépenses de santé ;

-introduire dans certains cas de la concurrence entre les offreurs de soins. ...L'État (hollandais) réglemente cette concurrence entre assureurs : il définit le panier de soins d'un assuré et ne peut établir aucune distinction fondée sur le sexe, l'âge ou l'état de santé. Toujours en fonction de ce principe de non sélection, les assureurs ne peuvent faire varier le montant de la prime en fonction des caractéristiques de la personne...Les règles d'ordre public prévoient également un système de franchise obligatoire et non réassurable<sup>863</sup>. »

572. Non contente d'identifier la protection sociale en tant que levier de compétitivité qui peut progressivement être soumis aux règles du marché donc de la concurrence, la rigueur budgétaire se manifeste par une voie juridique discutable : la soft law.

## 2. Le double effet pervers de la soft law en matière sociale

573. Le droit primaire comme dérivé a été peu utilisé pour faire émerger la dimension sociale de l'Union : « En matière sociale, l'instrument législatif a été globalement peu mobilisé par l'UE, qui s'est progressivement dotée de nouveaux outils de gouvernance, tels que la « méthode ouverte de coordination ». Comme le montrent plusieurs contributions à ce volume, les effets de cet instrument de soft law ont été limités.<sup>864</sup> » On aurait pu imaginer une utilisation habile du droit de l'Union pour pourvoir à cette dimension sociale tant souhaitée par les citoyens européens et si laborieusement mise en œuvre par ses institutions : « la mise en œuvre selon les pratiques nationales, ouverte par le traité de Maastricht, crée un ordre, conventionnel, parallèle à l'ordre juridique communautaire classique. Ce dernier ... ne fait pas encore de place aux accords collectifs en tant que tels. En la matière, comme souvent, la pratique a devancé le cadre juridique et cela pose des problèmes pour l'instant non résolus. La mise en œuvre hétérogène de l'accord-cadre européen sur le télétravail par un accord interprofessionnel étendu en France et par un simple code de conduite au Royaume-Uni en fournit une illustration claire. Quelles sont dans ces circonstances les garanties pour les travailleurs européens de bénéficier d'un fonds commun et équivalent de droits face à des régimes juridiques de protection aussi différents ? Que deviennent les objectifs d'harmonisation sociale dans le progrès ? Ne faudrait-il pas se contenter d'un traitement juridique minimal des normes du travail, distinct de l'harmonisation ?<sup>865</sup> »

574. Toutefois, à la faveur d'une crise désormais installée, la situation s'est empirée, de sorte que « la seule lecture des différents règlements aménageant cette surveillance conduit à un triple constat. La réduction des déficits prend le pas sur toute autre considération. Dans le cadre de cette surveillance, le dialogue se noue entre la Commission, le Conseil et le pouvoir exécutif des États : c'est-à-dire en dehors des instances naturellement compétentes en matière de protection contre les risques sociaux : qu'il s'agisse des Parlements nationaux (démocratie politique) ou des partenaires sociaux (démocratie sociale). Or, c'est au fil de cette procédure de surveillance (plus connue sous le nom de semestre européen) que s'élaborent concrètement les programmes de réforme des différents États, chaque programme étant ajusté à leurs objectifs respectifs de maintien ou de retour à l'équilibre<sup>866</sup>. »

<sup>863</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, op. cit, page 143.

<sup>864</sup> *Ibidem*, page VIII.

<sup>865</sup> MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, *L'harmonisation sociale européenne : processus et modèle*. Bruxelles, Bruylant, 2007, page 316.

<sup>866</sup> BORGETTO M., GUILLMOARD F., GINON A-S., *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain?* Dalloz, 2016, page 300.

Cette utilisation majoritaire de la soft law dans le domaine social a deux effets pervers. Sur le plan économique, la soft law au service de la rigueur budgétaire produit des effets procycliques (a) néfastes sur la protection sociale en période de crise. Sur le plan de l'État de droit, la soft law manque d'effectivité et de légitimité démocratique (b).

a. L'effet procyclique de la soft law en matière sociale

575. Qu'entend-on exactement par soft law ? On serait tenté de donner une définition doublement exclusive selon laquelle il s'agirait de toute règle non juridiquement contraignante ne résultant pas du processus législatif ou réglementaire normal. Pourtant, on s'aperçoit que si les règles de soft law ne contiennent pas d'obligation juridique, elles ont toutefois un effet puissamment contraignant, soit sur le plan technique, soit sur le plan économique, largement influencé par le pouvoir politique. De manière encore plus prégnante, certains éléments de soft law peuvent même accéder à la vie juridique contraignante par le truchement du juge. Il en est par exemple ainsi du point 4 de l'arrêt n°368082 du Conseil d'État<sup>867</sup> du 21 mars 2016 : « Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. » Cette position du Conseil d'État est réaffirmée en des termes identiques au point 5 de l'arrêt n°390023 du même jour. Dès lors, la position selon laquelle, sur le plan économique, l'utilisation de la soft law au service de la rigueur budgétaire produit des effets procycliques néfastes sur la protection sociale en période de crise se démontre à l'aune de deux périodes successives récentes. D'une part, le rôle de la protection sociale consiste précisément à limiter les effets néfastes d'une crise, tant au niveau individuel que systémique. Elle a donc normalement des propriétés homéostatiques, qui produisent un effet contracyclique. Ce qui s'est effectivement réalisé à l'occasion de la grande récession de 2008 : « Les prestations de protection sociale ont joué leur rôle de stabilisation automatique au point bas de la crise, soit l'année 2009. Tous risques confondus, dans l'UE 15, les dépenses de prestations de protection sociale ont en effet augmenté en volume 1 de 2,7 % en 2008, puis de 6,6 % en 2009.<sup>868</sup> » Puis, à partir de 2010, suite à cette crise financière majeure, cinq États membres ont présenté un risque systémique d'effondrement de leur économie nécessitant autant de plans de sauvetage d'urgence<sup>869</sup> : la Grèce, l'Irlande, le Portugal, Chypre et l'Espagne : « L'attaque de la Grèce par les spéculateurs financiers au début de 2010 et la demande grecque d'emprunt auprès de l'Union économique et monétaire et du Fonds monétaire international permettront à l'Union européenne et ses États membres de mettre en place, très rapidement, une nouvelle gouvernance économique renforçant très fortement la logique de tutelle sur les États, nouvelle étape rendue possible aussi par la philosophie qui alimente le Traité de Lisbonne, où la notion d'ordre public souverain est fortement réduite. (art.4§2 TUE + pt 30 arrêt 19/06/2008 C-319/06 où la Cour considère que la définition de l'ordre public d'un État membre ne peut être décidée unilatéralement par celui-ci).<sup>870</sup> » Bien que les conclusions en termes de projet social des auteurs soient particulièrement radicales, avec la disparition souhaitée du droit de propriété « lucrative » au profit d'une cotisation économique individuelle soutenue par un salaire universel conçu

<sup>867</sup><http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Droit-souple> le Conseil d'État accepte de juger des recours en annulation contre des actes de droit souple, à certaines conditions. De tels actes n'étaient jusqu'alors pas susceptibles de recours juridictionnels dès lors qu'ils n'ont aucun effet juridique.

<sup>868</sup> DREES, *La protection sociale en France et en Europe en 2013*, édition 2015, page 104.

<sup>869</sup> <http://www.touteurope.eu/actualite/qu-est-ce-que-la-troika.html>.

<sup>870</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, op. cit, page 96.

comme un droit politique <sup>871</sup>, leur constat apparaît quant à lui corroboré par l'affaiblissement du rôle tampon de la protection sociale largement détricotée dans les États membres en crise. Ceci alors que « les dépenses sociales de l'UE ... ne représentent à l'heure actuelle que 0,3% du total des dépenses sociales publiques consenties sur son territoire...il ne fait aucun doute que l'aide sociale restera essentiellement entre les mains des États membres<sup>872</sup>. » De sorte que la soft law installée par la troïka a produit un effet procyclique, amplifiant les effets négatifs de la crise en matière sociale : « Toutefois, ce rôle semble s'essouffler [...] : depuis 2010, la croissance annuelle des dépenses de protection sociale en volume est toujours inférieure à 1,0 % par an. Elle s'établit à seulement 0,4 % en 2012 alors même que la croissance du PIB est de nouveau en repli, après deux années de relatif rebond<sup>873</sup>. »

#### b. L'effet antidémocratique de la soft law en matière sociale

576. La rigueur budgétaire qui entoure l'Union, au-delà des sources textuelles issues du Traité de Maastricht du 7 février 1992<sup>874</sup>, mais aussi plus récemment du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire du 2 mars 2012, a eu pour effet de confier à des experts la charge de déterminer les politiques économiques structurelles idoines au niveau des États membres. Dès lors le rôle législatif des parlementaires européens comme nationaux en cette matière s'en trouve considérablement restreint, réduit à un débat dont l'issue est largement orientée par le gouvernement, obéissant lui-même à des contraintes européennes d'ordre technocratique. Or seuls les parlementaires élus au suffrage universel représentent les citoyens de manière légitime. Il en résulte une forme de déni de démocratie, en particulier sur la politique sociale, dès lors que le citoyen se trouve éloigné des décisions qui le concernent pourtant au premier chef. En matière sociale, cette soft law se développe très tôt dans la construction européenne en raison de l'absence de compétence exclusive transférée au niveau supranational. Cela se traduit en particulier par la rédaction de recommandations : « En fait la recommandation consiste en un exposé de la volonté de la Commission (ou du Conseil) impliquant une invitation envers les États membres en vue de leur faire adopter un comportement déterminé, que ce soit une action ou une abstention, susceptible de favoriser le rapprochement des législations nationales...Une illustration de cette œuvre de pré-harmonisation – non – normative – est donnée par la recommandation du 23 juillet 1962.<sup>875</sup>» L'auteure de poursuivre : « ...Suite à la crise économique et à ses répercussions sociales en Europe, une volonté d'accompagner l'intégration communautaire par un volet social s'est manifestée, d'abord par des déclarations d'intention, vite concrétisées par la mobilisation de toutes les ressources des traités fondateurs.<sup>876</sup>» On pourrait sans doute étendre cette mobilisation au-delà des ressources des traités, notamment à la faveur de la création du mécanisme européen de stabilité.

577. Doit-on pour autant se rallier à la prise de position qui suit ? « Le choix du néolibéralisme a placé le droit global (indicateurs, standards et autres codes de conduite) au cœur de la mondialisation. Non pas tant contre l'État que pour se libérer de la démocratie. La légitimité démocratique de la règle de droit, fondée sur la volonté générale, est ainsi battue

<sup>871</sup> FRIOT Bernard, GOBIN Corinne, à différencier du revenu de base débattu au Parlement européen.

<sup>872</sup> COM(2017) 358 du 28 juin 2017, *Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE*, 2017, page 14.

<sup>873</sup> DREES, *La protection sociale en France et en Europe en 2013*, édition 2015, page 104.

<sup>874</sup> Art. 104 C et 109 J, ainsi que le protocole sur les critères de convergence visés à l'art. 109 J.

<sup>875</sup> MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, op. cit., page 43.

<sup>876</sup> *Ibidem*.

en brèche par une autre légitimité : celle de l'efficacité.<sup>877</sup> » Bien que l'efficacité ne doive pas être opposée à la démocratie car, fort heureusement, ces deux notions sont parfaitement compatibles, on peut transposer l'analyse qui précède à la démarche entreprise par la troïka dans son immixtion budgétaire et structurelle au sein des finances des États membres cités supra. Rétrospectivement, on peut conclure, avec regret, à l'inefficacité de la troïka, qui peut s'élargir à la conception du droit, et par extension de la démocratie qu'ont les disciples de Milton Friedman : « La pratique néolibérale immunise les marchés contre l'intervention politique démocratique et sanctuarise les droits économiques du capital. Pourtant, aujourd'hui, ce qui s'apparente au droit dépasse les simples lois. D'autres outils aux effets normatifs exercent désormais une influence majeure sur la configuration juridique des sociétés occidentales. Cette pratique relève de la gouvernance, ce coup d'État conceptuel qui congédie le parlement pour créer des instances de discussions où toutes les parties prenantes, et pas seulement les représentants du peuple, sont invitées à participer (syndicats, ONG, entreprises, associations patronales, etc.) et qui substitue aux principes de la philosophie politique ceux du management. Or il est illusoire de croire en l'égalité des parties dans une telle instance. La disproportion des moyens garantit au capital une voix suréminente<sup>878</sup>. » Si les effets de la soft law pratiquée à l'échelle de l'Union affaiblissent encore sa dimension sociale, elle constitue pourtant la seule voie offerte pour tenter une « convergence sociale vers le haut<sup>879</sup> ». En effet, les règlements et directives étant particulièrement difficiles à élaborer sous l'empire de la politique sociale qui est loin d'être commune, seuls demeurent les instruments de soft law dans une optique incitative. Souhaitons que le socle européen de droits sociaux contredise cette conclusion sur le caractère incontournable de la soft law en matière sociale, malgré tous ses effets indésirables...

578. Pour conclure cette section, il appert que l'absence de transfert de souveraineté des États membres à l'Union en matière sociale, marqueur implicite de la primauté économique des objectifs européens, constitue un frein majeur à l'émergence d'une exception protectionniste à dimension sociale. Pire, le processus de régulation sociale, à l'exception notable de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, tend vers toujours plus de flexibilité aux dépens de la protection des travailleurs. Pourtant, parvenir non pas à un socle de droits sociaux minimaux, mais à des normes sociales équivalentes respectueuses des objectifs sociaux de l'Union permettrait de dépasser les frictions entre États-membres sur le terrain de la compétitivité. Le différentiel social étant ainsi lissé, seul resterait le différentiel fiscal pour la réalisation complète du marché intérieur dans des conditions de concurrence non faussées. Dès lors, ces normes sociales équivalentes devraient trouver à s'appliquer au sein de l'Union dans deux grandes catégories juridiques. D'une part, en termes de relations de travail à la fois souples et sécurisées, respectueuses et responsables, interdépendantes et négociées aux niveaux interprofessionnel voire sectoriel. D'autre part, en termes de protection sociale indifférente du statut du travailleur, qu'il soit salarié ou « indépendant », et s'exerçant aussi bien pendant les phases d'activité que de transition professionnelle. A ces conditions, non réunies en l'état actuel du droit de l'Union, le citoyen européen pourra voir son intérêt préservé par l'existence d'un ordre public social de protection.

---

<sup>877</sup> BENYKHELF Karim, *Droit global : un défi pour la démocratie*, C.E.R.A.S., Revue Projet, 2016/4 n°353, pages 14 à 22 ;

<sup>878</sup> *Ibidem*.

<sup>879</sup> Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne (2015/2255(INI)), page 15.

## Section 2 : L'exigence sociale de l'Union à l'égard des pays tiers

579. Sur le plan des relations extérieures, la manifestation de l'exigence sociale de l'Union à l'égard des pays tiers peut d'abord relever de la promotion de ses valeurs sociales. Ainsi, « le modèle social européen est considéré comme une composante de l'identité européenne et le droit primaire comme secondaire servent clairement de base à des principes politiques susceptibles d'en proposer une définition composite. Le modèle social s'entend au sens large, à la fois des questions sociales mais également économiques et environnementales<sup>880</sup>. » On comprend alors que cette exigence sociale serait diffuse : « Ni catégorie type, ni stricte référence, le modèle social désignerait alors plutôt l'héritage encore diffus de la dialectique entre l'État de droit, l'individu et le progrès social<sup>881</sup>. » Exhorter les pays tiers à adopter, et surtout à respecter, les conventions sociales internationales en contrepartie d'un accès préférentiel au marché de l'Union représente ainsi un moyen efficace de développement et de diffusion des valeurs sociales de l'Union. La question se pose ensuite de savoir quel niveau d'exigence sociale l'Union peut-elle envisager de pratiquer à l'égard des pays tiers, et quelle exception protectionniste à dimension sociale en résulterait aux frontières de l'Union. De même, sous quelle forme juridique cette exigence peut-elle être formulée de manière efficace ? La même exigence sociale doit-elle se manifester *erga omnes* ou de manière sélective, à l'instar du SPG+ ? Selon une approche plus défensive, l'exigence sociale de l'Union pourrait également relever de la protection de ses acquis sociaux, résultant d'un ordre public protecteur du droit de l'Union fondé en droit international privé sur ce qu'il est convenu d'appeler la clause de réserve. Ainsi que l'écrit Andreas BUCHER<sup>882</sup> : « L'existence d'une telle clause de réserve [d'ordre public], explicite ou implicite, est d'ailleurs admise en tant que principe général du droit, applicable également aux conventions internationales qui n'en feraient pas mention, dans la mesure où les États contractants n'ont pas manifesté une volonté d'y renoncer ou d'en restreindre le contenu et la portée. Pareille restriction peut notamment se manifester dans le cadre des Communautés européennes<sup>883</sup>. » Cette analyse pourrait être ainsi relevée de l'échelle des États membres à celle de l'Union pour que celle-ci représente tant un rempart qu'un étendard de la dimension sociale sous forme d'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union. Il s'agira donc en conséquence de questionner le contenu de l'exigence sociale de l'Union (§1), tout comme sa mise en œuvre (§2).

## §1 : Le contenu de l'exigence sociale

580. Appréhender le contenu de l'exigence sociale que pourrait développer l'Union à l'égard des pays tiers renvoie au choix de la méthode idoine. Si l'on se réfère à l'histoire de la construction européenne en matière sociale, il en ressort assez clairement qu'elle s'est

<sup>880</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine, op. cit., page 19.

<sup>881</sup> *Ibidem*, page 20.

<sup>882</sup> BUCHER Andreas. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*. Leiden, Pays-Bas, 2008.

<sup>883</sup> Le respect de l'identité nationale des États membres implique certes une marge de manœuvre en faveur de l'ordre public des États, mais ceux-ci doivent adapter leur ordre public au droit communautaire et ne l'appliquer que dans la mesure où il est conforme, notamment, au principe de l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité. Cf. Antoon V. M. Struycken, « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », RCADI, tome 232 (1992-I), pages 257-383 (278-282) ; Martiny, Tagung Osnabrück, 1990, pages 227-241 ; Wulf-Henning Roth, « Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht », *RabelsZ*, 55 (1991), pages 623-672 (660-664) ; Erik Jayme/Christian Kohler, « Das Internationale Privat und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht », *IPRax*, 12 (1992), pages 346-356 (347).

inscrite dans le sillage du développement économique de ses membres porté par un projet commun : la réalisation du marché intérieur.

D'une certaine manière, chaque État membre était un pays tiers à l'égard de l'autre, de sorte que l'exigence sociale de convergence a d'abord eu lieu au sein de l'Union.

Dès lors on peut se référer avec attention à la méthode entreprise pour la construction européenne dans le but de développer une exigence sociale de plus en plus élevée, en commençant par en étudier le sens (A). On s'attachera ensuite à parcourir l'étendue de cette exigence sociale qui sera marquée par l'application du principe de réciprocité à l'égard des pays tiers (B).

#### A. Le sens de l'exigence sociale de l'Union

581. La posture de l'Union en tant que promoteur des valeurs sociales édictées dans son droit primaire doit être pourvue de sens afin que les États tiers puissent y adhérer sans réserve. C'est à cette condition que l'exception protectionniste à dimension sociale peut être légitimée à l'échelle de l'Union. Dès lors, deux orientations de l'exigence sociale sont possibles. Classiquement, l'Union est porteuse de valeurs humanistes par antagonisme profond tiré des enseignements de la seconde guerre mondiale<sup>884</sup>.

À ce titre, l'exigence sociale à l'égard des pays tiers pourrait se manifester par la volonté de protection des droits sociaux fondamentaux (1). Au lieu de cette approche humaniste, il est possible de donner un sens encore plus fort à la dimension sociale en exigeant des pays tiers l'exercice d'un État de droit social (2).

##### 1. La protection par l'Union des droits sociaux fondamentaux

582. L'Europe d'après-guerre s'est refondée sur des bases à la fois pacifiques et économiques. Ce n'est que dans un second temps, par ricochet, que le développement des droits sociaux intervient, par nécessité, lorsque le modèle économique n'est plus satisfaisant. Sous l'empire du Traité de Lisbonne, l'état actuel des droits sociaux applicables est le suivant : « En matière sociale proprement dit, le traité [de Lisbonne] renforça les objectifs sociaux et intégra la Charte des droits fondamentaux qui devint contraignante. S'y trouvent inscrits de nouveaux objectifs sociaux pour l'UE et des droits sociaux fondamentaux : économie sociale de marché visant plein emploi et progrès social, lutte contre l'exclusion, solidarité intergénérationnelle, promotion de la cohésion économique, sociale et territoriale, et entre États membres, clauses sociale horizontale dans toutes les politiques de l'Union européenne, notamment celles relatives au marché intérieur<sup>885</sup>. »

Cette situation révèle le maintien d'une approche sociale minimale de l'Union (a), caractérisée par une forme de normativité sociale libérale (b).

##### a. L'approche sociale minimale de l'Union

583. L'exigence sociale de l'Union formulée selon une approche minimale représente nécessairement une moindre barrière à l'entrée pour les pays tiers. L'esprit de cette exigence pourrait s'inspirer des prévisions de l'Acte unique, en particulier au visa de son article 118 A : « 2. Pour contribuer à la réalisation de l'objectif prévu au paragraphe 1, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, en coopération avec le Parlement européen et après consultation du conseil économique et social, arrête par voie de directive les prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres.

<sup>884</sup> Préambule du Traité sur L'Union européenne, alinéa 2.

<sup>885</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, op. cit, page 68.

Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcée des conditions de travail compatibles avec le présent traité. »

En effet, si l'on s'attarde à la construction européenne en matière sociale, on peut considérer que, en l'absence de transfert de compétence à l'Union pour mener une politique sociale commune, les États membres se comportent finalement comme des pays tiers les uns vis-à-vis des autres. Cette exigence sociale serait donc dépourvue d'autre caractère contraignant avec toutefois une grande souplesse laissée États membres pour assurer l'atteinte des objectifs fixés, qui réside dans la garantie des droits sociaux fondamentaux affirmés dans le droit primaire. Il en est ainsi de l'égalité de traitement<sup>886</sup> et de la non-discrimination, du droit à l'information et à la consultation dans l'entreprise<sup>887</sup>, du droit à la négociation et à l'action collective<sup>888</sup>, du droit de se syndiquer<sup>889</sup>, du droit d'accès aux services de placement<sup>890</sup>, du droit à la protection en cas de licenciement<sup>891</sup>, du droit à la protection des enfants et des jeunes au travail<sup>892</sup>, du droit de conciliation entre vie professionnelle et vie familiale<sup>893</sup>, du droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale<sup>894</sup>, du droit à la santé<sup>895</sup> et du droit à l'accès aux services d'intérêt économique général<sup>896</sup>. Il est à noter que cette charte des droits fondamentaux proclamée à Strasbourg le 12 décembre 2007<sup>897</sup>, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009, n'est pas obligatoire pour tous les États membres. En effet, la Pologne et le Royaume-Uni ont en obtenu l'opt out, ce qui remet en cause l'unité de l'Union y compris sur le plan social minimal, et nuit ainsi à l'affirmation d'une exigence sociale à l'égard des pays tiers.

584. Cette approche sociale minimale se trouve largement relayée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Il en est par exemple ainsi dans le cadre de la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : « Les articles 3 et 4 de la directive 80/987, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, telle que modifiée par la directive 2002/74, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui subordonne la possibilité, pour les travailleurs dont l'employeur se trouve en situation d'insolvabilité, de faire valoir intégralement leur droit au paiement des créances salariales impayées, non contestées et reconnues par la réglementation nationale, à l'obligation de se faire enregistrer en tant que demandeur d'emploi.

En effet, ce n'est que par voie d'exception que les États membres ont la faculté, en vertu de l'article 4 de la directive 80/987, de limiter l'obligation de paiement visée à l'article 3 de celle-ci. Cet article 4 doit être interprété de façon restrictive et conforme à sa finalité sociale, qui est d'assurer un minimum de protection à tous les travailleurs... »<sup>898</sup> Dans le même sens : « D'autre part, la directive 80/987, telle que modifiée, ne vise qu'une protection minimale des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur.<sup>899</sup> »

<sup>886</sup> Articles 20 s. de la charte des droits fondamentaux.

<sup>887</sup> Article 27 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>888</sup> Article 28 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>889</sup> Article 12 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>890</sup> Article 29 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>891</sup> Article 30 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>892</sup> Article 32 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>893</sup> Article 33 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>894</sup> Article 34 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>895</sup> Article 35 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>896</sup> Article 36 de la charte des droits fondamentaux.

<sup>897</sup> Reprenant, en l'adaptant, la Charte proclamée le 7 décembre 2000.

<sup>898</sup> Arrêt du 17 novembre 2011, van Ardenne (C-435/10, Rec. Page I-11705) (cf. points 30-31, 34-35, 39).

<sup>899</sup> Arrêt du 28 novembre 2013, Gomes Viana Novo e.a. (C-309/12) (cf. points 22, 27, 29, 31, 32, 37).



585. La méthode des directives révèle donc une exigence sociale de faible intensité dans son principe. Cette situation s'illustre également dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, de façon encore plus prégnante et sensible, concernant cette fois la durée du travail : « L'article 6, sous b), de la directive 2003/88, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, remplit toutes les conditions requises pour produire un effet direct, étant donné qu'il met à la charge des États membres, dans des termes non équivoques, une obligation de résultat précise, et qui n'est assortie d'aucune condition quant à l'application de la règle qu'il énonce, consistant à prévoir un plafond de 48 heures, comprenant les heures supplémentaires, en ce qui concerne la durée moyenne hebdomadaire de travail. La circonstance que la directive permet aux États membres de déroger à l'article 6 de ladite directive n'affecte pas le caractère précis et inconditionnel de ce dernier article, sous b). En effet, la faculté des États membres de ne pas appliquer l'article 6 est subordonnée au respect de toutes les conditions énoncées à l'article 22, paragraphe 1, premier alinéa, de la même directive, de sorte qu'il est possible de déterminer la protection minimale qui doit en tout état de cause être mise en œuvre<sup>900</sup>. »
586. Cette approche minimale apparaît donc comme un mode envisageable de promotion de l'exigence sociale de l'Union à l'égard des pays tiers mais ne caractérise pas véritablement l'exception protectionniste par sa nature. Dans cette hypothèse, l'Union serait le promoteur d'une forme de normativité que l'on pourrait qualifier de sociale libérale, par effet miroir de son droit régional interne.

#### b. La normativité sociale libérale de l'Union

587. Pour le pays tiers qui serait soumis à l'exigence sociale minimale de l'Union, la normativité sociale libérale caractérise un législateur dont l'objectif réside dans la garantie d'une protection minimale en matière sociale. Le préalable à ce mode de fonctionnement est que le pays tiers en cause fonctionne selon le principe de l'État de droit. Il doit donc avoir une constitution instituant une hiérarchie des autres normes qui en découlent, cet ensemble de règles trouvant à s'appliquer de manière égale à chaque sujet de droit sous le contrôle souverain d'une justice indépendante. On identifie déjà un certain nombre de pays qui ne répondent pas à cette exigence fondamentale. Pour illustrer cette normativité sociale libérale pratiquée au sein de l'Union et qu'il s'agirait d'exporter, on peut citer une résolution du Parlement européen concernant le dumping social, qui « recommande également l'instauration de planchers salariaux sous la forme d'un salaire minimum national.<sup>901</sup> » En cas de différend avec le pays tiers, la jurisprudence suivante pourrait refléter l'appréciation de l'Union quant au respect de l'exigence législative minimale, s'agissant par exemple de la situation sensible de licenciement d'un représentant des travailleurs : « L'article 7 de la directive 2002/14, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, doit être interprété en ce sens qu'il n'exige pas qu'une protection renforcée contre le licenciement soit accordée aux représentants des travailleurs. Toutefois, toute mesure prise pour transposer cette directive, qu'elle soit prévue par une loi ou par une convention collective, doit respecter le seuil minimal de protection prévu à ladite disposition. Nonobstant la marge d'appréciation laissée aux États membres et aux partenaires sociaux en la matière, une convention collective prévoyant une protection des représentants des travailleurs inférieure à celle considérée comme nécessaire par le législateur national dans une loi de transposition pour se conformer, dans son ordre juridique interne, au seuil minimal de protection prévu à l'article 7 de la directive 2002/14 ne saurait être déclarée conforme à celui-ci. Le licenciement d'un représentant des travailleurs motivé par sa qualité ou par les fonctions exercées par celui-ci en cette qualité de représentant serait incompatible avec la

<sup>900</sup> Arrêt du 14 octobre 2010, Fuß (C-243/09, Rec. page I-9849) (cf. points 57-61, 63, 65-66).

<sup>901</sup> Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne (2015/2255(INI)), page 15.

protection exigée par l'article 7 de la directive 2002/14<sup>902</sup>. » Une autre illustration jurisprudentielle de la normativité sociale libérale sur le même thème de la protection contre le licenciement pourrait s'exprimer dans ces termes : « Par ailleurs, si l'article 30 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit que tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, cet article ne condamne pas l'enchaînement de contrats à durée déterminée. De plus, la fin d'un contrat de travail à durée déterminée, du simple fait de la survenance de son terme, ne constitue pas un licenciement devant être spécialement motivé au regard de l'aptitude, de la conduite ou des nécessités de fonctionnement de l'institution<sup>903</sup>. »

588. Au-delà des débouchés commerciaux considérables que le marché intérieur de l'Union représente, quel intérêt aurait un pays tiers à adopter cette forme de normativité sociale libérale promue par l'Union ?

Un argument anxigène mais probablement très efficace pourrait résider dans l'analyse des soulèvements à l'échelle mondiale : « La volonté politique de lutte contre les discriminations a systématiquement émergé quand le niveau de menace à l'ordre public est devenue trop élevé.<sup>904</sup> » Pour compléter et approfondir cette analyse synthétique, il apparaît également que la mise en place de l'État providence résulte de deux volontés<sup>905</sup> politiques agissant sur le plan interne mais aussi externe au système capitaliste dans lequel nous sommes parties prenantes depuis que le droit de propriété existe. La première volonté réside dans la recherche, au sein du déséquilibre entre capital et travail, d'une balance entre droits économiques et droits sociaux du système capitaliste qui demeure acceptable pour les populations laborieuses. La seconde volonté systémique réside dans la dissuasion des velléités communistes, en concurrence avec le système capitaliste jusque dans les années 1990, par l'intrication d'une couche sociale revêtant la forme de l'État providence.

589. La mise en place d'une protection sociale effective peut aussi s'analyser sous l'angle de l'intérêt commun des parties prenantes au système capitaliste plutôt que sous celui de la promotion de valeurs humanistes. De sorte que la promotion de l'exigence sociale de l'Union peut aussi se faire selon une approche pragmatique, plus compatible avec l'objectif de faisabilité.

## 2. La promotion par l'Union de l'État de droit social

590. De manière plus ambitieuse mais d'autant moins réaliste, car nécessitant des efforts plus importants des États tiers dans le domaine social, l'exigence de l'Union peut s'élever au niveau de l'État de droit social.

De la sorte, elle se positionnerait selon une approche sociale maximale (a), qui pourrait se manifester par l'exigence de normes sociales et solidaires (b).

### a. L'hypothèse d'une approche sociale maximale

591. La communication de la Commission du 8 mars 2016 sur la construction d'un socle européen de droits sociaux peut à première vue apparaître comme une approche minimale. Toutefois, avec la large consultation publique ouverte au même moment, et l'action du Parlement européen et des différentes parties prenantes, qu'il soit permis de penser que cette approche puisse mener à l'affirmation de ce que « le modèle social européen

<sup>902</sup> Arrêt du 11 février 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark* (C-405/08, Rec. page I-985) (cf. points 58, 62, 66, disp. 2).

<sup>903</sup> Ordonnance du 14 mars 2013, *Christoph e.a. / Commission* (F-63/08) (cf. points 51, 52, 55).

<sup>904</sup> SABBAGH Daniel, *L'Obamacare, un outil puissant contre les discriminations*, 1<sup>er</sup> août 2016, <https://www.mediapart.fr/journal/international/010816/daniel-sabbagh-l-obamacare-un-outil-puissant-contre-les-discriminations?onglet=full>.

<sup>905</sup> DEFRAIGNE Jean-Christophe, op. cit, pages 2 s.

constitue dès lors un projet commun, dont l'objectif principal est la convergence sociale vers le haut, à savoir une amélioration soutenue du bien-être de tous les citoyens dans l'ensemble des pays de l'Union, fondée sur une croissance économique durable et inclusive et sur des mesures garantissant qu'aucun citoyen ni aucun pays ne sera laissé de côté et que chacun est libre de participer à la société et à l'économie<sup>906</sup>. »

592. Au niveau international, et plus précisément multilatéral, cette approche trouve le soutien de l'OIT qui y consacre une étude<sup>907</sup>. À l'instar de l'Allemagne qui a inscrit l'État de droit social à l'article 20 (1) de sa Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social », l'Union pourrait exiger que l'obligation sociale du pays tiers soit élevée au niveau de sa constitution. Dans une formulation différente, l'état de droit social se retrouve également dans la Constitution française, dès son article 1<sup>er</sup> : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. »

Cette exigence constitutionnelle est confirmée par la conclusion doctrinale suivante : « Le principe de l'État social participerait alors, selon cette conception, d'une certaine définition du statut constitutionnel de l'État. Cette conception n'est pas strictement étrangère à celle retenue par le droit de l'Union européenne qui identifie également les fonctions essentielles de l'État comme relevant du statut européen de l'État membre.<sup>908</sup> »

593. Toutefois, il n'est décemment pas possible d'exiger plus en matière sociale que ce que l'Union s'applique à elle-même. Or, ainsi que le précise l'auteur précédent, « In fine, c'est sans doute la lecture ordolibérale du principe d'État social qui imprimera durablement non seulement la doctrine allemande de la mission sociale de l'État – mais également – et ce à la faveur de quelques travestissements – la doctrine européenne d'un modèle social au sein de l'Union. En effet, contrairement au modèle social français qui fonde dans les principes républicains l'encadrement de l'action de l'État voire la légitimation de la puissance étatique, le modèle social allemand a durablement été marqué par l'idée que la mission sociale de l'État se comprend précisément par la limitation de son intervention.<sup>909</sup> »

#### b. La normativité sociale et solidaire

594. Revenir sur le contenu de la solidarité pour en identifier les manifestations dans le droit de l'Union importe : « On peut ... attacher à « solidarité » une polysémie au moins aussi riche qu'à « liberté » : il suffit de songer à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne...couvre à la fois la revendication individuelle et l'obligation collective : un droit et un devoir.<sup>910</sup> » Pour préciser le trait, l'auteur poursuit : « On néglige qu'elle [la solidarité] est d'abord un principe fondamental, c'est-à-dire non pas uniquement le vecteur de la revendication individuelle d'un bénéficiaire identifiable (le malheureux, le pauvre, le faible, la victime...) mais le fondement d'une obligation générique...il est peu discutable que la solidarité dans la Constitution française vise l'ensemble des défavorisés. Or on ne voit pas pourquoi, dans « défavorisé », il faudrait n'entendre que « personne physique ». La péréquation, qui consiste au moins à donner plus aux pauvres, dont l'idée même est en outre difficilement dissociable du projet européen...<sup>911</sup> »

595. L'instrument européen majeur de la solidarité réside donc dans « la péréquation financière, du latin *paraequare* : « égaliser », à rapprocher de la notion d'égalisation dans le progrès européenne, couvre tous les systèmes de redistribution des ressources (et éventuellement de charges) en fonction inverse de la richesse. Sans doute s'agit-il techniquement de tendre

<sup>906</sup> RODRIGUES Maria Joao, *Projet de rapport sur un socle européen de droits sociaux* op. cit.

<sup>907</sup> Building a social pillar for European convergence / International Labour Office. Geneva: ILO, 2016

<sup>908</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine, op. cit., page 28.

<sup>909</sup> *Ibidem*, page 32.

<sup>910</sup> *Ibidem*, page 168

<sup>911</sup> *Ibidem*, page 169

à l'égalité. Mais, fondamentalement, il s'agit de mutualisation<sup>912</sup>. » Un précédent national de normativité sociale et solidaire, au succès très relatif, existe : il s'agit de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire<sup>913</sup>, dite loi « Hamon ». L'intérêt de cette loi, à tout le moins intellectuel, réside dans le transfert d'une certaine responsabilité sociale aux acteurs les plus prégnants de la vie économique de nos sociétés libérales : les entreprises. L'exposé des motifs de la loi éclaire ainsi la volonté du législateur : « les principes irriguant ce mode d'entreprendre différent : l'aspiration à la démocratie au sein de l'entreprise : en choisissant une gouvernance qui associe les salariés, les producteurs, les adhérents, les sociétaires ou les bénévoles, elle installe la démocratie dans « l'atelier » et soustrait la pérennité de l'entreprise à la décision solitaire et unilatérale du propriétaire du capital ; la mesure et de la tempérance : le temps de l'économie sociale et solidaire est celui du long terme pour favoriser la durabilité de son activité dans le temps. Secteur économique à l'investissement patient, les entreprises de l'économie sociale et solidaire consacrent ainsi leurs excédents aux forces productives, à l'investissement collectif et aux réserves impartageables ; le bénéfice pour tous comme finalité : l'économie sociale et solidaire réconcilie l'économie avec le sens commun des « bénéfiques » c'est-à-dire des bienfaits (*benefitius*). Elle replace l'homme et ses besoins au cœur de la décision économique. Elle replace l'intérêt général et le progrès collectif parmi les finalités premières de l'activité économique. » Il s'agit donc, pour les entreprises constituées sous forme de société qui le souhaitent, d'aller bien au-delà des prévisions des articles 1832 et suivants du code civil – avant leur nouvelle rédaction prévisible après l'entrée en vigueur de la loi « PACTE<sup>914</sup> », par l'ajout de la raison d'être et la considération des enjeux sociaux et environnementaux – en complétant leur objet social par des objectifs à finalité et à utilité sociales. Changement de paradigme ou simple approche taxinomique résultant du constat d'existence de telles entreprises sociales et solidaires dans le tissu économique actuel ? La seconde hypothèse apparaît la plus probable et l'effort de classification comme de qualification dominant nettement la révolution de ce côté de la loi. Un peu plus loin, une référence directe à l'article 3 alinéa 3 TUE est faite : « Enfin, le projet de loi s'inscrit dans le cadre de l'initiative de la Commission européenne pour promouvoir ce secteur comme un acteur à part entière d'une « économie sociale de marché hautement compétitive. » » Seul le renforcement du droit d'information des salariés à l'occasion de la cession de l'entreprise constitue une progression des droits des travailleurs, qui peut toutefois se révéler inopérante en pratique. Ainsi, de la même manière que le locataire d'un bien immobilier doit être informé par son propriétaire de la vente du logement qu'il occupe<sup>915</sup>, le salarié doit désormais être préalablement informé par son employeur de la vente de l'entreprise pour laquelle il travaille. Au-delà des aspects techniques<sup>916</sup>, en partie réglés par le décret d'application<sup>917</sup>, nous sommes bien loin d'un droit de préemption car les conditions de la vente ne sont pas communiquées et, surtout, conformément à la liberté contractuelle, l'entrepreneur cédant conserve toute liberté de refuser une éventuelle offre de reprise par un ou plusieurs de ses salariés. Beaucoup de bruit pour rien ? Très certainement, ou comment produire les effets inverses de ceux souhaités...

596. Revenant à l'échelle de l'Union, on observe que « le champ des aménagements concurrentiels, dans les domaines relatifs à a protection sociale, aux activités sanitaires ou

<sup>912</sup> *Ibidem*, page 177.

<sup>913</sup> À comparer sous la même législature avec la loi « Travail » n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

<sup>914</sup> Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, articles 61 et suivants, NOR : ECOT1810669L.

<sup>915</sup> Article 15 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

<sup>916</sup> [http://www.economie.gouv.fr/files/2016\\_guide\\_pratique\\_information\\_salaries\\_entreprises.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/2016_guide_pratique_information_salaries_entreprises.pdf).

<sup>917</sup> Décret n° 2014-1254 du 28 octobre 2014 relatif à l'information des salariés en cas de cession de leur entreprise.

aux services publics sociaux, par exemple, montre que le droit de l'Union s'écarte de l'orthodoxie ordolibérale selon laquelle l'État n'intervient pas « en tant qu'instance de redistribution ou de régulation conjoncturelle de l'économie »...l'orthodoxie serait favorable à un système d'assurances privées.<sup>918</sup> » Dans le même sens, mais de manière encore plus générale, “It is argued that the balance between open and competitive markets, on the one hand, and sustainability and solidarity objectives, on the other, constitutes an integral part of the European model<sup>919</sup>.” Des illustrations jurisprudentielles de cette normativité sociale et solidaire peuvent être confirmées au regard de la prise en charge par le droit de l'Union de la maternité : « L'article 11, points 2 et 3, de la directive 92/85, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391), doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale prévoyant qu'une travailleuse en congé de maternité a droit à une rémunération équivalente au salaire moyen qu'elle a perçu au cours d'une période de référence antérieure au début dudit congé, à l'exclusion de l'indemnité pour astreinte sur le lieu de travail... Lorsqu'une travailleuse est absente du travail parce qu'elle bénéficie d'un congé de maternité, la protection minimale exigée par ledit article 11, points 2 et 3, n'implique donc pas le maintien intégral de la rémunération de l'intéressée ni le paiement de l'indemnité pour astreinte sur le lieu de travail<sup>920</sup>. » De façon encore plus prégnante, concernant la prise en compte de la situation de maternité et des effets qu'elle produit sur le plan personnel comme professionnel : « Quant au congé de maternité, il poursuit une finalité différente. Il vise à assurer la protection de la condition biologique de la femme et les rapports particuliers entre cette dernière et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement, en évitant que ces rapports ne soient troublés par le cumul des charges résultant de l'exercice simultané d'une activité professionnelle<sup>921</sup>. » Cette dernière jurisprudence illustre parfaitement l'analyse selon laquelle le principe européen de solidarité dépasse le principe constitutionnel français d'égalité par la considération de chaque situation singulière : « Si l'on veut admettre que la solidarité est intrinsèquement un principe de discrimination positive, elle ne saurait donc être réduite à une simple mise en œuvre du principe constitutionnel traditionnel d'égalité. Serait-il temps d'introduire en droit français la conception européenne de l'égalité, celle qui n'interdit pas seulement de traiter différemment les situations identiques, mais qui oblige à traiter différemment les situations différentes ?<sup>922</sup> » Cette approche comparative met en évidence la possibilité, et l'utilité sociale à l'égard de son bénéficiaire, d'opérer un traitement différencié de manière unilatérale commandé par l'ordre public social de protection.

597. S'il est manifeste que l'idée d'imposer aux pays tiers une normativité sociale et solidaire a peu d'avenir, celle de transposer l'approche sociale minimale de l'Union pourrait trouver à s'appliquer au sein des pays tiers par le truchement d'une « articulation des normes négociées avec les normes légales selon le principe de l'ordre public social. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le principe d'ordre public en droit du travail contient l'idée d'instauration d'un socle minimal de droits applicable à l'ensemble des travailleurs, abstraction faite – dans une certaine mesure – des catégories et des différenciations.

<sup>918</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine, op. cit., page 42.

<sup>919</sup> ORBIE Jan, TORTELL Lisa, op. cit., page 16.

<sup>920</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010, Gassmayr (C-194/08, Rec. page I-6281) (cf. points 85-86, 88, 90-91, disp. 3).

<sup>921</sup> Arrêt du 16 juin 2016, Rodríguez Sánchez (C-351/14) (cf. points 43, 44, 48).

<sup>922</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine, op. cit., page 185.

Ceci s'explique précisément par l'importance de la dimension holiste, du caractère social, acquis par le droit du travail...<sup>923</sup> ». Dès lors une exception protectionniste à dimension sociale pourrait voir le jour.

## B. L'étendue de l'exigence sociale de l'Union

598. Désormais pourvue d'un sens que l'on établira selon une approche minimale, médiane ou maximale, l'exigence sociale de l'Union à l'égard des pays tiers peut classiquement s'étendre aux deux grandes branches du droit social.

D'une part, l'Union peut conditionner ses relations économiques à l'application par le pays tiers en cause de normes régissant le rapport de travail qui soient suffisantes (1). D'autre part, l'exigence sociale de l'Union ne serait pas complète si elle ne déterminait pas un niveau de protection sociale acceptable (2).

### 1. L'exigence sociale de l'Union à l'égard du rapport de travail

599. Dans un monde où la division internationale du travail occupe la majorité des travailleurs, il importe que la relation individuelle de travail trouve une définition la plus englobante possible (a), ceci afin d'assurer la protection du plus grand nombre. Toutefois, l'exigence sociale regardée sous l'angle du rapport de travail pourrait accroître son efficacité en présence de liens forts entre relations individuelles et collectives de travail qui assureraient une certaine cohésion sociale (b).

#### a. Pour une définition la plus large possible du rapport de travail

600. Pour assortir ses relations extérieures d'une exigence sociale, l'Union doit d'abord préciser ce qu'elle entend par rapport de travail. Rappelons une partie du programme de l'Union, au visa de l'article 3§5 TUE : « Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité... » Pour ce faire en matière sociale, il convient de retenir une définition du rapport d'emploi d'ordre fonctionnelle, la plus large possible car la plus protectrice. Ainsi, on peut se rallier à la doléance du Parlement européen, qui souhaite une « définition de la notion d'emploi qui dépende moins du respect total des critères pertinents.<sup>924</sup> »

Ainsi, cette définition souple et large retenue par le droit de l'Union, et donc exportable en termes d'exigence sociale aux pays tiers permettrait « l'adoption d'une directive sur des conditions de travail équitables pour tous les types d'emploi,... il convient que cette directive s'applique aux salariés comme à tous les travailleurs occupant des formes d'emploi atypiques, telles que le travail à durée déterminée, le travail à temps partiel, le travail sur demande, le travail indépendant, le travail participatif, les stages ou les formations; demande l'actualisation de l'acquis de l'Union de sorte que celui-ci s'applique à l'ensemble des travailleurs<sup>925</sup> ».

Des applications jurisprudentielles de cette conception élargie du rapport de travail existent, en particulier en faveur de travailleurs potentiellement exposés à un risque de discrimination qui se traduirait soit par une dégradation soit même par une rupture de leurs relations de travail. Le traitement de la situation des femmes durant la période qui entoure

<sup>923</sup> AUVERGNON Philippe, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale. Union européenne et cohésion sociale. Talence, France : Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 1998, page 82.

<sup>924</sup> RODRIGUES Maria Joao, *Projet de rapport sur un socle européen de droits sociaux*, op. cit., page 5.

<sup>925</sup> *Ibidem*.

leur congé maternité est particulièrement éclairant à cet égard : « En effet, l'objectif poursuivi par des règles du droit de l'Union régissant l'égalité entre les hommes et les femmes dans le domaine des droits des femmes enceintes ou accouchées est de protéger celles-ci avant et après l'accouchement. Cet objectif, qui inspire tant la directive 92/85 que la directive 76/207, ne pourrait pas être atteint si la protection contre le licenciement accordée par le droit de l'Union aux femmes enceintes dépendait de la qualification formelle de leur relation d'emploi en droit national ou du choix fait lors de leur engagement entre l'un ou l'autre type de contrat. Quelle que soit la directive applicable, il importe d'assurer à l'intéressée la protection accordée par le droit de l'Union aux femmes enceintes dans le cas où la relation juridique qui l'unit à une autre personne a été rompue en raison de sa grossesse<sup>926</sup>. »

601. Cette approche plus souple de la définition du travailleur trouve également à s'appliquer aux personnes en situation de handicap : « La notion de travailleur, au sens de l'article 7 de la directive 2003/88, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, et de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprétée en ce sens qu'elle peut englober une personne admise dans un centre d'aide par le travail qui, en tant que personne handicapée, n'est pas en mesure d'occuper un emploi dans des conditions normales... Ces activités permettent de valoriser la productivité, aussi réduite soit-elle, des personnes lourdement handicapées et, en même temps, d'assurer la protection sociale qui leur est due<sup>927</sup>. » De manière plus sensible encore au regard cette fois de leur utilisation significative au sein du marché national<sup>928</sup> comme européen<sup>929</sup> du travail, la définition du travailleur sous contrat à durée déterminée est particulièrement contrôlée par la Cour de justice de l'Union européenne : « La notion de "travailleur à durée déterminée", au sens de la clause 3, point 1, de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, qui figure à l'annexe de la directive 1999/70, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'applique à un travailleur faisant partie du personnel auxiliaire en vertu du droit national. En effet, la directive 1999/70 et l'accord-cadre trouvent à s'appliquer à l'ensemble des travailleurs fournissant des prestations rémunérées dans le cadre d'une relation d'emploi à durée déterminée les liant à leur employeur. La seule circonstance qu'un travailleur soit qualifié d'auxiliaire en vertu du droit national ou que son contrat de travail présente certains aspects particuliers, tels un caractère temporaire, une libre nomination ou révocation ou encore le fait que ce travailleur est censé exercer une mission de confiance et de conseil spécial, est dépourvue de pertinence à cet égard, sous peine de remettre en cause l'effet utile de la directive 1999/70 et celui de l'accord-cadre ainsi que l'application uniforme de ceux-ci dans les États membres, en réservant à ces derniers la possibilité d'écarter à leur gré certaines catégories de personnes du bénéfice de la protection voulue par ces instruments de l'Union<sup>930</sup>. »

602. Ainsi, les trois critères cumulatifs de qualification classique de la relation individuelle de travail pourraient être assouplis, en particulier au regard de la nature du lien juridique qui unit le commanditaire au prestataire de service, à laquelle lui serait préféré le degré de dépendance économique du prestataire vis-à-vis du commanditaire.

<sup>926</sup> Arrêt du 11 novembre 2010, Danosa (C-232/09, Rec. page I-11405) (cf. points 68-70, 74, disp. 2).

<sup>927</sup> Arrêt du 26 mars 2015, Fenoll (C-316/13) (cf. points 39, 40, 42, 43 et disp.).

<sup>928</sup> En France, 85,3% des embauches ont été réalisées sous contrat à durée déterminée au 1<sup>er</sup> trim. 2015, ce qui constitue désormais un fait stylisé : <http://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2015-054-2.pdf>.

<sup>929</sup> 14% en moyenne pour les 28 états membres en 2014 : [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment\\_statistics/fr#Contrats\\_.C3.A0\\_temps\\_partiel\\_et\\_.C3.A0\\_dur.C3.A9e\\_d.C3.A9termin.C3.A9e](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/fr#Contrats_.C3.A0_temps_partiel_et_.C3.A0_dur.C3.A9e_d.C3.A9termin.C3.A9e).

<sup>930</sup> Arrêt du 9 juillet 2015, Regojo Dans (C-177/14) (cf. points 33, 34, 37, disp. 1).

## b. Le lien nécessaire entre relations individuelles et collectives de travail

603. Un indicateur pertinent de la dimension sociale d'un État tiers se situe dans le degré d'intégration des salariés dans les décisions de l'entreprise. Celle-ci se fait notamment grâce à la combinaison de dispositions instituant cette implication des travailleurs dans la gestion de l'entreprise avec un mandat électif de représentant des travailleurs à cette fin. À cet égard, en droit interne de l'Union, cette dernière prévoit d'abord de soutenir et compléter l'action des États membres dans le domaine de l'information et de la consultation des travailleurs<sup>931</sup>, en particulier pour ce qui concerne les restructurations d'entreprise<sup>932</sup>.
604. Au-delà des dispositifs d'information et de consultation des salariés, la question se pose de savoir si l'Union peut exiger des pays tiers la mise en œuvre d'instruments de participation active des travailleurs aux décisions des entreprises, notamment au niveau de ses organes de gestion. Au sein de l'Union, l'amplitude est ainsi maximale<sup>933</sup> entre les États membres qui n'ont pas de dispositions prévoyant une telle participation, et ceux qui ont institué le mécanisme de codécision jusqu'au niveau des établissements. Cette participation peut être d'ordre capitaliste ou extra-capitaliste. Ainsi, le premier moyen incontestable pour un salarié de participer aux décisions de l'entreprise fonctionnant sous forme de société est d'en devenir associé. Pour ce faire, la simple possession d'une part ou action, en fonction de la forme sociale de la structure entrepreneuriale, confère à son porteur un certain nombre de droits politiques. Ainsi, l'associé, qu'il ait ou non la qualité de travailleur salarié de l'entreprise, bénéficie d'un droit d'information sur la marche de l'entreprise. Il dispose surtout du droit de vote aux assemblées générales qui sanctionne notamment la gestion des représentants légaux de l'entreprise. Mais comment le travailleur de l'entreprise peut-il accéder au capital de la société lorsque celle-ci, à l'instar de l'immense majorité des entreprises sous forme sociétaire, n'a pas procédé à l'admission de ses titres sociaux sur un marché réglementé ? Le droit français prévoit par exemple de mettre aux voix une résolution relative à l'augmentation de capital réservée aux salariés si le capital détenu par ceux-ci se trouve inférieur à 3% du capital social<sup>934</sup>. Toutefois, il ne s'agit que d'une résolution dont le sens du vote sera déterminé par le groupe qui contrôle la société au sens de l'article L.233-3 du code de commerce : l'accès au capital des salariés reste donc à la totale discrétion des contrôleurs de la société. Par ailleurs, même si le salarié avait accès au capital par le truchement de cette disposition, alors il se trouverait face à une nouvelle difficulté pour exercer son pouvoir effectif de participation aux décisions de l'entreprise. En effet, sa quotité de droits de vote sera nécessairement minoritaire et, en l'absence très probable d'un pacte d'associés qui prévoirait des droits de vote prépondérants, voire un droit de veto, le salarié serait finalement dépourvu d'autre droit que celui de participer aux bénéfices à proportion de ses titres, soit très peu. De sorte que la participation des salariés aux décisions de l'entreprise par cette voie existe en droit, certes, mais est illusoire dans la pratique du droit des sociétés.
605. Que penser ensuite des modes extra-capitalistes de participation des travailleurs aux décisions de l'entreprise ? L'analyse des solutions existantes renvoie d'abord à l'économie sociale et solidaire, c'est-à-dire aux coopératives, aux associations et, dans une moindre mesure, aux groupements d'intérêt économique. En droit européen, le régime de la société

<sup>931</sup> Art.153 e) TFUE et directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs.

<sup>932</sup> Directive 75/129/CEE du Conseil du 17 février 1975 sur les licenciements collectifs, modifiée par les directives 92/56/CEE et 98/59/CE ; directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises.

<sup>933</sup> La participation des salariés à la gestion de l'entreprise, note de synthèse du Sénat : <https://www.senat.fr/lc/lc58/lc580.html>.

<sup>934</sup> Art. L225-129-6 du code de commerce.



européenne mérite également attention. On ne peut d'abord s'empêcher de relever la nature des actes juridiques utilisés lors de la création de cette société européenne. En effet, les aspects économiques relevant de son statut ont pu faire l'objet d'un règlement unificateur (CE) n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, alors que les aspects sociaux font classiquement l'objet d'une directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001, démontrant l'ancrage textuel de la primauté de la dimension économique sur la dimension sociale. Ainsi, la directive prévoit une implication plus importante des salariés dans la gouvernance de la société européenne. Comme le prévoit l'article 3 de la directive, cette implication trouve à s'appliquer dès la conclusion du contrat de société par le truchement du « groupe spécial de négociation » notamment constitué de représentants des travailleurs. Toutefois, au-delà des dispositifs d'information et de consultation des travailleurs, la participation des salariés aux organes de gestion de la société européenne n'est que facultative. Finalement, ces dispositions sont de moindre contrainte que celles prévues aux articles L225-27-1 ou L225-79-1 et suivants du code de commerce en France. Ainsi, depuis la Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, la désignation d'un administrateur ou d'un membre du directoire représentant les salariés est obligatoire dans les grandes entreprises fonctionnant sous forme de société anonyme ou de société par actions simplifiée. Cette nouvelle obligation de désignation d'un représentant salarié au sein des organes de gestion vient s'ajouter à l'obligation instituée par la Loi n°2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, concernant les sociétés cotées.

606. Il résulte de ce qui précède que l'exigence sociale de l'Union à l'égard des pays tiers peut aussi se manifester par la condition de promulgation de lois et règlements prévoyant la simple possibilité de participation des travailleurs aux décisions de l'entreprise. Cette participation serait de forme capitaliste par la faculté offerte d'augmenter le capital au profit des salariés, mais aussi sous forme d'entreprise sociale et solidaire constituée dans un but autre que le seul partage des bénéfices qui résulteraient de l'activité économique programmée.

## 2. L'exigence de protection sociale

607. Prétendre promouvoir une exigence sociale ambitieuse nécessite de répondre à la problématique de protection sociale. Peu de temps après la seconde guerre mondiale, l'OIT a travaillé de manière très pertinente sur la question de la protection sociale de ses membres. Cette exigence de protection sociale, manifestée par l'Union ou expression spontanée du pays tiers en cause, est plus une question de degré que de nature. Dès lors la question se pose de déterminer le contenu (a) tout comme la charge (b) de ce qu'il est convenu d'appeler la protection sociale de base.

### a. Le contenu de la protection sociale de base

608. En premier lieu, il s'agit de délimiter la protection sociale soumise à l'exigence de l'Union. Doit-on l'entendre comme une protection minimale universelle ou attachée aux travailleurs ? Si oui, tous les risques sociaux doivent-ils être couverts ou seulement les plus essentiels ? Le meilleur éclairage de ce que peut constituer une protection sociale de base pour un pays tiers réside dans l'étude de la convention n°102 de l'OIT du 28 juin 1952. Cette convention identifie ainsi chaque catégorie de risque, appelé plus objectivement « éventualité », qu'il convient de couvrir en matière de protection sociale. Ainsi, les différentes branches actuelles sont d'ores et déjà catégorisées : maladie, chômage, vieillesse, incapacité temporaire de travail, invalidité, décès, famille, maternité. De même, la population assujettie est précisément décrite, avec des variantes possibles, au

3<sup>ème</sup> article de chaque partie consacrée à une éventualité de protection. De façon encore plus opératoire, les modalités de calcul des prestations font l'objet d'une partie complète<sup>935</sup> assortie d'un tableau chiffré catégoriel des taux de remplacement minimaux.

La définition de la protection sociale de base provient de la partie I de la convention n° 202, en particulier de son article 2 : « Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur devra :

(a) appliquer :

(i) la Partie I;

(ii) trois au moins des Parties II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX et X, comprenant l'une au moins des Parties IV, V, VI, IX et X; »

Cela signifie que le pays tiers peut faire le choix de limiter à trois branches sa protection sociale, en retenant obligatoirement l'une des branches considérées comme essentielle par l'OIT : chômage, vieillesse, accident du travail et maladie professionnelle, rente d'invalidité ou prestations aux survivants.

609. Se posant de manière plus exigeante encore, la protection sociale du pays tiers devrait-elle en outre respecter la recommandation n°202 de l'OIT du 14 juin 2012, notamment à la lumière de son article 5 ? « Les socles de protection sociale visés au paragraphe 4 devraient comporter au moins les garanties élémentaires de sécurité sociale suivantes :

a) accès à un ensemble de biens et services définis à l'échelle nationale comme étant des soins de santé essentiels, y compris les soins de maternité, qui réponde aux critères de disponibilité, d'accessibilité, d'acceptabilité et de qualité;

b) sécurité élémentaire de revenu pour les enfants, se situant au moins à un niveau minimal défini à l'échelle nationale, assurant l'accès à l'alimentation, à l'éducation, aux soins et à tous autres biens et services nécessaires;

c) sécurité élémentaire de revenu, se situant au moins à un niveau minimal défini à l'échelle nationale, pour les personnes d'âge actif qui sont dans l'incapacité de gagner un revenu suffisant, en particulier dans les cas de maladie, de chômage, de maternité et d'invalidité;

d) sécurité élémentaire de revenu pour les personnes âgées, se situant au moins à un niveau minimal défini à l'échelle nationale. » Compte tenu du caractère juridiquement non contraignant de la recommandation n°202, il semble préférable de se concentrer sur des instruments normatifs qui peuvent, au moins en théorie, faire l'objet d'une réaction juridique en cas de non-respect des dispositions en cause.

#### b. La charge de la protection sociale

610. En plus de la détermination du contenu de l'exigence de l'Union en matière de protection sociale, il s'agit d'identifier le porteur du risque correspondant. Classiquement, l'initiative première de mise en place du régime de protection sociale reviendrait à l'État tiers. Le plus important repose sur le fonctionnement exigé du système. Ainsi, il doit reposer sur l'adhésion obligatoire des travailleurs. Ces travailleurs font ensuite l'objet de prélèvements obligatoires qui financent les prestations de sécurité sociale servies selon le mécanisme de solidarité. L'ensemble des ressources et des prestations serait géré par un organisme disposant de prérogatives de puissance publique dont le contrôle budgétaire serait assuré par une autorité administrative indépendante. Cette protection sociale de base, déjà si difficile à mettre en œuvre dans des pays aussi développés que les États-Unis, pourrait ensuite être complétée par un système de protection complémentaire. Ainsi, la variété et la possibilité de recourir à des porteurs de risques complémentaires ou suppléant l'État est déjà identifiée dans la convention n°102 de l'OIT, en son article 6 : « En vue d'appliquer les Parties II, III, IV, V, VIII (en ce qui concerne les soins médicaux), IX ou X de la

<sup>935</sup> Partie XI, art.65 à 67.

présente convention, un Membre peut prendre en compte la protection résultant d'assurances qui, en vertu de la législation nationale, ne sont pas obligatoires pour les personnes protégées, lorsque ces assurances:

(a) sont contrôlées par les autorités publiques ou administrées en commun, conformément à des normes prescrites, par les employeurs et les travailleurs;

(b) couvrent une partie substantielle des personnes dont le gain ne dépasse pas celui de l'ouvrier masculin qualifié;

(c) satisfont, conjointement avec les autres formes de protection, s'il y a lieu, aux dispositions de la convention qui leur sont relatives. »

611. Cette tendance à faire peser sur des organismes privés à adhésion facultative une partie des branches de protection sociale est lourde, y compris au sein de l'Union. Est-ce à dire que l'OIT était très avancée dans sa conception de la protection sociale exigible d'un de ses membres, ou cela est-il au contraire révélateur de l'absence d'avancées majeures dans ce domaine depuis 1952 ?
612. Le degré d'exigence sociale que l'Union peut imposer aux pays tiers oscille entre une volonté de protection d'un socle de droits sociaux fondamentaux inspirée d'une normativité sociale libérale et l'ambition d'un État de droit social porté par une normativité sociale et solidaire. Lorsqu'on confronte ces hypothèses à la pratique des relations individuelles et collectives de travail ainsi qu'à la protection sociale pratiquées au sein de l'Union, deux options demeurent. Soit l'Union présente une exigence sociale plus élevée à l'égard des pays tiers qu'à son propre égard, ce qui a pu se rapprocher du fonctionnement des États-Unis en la matière. Cette option manquerait de cohérence, de justesse et donc de légitimité. Il serait qualifié à raison de protectionnisme social injustifié. Soit l'Union assume ses manques actuels et ne peut décemment exiger que ce qu'elle s'applique à elle-même, selon un ordre public social de protection cette fois légitime. Reste à déterminer le mode le plus efficace de mise en œuvre de cette exigence sociale de l'Union à l'égard des pays tiers sur le plan juridique.

## §2 : La mise en œuvre de l'exigence sociale

613. Comment l'exigence sociale de l'Union peut-elle accéder à la vie juridique dans ses rapports avec les pays tiers ? C'est à cette question qu'il est proposé de répondre dans les prochains développements. Reprenant la terminologie des processualistes, on pourrait envisager de mettre en œuvre cette exigence sociale par la voie de l'action ou de l'exception. L'avantage de l'initiative de l'action réside dans la maîtrise de la procédure que l'on a choisi de mener. Encore faut-il qu'il existe un différend juridiquement fondé et que celui-ci puisse être soumis à un organe de règlement légitime... La voie de l'exception apparaît plus intuitive, tel un réflexe, par l'invocation de l'ordre public social de protection européen, non pas sur le plan interne, mais cette fois-ci en droit international privé. Cette mise en œuvre de l'exigence sociale pourrait alors s'exercer tant au niveau multilatéral (A) qu'unilatéral ou bilatéral (B).

### A. L'exigence sociale au niveau multilatéral

614. Les négociations multilatérales en matière sociale se rattachent d'abord très logiquement à une institution dédiée rattachée aux Nations Unies : l'Organisation Internationale du Travail (1). L'approche de cette organisation multilatérale, sans organe de règlement des différends, repose sur la recherche du plus large consensus concernant des normes sociales qui ne peuvent dès lors être que minimales. En complément de cette approche sociale minimale nécessaire et très pourvue sur le plan des instruments normatifs développés, on peut se poser la question de savoir si d'autres organisations (2) pourraient contribuer à la mise en œuvre d'une exigence sociale plus élevée, promue par l'Union. De sorte que l'analyse

suiuante serait vérifiée : “Since 2000, the Union has taken a more ambitious stance on international development issues and on multilateral co-operation... The question of whether the EU should be seen as a normative power in world politics is central to research on Europe’s external action.

The second question is whether the Union has successfully applied these soft mechanisms in promoting the social dimension of globalization.<sup>936</sup>”

### 1. Les relations de l’Union avec l’Organisation Internationale du Travail (OIT)

615. La coopération entre l’Union, par le truchement de la Commission, et l’OIT remonte à 1958, soit au commencement de la Communauté économique européenne. On peut ainsi lire sur le site de l’OIT : « La coopération entre l’OIT et l’UE se renforce de plus en plus à la fois dans l’UE et à l’extérieur. Toutes les institutions de l’UE soutiennent la promotion du travail décent pour tous dans l’UE et à l’extérieur ainsi que le renforcement de la dimension sociale de la mondialisation. À cette fin l’UE mobilise ses politiques internes et externes<sup>937</sup>. »

Les relations de l’Union avec l’OIT présentent donc des aspects programmatiques (a) qu’il convient ensuite de regarder sous l’angle de leur réalisation, se caractérisant en particulier par l’analyse de l’effectivité des actes de l’OIT ratifiés par l’Union (b).

#### a. Les aspects programmatiques de l’exigence sociale multilatérale

616. L’Union et l’OIT adoptent certains programmes qu’elles déclinent chronologiquement sous forme d’agendas. Il en est par exemple ainsi du « new skills agenda for Europe<sup>938</sup> », du 10 juin 2016, que l’on peut qualifier de conjoncturel. Selon une approche plus structurelle, l’agenda pour le travail décent de l’OIT est éclairé par cette analyse : « L’importance du travail, dans l’approche internationale qui est celle de l’OIT, ne se limite pas, en effet, à la question de l’emploi, selon une approche quantitative, centrée sur les taux de chômage. Le travail est conçu, non seulement comme une source de revenu, mais, de manière beaucoup plus globale, comme une condition de la dignité personnelle, du progrès socio-économique et de l’épanouissement des individus, de leurs familles et de leurs communautés. L’agenda « pour un travail décent » que s’est fixé l’OIT, dès 1999, correspond à cette conception du travail, qui nécessite, selon l’OIT, la convergence de quatre objectifs, considérés comme stratégiques : la promotion des droits au travail, l’emploi, la protection sociale et le dialogue social, auxquels s’ajoute l’objectif transversal d’égalité entre hommes et femmes<sup>939</sup>. » Le travail décent que l’Union et l’OIT ont coopéré au niveau multilatéral : “The Commission communication on decent work and employment (European Commission 2006a ; 2007) constitute the most recent manifestation of Europe’s choice for a broader and non-binding approach to promoting social objectives in the world.<sup>940</sup>” Ceci à la faveur d’un échec des négociations commerciales multilatérales concernant la clause sociale : “It provided an escape from the social clause debate, which had not only reached an impasse on the international front due to developing country opposition, but had proved divisive even within the EU, with most member states considering this not to be a priority in trade negotiations. It could also be argued that a broader and non-binding approach will be more fruitful in the long term, in line with the EU’s internal Lisbon process that attempts to reconcile economic and social

<sup>936</sup> ORBIE Jan, TORTELL Lisa, *The European union and the social dimension of globalization: how the EU influences the world*, op. cit., page 11.

<sup>937</sup> <http://www.ilo.org/brussels/ilo-and-eu/lang--fr/index.htm>.

<sup>938</sup> COM(2016) 381 final.

<sup>939</sup> ROBIN-OLIVIER Sophie, RTD Eur. 2012 page 477.

<sup>940</sup> ORBIE Jan, TORTELL Lisa, op. cit., page 10.

objectives.<sup>941</sup> » De manière plus récente, l'Union et l'OIT collaborent en vue de l'application des 8 conventions fondamentales dans le cadre du schéma de préférences généralisées en vue de promouvoir le développement durable et la bonne gouvernance (SPG+) : « The European Commission has provided a grant to the International Labour Organisation (ILO) for a 2-year pilot-project to strengthen the capacity of public administrations to apply the eight Fundamental ILO Conventions that are considered as fundamental principles and rights at work. The project was launched on 1 October 2015 and covers El Salvador, Guatemala, Mongolia and Pakistan. These are all countries that have committed to apply the Fundamental ILO Conventions listed under the preferential trade arrangements with the EU, namely the GSP+ arrangement and bilateral trade agreements. The capacity of the selected countries will be strengthened to help them to meet their obligations under these Conventions, including on reporting. Such assistance will consist of ILO technical assistance, workshops, trainings, as well as awareness-raising activities<sup>942</sup>. »

617. L'Union a ainsi contribué à la promotion des normes sociales internationales, du dialogue social, de meilleures conditions de travail et de rémunération, de la protection sociale, de la lutte contre le travail des enfants, du développement des compétences<sup>943</sup>. Sur le plan juridique, cette coopération s'est traduite par l'accroissement du nombre de ratifications des conventions de l'OIT, qu'il s'agisse de l'une des huit conventions sur les droits fondamentaux ou de conventions dites "techniques". Toutefois, on ne peut que constater que cette démarche n'a pas atteint tous les pays, au premier rang desquels les puissances économiques majeures. Ainsi, la 2<sup>ème</sup> puissance économique mondiale<sup>944</sup> derrière l'Union n'a ratifié que 2 des 8 conventions fondamentales et seulement 14<sup>945</sup> des 189 conventions que compte l'OIT au total. Dans le même sens, la Chine, 3<sup>ème</sup> puissance économique mondiale, n'a ratifié que 4 conventions fondamentales et 26 conventions au total<sup>946</sup>. Cet écueil de taille dans la promotion d'un droit social international vient s'ajouter au questionnement de son effectivité.

#### b. L'effectivité des actes de l'OIT

618. En vertu de l'article 19 de la Constitution de l'OIT, deux types d'acte juridique peuvent émerger de cette organisation tripartite multilatérale : les conventions et les recommandations. Ainsi, « une convention énonce les principes fondamentaux qui doivent être appliqués par les États qui l'ont ratifiée, tandis que la recommandation correspondante complète la convention en proposant des principes directeurs plus précis sur la façon dont cette convention pourrait être appliquée. Il y a également des recommandations autonomes, c'est-à-dire qui ne sont liées à aucune convention<sup>947</sup>. »
619. En 2016, 8 conventions fondamentales, 4 conventions de gouvernance et 177 conventions techniques ont été adoptées depuis la fondation de l'OIT en 1919. Pour autant, seule la ratification d'une convention au niveau de l'État signataire permet de la rendre juridiquement contraignante à son égard. Dès lors on observe un premier écart entre le nombre de conventions signées et le nombre de conventions ratifiées qui nuit à l'effectivité des normes sociales internationales. Ensuite, le système de contrôle a posteriori de

<sup>941</sup> *Ibidem*.

<sup>942</sup> [http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/generalised-scheme-of-preferences/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/generalised-scheme-of-preferences/index_en.htm).

<sup>943</sup> The ILO and the EU, *partners for decent work and social justice*, ILO office, 2012.

<sup>944</sup> Banque mondiale, 2015, en PIB : 18 812 mds \$ pour l'Union, 17 947 mds \$ pour les États-Unis.

<sup>945</sup> [http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200\\_COUNTRY\\_ID:102871](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102871).

<sup>946</sup> [http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200\\_COUNTRY\\_ID:103404](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:103404).

<sup>947</sup> <http://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--fr/index.htm>.

l'application des conventions, qu'il soit déclaratif<sup>948</sup> ou incident<sup>949</sup>, ne permet pas en fait de contraindre le pays en cause à appliquer effectivement une convention qu'il a pourtant ratifiée. De sorte que l'on peut se rallier à cette conclusion synthétique : « en pratique, l'effectivité des conventions a parfois fait l'objet de critiques, notamment car elles ne sont pas toujours ratifiées. Il est rare que des sanctions soient effectivement prononcées contre un pays ayant violé une convention. L'affaire du Myanmar évoquée plus haut a montré les limites des procédures de sanction de l'OIT face au traitement des violations des droits fondamentaux. C'est souvent l'action de médiation suite à une violation des règles internationales qui peut se révéler l'instrument le plus efficace pour faire pression sur les pays<sup>950</sup>. »

620. Par déduction, on en conclut que la coopération de l'Union aux travaux de l'OIT contribue certes à la ratification par un plus grand nombre de pays des conventions sur les normes sociales internationales, sans pour autant produire d'effets notables en termes d'application effective, en particulier auprès des grandes puissances économiques que sont la Chine et les États-Unis, qui réduisent leurs obligations sociales multilatérales en ratifiant un minimum de conventions, y compris fondamentales. Cette situation marque l'échec de cette voie, par trop diplomatique, en l'absence d'organe de règlement des différends propre à l'OIT, qui permettrait notamment d'adopter des contre-mesures à l'égard du pays en infraction.
621. Reste à déterminer si celles-ci pourraient être de nature extra-sociale, et en particulier économique... Étant une nouvelle fois précisé que les pays violant les conventions peuvent tout simplement ne pas les avoir ratifiées. La compétence de l'ORD serait alors exclue de facto. Il est ainsi permis d'écrire : « The EU has used the enlargement process as a vehicle for disseminating its social standards and values... Keune focuses on both the EU's hard social acquis (working time directive, regulations on equal treatment, directive on information and consultation) and its soft social acquis (open method of coordination on employment and social inclusion ; social dialogue)... He characterizes the EU as a weak transnational actor in the social field, which has prioritized economic integration by liberalization, deregulation and competition.<sup>951</sup> »

## 2. Les relations de l'Union avec les autres organisations multilatérales

622. Le bon sens voudrait que les négociations multilatérales en matière sociale soient du ressort exclusif de l'OIT compte tenu de son champ d'application matériel. Pour autant, il s'avère que l'Organisation Mondiale du Commerce (a) a déjà été et pourrait de nouveau se trouver concernée par de telles négociations : « Il s'agirait de démontrer que les flux commerciaux ou les investissements incriminés sont en contradiction avec des normes sociales ou environnementales que le pays a démocratiquement adoptées et de soumettre la décision à examen périodique pour éviter que le mécanisme ne serve d'alibi à un protectionnisme permanent. Cette garantie de marges de manœuvre offertes aux pays en développement créerait les relations de confiance indispensables à une coopération multilatérale pour une mondialisation des normes sociales et environnementales.<sup>952</sup> » Selon une approche plus spécifique visant la protection de la santé et de la sécurité des personnes, l'Organisation Mondiale de la Santé (b) participe également de la mise en œuvre de l'exigence sociale de l'Union.

<sup>948</sup> Art.22 de la Constitution de l'OIT.

<sup>949</sup> Art.24 à 26 de la Constitution de l'OIT.

<sup>950</sup> MINE Michel, *Le droit social international et européen en pratique*, Eyrolles, 2010, page 25.

<sup>951</sup> ORBIE Jan, TORTELL Lisa, op. cit., page 17.

<sup>952</sup> ZACHARIE Arnaud, *Mondialiser les normes sociales et environnementales*, C.E.R.A.S, Revue Projet, 2016/4 N° 353, pages 43 à 50.

## a. L'exigence sociale et l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)

623. Si l'on s'attache aux moyens dont dispose l'Union pour faire advenir ses ambitions normatives en matière sociale, on doit retenir sa puissance économique en tant qu'instrument de négociation. Au niveau multilatéral, cela se traduirait par une reprise des négociations au sein de l'OMC sous l'angle de ce qu'Arnaud ZACHARIE désigne sous le vocable « d'accès qualifié », dont vous trouverez le plaidoyer ci-après : « Cette solution d'« accès qualifié » a le triple avantage de ne pas pouvoir être contournée par des délocalisations (l'accès au marché européen est conditionné au respect des normes), de s'imposer *de facto* à toutes les firmes transnationales (aucune firme ne peut se passer du premier marché de consommation au monde) et d'être en conformité avec les règles de l'OMC. D'un point de vue juridique, plusieurs options permettent de rendre compatible l'« accès qualifié » avec les règles de l'OMC. L'article 20 du Gatt admet des clauses d'exceptions générales pour les restrictions spécifiques interdites par l'article XI, ce qui permet, sous certaines conditions, de justifier des exigences réglementaires unilatérales concernant les « procédés ou méthodes de production » en matière de droit du travail, lorsqu'elles sont nécessaires à « la protection de la moralité publique » (ce qui comprend le besoin de protéger les droits fondamentaux du travail de l'OIT). Les règles sont encore plus explicites en ce qui concerne le respect de l'environnement. Il est également possible, selon les règles de l'OMC, d'instaurer un système de « norme de produit » imposant aux produits commercialisés sur le marché européen une « traçabilité sociale et environnementale » avec un étiquetage obligatoire, assurant aux consommateurs que ce qu'ils achètent est issu de modes de production respectueux de l'environnement et des conditions de travail.

Ce système s'appliquerait sans discrimination à tous les produits similaires, où qu'ils aient été produits. La jurisprudence récente met en évidence qu'un tel règlement technique est acceptable s'il est proportionné, non discriminatoire, s'il poursuit un objectif légitime et se base sur des normes internationales reconnues (comme les normes de l'OIT et les conventions environnementales). Une telle option serait une manière de substituer une « course au mieux-disant » social et environnemental à l'actuelle « course au moins-disant ». La démarche ne sera acceptée par les pays en développement que si elle leur garantit qu'elle ne représente pas un frein à leur trajectoire de développement. Ainsi pourrait-on instaurer un fonds mondial destiné aux pays en développement désireux de renforcer leurs normes sociales et environnementales, financé avec le produit des sanctions financières adressées aux produits ne respectant pas les normes.<sup>953</sup> »

624. La déclaration de Sir Leon Brittan en matière sociale, à la veille de l'institution de l'OMC par les accords de Marrakech en 1994, était bien en ce sens : “That brings me to the social issue. I have made very clear in recent weeks that this issue is a legitimate global concern, and cannot be taboo among participants in the world economy. The WTO must be actively involved on this issue, working with the International Labour Office and other organizations. The WTO must address problems such as child exploitation, forced labour or the denial to workers of free speech or free association.

625. There must of course be fully adequate safeguards against unilateralism or protectionist abuse and developing countries must be able to benefit from their natural advantages, to exercise their right to economic development and to maintain domestic policies appropriate to their level of development. If we approach these issues in that spirit, discussion of the substance of the issue this year in the WTO Implementation Committee should reveal

---

<sup>953</sup> *Ibidem.*

much greater agreement on these principles than has appeared so far<sup>954</sup>." Ainsi, certains fondent encore des espoirs au niveau multilatéral : « ...L'UE pourrait prendre l'initiative en adoptant une solution intermédiaire : utiliser le marché européen comme levier pour promouvoir le respect des normes sociales et environnementales, en imposant leur respect à tous les produits commercialisés en Europe. Dans le même esprit, Dani RODRIK, professeur d'économie politique internationale à Harvard, propose d'instaurer à l'OMC un « accord sur les sauvegardes sociales et environnementales » en élargissant les flexibilités des « clauses de sauvegarde », permettant aux pays en développement d'imposer aux firmes transnationales des normes<sup>955</sup>. »

626. Les faits ont toutefois démontré que l'OMC n'était pas le lieu pour l'insertion d'une clause sociale, qui a pu être interprétée comme une mesure protectionniste déguisée. Au-delà des batailles idéologiques qui ont scellé les désaccords, la conception des normes sociales au niveau multilatéral de l'OMC serait probablement comparable au processus normatif difficile rencontré à l'échelon régional, au sein même de l'Union : « Les développements que nous venons de consacrer à l'élaboration de normes juridiques communes par les institutions communautaires permettent de relever plusieurs difficultés auxquelles est confronté le processus d'harmonisation européenne dans le domaine social. Le processus législatif communautaire s'est révélé relativement inadapté en matière sociale. Divers problèmes ont été exposés. En premier lieu, le fait que les compétences, en matière sociale, relèvent souvent des États membres, explique que les dispositions sociales prévues par les traités aient eu un caractère essentiellement programmatique. Aucune base d'action normative n'était spécifiquement pour le domaine du travail, au début de l'intégration communautaire. Ensuite, se pose le problème de faisabilité technique, topique en matière d'harmonisation : comment trouver une solution commune satisfaisante applicable dans tous les États membres ? Cette question implique que soit résolu le problème de l'approbation au sein du Conseil des ministres, ainsi que celui de la base juridique d'intervention. Face à ces difficultés, pour tenter de trouver des méthodes de production normative plus adaptées au droit du travail, plusieurs techniques ont été utilisées. Parmi les palliatifs imaginés aux insuffisances du processus décisionnel, figurait l'utilisation de la « négociation ». En amont, le processus d'élaboration des normes du travail communes fut souvent une suite de présentations de propositions, suivies de contre-propositions, de retraits d'un projet, de présentation d'autres projets par la Commission.
627. Les effets en ont été une lenteur accrue du processus décisionnel. Parallèlement, un allègement du contenu des propositions pour permettre le consensus au sein du Conseil fut souvent nécessaire. Par ailleurs, la technique de l'opting-out, inaugurée en 1989 puis reprise en 1991, pour contourner le refus du Royaume Uni de renforcer la politique sociale communautaire, a « créé le précédent » d'un décrochage exceptionnel du cadre institutionnel et normatif général, au bénéfice d'un seul État membre.<sup>956</sup> »

#### b. L'exigence sociale et l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)

628. La mise en œuvre par l'Union d'une exigence sociale pourrait également se faire par le truchement de l'OMS, étant précisé que « l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) rend contraignante la liberté de commercer, tout comme les clauses d'arbitrage incluses dans les accords d'investissement. Mais les

<sup>954</sup> MULTILATERAL TRADE MTN.TNC/MIN(94)/ST/3,NEGOTIATIONS 12 April 1994,General Distribution THE URUGUAY ROUND,(UR-94-01118),Trade Negotiations Committee, Meeting at Ministerial Level Marrakesh (Morocco), 12-15 April 1994, EUROPEAN COMMUNITIES, Commission of the European Communities, Statement by Sir Leon Brittan, European Commissioner, Head of Delegation.

<sup>955</sup> ZACHARIE Arnaud, op. cit.

<sup>956</sup> MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, op. cit.



droits sociaux de l'Organisation internationale du travail (OIT), les engagements climatiques de la Cop21 ou le droit à la santé de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) ne disposent pas de la même garantie. D'où une incohérence entre la hiérarchie des normes de jure (de droit) et de facto.<sup>957</sup> » Le traitement par la Commission des perturbateurs endocriniens, et du glyphosate en particulier, apparaît pourtant en sens contraire de cette exigence sociale.

629. Ainsi, lorsqu'on se livre à une analyse des positions croisées de l'OMS et de la Commission sur les perturbateurs endocriniens, on observe en premier lieu la parution en mars 2015 d'une publication scientifique<sup>958</sup> de l'OMS dont les résultats indiquent le caractère probablement cancérigène du glyphosate. Ensuite, on relève la condamnation de la Commission par le Tribunal de l'Union européenne le 16 décembre 2015<sup>959</sup> pour non-respect de la garantie d'un niveau de protection élevé de la santé humaine et animale et de l'environnement à l'occasion de la mise à disposition sur le marché et l'utilisation de produits biocides. Il y est notamment rappelé : « en adoptant le règlement n° 528/2012, le législateur a procédé à une mise en balance de l'objectif d'amélioration du marché intérieur et de celui de la préservation de la santé humaine, de la santé animale et de l'environnement, que la Commission se doit de respecter et ne saurait remettre en cause. » Cette condamnation n'a pas empêché la poursuite de la mise sur le marché du glyphosate par la Commission au sein de l'Union, laissant à chaque État membre le choix de retirer lui-même les produits biocides à base de glyphosate ou tallowamine sur le fondement de l'article 29 du règlement (CE) n°1107/2009 du parlement européen et du conseil du 21 octobre 2009. Dans ces conditions, la Commission viole l'article 114-3 TFUE selon lequel : « La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. » À l'inverse, le Parlement, à l'occasion de sa résolution du 13 avril 2016<sup>960</sup>, a notamment exprimé « l'avis que le projet de règlement d'exécution de la Commission ne permet pas de garantir un niveau élevé de protection de la santé humaine et animale et de l'environnement, n'applique pas le principe de précaution et excède les compétences d'exécution prévues dans le règlement (CE) n° 1107/2009. » Dès lors cette institution de l'Union respecte parfaitement le rôle qui lui est assigné par ce même article 114-3 TFUE : « Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif. » Pour autant, on ne peut que constater une nouvelle fois l'absence d'effet juridique contraignant de ce type d'acte du Parlement, qui manque de pouvoir en fait.
630. Les résultats des actions en matière sociale de l'Union au niveau multilatéral s'avèrent globalement peu convaincants, voire contreproductifs. Ils relèvent parfois plus de la diplomatie de portefeuille que de la volonté de diffusion d'outils juridiques efficaces pour l'application de droits sociaux, y compris fondamentaux, qui manquent dans de très nombreux États, y compris les plus importants sur le plan économique. Les efforts de développement de l'exigence sociale à l'égard des pays tiers doivent donc se produire à un niveau de négociation plus pertinent. C'est la raison pour laquelle il importe d'étudier le niveau d'influence normative que peut déployer l'Union, soit de manière unilatérale, soit à l'occasion des négociations bilatérales.

---

<sup>957</sup> ZACHARIE Arnaud, op. cit.

<sup>958</sup> IARC Monographs Volume 112 : *evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides*.

<sup>959</sup> Affaire T-521/14, Suède / Commission, pt 72.

<sup>960</sup> Résolution 2016/2624 RSP du Parlement européen du 13 avril 2016 sur le projet de règlement d'exécution de la Commission portant renouvellement de l'approbation de la substance active glyphosate.

## B. L'exigence sociale sur les plans unilatéral et bilatéral

631. L'Union connaît déjà un régime unilatéral de promotion de son exigence sociale : le schéma de préférences généralisées visant à promouvoir le développement durable et la bonne gouvernance, autrement dit le SPG+ (1). Par ailleurs, l'Union a nécessairement plus de pouvoir de négociation sur le plan bilatéral que sur le plan multilatéral pour promouvoir son exigence sociale. En effet, en tant que puissance économique de premier plan, son marché intérieur représente un débouché considérable pour les pays tiers. Dès lors, l'avenir de la clause sociale peut être discuté à ce niveau (2).

### 1. Le précédent du SPG+

632. Une tentative intéressante de l'Union en matière d'exigence sociale consiste dans la mise en place du régime communément appelé « SPG+ ». Celui-ci, prévu par le règlement (UE) n°978/2012 du 25 octobre 2012 et le règlement délégué (UE) n°155/2013 du 18 décembre 2012, cherche à promouvoir le développement durable et la bonne gouvernance dans certains pays à économie qualifiée de « vulnérable ». L'intérêt de ce régime réside plus dans l'influence normative de l'Union (a) que dans son efficacité (b).

#### a. L'influence normative de l'Union

633. Le SPG + conditionne notamment l'octroi de tarifs préférentiels au respect d'exigences sociales et environnementales : “Meanwhile, at the same time as efforts to reach a multilateral consensus on a social clause in the WTO context, the Union introduced labour standards conditionality into GSP trade regime. Such a unilateral social clause was easier to establish because it did not involve negotiations with developing countries and because GSP decisions are taken by qualified majority.”<sup>961</sup> Le SPG+ fonctionne ainsi selon le procédé administratif de l'agrément préalable.

En effet, pour être éligible, au-delà de la situation économique de vulnérabilité dans laquelle le pays candidat doit se trouver, celui-ci doit non seulement ratifier mais encore appliquer pas moins de 27 conventions<sup>962</sup> internationales sur les droits de l'homme, le droit du travail, la prise en compte de l'environnement ainsi que la bonne gouvernance<sup>963</sup>. En d'autres termes, l'Union présente des exigences supérieures à l'égard des pays candidats au SPG+ que ce que la Chine ou les États-Unis ont pu ratifier comme conventions internationales dans le domaine social et environnemental...Ce qui pourrait laisser penser que le développement de la dimension sociale ne constitue pas une condition nécessaire au développement économique d'un pays. Certes, mais il est moins contestable que la dimension sociale assure le développement de sa civilisation. Cette manière d'imposer sa volonté de voir un pays tiers ratifier et appliquer des conventions internationales de développement durable révèle l'influence normative de l'Union, en théorie tout du moins. En pratique, l'efficacité de ce régime est discutable.

#### b. L'efficacité relative du SPG+

634. Malgré ses qualités intrinsèques, notamment en termes d'exigence sociale, il s'avère que le régime SPG + ne peut être considéré comme efficace pour au moins deux séries de raisons.

<sup>961</sup> ORBIE Jan, TORTELL Lisa, op. cit., page 8.

<sup>962</sup> [http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/generalised-scheme-of-preferences/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/generalised-scheme-of-preferences/index_en.htm).

<sup>963</sup> External Trade, Press Information Service : *Le régime SPG+ est-il une alternative à un accord de partenariat économique?* page 4.

Sur le plan quantitatif tout d'abord, la volumétrie des échanges permis sous le régime SPG+ s'avère particulièrement faible, voire infinitésimale, ceci en raison du nombre à la fois faible et décroissant de pays concernés, passant de 35 pays éligibles au SPG+<sup>964</sup> le 31 octobre 2012, à seulement 9 au 1<sup>er</sup> janvier 2016<sup>965</sup>.

Sur le plan qualitatif ensuite, le champ d'application restreint des bénéficiaires potentiels du SPG+ nuit à la survie du régime, sur fond de volonté de respect des règles de l'OMC<sup>966</sup>. De plus, cette exigence unilatérale de l'Union présente une difficulté intrinsèque dans le contrôle de l'application par les pays concernés des conventions, même ratifiées. L'aspect déclaratif sous forme de rapport annuel apparaît ainsi nettement insuffisant, comme cela a déjà été vu dans le cadre de l'OIT, pour s'assurer de l'application effective des conventions visées par l'accord SPG+. À titre d'exemple criant de cette inefficacité, on relève que les Philippines bénéficient de ce régime préférentiel. Or, de notoriété publique, ce pays foule aux pieds les droits de l'homme les plus élémentaires, au premier rang desquels le pacte international relatif aux droits civils et politiques. Comment, dans ces conditions, accorder un régime tarifaire préférentiel fondé sur le développement durable et la bonne gouvernance ? Enfin, ainsi que le précise l'étude évaluant la mise en œuvre du règlement 978/2012 dans ses conclusions<sup>967</sup>, la mise en œuvre de normes sociales plus exigeantes dans les pays tiers bénéficiaires du SPG + ne se traduit pas systématiquement par une application de ces normes.

635. En considération de ces analyses, et compte tenu de la perception de l'Union par les pays tiers en tant que marché, il est probablement plus judicieux d'intégrer la dimension sociale de l'Union dans ses accords bilatéraux ou régionaux.

## 2. L'avenir de la clause sociale

636. À côté de cette exigence sociale unilatérale de l'Union à destination des pays à économie vulnérable, il pourrait être envisagé, comme cela a déjà été pratiqué, sans grande efficacité toutefois, par l'administration Clinton<sup>968</sup> des années 1990 aux États-Unis, l'application d'une clause sociale dans les accords économiques avec l'ensemble des pays tiers. Pour ce faire, il convient en premier lieu d'identifier les enjeux de la clause sociale (a). Afin d'éviter de réduire la clause sociale à une déclaration d'intention, il s'agira de travailler à s'assurer de son effectivité, qui sera en particulier conditionnée à son contenu (b).

### a. Les enjeux de la clause sociale

637. L'enjeu principal de la clause sociale consiste à « utiliser à meilleur escient les politiques extérieures de l'Union aux fins de l'application des droits sociaux en Europe et de la réalisation des objectifs de développement durable mondiaux...Elle devrait dès lors poursuivre ces intérêts au moyen de ses accords commerciaux, de ses partenariats stratégiques, de ses politiques de développement, de sa politique de voisinage et de l'agenda européen en matière de migration<sup>969</sup>. » Ainsi, la clause sociale doit être « la

<sup>964</sup> Information Notice for countries which may request to be granted the special incentive arrangement for sustainable development and good governance under Regulation (EU) No 978/2012 of 31 October 2012.

<sup>965</sup> Avis et communications de la Direction générale des douanes et droits indirects Avis aux importateurs de produits admissibles au bénéfice du schéma de préférences tarifaires généralisées (SPG) : seulement 9 pays sont admissibles au SPG+ à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016 : Arménie, Bolivie, Cap vert, Géorgie, Kirghizstan, Mongolie, Philippines, Pakistan et Paraguay.

<sup>966</sup> *Le régime SPG+ est-il une alternative à un accord de partenariat économique ?* op. cit., page 1.

<sup>967</sup> IOANNIDES Isabelle, European Parliamentary Research Service, *The Generalised Scheme of Preferences Regulation (n°978/2012), European Implementation Assessment*, PE627.134, December 2018.

<sup>968</sup> Notamment dans le cadre de l'ANACT, Accord Nord-Américain de Coopération dans le domaine du Travail, signé en parallèle de l'ALENA, Accord de Libre-Échange Nord-Américain, en 1993.

<sup>969</sup> RODRIGUES Maria Joao, op. cit., page 15.

garantie d'un régime à la fois ouvert et porteur de progrès social<sup>970</sup>. » De la sorte, l'Union serait en mesure de se singulariser par une approche de la protection de ses intérêts sous un angle social : «The tension between interventionist policies (e.g. the promotion of labour standards) and market-enhancing measures (e.g. building free trade areas) is highlighted in several contributions. When arguing for a social dimension to globalization, the EU makes it clear that it wants to counterbalance the forces of the market. Globalization is seen as an opportunity and should not be reversed – on the contrary ; however, European policy-makers emphasize that globalization should be «harnessed». Besides stating that the EU should follow a middle course between old-fashioned protectionism and unbridled free trade, the harnessing globalization discourse suggests that normative foreign policy objectives such as sustainable development and human rights should be taken into account (Orbie 2008 : 46ff). As the Laeken Declaration put it, Europe could be seen as a «power seeking to set globalization within a moral framework.»<sup>971</sup>»

638. Pour autant, la clause sociale ne doit pas se limiter à une simple déclaration d'intention. Il s'agit ainsi de ne pas tomber dans le piège de la présence exclusive de la clause sociale au sein des dispositions générales de l'accord. Même si l'esprit de l'accord traduit une dimension sociale par son positionnement élevé dans la hiérarchie de l'instrumentum, sa déclinaison précise manquera sur le plan textuel et, par voie de conséquence, dans les faits et actes qui entourent l'exécution de l'accord. C'est ainsi que la clause sociale transversale de l'article 9 TFUE se trouve largement inappliquée au sein même de l'Union : «Par leur formulation des missions et des objectifs de la Communauté et de l'Union, les articles liminaires des traités se limitent apparemment à une simple déclaration d'intention. Ils n'ont donc pas d'effet direct. Leur caractère contraignant est limité, car la Cour de justice exige que ces dispositions soient combinées avec d'autres plus précises. Ils fournissent seulement, selon l'avocat général Otto Lenz (C-260/89 p2948), des critères d'interprétation utiles dans le cadre de l'application des dispositions spécifiques concernant des mesures concrètes.»<sup>972</sup>»
639. Deux enseignements doivent être tirés de ce constat.
- D'une part, la clause sociale doit effectivement figurer au sein des dispositions préliminaires de l'accord en cause pour qu'elle irradie l'ensemble de l'acte juridique. Sa transversalité ne sera ainsi pas contestable.
- D'autre part, des dispositions plus précises devront s'intégrer dans le corps de l'accord en cause au sein de toute clause de celui-ci qui aurait pour objet ou pour effet de produire des conséquences sociales. Il pourrait ainsi être procédé par renvoi au respect des dispositions de tout ou partie des conventions de l'OIT existantes, voire à une rédaction idoine en cas de vide normatif de l'OIT.

#### b. L'effectivité de la clause sociale

640. Pour dessiner le paysage des clauses sociales existantes dans les accords bilatéraux du monde en 2012, l'étude de l'OIT nous éclaire utilement<sup>973</sup> : «Sur environ 190 pays qui disposent d'accords commerciaux, environ 120 sont parties à des accords commerciaux qui incluent des dispositions relatives au travail. La majorité de ces dispositions sont consacrées à la coopération et au suivi (éléments promotionnels) tandis que seulement deux cinquièmes contiennent aussi des éléments conditionnels, liant le respect des normes du travail à des conséquences économiques. La prédominance de dispositions sociales

<sup>970</sup> ZINI Sylvain, *La clause sociale et l'articulation des régimes internationaux du commerce et du travail*, Recherches internationales, n° 88, octobre-décembre 2010, page 201.

<sup>971</sup> ORBIE Jan, TORTELL Lisa, op. cit., page 15.

<sup>972</sup> BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDREMANE Karine, op. cit., page 344.

<sup>973</sup> *La dimension sociale des accords de libre-échange*, Institut international d'études sociales, Genève, OIT, 2013, page 5.

exclusivement promotionnelles est particulièrement forte dans les accords commerciaux Sud-Sud, parmi lesquels deux seulement comportaient une possibilité de règlement des litiges et, au final, des sanctions économiques. » Dès lors, pour être pourvue de sens, la conception de la clause sociale doit s'assigner pour objectif primordial de trouver à s'appliquer de manière effective. Pour ce faire, il semble évident que la conditionnalité constitue un principe nécessaire. Ainsi, des sanctions efficaces doivent pouvoir être prises à l'encontre du pays tiers qui violerait la clause sociale et ses déclinaisons juridiques dans l'accord en cause. L'efficacité peut se traduire par l'automatisme, ainsi que par la facilité de mise en œuvre des mesures de sanction, voire par leur caractère comminatoire auquel on croira moins. Dans les faits, ainsi que le constate l'OIT en matière de clause sociale : « Les mécanismes de plainte, lorsqu'ils existent, ont rarement été activés. L'étude constate que les mécanismes de plainte ont été utilisés dans quatre cas, concernant tous les États-Unis. Jusqu'à présent, aucune plainte n'a débouché sur des sanctions ni même donné lieu à une décision des organes chargés du règlement des différends<sup>974</sup>. »

641. En pratique, le différend devrait s'inscrire dans une procédure de résolution contradictoire rapide de nature arbitrale. Le différend pourrait classiquement se résoudre en cessation de l'illicite avec suivi d'application enfermé dans un délai raisonnable, par exemple de deux années au cours desquelles le pays en cause serait en période d'observation. À défaut de cessation de l'illicite, la sentence arbitrale pourrait prévoir des mesures de rétorsion de la part du pays plaignant : restrictions catégorielles de l'accès à son marché, soit par le rétablissement de tarifs non préférentiels, soit par la limitation quantitative des flux litigieux. Il est également possible d'envisager des sanctions financières d'assiette plus large, exprimées par exemple en pourcentage des importations du pays en cause.

642. Cette section a mis en évidence que l'affirmation d'une potentielle exception protectionniste par le truchement de l'exigence sociale élevée de l'Union à l'égard des pays tiers se heurte à ce que l'on pourrait considérer comme un manque d'exemplarité. Ainsi, l'approche sociale minimale de l'Union matérialisée par le socle de droits sociaux révèle tout autant le manque d'ambition de protection sociale à l'échelle de l'Union que le domaine réservé de compétence aux États membres sur la question. De sorte que l'extension de l'exigence sociale et son affirmation à l'égard des pays tiers manque en fait, de la même manière que sa mise en œuvre résulte moins de la gouvernance mondiale issue des relations multilatérales que de l'influence normative incitative mais marginale de l'Union, en particulier dans le cadre du SPG+. Demeure l'instrument de la clause sociale dans les conclusions d'accords de libre-échange, dont les enjeux et le contenu questionnent quant à la qualification d'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union. On peut ainsi douter de l'effectivité d'une telle clause en ce sens.

---

<sup>974</sup> *Ibidem*, pages 3 et 4.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

643. L'ordre public social de protection européen demeure une notion en construction tant ses manifestations sont implicites et dispersées. Sur le plan interne, il existe pourtant bel et bien une volonté de protection du citoyen européen dans le domaine social à l'échelle de l'Union : « L'affaire de Vilvorde n'est pas un simple conflit local. Elle rappelle aux acteurs économiques que le droit social n'est pas le parent pauvre de l'Europe communautaire en construction.<sup>975</sup> ...l'on sait comment la protection de la partie faible, en droit international privé, est régie par des règles de faveur. C'est dire que la mondialisation de l'économie ne doit pas faire oublier les conditions de vie des hommes. La délocalisation ne doit pas s'effectuer par fraude à la loi ou en violation des règles d'ordre public. » Le protectionnisme social à l'échelle de l'Union agirait alors comme un mécanisme contracyclique antagoniste du mouvement de flexibilisation du marché du travail engagé par les États-membres sous l'influence paradémocratique du semestre européen. Cet ordre public ferait ainsi face à la flexibilité quantitative interne comme externe qui conduit à la précarisation plutôt qu'à la sécurisation du travail, entendu indépendamment de sa forme juridique. Il permettrait aussi d'envisager la convergence vers le haut de la protection sociale des États membres, dans le sens d'une meilleure cohésion sociale fondée sur le mécanisme de solidarité, ciment d'une Union qui fonctionne pour ses citoyens. Au contraire de cette affirmation militante, l'exigence sociale de protection des travailleurs se dissout toutefois trop souvent dans un modèle économique établissant une hiérarchie normative aux dépens d'un modèle social qui serait condamné à rester le parent pauvre de la construction européenne. Dès lors, comment exporter cette exigence sociale à l'égard des pays tiers sans démontrer une incohérence patente et fatale à la promotion des valeurs sociales que l'Union porte au-delà de son marché ? Très certainement par l'intégration d'une clause sociale à la fois transversale et détaillée dans ses accords de libre-échange, rendue possible par le pouvoir de négociation objectif dont elle dispose sur le plan économique. Ainsi, une fois n'est pas coutume, la dimension économique servirait la dimension sociale de l'Union qui s'exporterait dans la perspective d'une mondialisation de cette « égalisation dans le progrès » du Traité fondateur, alors que l'on observe une progression dans les inégalités.

---

<sup>975</sup> JORGE Manuel, *La construction de l'ordre public social européen-L'étape de Vilvorde*, JCP G Semaine Juridique (édition générale) 29 octobre 1997, 44, pages 449 à 452.

## CONCLUSION DU TITRE I

644. Ce titre invite à élargir le champ de l'exception protectionniste à consonance classiquement économique pour lui donner une tonalité durable, au service de la protection du citoyen de l'Union. Ainsi, la régulation du libre-échange par l'exception protectionniste durable trouve deux voies de consécration potentielle en droit prospectif de l'Union.
645. D'une part, l'exception protectionniste à dimension environnementale peut se matérialiser par l'application du principe de précaution dont les contours et la portée normative sont à géométrie variable sans pour autant qu'il puisse s'opposer avec vigueur aux forces du marché ni même aux libertés de circulation. Circonscrit dans une dimension processuelle ou dépendant de l'expertise scientifique, le principe de précaution manque ainsi d'autonomie de sorte que sa contribution à l'exception protectionniste à caractère environnemental est symbolique. La diffusion du principe d'intégration environnementale, essentiellement par le jeu de la clause transversale de l'article 11 TFUE, est ainsi propice à l'appréciation relative des libertés de circulation en considération de la protection de l'environnement, dont on peut valablement penser qu'elle doit être favorisée dans un objectif de durabilité. La mise en œuvre de l'exception protectionniste durable par application de ce principe d'intégration environnementale pourrait trouver une déclinaison opportune dans la politique de l'énergie de l'Union à la faveur de la crise climatique. Dans ce contexte, la PAC peut servir de source d'inspiration majeure dans la maîtrise par l'Union de sa transition énergétique. Une politique commune de l'énergie pourrait ainsi trouver une consécration textuelle à la condition, impérative en l'état du droit positif, d'une révision des traités.
646. D'autre part, l'exception protectionniste à dimension sociale est moins pourvoyeuse d'espoir quant à une consécration textuelle à l'échelle de l'Union et même de ses États membres. En effet, la subordination du droit social à la dimension économique de l'Union empêche son développement normatif dans le sens d'une plus grande protection du citoyen de l'Union en activité, qu'il s'agisse des relations individuelles ou collectives de travail ou de la protection sociale. Dès lors l'émergence d'un ordre public social de protection européen s'avère hypothétique voire en contradiction avec l'exigence de compétitivité dont le corollaire réside dans la réduction de l'exigence sociale à son expression minimale matérialisée par le socle de droits sociaux. Dans ce contexte, il peut apparaître difficile pour l'Union de se prévaloir de clauses sociales exigeantes à l'égard des pays tiers qui constitueraient autant d'exceptions protectionnistes prises dans l'intérêt du citoyen européen.

En considération de ces conclusions mitigées sur l'existence voire la possibilité de telles exceptions, il importe d'envisager de nouveaux instruments de l'exception protectionniste durable, susceptibles de dépasser les difficultés rencontrées dans le cadre du présent titre.

## TITRE II : LES NOUVEAUX INSTRUMENTS DE L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE DURABLE

647. Il existe une forte dichotomie de considération des enjeux financiers et économiques d'un côté, et environnementaux de l'autre. Ainsi qu'a pu le conclure rétrospectivement le FMI par suite de la crise de 2007 : « le secteur financier peut aussi imposer des coûts considérables au reste de l'économie. Entre autres facteurs, une prise de risques excessifs, conjuguée à un degré élevé de levier financier et à une forte dépendance à l'égard du financement de gros à court terme, ont entraîné de lourdes pertes pour de nombreux établissements financiers importants dans les pays avancés<sup>976</sup>. » Aux États-Unis, le plan de sauvetage public des défaillances privées a en particulier représenté 421 milliards de dollars dans le cadre du programme Troubled Asset Relief Program (TARP), étant précisé que cette somme a été intégralement remboursée<sup>977</sup>. Ce n'est pas le cas de l'Espagne dont le sauvetage des banques aura coûté 40 milliards d'euros<sup>978</sup>. Concomitamment à cette crise financière, les pays développés s'étaient engagés dès 2009 par la voie de l'accord de Copenhague à consacrer annuellement 100 milliards de dollars à la lutte contre le changement climatique. Ce montant apparaît dérisoire comparé à la richesse mondiale produite s'élevant à environ 80 000 milliards de dollars par an, avec un endettement correspondant à 225%<sup>979</sup>. L'idée d'investissement renvoie à une perspective de plus long terme qui ne suffit pas pour autant à dessiner l'horizon de la durabilité que l'on peut quant à lui qualifier de transgénérationnel. Ainsi, alors que l'Union bancaire a été instituée en l'espace de quelques années par le législateur dans la perspective d'assurer la meilleure protection du système financier par la mise en œuvre de l'objectif de stabilité érigé en leitmotiv, la question se pose nécessairement de l'extension de cette volonté de protection manifeste de l'Union à l'égard de l'environnement, et plus précisément de la transition énergétique en tant que remède au changement climatique. Investir ce champ revient à questionner la pertinence du financement de l'Union en matière de développement durable. La question fiscale se présente dès lors en filigrane et renvoie d'une manière plus générale à l'expression d'une exception protectionniste à caractère financier, contrariant la liberté de circulation des capitaux prévue par le droit primaire, sous deux angles successifs. On observe ainsi une certaine dualité de l'exception protectionniste à caractère financier en droit de l'Union (**Chapitre I**). Par ailleurs, il importe d'envisager le financement durable de l'Union par l'exception protectionniste à caractère financier (**Chapitre II**).

---

<sup>976</sup> GOTTLIEB Geoff, IMPAVIDO Gregorio, IVANOVA Anna, *Taxer la finance ?* in Finance et développement, FMI, Septembre 2012, page 44.

<sup>977</sup> AFP, Challenges, *Etats-Unis : le plan de sauvetage de 2008 aura coûté 421 milliards de dollars*, 11 septembre 2013.

<sup>978</sup> Les Echos, 8 septembre 2017.

<sup>979</sup> HIAULT Richard, *L'économie mondiale enregistre un endettement record*, Les Echos, 4 et 5 janvier 2019.



## CHAPITRE I : LA DUALITE DE L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE A CARACTERE FINANCIER EN DROIT DE L'UNION

648. Le programme de rachat d'obligations des États membres par la Banque Centrale Européenne (BCE) peut-il être considéré comme une exception protectionniste instituée dans l'intérêt de l'Union ? Si l'on reprend les critères d'une telle qualification ainsi qu'ils sont déterminés dans cette recherche – action unilatérale d'une entité souveraine exercée en tant que moyen de défense en vue de protéger un intérêt supérieur qui lui est propre – on peut répondre par l'affirmative. Ainsi, l'ampleur de l'action de la BCE en pareille matière est révélatrice de l'importance du mandat<sup>980</sup> dont elle est investie et de sa manière d'influencer la protection contre le risque d'effondrement du système financier actuel. La crise de 2007 ayant fait émerger le lien entre protection des établissements bancaires et financiers et contrôle public de ces entités sur le plan capitalistique, au point d'en voir certains littéralement « nationalisés » de manière temporaire, a finalement permis l'émergence d'une exception protectionniste à caractère financier aux contours élargis. Ainsi, selon la BCE, il existe une corrélation entre le commerce des biens et services et le contrôle des investissements directs étrangers : “financial protectionism ... is relevant for trade in goods and services – in particular, restrictions on foreign direct investment (FDI), which have a direct effect on trade<sup>981</sup>.” On peut dès lors se poser la question de savoir s'il est souhaitable de voir des contrôleurs originaires de pays tiers s'immiscer dans la politique industrielle de l'Union par le truchement d'investissements directs étrangers dans des entreprises considérées comme stratégiques établies au sein de l'Union. La question sous-jacente est alors celle de l'existence même d'une politique industrielle à l'échelle de l'Union dont le corollaire serait la mise en place de modes de protection efficaces, sinon énergiques, de l'origine des contrôleurs aux fins de préservation de l'intérêt de l'Union. Si une telle politique industrielle existe, alors il doit émerger en son sein une politique de défense industrielle au même titre que la défense commerciale trouve à s'appliquer à l'échelle de l'Union. Qu'il soit permis de penser qu'une telle politique à l'échelle de l'Union peut trouver une base juridique partagée avec la défense commerciale au visa de l'article 207§1 TFUE.

Une approche duale du protectionnisme financier en droit de l'Union se dégage ainsi de ces prolégomènes. D'une part, il est permis d'envisager la régulation des mouvements de capitaux de l'Union par l'exception protectionniste (**Section 1**). D'autre part, il importe d'étudier l'exception protectionniste à caractère financier par le contrôle des investissements directs étrangers (**Section 2**).

---

<sup>980</sup> Arrêt CJUE du 11 décembre 2018, Affaire C-493/17.

<sup>981</sup> European Central Bank, *Protectionist responses to Crisis, Global trends and implications*, occasional papers series, May 2010, n°110, page 5.

## Section 1 : La régulation des mouvements de capitaux de l'Union par l'exception protectionniste

649. Le droit primaire est particulièrement explicite quant au degré de liberté attendu pour la circulation des capitaux. Ainsi, l'article 63§1 TFUE dispose : « toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites. » Cette conception absolutiste de la circulation du capital selon laquelle toute notion de frontière est abolie se trouve ensuite immédiatement confortée au visa de l'article 64§2 TFUE assignant à l'Union la mission suivante : « réaliser l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et pays tiers, dans la plus large mesure possible... » En considération de ces textes, il semble difficile d'imaginer des manifestations juridiques dont l'objet serait de contrarier cet objectif de globalisation financière en droit de l'Union. La question peut toutefois se poser sur le plan des effets éventuels voire potentiels de dispositions dont l'objectif premier résiderait plus dans le rétablissement d'une certaine stabilité financière que dans la volonté de contrôle des capitaux en tant que telle : “the difference between outright protectionism and repression is as follows: while the former is concerned with keeping international capital “out” to protect the stability of domestic financial intermediation, the latter aims at keeping domestic sector capital “in” to facilitate the financing of government debt<sup>982</sup>.” Ce qui peut avoir pour effet une certaine fragmentation financière, ainsi que le décrit encore la BCE : “In the euro area, financial fragmentation is a particular concern, given that it complicates the conduct of a single monetary policy.” De plus, au sein de l'Union, les gouvernements de certains États membres n'ont pas hésité à conditionner leur aide aux établissements bancaires à la pratique de mesures protectionnistes par leurs effets, prenant en particulier la forme d'une orientation nationale de leurs opérations en vue de protéger l'économie de l'État membre par priorisation des crédits octroyés sur ce territoire : “banks receiving government support have sometimes been asked to adjust their business models by withdrawing from foreign operations and refocusing on the provision of credit to the domestic economy<sup>983</sup>.” L'objet de cette section est de procéder à une analyse critique des modes de protection juridique de cette stabilité financière mis en œuvre par le législateur de l'Union par suite de la crise financière de 2007, devenue économique puis souveraine. On s'attachera en particulier à déterminer si certains de ces modes de protection actuels ou potentiels peuvent revêtir la qualification d'exception protectionniste à caractère financier, notamment par leurs effets régulateurs sur les trois critères essentiels<sup>984</sup> du risque systémique que sont la taille, la substituabilité et l'interconnexion. Pour ce faire, il sera d'abord recherché s'il existe ou peut exister une exception protectionniste à caractère prudentiel, ceci tant à l'égard du nouveau système de surveillance et de résolution que vis-à-vis du simple déposant ou de l'investisseur (§1). La recherche d'une exception protectionniste à caractère monétaire sera également traitée au sein de l'Union à la lumière du droit positif puis selon une démarche prospective (§2).

<sup>982</sup> European Central Bank, *The side effects of national financial sector policies, Framing the debate on financial protectionism*, occasional papers series, September 2015, n°166, page 27.

<sup>983</sup> *Ibidem*, pages 7 et 12.

<sup>984</sup> Règlement UE 1092/2010 du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JOUE du 15 décembre 2010, considérant 9, L331/2.

## §1 : L'exception protectionniste à caractère prudentiel

650. Le droit prudentiel peut être défini, de manière extensive<sup>985</sup>, comme l'ensemble des règles visant à assurer la stabilité du système financier tout en protégeant l'utilisateur final de services financiers. Reste à déterminer le niveau de protection idoine de cet utilisateur final et d'établir, ou non, une corrélation avec le niveau d'assurance attendu quant à la stabilité du système financier. En filigrane se dessine donc une approche par les risques dont la mise en œuvre sera d'autant plus difficile qu'elle repose sur un paradoxe. Effectivement, il fait peu de doute que la recherche du meilleur rendement propre à la logique de placement de capitaux est fonction inverse de la maîtrise du risque. Autrement dit, les flux de capitaux sont comme aimantés par le rendement dont le niveau sera d'autant plus élevé que le risque sera important. Ce constat est structurel, déterminé par la logique de marché et déterminant pour la suite de notre étude en ce qu'il constitue un casse-tête théorique quasiment insoluble sur le plan économique, ressurgissant nécessairement sur le plan juridique. Ainsi, depuis la crise financière, on constate une inflation normative sans précédent du droit de l'Union en matière prudentielle afin tout à la fois d'élargir le cadre d'exercice du contrôle et d'accroître les capacités d'intervention de l'Union dans ce domaine. La question se pose ainsi de savoir si des exceptions protectionnistes peuvent émerger de cette nouvelle législation prudentielle et être distinguées de notions proches : "one key difference between financial repression and outright financial protectionism stems from the fact that the former distorts the market to the disadvantage of the domestic financial sector, while the latter does that to the domestic financial sector's advantage, as in the case of trade protectionism...both can be justified by authorities under the broad umbrella of "macro-prudential policies", a term which refers to governments' efforts to safeguard the health of the entire financial system<sup>986</sup>." Ainsi, à la lumière de ce double niveau de comparaison entre répression et protection, puis entre système financier et système commercial, il apparaît que l'objectif de stabilité financière ressort comme l'exigence impérieuse d'intérêt général propre à justifier une entrave à la liberté de circulation des capitaux. Reste toutefois à déterminer si les déclinaisons juridiques de la mise en œuvre de cet objectif sont efficaces, voire même opportunes en droit de l'Union. Ainsi, alors que le choix d'une protection de la stabilité financière par le renforcement du système en place peut être critiqué (A), une action sur les concentrations du secteur bancaire et financier doit être envisagée (B).

---

<sup>985</sup> Ne se limitant donc pas au seul corpus de règles intéressant les exigences techniques et financières édictées par le Comité de Bâle pour le contrôle bancaire, réglementation dite de « *Bâle III* » juridiquement non contraignante à ce stade. Elle le devient par transposition, fidèle en ses principes mais variable dans ses modalités, dans le droit de l'Union par le paquet législatif Capital Requirement Directive IV (CRD IV), mais aussi aux Etats-Unis ou en Suisse.

<sup>986</sup> European Central Bank, *The side effects of national financial sector policies, Framing the debate on financial protectionism*, occasional papers series, September 2015, n°166, page 27.

## A. La protection de la stabilité financière par le renforcement du système en place

651. L'ampleur et la teneur de la crise financière ont généré une réponse proportionnée du législateur de l'Union. Ce dernier s'est ainsi largement employé à structurer, à encadrer le secteur bancaire et financier avec pour leitmotiv la stabilité du système dans l'intérêt général, faisant ainsi écho à l'affirmation selon laquelle « la stabilité de l'Union économique et monétaire est un bien commun<sup>987</sup>. » On ne peut à cet égard que constater la grande productivité du législateur de l'Union compte tenu du nombre d'actes juridiques contraignants émis dans cette perspective. Pour autant, la solidité du système a certes nécessairement été remise en question sans toutefois qu'une remise en cause du système en tant que tel n'ait eu lieu. De sorte que le système antérieur a plutôt été complété et amplifié que modifié voire remplacé. Ce choix originel pris par le législateur de l'Union de renforcer le système en place apparaît de prime abord défavorable à l'émergence d'une exception protectionniste à caractère financier dans ce domaine. Il s'agira toutefois de vérifier cette hypothèse à la lumière des instruments de protection de la stabilité financière mis en place. C'est la raison pour laquelle nous analyserons en premier lieu la création d'une protection prudentielle en amont du système de l'Union (1), puis son renforcement en aval (2).

### 1. La création d'une protection prudentielle en amont du système financier de l'Union

652. Alors qu'auparavant la transposition juridique des principes fondamentaux d'un contrôle bancaire efficace proposés par le comité de Bâle apparaissait suffisante, la crise de 2007 a révélé l'inefficacité, ou à tout le moins l'insuffisance d'un tel contrôle microprudentiel dans la perspective d'assurer la stabilité du système financier de l'Union. C'est la raison pour laquelle une étude des « modalités d'un renforcement de la surveillance financière en vue de mieux protéger les citoyens européens et de rétablir la confiance dans le système financier de l'Union<sup>988</sup> » a été commandée par la Commission européenne à Jacques de Larosière<sup>989</sup> en novembre 2008<sup>990</sup>. Cette étude a été restituée le 25 février 2009 sous la forme d'un rapport<sup>991</sup> recommandant notamment d'élaborer un système européen de surveillance et de gestion des crises<sup>992</sup>. Le 24 novembre 2010, l'enjeu de stabilité financière a pris une nouvelle dimension par la création du Système Européen de Surveillance Financière (SESF) au moyen de quatre règlements concomitants. Le règlement n°1092/2010 créa le Comité Européen du Risque Systémique (CERS), « European Systemic Risk Board » en anglais. Le règlement n°1093/2010 institua l'Autorité Bancaire Européenne (ABE), « European Banking Authority » en anglais. Le règlement n°1094/2010 mit en place l'Autorité Européenne des Assurances et des Pensions Professionnelles (AEAPP), « European Insurance and Occupational Pensions Authority » en anglais. Enfin, le règlement n°1095/2010 institua l'Autorité Européenne des Marchés Financiers (AEMF), « European Securities and Markets Authority » en anglais. Ces trois

<sup>987</sup> BONNAFE Jean-Laurent (président de la fédération bancaire française), PETERS Hans-Walter (président de l'association des banques allemandes), *Pour un renforcement de l'intégration européenne*, Les Échos, 22 janvier 2018.

<sup>988</sup> <https://www.esrb.europa.eu/about/background/html/index.fr.html>.

<sup>989</sup> Qui a notamment assumé les fonctions de gouverneur de la Banque de France (1978 – 1987) et celles de directeur général du FMI (1987 – 1993).

<sup>990</sup> Considérants (3) des règlements 1092/2010 à 1095/2010.

<sup>991</sup> *The high-level group on financial supervision in the EU*, Chaired by Jacques de Larosière, 25 February 2009, 98 pages.

<sup>992</sup> *Ibidem*, §168 s., pages 48 s.

secteurs bancaire, assurantiel et des marchés de capitaux composant le système financier de l'Union se trouvaient désormais sous l'autorité d'une institution dédiée à son échelle. Dès lors se constitua un sur-système prudentiel sous le contrôle de la BCE (a) et sous l'autorité de laquelle des sous-systèmes devaient se coordonner au niveau des États membres (b).

a. La création d'un sur-système prudentiel sous le contrôle de la BCE

653. Le groupe de haut niveau constitué pour la rédaction du rapport « de Larosière » du 25 février 2009 avait de prime abord suggéré que soit dévolue à la BCE une mission de surveillance prudentielle large : « Différentes personnes, dont des représentants de la BCE, ont suggéré que cette dernière pourrait jouer un rôle majeur dans un nouveau système de surveillance européen, et ce à deux niveaux : dans la surveillance macroprudentielle et dans la surveillance microprudentielle<sup>993</sup>. » Après analyse, le groupe de haut niveau désapprouvait finalement l'implication de la BCE au niveau microprudentiel, en raison notamment de l'enchevêtrement des liens politiques, économiques et financiers<sup>994</sup> que cette situation contribuerait à créer. La transparence des auteurs du rapport les honore mais questionne en revanche sérieusement quant à l'indépendance de leurs sources d'inspiration de l'élaboration du nouveau système européen de surveillance. Finalement, le degré d'influence significative de la BCE sur le législateur se matérialisera par le positionnement de cette institution de l'Union au plus haut niveau de la hiérarchie des systèmes de surveillance tant macroprudentielle que microprudentielle dans le cadre du CERS et du MSU<sup>995</sup>, respectivement.
654. Un sur-système de surveillance macroprudentielle se trouvait ainsi créé par voie de règlement : « Le CERS est responsable de la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union, dans le but de contribuer à la prévention ou à l'atténuation des risques systémiques pour la stabilité financière de l'Union. » En poursuivant la lecture de cet article 3§1 du règlement (UE) n°1092/2010<sup>996</sup>, on nous informe encore que le CERS « contribue au fonctionnement harmonieux du marché intérieur et assure ainsi une contribution durable du secteur financier à la croissance économique ». On peut être valablement circonspect, ou à tout le moins surpris de l'emploi du terme « harmonieux » par le législateur et s'interroger tout aussi raisonnablement sur le sens que le rédacteur a réellement souhaité donner à ce mot. S'agit-il d'une déclinaison du mécanisme d'harmonisation propre à la logique des directives au visa de l'article 288 TFUE, alors que nous sommes en présence d'un règlement, d'application directe par définition ? La version anglaise de l'article en cause nous confirme au contraire qu'il est bien question de « smooth functioning », que l'on peut traduire comme fonctionnement paisible, agréable. Le rêve prime donc le réel en matière d'objectif. Cette incongruité de forme vient s'ajouter à une incongruité de fond émanant du CERS : le projet de titrisation des dettes souveraines<sup>997</sup>. Avant de critiquer le projet de titrisation, il semble utile de faire observer

<sup>993</sup> *Ibidem*, §167, page 48.

<sup>994</sup> *Ibidem*, §171, page 49.

<sup>995</sup> Ce Mécanisme de Surveillance Unique sera traité infra B.1.a) L'enjeu systémique de limitation de la taille des établissements financiers.

<sup>996</sup> Le règlement (UE) n°1096/2010 du 17 novembre 2010 vient compléter le règlement n°1092/2010 en précisant que, outre la présidence et la vice-présidence (article 5 du règlement 1092/2010) du CERS qui lui sont confiées ainsi que le partage de son siège social (article 1<sup>er</sup> du même règlement), la BCE assurera encore le fonctionnement du CERS, en particulier son secrétariat (article 2 du règlement 1096/2010).

<sup>997</sup> Van RIETE Ad, *Addressing the safety trilemma: a safe sovereign asset for the eurozone*, European Systemic Risk Board, Working Paper Series, N°35, February 2017; DE SOLA PEREA Maite, DUNNE Peter G., PUHL Martin, REININGER Thomas, *Sovereign bond-backed securities: a VAR-for-VaR and Marginal Expected Shortfall assessment*, European Systemic Risk Board, Working Paper Series, N°65, January 2018; CRONIN David, DUNNE Peter G., *How effective are bond-backed securities as a spillover prevention device*, European Systemic Risk

que la mise en œuvre de fonds souverains à l'échelle de l'Union apparaît pertinente à deux niveaux. D'une part, pour ses propriétés contracycliques, « engrangeant les revenus en période favorable pour décaisser en période de crise<sup>998</sup> ». D'autre part, l'accès à la vie juridique de ces « eurobonds » constituerait une manifestation de souveraineté financière de l'Union. Revenant sur le projet de titrisation, on rappellera utilement que, parmi les multiples facteurs de la crise, la titrisation<sup>999</sup> avait une origine nouvelle et n'était dès lors pas prévue dans le système de contrôle prudentiel. La dispersion du risque permise par la titrisation a eu pour effet de rendre impossible le chiffrage et la localisation du risque. Ce qui, en prospective, peut laisser perplexe sur l'efficacité des mécanismes prudentiels mis en place à la lumière de la crise des subprimes. Précisément par le fait que, par essence, on ne peut raisonnablement concentrer les moyens visant à maîtriser un système que sur ce qui est connu et reconnu comme un risque, pour s'être déjà produit. Ainsi, l'exhortation de Christine Lagarde, directrice générale du Fonds Monétaire International (FMI), selon laquelle « Il nous faut anticiper d'où viendra la prochaine crise. S'agira-t-il de la finance parallèle ? Des cryptomonnaies<sup>1000</sup> ? » résonne comme une incantation, à la nuance près qu'elle présente comme une évidence l'émergence d'une nouvelle crise. La lecture de l'ouvrage de son auguste prédécesseur Jacques de Larosière « Cinquante ans de crises financières<sup>1001</sup> » – l'emploi du pluriel a son importance – ne le dément pas. Dans ce contexte, le projet de titrisation des dettes souveraines porté par le CERS n'apparaît-il pas incongru ? Est-ce à dire que le CERS est d'avis que le mécanisme juridique de titrisation<sup>1002</sup> ne présente pas de risque *per se*, le risque se situant exclusivement dans les actifs sous-jacents ?

655. Dans cette hypothèse, quelle serait la raison d'être de la titrisation, si ce n'est de rendre le risque associé à l'actif titrisé moins visible, moins facilement mesurable donc dilué ? Il résulte de ce qui précède que, quand bien même la volonté de protection de la stabilité financière soit affirmée et assignée comme objectif au CERS par le règlement qui l'institue, elle ne peut y pourvoir que partiellement.

#### b. La coordination des sous-systèmes au sein des États membres

656. En complément de ce sur-système de surveillance macroprudentielle incarné par le CERS, le législateur de l'Union a souhaité compléter les missions antérieures du comité européen des contrôleurs bancaires<sup>1003</sup>, du comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles<sup>1004</sup>, ainsi que du comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières<sup>1005</sup>. Fait important, sur le plan institutionnel, les comités se sont mués en de véritables autorités indépendantes à l'échelle de l'Union. Sur le plan textuel, l'ABE, l'AEAPP et l'AEMF présentent de très grandes similitudes. Identité de visa d'abord, en particulier pour l'article 114 TFUE relatif au rapprochement des législations, en cohérence

---

Board, Working Paper Series, N°66, January 2018; DUNNE Peter G., *Positive liquidity spillovers from sovereign bond-backed securities*, European Systemic Risk Board, Working Paper Series, N°67, January 2018; COUET Isabelle, *La titrisation des dettes d'Etat inquiète les émetteurs*, Les Échos, 8 février 2018, page 32; GARNIER Olivier, *La fausse bonne idée des Eurobonds structurés*, L'AGEFI Hebdo, 19 janvier 2017.

<sup>998</sup> LORENZI Jean-Hervé, DE BOISSIEU Christian, *Quelle souveraineté monétaire pour l'Afrique de l'Ouest ?* Les Échos, 31 octobre et 1<sup>er</sup> novembre 2017.

<sup>999</sup> Rapport « de Larosière », §7, 10, 54 et 63 pages 8, 9, 19 et 48.

<sup>1000</sup> *Bourses : les leçons d'une semaine noire*, Les Échos, 12 février 2018, page 30.

<sup>1001</sup> DE LAROSIERE Jacques, *Cinquante ans de crises financières*, Odile Jacob, mai 2016.

<sup>1002</sup> Voir aussi BENHAMOU-GABRIEL Archibald, *Les financements structurés et le droit des entreprises en difficulté*, Thèse, Paris 1, juin 2017, 400 pages.

<sup>1003</sup> Considérant (67) du règlement 1093/2010.

<sup>1004</sup> Considérant (67) du règlement 1094/2010.

<sup>1005</sup> *Ibidem*.

avec l'objectif d'unifier la surveillance prudentielle. Partage de la très grande majorité des 69 considérants ensuite, de sorte que l'esprit de chaque règlement est identique : assurer une surveillance macroprudentielle sectorielle coordonnée et harmonisée, donc efficace, à l'échelle de l'Union, en particulier dans le traitement des situations transfrontalières propices aux divergences de vues et de réglementations entre autorités de surveillance nationales. Identité de structure enfin, avec trois chapitres dont le second est consacré aux tâches et missions de chaque autorité, dont on constate qu'elles sont limitées, ne comprenant ni pouvoir normatif ni pouvoir de sanction. On peut dès lors se poser la question de savoir si la mise en place de ces trois autorités consiste en une répartition sectorielle ou en une délégation fonctionnelle de la surveillance macroprudentielle de la BCE. Il en résulte une coordination nécessaire avec les autorités nationales qui constituent dès lors le « bras armé » de ce SESF : « Le SESF se compose ...f) des autorités compétentes ou de surveillance des États membres<sup>1006</sup>... » Il n'en demeure pas moins que cette coordination peut s'avérer d'autant plus efficace que les États membres y trouvent un intérêt commun dans son ensemble : la protection de la stabilité financière de leur système national, qui contribuerait par ricochet à celle de l'ensemble de l'Union. La coordination représente donc une modalité organisationnelle de protection de la stabilité financière rendue nécessaire par le droit primaire et l'application du principe de subsidiarité.

657. Si l'on s'attache maintenant aux critères de qualification de l'exception protectionniste, ce système prudentiel nouvellement mis en place résulte bien de la manifestation de volonté d'une entité supranationale dotée de prérogatives de puissance publique. Elle a effectivement pour objet de protéger l'intérêt de l'Union par la protection de la stabilité financière en son sein. Pour autant, l'exercice de cette protection prudentielle en amont se fait de manière systématique et non par voie d'exception. Le choix a donc été préféré de maintenir le système à l'origine de la crise en tentant de l'englober dans un sur-système de dimension européenne. Ceci alors que le risque systémique se situe tout autant, sinon plus, au niveau mondial. De surcroît, il est permis de douter de l'effet potentiellement réducteur de la liberté de circulation des capitaux par la mise en place du SESF, dont la mission relève, comme son nom l'indique, de la simple surveillance, exclusive par conséquent de toute immixtion dans la gestion du système qu'elle ne vient finalement pas troubler dans son fonctionnement. Le CERS constitue ainsi un formidable laboratoire de recherche appliquée sur le risque systémique sans pour autant qu'il puisse directement agir sur les flux de capitaux. Ce constat est par ailleurs partagé avec le sous-système constitué de l'ABE, de l'AEAPP et de l'AEMF, qui ne disposent pas plus d'un pouvoir réglementaire<sup>1007</sup>, donc de régulation sur les flux de capitaux.

## 2. Le renforcement de la protection prudentielle en aval du système financier de l'Union

658. Ainsi que l'écrit justement Francesco Martucci, on ne peut que saluer « la célérité remarquable du processus décisionnel en vertu duquel l'Union bancaire a été instituée<sup>1008</sup> », démontrant que les États membres pouvaient être unis, non seulement dans la diversité, mais aussi et surtout dans l'adversité<sup>1009</sup>. Ceci au point de trouver le consensus permettant d'atteindre l'unanimité requise en matière de procédure législative spéciale relative au « contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements

<sup>1006</sup> Article 1<sup>er</sup> §3 du règlement n°1092/2010.

<sup>1007</sup> En vertu des articles 10 du règlement 1093/2010 pour l'ABE, règlement 1094/2010 pour l'AEAPP et règlement 1095/2010 pour l'AEMF, la Commission est seule investie du pouvoir d'adopter de nouvelles normes techniques de réglementation au moyen d'actes délégués sur le fondement de l'article 290 TFUE.

<sup>1008</sup> MARTUCCI Francesco (Dir.), *Union bancaire, la méthode du « cadre » : du discours à la réalité*, Actes de colloque 15 et 16 janvier 2015, Panthéon-Assas, Bruylant, 2016, page 11.

<sup>1009</sup> HUTIN François Régis, Ouest-France, 27 septembre 2013, <https://www.ouest-france.fr/unis-dans-ladversite-345644>.

financiers, à l'exception des entreprises d'assurances. » L'Union bancaire a notamment été instituée afin de maîtriser le risque systémique selon deux approches. L'approche chronologique de ce risque vise d'abord à anticiper les difficultés du secteur financier pour les éviter, puis à les résoudre si elles doivent malgré tout survenir. En ce sens, le droit de l'Union combine les Mécanismes de Surveillance Unique (MSU<sup>1010</sup>), assuré par la BCE, et de Résolution Unique (MRU<sup>1011</sup>), au service duquel le Conseil de Résolution Unique (CRU) a été créé. Ces mécanismes de surveillance et de résolution uniques, au sens d'uniformes dans leur application, trouvent une déclinaison coordonnée à l'échelon national par les autorités de contrôle prudentiel des États membres. Ensuite, l'approche « volumétrique » du risque systémique voulue par l'Union bancaire s'intéresse quant à elle à la protection en aval du système financier. En effet, le risque portant sur l'usager du système bancaire et financier a été pris en compte non pas sur le plan individuel, mais plutôt sur le plan collectif à raison de la probabilité d'une course à la liquidité des déposants ou des investisseurs, susceptible de mettre en défaut un établissement bancaire ou financier.

C'est la raison pour laquelle une protection juridique à l'échelle de l'Union existe à leur profit (a). Il semble par ailleurs pertinent d'intégrer dans le champ de la protection prudentielle, en aval du système financier, celle de l'investisseur privé pour lequel l'entrée en vigueur de la directive « MiFID II <sup>1012</sup> » le 3 janvier 2018 constitue une avancée relative (b).

#### a. La protection juridique des déposants

659. La protection juridique des déposants « a pour objectif premier la stabilité bancaire, parce que les banques sont exposées au risque d'un mouvement de panique collective si les déposants en viennent à penser que leurs dépôts ne sont pas en sûreté et entreprennent de tous vouloir retirer leurs fonds en même temps<sup>1013</sup>. »

Chaque déposant disposant d'une créance de restitution vis-à-vis de sa banque, la demande concomitante de restitution des dépôts par ses clients peut avoir pour effet de placer la banque dans l'impossibilité de faire face à ce passif exigible avec son actif disponible. De sorte que l'établissement financier en cause se trouve en état de cessation des paiements<sup>1014</sup>, autrement dit en situation d'insolvabilité. Le risque d'un tel « Bank run » s'est en particulier produit pour la banque anglaise Northern Rock à l'occasion de la crise financière en septembre 2007 et constitue une illustration de l'intégration dans les représentations sociales du « prix de la course » atteignant les créanciers chirographaires, ou plus précisément qui se ressentaient comme tels, la rationalité étant d'autant plus limitée que le phénomène prenait de l'ampleur. Ceci alors que le système de garantie des dépôts existait déjà en droit anglais<sup>1015</sup>...Ce qui n'empêcha pas pour autant de déclencher la

<sup>1010</sup> Règlement (UE) n° 1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

<sup>1011</sup> Règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010, JOUE 30 juillet 2014, L225/1.

<sup>1012</sup> Directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JOUE du 12 juin 2014, L173/349.

<sup>1013</sup> BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2016, page 502.

<sup>1014</sup> Au sens du droit des entreprises en difficulté français, article L631-1 du code de commerce.

<sup>1015</sup> Et dans les autres États membres de l'Union, notamment par la transposition de la directive 94/19/CE qui fixait déjà des exigences mais simplement minimales en matière de garantie des dépôts.



décision conjoncturelle de la banque d'Angleterre de rehausser significativement la garantie des dépôts<sup>1016</sup> pour rétablir la confiance des déposants dans leur banque, puis la mise en œuvre structurelle d'un système harmonisé de garantie des dépôts à l'échelle de l'Union puisant sa source juridique dans la directive 2014/49/UE<sup>1017</sup> du 16 avril 2014.

660. La protection juridique des déposants par l'augmentation uniforme, assortie d'une obligation d'information<sup>1018</sup>, du seuil de garantie des dépôts à la somme de 100 000 euros<sup>1019</sup> à l'échelle de l'Union a pour effet psychologique de rétablir une certaine confiance des utilisateurs bancaires et pour effet économique de limiter la thésaurisation tout comme le risque<sup>1020</sup> de « Bank run ». Dès lors, l'effet sur les flux de capitaux est celui d'une amplification plutôt que d'une entrave. Il en résulte que ce mode de protection juridique ne peut revêtir la qualification d'exception protectionniste, ce qui est plus discutable à l'égard des investisseurs.

#### b. La protection juridique des investisseurs

661. La protection juridique des clients d'entreprises d'investissement « protège les investisseurs contre les risques de fraude, de négligence professionnelle ou d'erreur de gestion qui rendrait l'entreprise d'investissement incapable de restituer à ses clients les actifs qui leur appartenaient<sup>1021</sup>. »

La notion d'investisseur s'entend ici au sens financier du terme et renvoie au placement de capitaux nécessitant le recours aux services d'entreprises d'investissement. Il convient donc de le distinguer de la notion d'investisseur au sens économique<sup>1022</sup> du terme, telle qu'elle devra être comprise dans la section seconde du présent chapitre consacrée au contrôle du droit d'établissement au sein de l'Union. L'entrée en vigueur de la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014<sup>1023</sup> concernant les marchés d'instruments financiers, plus communément connue sous l'acronyme « MiFID II » marque, outre l'extension de l'obligation de transparence bien au-delà du seul marché relatif aux actions<sup>1024</sup>,

<sup>1016</sup> *Londres veut renforcer la garantie des dépôts*, Les Échos, 24 septembre 2007.

<sup>1017</sup> JOUE 12 juin 2014, L173/149, directive abrogeant en particulier la directive 94/19/CE avec effet différé au 4 juillet 2019 selon les termes de l'article 21 de la directive 2014/49/UE. Cette directive a été notamment transposée en droit français par l'ordonnance n°2015-1024 du 20 août 2015. Pour un aperçu complet du corpus de règles applicables, voir le recueil des textes juridiques en vigueur du fonds de garantie des dépôts et de résolution, juin 2017, consultable sur le site [www.garantiedesdepots.fr](http://www.garantiedesdepots.fr).

<sup>1018</sup> Article 16 de la directive.

<sup>1019</sup> Article 6§1 de la directive.

<sup>1020</sup> Sur la corrélation entre risque et garantie des dépôts, voir l'analyse de CHAUDHRY Sajid M., MULLINEUX Andrew W, AGARVAL Natasha in *Balancing the Regulation and Taxation of Banking*, ElgarOnline, 2015, pages 7-8 : "As with deposit insurance, the implicit premium implied by conditions of access to the facilities should be risk related, in line with the Bagehot (1873) principles that have been relaxed since the onset of the GFC and further undermined in the face of the Eurozone crisis. In other words, deposit insurance premiums and conditions for access to central bank liquidity insurance should 'tax' risk taking".

<sup>1021</sup> BONNEAU Thierry, op. cit., page 502.

<sup>1022</sup> Par exemple définie à l'article 7.9 de l'accord de libre-échange entre l'Union et la Corée du Sud, JOUE 14 mai 2011, L127/27.

<sup>1023</sup> Ainsi que du règlement (UE) N°600/2014<sup>1023</sup> concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) no 648/2012, JOUE L173/349 pour la directive et L173/84 pour le règlement.

<sup>1024</sup> On passe ainsi d'une transparence sur environ 6000 actions sous l'empire de la directive *MiFID I* (2004/39/CE du 21 avril 2004) à plusieurs centaines de milliers d'instruments financiers, notamment les obligations, les produits financiers structurés, les quotas d'émission de CO2, et les produits dérivés. Le coût de mise en conformité des établissements financiers assujettis, notamment de leur système d'information, représenterait 1,7 milliards d'euros en 2017. Voir BOISSEAU Laurence, *MiFID II : les cinq clefs d'une réforme qui dynamite les marchés financiers*, Les Échos, 4 janvier 2018, page 17.

l'accroissement de l'exigence de protection des investisseurs en produits financiers<sup>1025</sup> conçus ou distribués par des établissements domiciliés<sup>1026</sup> au sein d'un État membre de l'Union. Affirmée à de très nombreuses reprises dans les considérants de la directive 2014/65/UE, la volonté de protection des investisseurs est matérialisée par la section 2 du chapitre relatif aux conditions d'exercice des entreprises d'investissement. Les articles 24 à 30 de cette directive MiFID II détaillent ainsi les principes et les modalités de renforcement des obligations<sup>1027</sup> des entreprises d'investissement à l'égard de leurs clients. Il est ainsi rappelé une obligation générale de bonne foi et de diligence à l'article 24 §1 et §3. L'obligation d'information des entreprises d'investissement est ainsi renforcée, passant d'un devoir de conseil à une obligation de mise en garde<sup>1028</sup> contre une décision d'investissement du client qui serait inappropriée en considération de son profil de risque<sup>1029</sup>. On pourrait dès lors considérer que, du fait de cet accroissement des exigences d'information à l'égard des entreprises d'investissement, ces dernières ont rencontré un certain nombre d'obstacles techniques à l'exercice de leurs activités puisant leur source dans la directive MiFID II et ses transpositions dans le droit national de chaque État membre. Ces obstacles normatifs auraient ainsi eu pour effet de ralentir, de freiner les flux de capitaux relatifs à des investissements dont le contenu serait devenu incompatible avec les nouvelles exigences de protection. Dès lors un effet protectionniste à caractère exceptionnel et accidentel peut être relevé à ce titre. Les entreprises d'investissement ont donc été contraintes d'adapter la conception et la distribution de leurs produits financiers aux exigences accrues de la directive MiFID II par l'instauration d'un principe d'obligation d'information renforcée. Pour autant, une véritable protection n'aurait-elle pas consisté en la mise en place d'une prohibition pure et simple de certains instruments financiers dont la complexité ne permet pas d'évaluer le risque de manière correcte ? La distinction entre client de détail et client professionnel n'était-elle pas propice à la mise en place d'une telle interdiction catégorielle en vue de protéger l'investisseur non avisé des risques les plus élevés ? Pour des raisons qui tiennent à la liberté absolue de circulation des capitaux imposée au visa de l'article 63§1 TFUE, le choix a été fait au niveau de l'Union de préférer l'information à la prohibition. De sorte que l'exception protectionniste n'est finalement constituée que de manière temporaire, voire involontaire à raison de la période de transition nécessaire aux entreprises d'investissement pour se conformer à la directive MiFID II. De plus, en opérant une distinction entre clients professionnels et non-professionnels, on aurait pu penser que la démarche était comparable à celle du droit, particulièrement protecteur, de la consommation, érigeant une barrière relativement étanche entre les deux catégories. L'annexe II<sup>1030</sup> de la directive MiFID II nous informe au contraire que, dans son champ d'application matériel, cette frontière est poreuse. Ainsi, à certaines conditions, le client de détail peut choisir d'être considéré comme client professionnel, autrement dit présumé disposer des connaissances et de l'expérience

---

<sup>1025</sup> MENTHA Yvar, BIZZOZERO BRP, et MERMOD Yvan, KPMG Financial Services, *MiFID2 ou l'encadrement maximal des produits financiers*, <https://www.letemps.ch/economie/2017/11/06/mifid-2-lencadrement-maximal-produits-financiers>, Le Temps, 6 novembre 2017.

<sup>1026</sup> Article 1<sup>er</sup> §1 de la directive *MiFID II*.

<sup>1027</sup> <http://www.amf-france.org/Acteurs-et-produits/Marches-financiers-et-infrastructures/De-MIF-1-a-MIF-2/Les-principaux-apports-de-MIF-2>.

<sup>1028</sup> Article 25 §3 de la directive *MiFID II*, avec exception toutefois pour les produits simples à l'initiative du client au visa de l'article 25 §4.

<sup>1029</sup> Au visa de l'article 25 §2 de la directive *MiFID II*, l'entreprise d'investissement doit notamment recueillir la preuve des connaissances et de l'expérience du client, en particulier sa capacité à subir des pertes et sa tolérance au risque.

<sup>1030</sup> Donnant la définition puis la caractérisation extensive, sous forme de liste exemplative, du client professionnel, ainsi que la possibilité de passage du statut de client non professionnel à celui de client professionnel.

nécessaires à une décision d'investissement prise en considération des risques, notamment de perte en capital, et de capacité à les surmonter, perdant par là même le bénéfice de sa protection.

662. Toutefois, pour assurer l'effectivité de ces dispositions, la directive MiFID II prévoit la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises d'investissement à deux niveaux. Le premier niveau relève de la protection des intérêts particuliers du client investisseur et renvoie à la directive 97/9/CE<sup>1031</sup> du Parlement européen et du Conseil du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs. L'aspect indemnitaire n'est donc pas nouveau en son principe et n'affecte finalement que le degré de diligence nécessaire à atteindre pour éviter d'engager sa responsabilité. En revanche la mise en place de sanctions au visa des articles 70 à 74 de la directive constitue un élément nouveau d'importance dans la protection des investisseurs. Il est ainsi laissé le soin à chaque État membre de prévoir dans son droit national la possibilité de prendre des mesures « effectives, proportionnées et dissuasives<sup>1032</sup> » en cas de violation de la directive, en particulier des règles de bonne conduite visant la protection des investisseurs. La mesure du caractère effectif, proportionné et dissuasif de telles sanctions se situe à l'article 70 §6 f), g) et h). Il est ainsi question d'amendes administratives pouvant aller jusqu'à 5 000 000 euros ou 10 % du chiffre d'affaires<sup>1033</sup>, ou encore jusqu'à deux fois le montant de l'avantage retiré de l'infraction, même si ce montant calculé dépasse les deux précédents plafonds.

Ce dernier mode de calcul présente un caractère dual, à la fois punitif et dissuasif de toute tentative de faute lucrative<sup>1034</sup> des entreprises d'investissement. Reste à surveiller si, en pratique, un tel calcul d'avantage retiré de l'infraction peut être réalisé pour permettre l'application d'une telle sanction, qui semble la plus juste en son principe par rapport à la fixation d'un montant d'amende ou d'un taux par définition arbitraire.

663. Pour synthétiser, la surveillance accrue des banques a succédé à leur sauvetage<sup>1035</sup> financé par le citoyen de l'Union. De mesures conjoncturelles correctives nous sommes passés à des mesures structurelles préventives assorties de sanctions potentielles en matière d'investissement, ceci afin d'en garantir l'effectivité. Cette bascule paradigmatique de l'action *ex post* à la surveillance *ex ante* a pour effet d'installer les paramètres à l'origine de la crise en tant que référence. Ceci alors que le risque de système demeure, en particulier quant à la concentration du secteur bancaire et financier.

#### B. L'action sur les concentrations du secteur bancaire et financier

664. La sélection économique naturelle simplement régulée par le droit de la concurrence dans le cas général des entreprises opérant au sein du marché intérieur se trouve ici remplacée par une sélection artificielle résultant du droit bancaire et financier. Dès lors un aléa moral se crée *de facto* au profit de ce secteur économique pour lequel on a conçu et mis en œuvre un système supranational de surveillance et de résolution. Cette solidarité de droit

<sup>1031</sup> JOCE du 26 mars 1997, L84/22.

<sup>1032</sup> Article 70§1 de la directive *MiFID II*.

<sup>1033</sup> Identique au pouvoir de sanction dévolu aux autorités de concurrence dont il est précisé que son montant est proportionné en fonction de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie, de la situation individuelle de l'entreprise ayant commis l'infraction ou du groupe auquel elle appartient, ainsi que de la réitération. Voir article L464-2 code de commerce en droit français.

<sup>1034</sup> FOURNIER DE CROUY Nathalie, *La faute lucrative*, Thèse, LGDJ, 2018, 498 pages. Inexécution illicite du contrat susceptible de produire un dommage à autrui et un enrichissement illicite de l'auteur de la faute.

<sup>1035</sup> *Contra*, arrêt de la Cour du 24 octobre 2013, LBI, affaire C-85/12, assainissement et liquidation des établissements de crédit – acte du législateur dotant les mesures d'assainissement des effets d'une procédure de liquidation, voir note BONNEAU Thierry, L'opposabilité en France, des mesures d'assainissement prises en Islande, La semaine juridique, entreprises et affaires, 2013 n°50, page 1694.

organisée pour éviter la solidarité de fait<sup>1036</sup> mise en exergue par la crise financière a éventuellement pour effet d'assurer une certaine stabilité financière par l'identification et la concentration du risque de système, mais il ne permet pas pour autant la maîtrise du système financier. Ce n'est pas en entourant le risque originel d'un cercle concentrique de plus grand diamètre que celui-ci peut disparaître, voire être réduit. Il serait ainsi pertinent d'agir sur les critères de qualification du risque de système<sup>1037</sup> que sont la taille économique des opérateurs, leur interconnexion et la substituabilité. Parmi ces critères, celui de la taille apparaît le plus délaissé en pratique, mais également sur le plan théorique. Ceci alors que ce critère constitue un levier important d'action sur le risque de système (1). À tel point que l'on pourrait envisager d'étendre l'application de certains instruments de résolution aux concentrations du secteur bancaire et financier (2).

### 1. Le levier de la taille des opérateurs face au risque systémique

665. Si l'on s'intéresse au traitement du critère de la taille des établissements bancaires et financiers en tant que facteur de risque systémique, on observe d'abord une concentration accrue du secteur au sein de l'Union<sup>1038</sup> depuis la crise financière de 2008. On constate ensuite que les rapports successifs du CERS ne mentionnent explicitement ce risque lié à la taille économique que lors de son premier opus en 2011<sup>1039</sup>. Dès lors, on peut valablement s'interroger sur les motivations à l'origine d'un tel délaissement. Ainsi, s'agit-il de ménager la taille des établissements bancaires et financiers à raison d'une volonté de construire des champions nationaux voire européens dans ce secteur ? Ou encore, cette apathie rationnelle constatée des institutions de l'Union face au risque de système lié à la taille relève-t-elle du postulat que les établissements bancaires et financiers « too big to fail<sup>1040</sup> » sont tout simplement nécessaires ?

Prenant le contrepied de ces questionnements, on peut plus directement envisager le principe de limitation de la taille des établissements bancaires et financiers en raison de l'enjeu systémique en cause (a). Pour ce faire, à l'instar de l'instauration d'une règle *de minimis* en droit de la concurrence, l'hypothèse de la mise en place d'une règle *de maximis* en matière prudentielle mérite attention (b).

#### a. L'enjeu systémique de limitation de la taille des établissements financiers

666. Comme nous l'avons déjà évoqué, le risque de système tient notamment dans la taille<sup>1041</sup> des établissements financiers. La question se pose donc de savoir le niveau au-dessus duquel la BCE, en qualité d'autorité de surveillance microprudentielle instituée par le

<sup>1036</sup> GAUDEMET Antoine, *Le risque de système*, Collège de France, 29 mars 2016.

<sup>1037</sup> Considérant 9 du Règlement UE 1092/2010 du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JOUE du 15 décembre 2010, L331/2.

<sup>1038</sup> Banque centrale européenne, *Rapport sur les structures financières*, pages 23 et 24 : « Le nombre d'établissements de crédit a encore diminué en 2016, la baisse cumulée depuis 2008 s'établissant à 25 % ».

<sup>1039</sup> « Apparition de nouveaux acteurs d'importance systémique ».

<sup>1040</sup> Pour étude comparée des législations mises en place pour remédier à la problématique des établissements bancaires trop importants pour être mis en faillite, voir rapport final du groupe d'experts chargé du développement de la stratégie en matière de marchés financiers du 1<sup>er</sup> décembre 2014 et en particulier l'annexe sur l'examen du régime suisse *too big to fail* en comparaison internationale – Base de l'examen prévu par l'art. 52 de la loi sur les banques.

<sup>1041</sup> Règlement UE 1092/2010 du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JOUE du 15 décembre 2010, considérant 9, L331/2.

règlement MSU<sup>1042</sup>, considère la taille de l'établissement bancaire en cause d'une importance telle qu'il mérite sa supervision directe plutôt que déléguée aux autorités nationales. Les critères de qualification d'un établissement d'importance systémique à l'échelle de l'Union, méritant dès lors une supervision directe de la BCE plutôt que des autorités de contrôle prudentiel nationales, peuvent en particulier se trouver aux articles 39 et suivants de ce qu'il est convenu d'appeler le « règlement-cadre MSU<sup>1043</sup> » de la BCE du 16 avril 2014.

667. Ainsi, parmi les cinq critères alternatifs permettant de conclure à l'importance d'un établissement de crédit, la BCE prévoit, outre les activités transfrontalières, le recours au MES<sup>1044</sup> ou l'appartenance aux trois plus importants établissements de l'État membre, de sélectionner les banques par leur taille ou leur importance économique. La taille de l'établissement bancaire s'entend de la « ligne « total des actifs » dans le bilan établi pour les besoins prudentiels, conformément au droit de l'Union<sup>1045</sup>. » On observe en premier lieu qu'il n'est donc pas tenu compte des engagements hors bilan des banques, dont le montant s'avère pourtant particulièrement élevé<sup>1046</sup> tout comme le contenu critique, ces engagements étant la plupart du temps constitués de produits dérivés de gré à gré, ou « OTC » pour « Over The Counter<sup>1047</sup> », en anglais. Il suffit en second lieu que cette taille dépasse 30 milliards d'euros<sup>1048</sup> ou dépasse 5 milliards d'euros tout en présentant un ratio sur produit intérieur brut de l'État membre d'au moins 20%<sup>1049</sup>. Or si l'on s'intéresse à la liste<sup>1050</sup> des banques d'importance systémique au niveau de l'Union telle que publiée par la BCE le 1<sup>er</sup> avril 2017 conformément à l'article 49 du règlement-cadre MSU, on observe que, sur les 124 entités sous supervision prudentielle directe de la BCE par application des cinq critères alternatifs de l'article 39, près d'un quart, soit 30 banques, dépasse très largement le critère de taille ou d'importance économique. En effet, 14 banques présentent un total d'actifs entre 150 et 300 milliards d'euros, soit 5 à 10 fois plus que le seuil de qualification d'importance significative par la BCE. 11 banques présentent un total d'actifs entre 500 et 1000 milliards d'euros, soit 16 à 33 fois plus que le seuil de qualification d'importance significative par la BCE. Pour finir, 5 banques ont un niveau d'actifs supérieur à 1000 milliards d'euros, dont 3 banques françaises<sup>1051</sup>, 1 espagnole<sup>1052</sup> et 1 allemande<sup>1053</sup>. Ces constats de large dépassement du seuil d'importance significative des établissements bancaires au sens du règlement-cadre MSU témoignent du maintien en activité d'entités pouvant être considérées comme « too big to fail » au sein de l'Union, sans pour autant que cela semble préoccuper.
668. Dès lors se pose la question de la mise en place d'une règle *de maximis* en matière prudentielle qui aurait pour objet d'agir sur le critère relatif à la taille dans le cadre du traitement du risque de système.

<sup>1042</sup> Article 6 du règlement (UE) N°1024/2013 du Conseil confiant à la BCE des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, JOUE 29 octobre 2013, L287/63.

<sup>1043</sup> Règlement (UE) N°468/2014 de la banque centrale européenne du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales (BCE/2014/17), JOUE, L141/1.

<sup>1044</sup> Mécanisme Européen de Stabilité institué par accord intergouvernemental du 11 juillet 2011.

<sup>1045</sup> Article 55 du règlement-cadre MSU.

<sup>1046</sup> LOONES Sander, Parlement européen, Rapport sur l'union bancaire – rapport annuel 2017 (2017/2072(INI)), 7 février 2018, A8-0019/2018, considérant C, page 7.

<sup>1047</sup> European Securities and Market Authority, *EU derivatives markets – a first-time overview*, ESMA Report on Trends, Risks, and Vulnerabilities, n°2, 2017.

<sup>1048</sup> Article 50 du règlement-cadre MSU.

<sup>1049</sup> Article 56 du règlement-cadre MSU.

<sup>1050</sup> European Central Bank, *List of supervised entities*, Cut-off date for significance decisions: 1<sup>st</sup> April 2017.

<sup>1051</sup> BNPPARIBAS, CREDIT AGRICOLE SA et SOCIETE GENERALE.

<sup>1052</sup> SANTANDER.

<sup>1053</sup> DEUTSCHE BANK.

b. La mise en place d'une règle *de maximis* en matière prudentielle

669. La limitation de la taille d'un établissement financier n'a pas simplement une base juridique possible en droit de la concurrence par le contrôle des concentrations de dimension européenne en vertu du règlement 139/2004<sup>1054</sup>. Elle pourrait encore trouver un fondement en matière prudentielle qui résiderait dans la réduction du risque de système par la réduction corrélative des concentrations.

À cet égard, la lecture des rapports successifs du CERS de 2011 à 2016 informe sur les risques systémiques identifiés à l'échelle de l'Union et pour lesquels une démarche de remédiation est engagée. Ainsi, on peut constater la récurrence du « shadow banking<sup>1055</sup> », autrement dit le secteur bancaire parallèle, particulièrement au sens de non soumis à la réglementation bancaire. Son développement constitue par ailleurs l'indice d'une mise en œuvre par les opérateurs de solutions alternatives à la réglementation nouvelle en matière prudentielle. Quant à l'interconnexion, ce facteur est expressément identifié comme source de risque de système. Or, de manière surprenante, le CERS ne s'attarde pas sur le troisième facteur majeur de risque systémique, à savoir la taille économique des établissements bancaires et financiers. Ceci alors que, outre-Atlantique, on observe que ce risque lié à la taille a fait l'objet d'une législation spéciale : la section 622<sup>1056</sup> du Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. En effet, cet ensemble de dispositions techniques regroupé sous l'intitulé « Concentration limits on large financial companies » fixe en substance une règle *de maximis* aux établissements financiers installés aux États-Unis : “prohibits...financial company from merging or consolidating with, or acquiring control of, another company if the resulting company's total consolidated liabilities upon consummation would exceed 10 percent of the aggregate consolidated liabilities of all financial companies<sup>1057</sup>...”

Nous sommes dès lors en présence d'une manifestation juridique d'exception protectionniste dans la mesure où l'intervention législative de l'État ou de ses émanations a pour effet d'entraver les libertés économiques des opérateurs privés dans l'objectif de protéger le citoyen d'un risque de système lié à la taille des établissements financiers. Cette entrave juridique par la mise en place d'une règle *de maximis* demeure exceptionnelle en raison du seuil significatif de déclenchement de l'obligation de notification préalable du projet de concentration. Pour autant, elle constitue en tant que telle un mode de régulation juridique des flux de capitaux en évitant que ceux-ci ne circulent par le truchement d'un nombre trop faible d'établissements financiers.

La question se pose dès lors de savoir si, à l'instar du droit fédéral américain, le droit de l'Union pourrait ou devrait se doter d'une règle *de maximis* en matière prudentielle. Une réponse affirmative en son principe apparaît pertinente en ce qu'elle satisfait l'objectif de réduction, ou a minima de maîtrise du risque de système lié à la taille, contribuant ainsi à la stabilité financière à laquelle est particulièrement attaché le SESF. Resterait alors à déterminer le seuil significatif de déclenchement d'une telle obligation de notification de projet de concentration d'établissements financiers préalable à l'agrément éventuel de la BCE. Le pourcentage défini par la Federal Reserve est-il adapté au paysage bancaire et financier de l'Union dans la perspective de protéger la stabilité financière ?

<sup>1054</sup> Au visa de l'article 8§4 du règlement 139/2004, la Commission peut ordonner la séparation des entreprises fusionnées ou la cession de la totalité des actions ou actifs acquis.

<sup>1055</sup> BOUCHETA Haroun, *Shadow Banking : menace ou opportunité*, Bulletin Joly Bourse 1<sup>er</sup> avril 2016, n°4.

<sup>1056</sup> Federal Register Vol.79 N°220, Friday, November 14, 2014, pages 68095 s., suite à la proposition publiée au Federal Register Vol.79 N°94, Thursday May 15, 2014, pages 27801 s.

<sup>1057</sup> Sullivan & Cromwell LLP, *Federal Reserve Approves Final Rule Implementing Dodd-Frank's Financial Sector Concentration Limit*, November 2014. Pour une évaluation de la réforme, MASON Joseph, BALCOMBE Jeff, DALRYMPLE Scott, *Financial Supervision and Regulation in the US, Dodd-Frank Reform*, PE631.017, December 2018.

Y-a-t-il lieu, ainsi qu'il a été tenu compte par le législateur américain<sup>1058</sup>, d'introduire en plus une règle *de minimis* comme on peut par ailleurs la rencontrer en droit de la concurrence ? Ces questions méritent une réponse experte d'ordre économique et financier afin de fixer les seuils plancher et plafond utiles. En revanche, le principe d'instauration de règles *de maximis* et *de minimis* dans le cadre d'un contrôle des concentrations des établissements financiers peut trouver une base juridique au visa de l'article 127§5 TFUE dans le dessein d'assurer la protection de la stabilité financière au sein de l'Union.

670. Il serait ainsi judicieux d'envisager de compléter la surveillance prudentielle, certes louable notamment par la transparence qu'elle apporte et la confiance qu'elle tend à restaurer, par la limitation de la taille économique des établissements, de sorte que le risque de système inhérent à cette taille soit écarté *de facto* par des contraintes de jure liées au contrôle des concentrations économiques des établissements bancaires et financiers.

## 2. L'extension des méthodes de résolution au contrôle des concentrations

671. Le contrôle des concentrations économiques tel que prévu par le droit de la concurrence<sup>1059</sup> s'avère insuffisant pour remédier au risque de système tenant à la taille des établissements bancaires et financiers. En effet, les règles de concurrence actuelles en droit de l'Union ne trouvent à s'appliquer qu'à l'occasion d'un projet de concentration, alors que le risque systémique repose notamment sur la concentration actuelle, existante, du secteur bancaire et financier. De plus, le contrôle des concentrations des établissements financiers, actuellement en vigueur avec l'édition d'une règle *de maximis* aux États-Unis, ne peut être évoqué qu'en droit prospectif au niveau de l'Union. Opérant une gradation dans l'objectif de régulation des flux de capitaux et de protection corrélative de la stabilité financière, le rôle dévolu au système de surveillance tant macroprudentiel que microprudentiel mis en œuvre par le législateur de l'Union ne permettrait-il pas de justifier l'extension des méthodes de résolution au contrôle des concentrations par leur contribution à la protection de l'intérêt public ? Comment ?

Par la réduction du risque de système tenant à la taille (a). Une fois cette hypothèse validée sur le plan théorique, il pourrait alors être question d'adapter certains mécanismes de résolution à la mise en œuvre non seulement du contrôle mais plus encore de la limitation des concentrations, aboutissant dès lors à une exception protectionniste à caractère financier (b).

### a. La protection de l'intérêt public par la réduction du risque de système

672. Le travail législatif de l'Union en vue d'assurer la stabilité financière doit être salué tant par son ampleur que par sa rapidité. Pour autant, le parti pris d'origine conduisant au MSU, au MRU et à la garantie des dépôts peut être discuté sur le plan théorique. En effet, la stabilité du système a bien été remise en question à la faveur de la crise financière, mais le système en lui-même n'a pas été remis en cause, en particulier quant au maintien de facteurs de risque systémique en son sein. L'information sur les risques en vue de les

<sup>1058</sup> "Commenters requested that the Board provide its general consent for transactions for which the consideration paid is \$100 million or less, and for which the associated increase in liabilities is within the \$2 billion *de minimis* cap, with only an after-the-fact notice"... "As part of the final rule, the Board is providing general consent for transactions that result in an increase in the total consolidated liabilities of a financial company of less than \$100 million", Federal Register Vol.79 N°220, Friday, November 14, 2014, page 68101.

<sup>1059</sup> En particulier le règlement n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ("le règlement CE sur les concentrations"), JOUE 29 janvier 2004, L24/1 ; voir aussi, par exemple, la décision de la Commission sur la concentration GOLDMAN SACHS / CENTERBRIDGE / ROBYG, C(2018) 1595 final, Case M.8816, 12/03/2018.

identifier, les éviter, voire de les traiter à largement prévalu sur la prohibition de certaines activités que l'on peut considérer comme porteuses de risque systémique en tant que tel. Ceci à tel point que des distinctions artificielles se sont opérées : « Comme l'ensemble des activités bancaires et financières des acteurs – établissements de crédits et entreprises d'investissement – est imbriqué et que leur défaillance peut affecter la stabilité du système bancaire et financier, il est étonnant que l'on insiste sur la spécificité sectorielle des législations concernant la garantie des dépôts et l'indemnisation des investisseurs<sup>1060</sup>. » Dans ces conditions, seule la finalité reposant sur la réduction du risque de système contribue de manière indiscutable à la protection de l'intérêt public. Cet intérêt public est ici entendu et même confondu avec l'adéquation des objectifs affirmés tant dans le cadre de la directive « Résolution »<sup>1061</sup> que dans le règlement MRU<sup>1062</sup> en matière de résolution. Il s'agit ainsi d'assurer la continuité des fonctions critiques. Il s'agit encore d'éviter les effets négatifs sérieux sur la stabilité financière, notamment en prévenant la contagion : “the crisis has demonstrated that financial globalization facilitates the international contagion of crisis, thereby increasing calls for measures that insulate economies from such spillovers<sup>1063</sup>.” Il s'agit enfin de protéger les ressources de l'État par la réduction maximale du recours aux aides financières publiques exceptionnelles, de protéger les déposants couverts par la directive 2014/49/UE ainsi que les investisseurs couverts par la directive 97/9/CE, de protéger les fonds et les actifs des clients. Protéger et servir l'intérêt public se confondent alors dans l'unique but de réduire le risque de système. La réduction de la taille des établissements bancaires et financiers d'importance systémique y contribue pleinement. À ce titre, les instruments prévus à des fins de résolution dans la directive « Résolution » et le règlement MRU pourraient également servir à réduire la taille des établissements en cause.

#### b. L'adaptation des instruments de résolution à la concentration bancaire

673. La réduction de la taille des établissements financiers peut donc accentuer le rôle de protection contre le risque systémique. On pourrait toutefois objecter que la limitation de la taille des établissements bancaires et financiers au sein de l'Union puisse les exposer à des risques de prises de contrôle par des investisseurs étrangers, argument qui convergerait une nouvelle fois dans le sens d'un maintien des entités « too big to fail ». C'est la raison pour laquelle est envisagée dans une seconde section l'exception protectionniste à caractère financier portant sur la liberté d'établissement, et en particulier sur le contrôle des investissements directs étrangers. Cette hypothèse de travail pourrait dès lors constituer un remède efficace à ce risque potentiel. Une fois cette pénultième objection levée, il est possible d'envisager l'application de certains instruments de résolution prévus par le droit dérivé de l'Union en matière prudentielle.
674. En premier lieu, les pouvoirs de résolution conférés par le législateur de l'Union au CRU sont particulièrement variés et énergiques ainsi qu'il peut être lu à l'article 10§11 du règlement MRU du 15 juillet 2014. Ainsi le Conseil de Résolution Unique peut donner aux autorités de résolution nationales instruction « d'exiger de l'entité qu'elle limite le montant maximal individuel et agrégé de ses expositions<sup>1064</sup> ». Il peut encore être exigé de la banque en cause « qu'elle se sépare de certains actifs<sup>1065</sup> », voire « qu'elle limite ou

<sup>1060</sup> BONNEAU Thierry, op. cit., page 503.

<sup>1061</sup> Article 31 §2, JOUE 12 juin 2014, L 173/249.

<sup>1062</sup> Article 14 §2, JOUE 30 juillet 2014, L 225/39.

<sup>1063</sup> European Central Bank, *The side effects of national financial sector policies, Framing the debate on financial protectionism*, occasional papers series, September 2015, n°166, page 27.

<sup>1064</sup> Article 10§11 b) du règlement MRU.

<sup>1065</sup> Article 10§11 d) du règlement MRU.



interrompt certaines activités existantes ou certaines activités prévues<sup>1066</sup> ». Enfin, il est encore possible que soit donné l'ordre aux autorités nationales de « restreindre ou empêcher le développement d'activités existantes ou nouvelles ou la vente de produits existants ou nouveaux<sup>1067</sup> ». En second lieu, les prévisions de la directive « Résolution » du 15 mai 2014<sup>1068</sup> intéressent tout autant quant à leur faculté d'action sur la structure même des établissements bancaires. En particulier, l'article 37§3 reconnaît aux autorités nationales de résolution le droit de recourir aux instruments de résolution aussi radicaux que la cession des activités de l'établissement, le recours à un établissement-relais, la séparation des actifs, ou encore le renflouement interne. Pour ce faire, l'article 37§2 prévoit que « l'autorité de résolution exerce le pouvoir de dépréciation et de conversion des instruments de fonds propres conformément à l'article 59 immédiatement avant l'application de l'instrument de résolution ou simultanément. » Cet article 59 de la directive « Résolution » investit notamment les autorités nationales de résolution du pouvoir de déprécier ou de convertir les instruments de fonds propres pertinents en actions ou autres titres de propriété. De tout ce qui précède on peut retenir que les instruments de résolution ont pour objet et pour effet de reconfigurer la structure des établissements bancaires en cause, et présentent donc la faculté d'en réduire la taille.

675. En pratique, l'injonction structurelle constituerait le premier niveau d'exigence de limitation de la taille des établissements financiers. De manière plus énergique, le démantèlement conjoncturel représenterait la mise en œuvre effective de cette réduction de taille des établissements financiers. Pour justifier de cette immixtion de l'Union dans la taille des établissements bancaires que l'on souhaite voir exclus de la qualification « too big to fail », on pourrait avancer l'argument résultant de l'analyse de l'article 39§3 de la directive « Résolution » selon lequel « L'autorité de résolution peut appliquer l'instrument de cession des activités sans respecter les exigences concernant la vente... lorsqu'elle établit que le fait de s'y conformer serait de nature à compromettre la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs de la résolution... et en particulier si les conditions suivantes sont remplies : ... menace importante sur la stabilité financière... ; le respect des exigences ... nuirait probablement à l'efficacité de l'instrument de cession des activités en limitant sa capacité de parer à la menace... » Autrement dit, il existe d'ores et déjà un ordre public de protection de la stabilité financière primant les droits des investisseurs, en ce compris les actionnaires des établissements bancaires.

On peut penser que cet ordre public de protection de la stabilité financière trouverait également à s'appliquer dans le cadre de la limitation de la taille des établissements bancaires dans la mesure où cette action poursuit la même finalité. Enfin, la dernière objection qui pourrait être apportée à l'action sur la taille des établissements bancaires réside dans les recours potentiels des investisseurs privés contre de telles décisions de réduction de taille par application des instruments de résolution proposés dans le droit dérivé de l'Union. Certes, ces recours ne manqueraient probablement pas d'exister, mais fondamentalement, seraient-ils différents des recours d'ores et déjà formés dans le cadre du nouveau droit de la résolution bancaire ?

676. Ainsi, à la lumière des multiples recours engagés contre la première décision adoptée par le Conseil de résolution unique lors de sa session exécutive du 7 juin 2017 (SRB/EES/2017/08) décidant l'activation du mécanisme de résolution unique et son application à l'égard de l'établissement espagnol Banco Popular Español S.A., on peut

<sup>1066</sup> Article 10§11 e) du règlement MRU.

<sup>1067</sup> Article 10§11 f) du règlement MRU.

<sup>1068</sup> Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, JOUE du 12 juin 2014, L173/190.

dégager trois catégories de moyens invoqués par les investisseurs privés. D'une part, il est notamment demandé l'annulation de la décision de résolution du 7 juin 2017 au motif de la violation des principes du procès équitable, en particulier du droit d'être entendu et de l'absence de contrôle juridictionnel dès le stade de la mise en œuvre même de la procédure<sup>1069</sup>. Raisonons par l'absurde : la simple information des actionnaires, *a fortiori* le droit d'être entendu et de requérir un contrôle juridictionnel, pendant la mise en œuvre de la procédure aurait probablement pour effet la vente massive des titres en cause, donc la baisse tout aussi importante de la valeur des actions combinée à une perte en capital non moins importante. Autrement dit la confidentialité, ou plutôt la transparence différée et sélective des informations contribue à la protection des investisseurs en actions de la banque en cause.

677. D'autre part, la décision de résolution de l'établissement Banco Popular Español S.A. est remise en cause à la lumière de la caractérisation de la situation de défaillance<sup>1070</sup>, fait générateur de la procédure de résolution. Bien entendu, en matière de limitation de la taille des établissements bancaires et financiers, cette caractérisation serait sans objet et remplacée par la qualification d'établissement de « taille systémique ». Cette caractérisation devrait dès lors poser moins de difficultés dans la mesure où elle reposerait sur des critères d'analyse comptable, économique et financière objectifs tels que ceux d'ores et déjà utilisés par la BCE au visa des articles 39 et suivants du « règlement-cadre MSU<sup>1071</sup> » pour distinguer les établissements d'importance significative, nécessitant sa supervision microprudentielle directe, des autres, dont la surveillance est déléguée aux autorités nationales désignées.
678. Enfin, il est fait grief à la décision de résolution SRB/EES/2017/08 la violation du principe de proportionnalité. En particulier, le principe de proportionnalité a été invoqué en tant qu'accessoire à la violation du droit de propriété des requérantes<sup>1072</sup>. Or ce moyen tiré de la remise en cause du droit de propriété renvoie à l'atteinte, par la procédure de résolution, des droits inhérents aux titres de propriété de l'établissement bancaire, en particulier les actions. On peut toutefois en déduire que la violation du droit de propriété est ici envisagée selon une approche graduelle. Il n'est donc pas question d'expropriation mais plutôt de lésion résultant d'un écart entre valeur espérée du titre de propriété détenu et valeur de cession issue de la mise en œuvre de la procédure de résolution. La question se pose de savoir si la perte en capital sur titre de propriété résultant de la procédure de résolution, ou de limitation de la taille en droit prospectif, doit être perçue comme un risque consubstantiel à la logique d'investissement en actions. Autrement dit, dans un marché prétendument efficient, où toute l'information pertinente est connue et intégrée dans le cours des actifs négociés sur le marché réglementé en cause, la valeur de l'action et son rendement ne tiennent-ils pas déjà compte de ce risque ? La violation du principe de proportionnalité a aussi été alléguée par le truchement de la prétendue absence de

<sup>1069</sup> Del Valle Ruiz e.a./CRU (Affaire T-510/17), JOUE du 6 novembre 2017, C374/35, 1<sup>er</sup> moyen.

<sup>1070</sup> Comercial Vascongada Recalde/Commission et CRU, (Affaire T-482/17), JOUE du 2 octobre 2017, C330/13 : premier moyen tiré de la caractérisation de la situation de défaillance au visa de l'article 18§1a) et c) du règlement n°806/2014 MRU ; mêmes moyens invoqués dans les affaires T-478/17, Mutualidad de la Abogacía et Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores y Químicos/CRU, T-481/17, Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno et SFL/CRU, T-483/17, García Suárez e.a./Commission et CRU, T-484/17, Fidesban e.a./CRU, T-497/17, Sánchez del Valle et Calatrava Real State 2015/Commission et CRU et T-498/17, Álvarez de Linera Granda/Commission et CRU T-735/17, Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España/CRU.

<sup>1071</sup> Règlement (UE) N°468/2014 de la banque centrale européenne du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales (BCE/2014/17), JOUE, L141/1.

<sup>1072</sup> Del Valle Ruiz e.a./CRU (Affaire T-510/17), JOUE du 6 novembre 2017, C374/35, 3<sup>ème</sup> moyen.

recherche de solutions alternatives<sup>1073</sup> par l'autorité de résolution, atteignant dès lors le caractère nécessaire des mesures de résolution ainsi décidées. Il en résulte que de tels arguments ont peu de chance de prospérer. Dès lors on peut valablement penser que les moyens invoqués contre une décision de limitation de la taille d'un établissement bancaire au moyen d'instruments reprenant les outils juridiques de résolution trouveront une réponse judiciaire comparable aux affaires pendantes en droit de la résolution de l'Union. Il sera donc intéressant de suivre le dénouement de ces affaires pour apprécier en particulier la solidité juridique de l'ordre public de protection de la stabilité financière, dès lors déclinable, en droit prospectif, aux instruments de limitation de la taille des établissements bancaires et financiers.

679. Il résulte de tout ce qui précède que l'action du législateur de l'Union en matière prudentielle en vue de protéger la stabilité financière est certes intense en production mais peu efficace après évaluation. En effet, le nouveau corpus normatif prudentiel ne comprend ni prohibition de certaines activités ou instruments financiers à risque systémique, ni volonté de réduction de la taille de certains établissements bancaires et financiers dont on peut considérer qu'ils revêtent la qualification « too big to fail », représentant un risque *per se*. Ceci pendant que le mécanisme de contribution au fonds de résolution unique est contesté en justice<sup>1074</sup> par ses assujettis alors même que l'on peut valablement penser que les établissements financiers reproduiraient le même schéma de socialisation de leurs pertes, en passant éventuellement par le recours au MRU et au FRU sans pour autant y avoir contribué en pratique puisque le coût de la contribution aurait été supporté au final par le citoyen-consommateur.
680. Dans ce contexte, le sur-système de surveillance macroprudentielle incarné par le CERS a plus un rôle centralisateur de recherches sur le risque de système que de lutte effective contre ses causes. Ceci pendant que l'extension du mandat de la BCE au champ de la réglementation prudentielle de l'Union peut être discuté en particulier pour sa partie microprudentielle qui pourrait être restituée aux autorités nationales. Ainsi, les moyens, notamment humains de la BCE, rares en pratique à ce niveau de compétence, pourraient se consacrer plus utilement à sa mission première : la politique monétaire.

## §2 : L'exception protectionniste à caractère monétaire

681. Le rapport du Fonds Monétaire International sur la stabilité financière dans le monde d'avril 2009<sup>1075</sup> exhortait les États à se concentrer sur trois priorités en vue de sortir de la crise financière mondiale. La première résidait dans la facilitation de l'accès aux liquidités du système bancaire. Cela s'est traduit aux États-Unis par l'action énergique de la Federal Reserve, puis au sein de l'Union par l'intervention de la BCE<sup>1076</sup>. Pour ce faire, ces banques centrales ont mis en œuvre des politiques monétaires tant conventionnelles,

<sup>1073</sup> Comercial Vascongada Recalde/Commission et CRU, (Affaire T-482/17), JOUE du 2 octobre 2017, C330/13 : second moyen tiré de l'absence de vérification de l'existence de solutions alternatives au visa des articles 10§10 et §11 et 21§3 b) du règlement n°806/2014 MRU ; mêmes moyens invoqués dans les affaires T-478/17, Mutualidad de la Abogacía et Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores y Químicos/CRU, T-481/17, Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno et SFL/CRU, T-483/17, García Suárez e.a./Commission et CRU, T-484/17, Fidesban e.a./CRU, T-497/17, Sánchez del Valle et Calatrava Real State 2015/Commission et CRU et T-498/17, Álvarez de Linera Granda/Commission et CRU T-735/17, Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros de España/CRU.

<sup>1074</sup> Fonds de résolution : six banques françaises en appellent à la justice européenne, Les Échos 11 août 2018, Arrêts du Tribunal de l'Union du 13 juillet 2018, Affaires T-733/16 Banque Postale/BCE, T-745/16 BPCE/BCE, T-751/16 Confédération nationale du Crédit mutuel/BCE, T-757/16 Société générale/BCE, T-758/16 Crédit agricole/BCE et T-768/16 BNP Paribas/BCE.

<sup>1075</sup> International Monetary Fund, Global Financial Stability Report, *Responding to the Financial Crisis and Measuring Systemic Risks*, April 2009.

<sup>1076</sup> TRICHET Jean-Claude, *Les enseignements de la crise*, intervention du président de la BCE devant le European American Press Club, 3 décembre 2010.

notamment par la réduction du taux d'intérêt directeur jusqu'au « zero lower-bound » aux États-Unis, que non conventionnelles, en particulier par l'assouplissement quantitatif, plus communément nommé « quantitative easing<sup>1077</sup> ». La deuxième priorité fixée par le FMI relevait du traitement des actifs toxiques, dont la valeur avait été mécaniquement dépréciée par application du principe comptable de « fair value », imposant de valoriser les actifs au prix du marché. En l'absence de marché, la valeur était donc nulle, ce qui eut des effets procycliques, autrement dit amplificateurs donc aggravants, considérables. Au niveau de l'Union, cette deuxième priorité a été prise en compte dès le 26 mars 2009 par le truchement de la communication<sup>1078</sup> de la Commission sur le traitement des actifs dépréciés, étant précisé qu'en 2018 ce traitement n'est toujours pas réalisé en totalité. La troisième priorité consistait en une recapitalisation des banques en difficulté. En pratique ce sont les fonds publics dédiés au renflouement des banques qui sont à l'origine de l'accroissement du déficit, cette action n'ayant assez logiquement pas eu pour effet de relancer l'activité puisque ce n'en était pas l'objet. Dès lors, l'exposition des États à l'endettement s'est accentuée et sera désormais d'autant plus sensible que le taux d'intérêt sera élevé. D'où l'ardeur des banques centrales à maintenir des taux particulièrement bas voire négatifs : « En cas de ralentissement conjoncturel, un creusement du déficit public assure un soutien nécessaire de l'activité. Un niveau faible des taux d'intérêt allège la charge d'intérêts qui en résulte<sup>1079</sup>. » Ce maintien artificiel d'un service de la dette supportable est-il soutenable à moyen terme ? Qu'il soit permis d'en douter d'autant plus que le désendettement des États ne semble pas l'hypothèse la plus probable. Il ressort de cette brève analyse une absence persistante de maîtrise des flux de capitaux à l'échelle tant de l'Union que de ses États membres à laquelle il conviendrait de remédier. Pour ce faire, il est utile d'étudier dans quelle mesure le mandat confié au Système Européen des Banques Centrales<sup>1080</sup> (SEBC) présente d'ores et déjà une nature protectrice à cet égard (A). Ensuite, il sera permis d'envisager l'hypothèse du retour à la fixité relative du taux de change en vue de raffermir la place de l'euro dans le monde (B).

#### A. La nature protectrice du mandat du SEBC

682. Le SEBC agit sous l'impulsion de son institution dédiée : la BCE. Celle-ci présente un certain nombre de spécificités visées aux articles 282 à 284 TFUE ainsi qu'au protocole n°4 sur les statuts du SEBC et de la BCE<sup>1081</sup> que l'on peut synthétiser ainsi : « Comparée aux autres institutions de l'Union, la BCE dispose d'un statut spécifique. Elle jouit de la personnalité juridique, d'un budget et de ressources propres...le principe démocratique est déformé, voire anéanti, par l'indépendance. Mais aussi, le principe de transparence est limité...Ainsi, la BCE dispose d'un régime dérogatoire...Se pose alors la question des limites de ce régime d'exception<sup>1082</sup>. » Alors que l'indépendance n'est qu'une condition de l'efficacité de l'action de la BCE rendue possible par cette neutralité juridique organisée sur le plan institutionnel, on peut se poser la question de connaître la raison d'être d'un tel régime d'exception. Ainsi, les limites de ce « régime d'exception » ne sont-

<sup>1077</sup> LIPPOLIS Giuseppe, *Quantitative easing by the ECB and the Federal Reserve*, Thèse, 2017; Voir aussi GERTLER Mark (NYU) and KARADI Peter (ECB) : *QE1 vs 2 vs 3...A Framework for Analyzing Large Scale Asset Purchases as a Monetary Policy Tool*, mars 2012.

<sup>1078</sup> COM(2009/C72/01) du 25 février 2009, JOUE 26 mars 2009, C72/1. Voir aussi DERENNE Jacques, GIOLITO Christophe, *Actifs dépréciés, La Commission européenne publie des orientations sur le traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de l'Union*, Revue Concurrences, n°2-2009, n°26043.

<sup>1079</sup> DANIEL Jean-Marc, *Il faut une politique monétaire plus vertueuse*, Les Échos, 22 novembre 2017, page 14.

<sup>1080</sup> Articles 282 à 284 TFUE.

<sup>1081</sup> JOUE du 26 octobre 2012, C326/230 s.

<sup>1082</sup> ADALID Sébastien, *La banque centrale européenne, une zone de « non-droit » ?* in *La Banque centrale européenne, regards croisés, droit et économie*, Bruylant, 2016, page 53.

elles pas façonnées à proportion de l'intérêt à protéger, voire à géométrie variable en fonction du niveau de risque pesant sur cet intérêt ? De l'importance et de la spécialité du statut de la BCE on déduit l'importance corrélatrice de l'intérêt, ou peut-être des intérêts à protéger par cette institution. Le mandat de la BCE l'investit ainsi de la protection de deux intérêts distincts consubstantiels à l'Union. La politique monétaire de la BCE est d'abord mise en œuvre dans un but de protection de l'économie de l'Union au sens le plus large, autrement dit macroéconomique. Surtout, la BCE est guidée dans l'exercice de son mandat par la protection de ce que l'on peut qualifier de réalisation tout autant incomplète qu'essentielle de l'intégration de l'Union : l'euro.

De sorte que le SEBC exerce sa protection du système économique et monétaire de l'Union selon un mandat à la fois explicite (1) et implicite (2).

### 1. Le mandat explicite du SEBC

683. Si l'on revient brièvement sur la définition juridique du mandat<sup>1083</sup>, celle-ci renvoie à la notion de représentation, donc à celle de pouvoir combinée à l'intention d'agir pour autrui. Les pouvoirs du SEBC et de la BCE sont tirés du droit primaire et dérivé de l'Union. L'intention d'agir se manifeste par les actes juridiques décidés par le SEBC dans le cadre de sa politique monétaire. La question se pose en revanche de savoir au nom et pour le compte de qui agit la BCE. S'agissant d'une institution de l'Union, cette dernière disposant de la personnalité juridique, on en déduit valablement que le SEBC agit au nom et pour le compte de l'Union. Autrement dit la BCE agit dans l'intérêt général de l'Union, dont nous verrons qu'il prime logiquement les intérêts des investisseurs privés dans l'application de sa politique monétaire.

Il en résulte deux mandats explicites, exprès, conférés au SEBC. D'une part, le droit primaire donne pouvoir à la BCE d'agir en vue d'assurer la stabilité des prix dans l'intérêt général de l'Union. Elle lui assigne dès lors un objectif de taux d'inflation raisonnable (a). D'autre part, les traités donnent également mandat au SEBC de soutenir les politiques économiques générales de l'Union (b).

#### a. L'objectif de taux d'inflation raisonnable

684. Selon l'article 127§1TFUE, le SEBC et donc la BCE se voient assignés un objectif particulièrement clair : « L'objectif principal du Système européen de banques centrales, ci-après dénommé «SEBC», est de maintenir la stabilité des prix. » Pour ce faire, il s'est agi de fixer un objectif de taux d'inflation, correspondant à la hausse des prix à la consommation, estimé refléter cette stabilité des prix. Cet objectif de taux d'inflation raisonnable a été fixé à 2% et défini dès les débuts de la BCE, lors de son conseil des gouverneurs du 13 octobre 1998<sup>1084</sup> : « La stabilité des prix est définie comme une progression sur un an de l'indice des prix à la consommation harmonisé (IPCH) inférieure à 2 % dans la zone euro. La stabilité des prix doit être maintenue à moyen terme. » Depuis 1998, cette définition de la BCE a peu évolué<sup>1085</sup>, même s'il est régulièrement tenté de fixer avec plus de précision ce taux plafond : « In fact, it even gives rise to central bank research, which tries to estimate what the actual target of the ECB is. Paloviita et al. (2017) estimate that the ECB's policy reactions are symmetric around a target of 1.6% to

<sup>1083</sup> MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOEFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 4<sup>ème</sup> édition, 2009, rubrique 803, page 420.

<sup>1084</sup> Banque centrale européenne, *Pourquoi la stabilité des prix est-elle importante pour vous*, 2009, page 8. À noter que la BCE ne publiait pas les procès-verbaux des réunions du conseil des gouverneurs, lui préférant des communiqués de presse, *ibidem*, page 76 ; depuis 2015, les minutes du conseil des gouverneurs sont consultables, manifestant ainsi une volonté de plus grande transparence.

<sup>1085</sup> Voir en ce sens la communication résultant de la réunion du conseil des gouverneurs du 8 mai 2003, [https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2003/html/pr030508\\_2.fr.html](https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2003/html/pr030508_2.fr.html).

1.7%<sup>1086</sup> ». La réponse est en revanche nettement plus simple quant au plancher : « La déflation n'est pas jugée compatible avec l'objectif de stabilité des prix<sup>1087</sup>. » On peut d'abord s'interroger sur le point de savoir en quoi la recherche de la stabilité des prix par la BCE revêt un caractère protecteur en tant que tel à l'égard du citoyen de l'Union. Pour ce faire, il est nécessaire de rappeler la loi économique selon laquelle l'inflation a pour effet de réduire le pouvoir d'achat à mesure que les prix à la consommation augmentent. Dès lors la politique monétaire menée par la BCE au service de la stabilité des prix revêt un caractère éminemment protecteur du citoyen de l'Union. Pour autant que le SEBC contribue effectivement à contenir cette inflation par sa politique monétaire, les facteurs d'évolution des prix sont nécessairement multiples. Ainsi, comme peut l'écrire la Commission dans son document de réflexion sur l'approfondissement de l'Union économique et monétaire : « L'euro a apporté la stabilité des prix<sup>1088</sup>. » À la lecture du graphique relatant l'évolution des taux d'inflation des principaux États membres de 1970 à 2016, on ne peut qu'abonder en ce sens. Dès lors, la nature protectrice du mandat de la BCE en matière de stabilité des prix doit être tempérée par le caractère intrinsèquement protecteur de l'euro. On peut ensuite se poser la question de savoir si la politique monétaire menée par la BCE dans le sens de la stabilité des prix ne nuit pas, par ses ajustements permanents et ses mesures tant conventionnelles que non conventionnelles<sup>1089</sup>, à certains principes généraux du droit de l'Union. Le Tribunal de l'Union apporte une réponse explicite dans l'arrêt du 7 octobre 2015<sup>1090</sup> : « Les investisseurs privés ne peuvent pas se prévaloir du principe de protection de la confiance légitime ni du principe de sécurité juridique dans un domaine tel que celui de la politique monétaire, dont l'objet comporte une constante adaptation en fonction des variations de la situation économique ». Il est ainsi établi une hiérarchie selon laquelle la BCE dispose d'un mandat extraordinaire, exorbitant du droit commun, en particulier à l'égard des investisseurs privés, ceci pour assurer sa contribution paisible à la stabilité des prix par sa politique monétaire. On peut alors se demander s'il en est de même en matière de soutien des politiques économiques de l'Union.

#### b. Le soutien des politiques économiques de l'Union

685. On peut naturellement s'interroger sur la corrélation entre l'action de la BCE et les politiques économiques de l'Union en gardant à l'esprit son lien diffus existant avec la politique monétaire, ainsi que le juge de l'Union a pu l'indiquer dans son arrêt<sup>1091</sup> du 11 décembre 2018 : « au sein de l'équilibre institutionnel établi par les dispositions figurant au titre VIII du traité FUE, dans lequel s'insère l'indépendance garantie au SEBC par l'article 130 et l'article 282, paragraphe 3, TFUE, les auteurs des traités n'ont pas entendu opérer une séparation absolue entre les politiques économique et monétaire. » De

<sup>1086</sup> Directorate-General for internal policies, *Design and sequencing of exit from non-standard monetary policy measures : What should the ECB "new normal" look like*, In-depth analysis, November 2017, page 16.

<sup>1087</sup> OCDE, *UEM : Faits, défis et politiques*, 1999, page 68.

<sup>1088</sup> Commission européenne, COM(2017)291 du 31 mai 2017, *document de réflexion sur l'approfondissement de l'union économique et monétaire*, page 8.

<sup>1089</sup> Sur ce point et l'éventuel dépassement du mandat de la BCE en pareille matière, voir l'arrêt CJUE du 11 décembre 2018, Affaire C-493/17, point 55 : « il importe de souligner que les auteurs des traités ont fait le choix de définir l'objectif principal de la politique monétaire de l'Union, à savoir le maintien de la stabilité des prix, de façon générale et abstraite, sans déterminer précisément la manière dont ledit objectif devait être concrétisé sur le plan quantitatif ». Le caractère extensif du mandat se déduit du caractère général et abstrait pour accueillir le PSPP dans le cadre de la politique monétaire.

<sup>1090</sup> (Tribunal de l'union européenne, Communiqué de presse n° 119/15, Luxembourg, 7 octobre 2015, arrêt dans l'aff. T-79/13); V. aussi BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2016, page 109.

<sup>1091</sup> CJUE, Affaire C-493/17, point 60.

nouveau, l'article 127§1 TFUE est particulièrement explicite à cet égard : « le SEBC apporte son soutien aux politiques économiques générales dans l'Union, en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union, tels que définis à l'article 3 du traité sur l'Union européenne. » Ainsi, tant l'objet – soutenir les politiques économiques générales – que la finalité – réaliser les objectifs de l'Union – de la mission dévolue au SEBC, et donc à la BCE, recouvrent le patrimoine constitutionnel de l'Union. En considération de ce mandat, peut-on en déduire pour autant que la BCE dispose de pouvoirs tout aussi étendus pour accomplir sa mission ? Ceci alors que, eu égard aux compétences transférées – ou non – en vertu du droit primaire, on serait tenté de considérer la compétence économique de l'Union comme accessoire par rapport aux prérogatives de chaque État membre, puisque relevant d'une compétence partagée au visa de l'article 2 TFUE : « Les États membres coordonnent leurs politiques économiques et de l'emploi selon les modalités prévues par le présent traité, pour la définition desquelles l'Union dispose d'une compétence. » En pratique, la BCE n'a pas outrepassé son mandat en recourant notamment aux mesures dites « non conventionnelles » ainsi que le juge de l'Union a pu l'indiquer : « il ressort clairement de l'article 18, paragraphe 1, du protocole sur le SEBC et la BCE, figurant au chapitre IV de ce protocole, que, afin d'atteindre les objectifs du SEBC et d'accomplir ses missions, tels qu'ils résultent du droit primaire, la BCE et les banques centrales des États membres peuvent, en principe, intervenir sur les marchés de capitaux en achetant et en vendant ferme des titres négociables libellés en euros. Il s'ensuit que les opérations prévues par la décision 2015/774 utilisent l'un des instruments de la politique monétaire prévus par le droit primaire<sup>1092</sup> », son action apparaît conforme au mandat qui lui a été confié. En effet, la meilleure manière pour la BCE de contribuer au soutien des politiques économiques à l'échelle de l'Union consiste en la garantie d'une certaine liquidité au marché interbancaire. Plus précisément, le métier fondamental des banques étant de financer l'économie réelle par l'octroi de prêts, sources de création monétaire, aux entreprises, cette situation induit que les établissements bancaires se financent à leur tour pour équilibrer leur bilan. Il en résulte que le marché du crédit interbancaire doit présenter une liquidité permanente donc une volumétrie de transactions suffisantes pour assurer le fonctionnement de l'économie réelle. Dès lors on peut considérer que toute politique monétaire telle que menée par la BCE dans le sens soit d'un retour à la liquidité au paroxysme de la crise, soit de la facilitation du crédit interbancaire, contribue au soutien des politiques économiques générales de l'Union.

686. Ainsi, la BCE recourt certes à des politiques non conventionnelles, notamment par la mise en œuvre de programmes de rachat d'actifs à long terme<sup>1093</sup>, ou « Long-Term Refinancing Operations » (LTRO), mais elle le fait bel et bien dans le cadre de son mandat explicite de soutien aux politiques économiques générales de l'Union. Sur le plan téléologique, l'action de la BCE en ce sens est donc légitimée. Est-ce à dire que les décisions de la BCE en la matière constituent des exceptions protectionnistes ? On retrouve de manière certaine la décision unilatérale d'une institution de l'Union, par ailleurs indépendante au visa de l'article 282§3 TFUE. On relève tout autant la volonté profonde de la BCE de protéger l'intérêt de l'Union, par ailleurs relevée par la jurisprudence : « la BCE a exclusivement été guidée par des objectifs d'intérêt public, tel notamment l'objectif de maintien de la stabilité des prix et de la bonne gestion de la politique monétaire. Les investisseurs ou épargnants privés ont, en revanche, agi dans la poursuite d'un intérêt purement privé, à savoir l'obtention d'un rendement maximal de leurs investissements<sup>1094</sup>. » Pour autant, le critère

<sup>1092</sup> Arrêt CJUE du 11 décembre 2018, Affaire C-493/17, point 69.

<sup>1093</sup> Décision BCE du 14 décembre 2011 relative à des mesures temporaires supplémentaires concernant les opérations de refinancement de l'Eurosystème et l'éligibilité des garanties, (BCE/2011/25), (2011/870/UE), JOUE 22 décembre 2011 L341/65.

<sup>1094</sup> (Tribunal de l'union européenne, Communiqué de presse n° 119/15, Luxembourg, 7 octobre 2015, arrêt dans l'aff. T-79/13) ; voir aussi BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2016, page 109.

de l'entrave ou de la restriction des flux de capitaux n'est clairement pas satisfait à l'intérieur de l'Union ou de l'Eurosystème, étant donné que, au contraire, l'action de la BCE aura tendance à fluidifier les échanges de capitaux, notamment entre établissements bancaires. Ce constat peut-il être partagé aux frontières de l'Union, à l'égard des pays tiers ? Si l'on se fonde sur la liberté absolue de circulation des capitaux affirmée par le droit primaire, on peut le penser. Si l'on se fonde en revanche sur la pratique et le comportement des établissements bancaires ayant reçu des aides directes ou indirectes de la BCE, on peut penser que son action a bien un effet restrictif des échanges avec les pays tiers. Et répond alors à la définition d'exception protectionniste à caractère financier. Ce qui sous-tend une forme de mandat implicite de protection de l'Union assigné au SEBC de manière immanente.

## 2. Le mandat implicite du SEBC

687. Si l'on s'attache maintenant à une définition non plus simplement juridique mais élargie au champ politique du mandat, on peut se poser la question de savoir si la crise n'a pas fait émerger, au-delà du droit de l'Union, une composante supplémentaire de nature implicite au mandat de la BCE : "Therefore, it is unlikely that central banks, including the ECB, will fully return to pre-crisis standards. It is reasonable to assume that central bank mandates will broaden, and the crucial question is to what degree<sup>1095</sup>". Une analyse sélective permet de mettre en évidence que la manifestation de ce mandat implicite ressort particulièrement dans la recherche de soutenabilité de la dette souveraine des États membres (a), et de manière encore plus prégnante dans la volonté de sauvegarde de l'euro (b).

### a. La soutenabilité de la dette souveraine des États membres

688. Ce qu'il est commun d'appeler « taux directeur » de la BCE correspond précisément à l'appel d'offres à taux fixes relatif aux opérations principales de refinancement prises dans le cadre des instruments de politique monétaire<sup>1096</sup> offerts à l'Eurosystème, autrement dit à l'ensemble des dix-neuf États membres ayant pour monnaie l'euro. Ce taux directeur, passé progressivement de 3.75% le 15 octobre 2008 à 0.00% le 16 mars 2016<sup>1097</sup> par décisions successives du Conseil des gouverneurs du SEBC, reflète le coût de l'argent pour les établissements bancaires mais aussi pour les États membres qui se financent sur les marchés par l'émission de titres de créance, autrement dit de dette souveraine. On observe à cet égard que l'indépendance de jure de la BCE en matière de politique monétaire affirmée au visa de l'article 130 TFUE contraste avec la dépendance *de facto* mise en évidence par l'évolution différée, mais globalement parallèle, de ses taux directeurs<sup>1098</sup> en référence à ceux de la Federal Reserve des États-Unis. De sorte que l'interdépendance prime l'indépendance économique, étant toutefois précisé qu'un sursaut d'autonomie s'est manifesté dans le traitement de la crise de la dette souveraine ayant donné lieu à des variations de taux d'intérêt directeurs sur la période du 13 avril au

<sup>1095</sup> Directorate-General for internal policies, *Design and sequencing of exit from non-standard monetary policy measures : What should the ECB "new normal" look like*, In-depth analysis, November 2017, page 13.

<sup>1096</sup> Orientation(UE) 2015/510 de la banque centrale européenne du 19 décembre 2014 concernant la mise en œuvre du cadre de la politique monétaire de l'Eurosystème, JOUE 2 avril 2015, L91/3, modifié par Orientation(UE) 2015/732 du 16 avril 2015, JOUE 7 mai 2015 L116/22, modifié par Orientation(UE) 2015/1938 du 27 août 2015, JOUE 28 octobre 2015 L282/41, modifié par Orientation(UE) 2016/64 du 18 novembre 2015, JOUE 21 janvier 2016 L14/25, modifié par Orientation(UE) 2016/2298 du 2 novembre 2016, JOUE 17 décembre 2016 L344/102.

<sup>1097</sup> Pour consulter l'historique complet depuis la décision du conseil des gouverneurs du 15 octobre 2008, voir <https://www.banque-france.fr/statistiques/taux-et-cours/les-taux-directeurs>.

<sup>1098</sup> <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/d/d4/LeitzinsenFR.png>.



14 décembre 2011 sans que celles-ci ne soient constatées outre-Atlantique. Cela s'explique très simplement par le fait que les États-Unis n'ont pas connu une crise de la dette souveraine telle qu'a pu la connaître la Grèce sur cette période, à tel point que cet État membre ne pouvait plus emprunter sur le marché du fait du coût significativement supérieur lié à la prime de risque<sup>1099</sup> de défaut. Au-delà de ce « spread », variable d'un État membre à l'autre en fonction de la qualité du crédit accordé par le marché sur sa probabilité de défaut, il n'en demeure pas moins vrai que plus le niveau des taux d'intérêt directeurs sera faible, moins le coût de la dette souveraine sera élevé. De sorte que la baisse jusqu'à zéro du taux directeur de la BCE a largement contribué à la soutenabilité de la dette souveraine pour les États membres, ce qui produit deux effets pervers en chaîne. D'une part, la hausse prévue en 2018 des taux d'intérêt directeurs de la BCE, à la suite de celle de la Federal Reserve, va renchérir mécaniquement le coût mais aussi le niveau de l'endettement.

689. D'autre part, ce surendettement relatif mais prégnant aura pour effet de dégrader la qualité de signature des États membres et, par ricochet, des établissements bancaires ayant une exposition souveraine significative compte tenu des aides perçues par suite de la crise financière : « au sein de certains États membres, les établissements financiers ont investi de manière excessive dans des obligations délivrées par leur propre gouvernement, ce qui constitue une préférence domestique abusive, alors que l'un des principaux objectifs de l'union bancaire est de mettre un terme à l'interdépendance entre risque bancaire et risque souverain<sup>1100</sup> ... ».
690. L'exercice par la BCE d'une protection indirecte des États membres en tant qu'émetteur souverain par le maintien d'un taux d'intérêt minimal n'a probablement qu'une vocation temporaire et sera susceptible d'être remplacée par la pratique d'un taux d'intérêt optimal dans la perspective d'assurer la stabilité des prix. Cette vocation temporaire contraste avec la mission dont s'est emparée la BCE : sauvegarder l'euro.

#### b. La sauvegarde de l'euro

691. Ainsi que les résultats d'une étude auprès de différentes banques centrales le précisent, la volonté affichée de ces institutions à l'origine et fondamentalement monétaires réside dans l'élargissement de leur mandat : “this comprehensive survey of central bankers regarding the new normal for central banks suggest that they expect to be much more active in safeguarding financial stability using macroprudential instruments, have mixed views on the use of quantitative easing, and would prefer a more active central bank communication towards the public<sup>1101</sup>”. En ce sens, lorsqu'un journal économique réputé titre « La Banque centrale européenne ne parvient pas à endiguer la hausse de l'euro<sup>1102</sup> », on relève immédiatement l'abus de langage qui renvoie à l'omnipotence qu'incarne cette institution dans les représentations sociales. Or il est parfaitement clair sur le plan textuel que le mandat de la BCE ne comprend pas<sup>1103</sup> celui d'agir sur les taux de change. Pour autant, en des circonstances exceptionnelles, la notion de limite reprend sa dimension naturellement relative et peut donc être étirée dans la plus large mesure pour servir une finalité : la sauvegarde de l'euro. Il en résulte que l'étendue du mandat de la BCE peut paraître ambiguë dans le discours même du président de l'institution : “Within our mandate, the

<sup>1099</sup> Excès de rendement par rapport à un placement sans risque. Question ingénue : existe-t-il réellement ou encore un placement sans risque ?

<sup>1100</sup> LOONES Sander, Parlement européen, Rapport sur l'union bancaire – rapport annuel 2017 (2017/2072(INI)), 7 février 2018, A8-0019/2018.

<sup>1101</sup> Directorate-General for internal policies, *Design and sequencing of exit from non-standard monetary policy measures : What should the ECB “new normal” look like*, In-depth analysis, November 2017, page 17.

<sup>1102</sup> HOUËDE Pauline, Les Échos, 26 et 27 janvier 2018, page 6.

<sup>1103</sup> S'agissant d'un fait négatif, aucun visa n'est susceptible d'appuyer la démonstration.

ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough<sup>1104</sup> »

692. À cet égard, on relèvera dans les conclusions de l'avocat général VILLALON du 14 janvier 2015<sup>1105</sup> : « Le discours du président de la BCE du 26 juillet 2012 à Londres, annonçant l'adoption de toutes les mesures nécessaires pour «sauver la monnaie commune», la conférence de presse du 2 août qui a suivi la réunion du conseil des gouverneurs du même jour, ainsi que la situation que traversaient alors plusieurs États membres sur les marchés de la dette publique confirment que l'intention qu'avait la BCE en annonçant le programme OMT était simplement non pas de rendre compte des travaux internes au sujet d'une initiative encore en phase de discussion, mais aussi de provoquer un effet par l'annonce de la naissance d'un programme potentiellement ambitieux, visant, nous alléguera-t-on, à enrayer certaines des difficultés auxquelles se heurtaient alors les canaux de transmission de la politique monétaire. » Est-ce à dire que la BCE serait en mesure d'agir sur la parité de l'euro face aux autres devises tout comme les États membres ayant abandonné leur monnaie nationale au profit de l'euro pouvaient le faire auparavant ? La dévaluation compétitive de l'euro constitue-t-elle une prérogative de la BCE ? En ce sens, on peut se rallier à l'avis suivant : « Plutôt que de changer d'objectif [d'inflation], il serait socialement plus utile que les banques centrales acceptent plutôt de passer à des politiques monétaires coopératives, notamment en reconnaissant explicitement qu'elles ont internalisé le taux de change dans leur fonction de réaction<sup>1106</sup>. » Dès lors, l'action de la BCE sur l'euro en tant que monnaie par le truchement de ses différents instruments tant conventionnels que non conventionnels de politique monétaire peut revêtir un caractère protectionniste. En effet, dans la mesure où l'euro présente une parité relative supérieure en valeur à une autre monnaie par l'effet de la politique monétaire menée par la BCE, il en résulte des effets restrictifs des exportations vers les pays tiers du fait de la baisse de compétitivité liée au renchérissement relatif du coût des produits libellés en euros. C'est ainsi que, conformément à l'esprit libéral des traités, le discours juridique de certains auteurs se rallie à l'exhortation de l'économiste précédemment cité dans le sens d'une coordination globale des politiques monétaires par les différentes banques centrales : « La création monétaire et les taux directeurs – donc le crédit – ont tendance à jouer le rôle de la politique budgétaire. Le pivot est le bilan des banques centrales qui s'est formidablement gonflé. Cette évolution n'est pas sans risque. L'enchevêtrement des bilans des États, des banques centrales et des banques constitue un risque systémique majeur. Pour cette raison, le développement de la coopération des banques centrales est indispensable, afin d'éviter le protectionnisme et la guerre des monnaies qui alimente la guerre commerciale<sup>1107</sup>. » Pour autant, doit-on considérer que ce plaidoyer en faveur de la coordination des politiques monétaires par application du principe de coopération loyale à l'échelle mondiale puisse trouver une application ? Principe que les États-Unis seraient manifestement enclins à fouler aux pieds sous la présidence TRUMP. Ce serait de surcroît négliger le poids économique, financier de même que la pratique monétaire de la Chine, qui a quant à elle fait le choix d'une circulation contrôlée des flux de capitaux, en particulier issus de pays tiers.

<sup>1104</sup> Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London 26 July 2012; <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>. Pour une explication du sens et de la portée économiques de cette phrase, voir *La BCE, regards croisés, droit et économie*, plus spécialement POLLIN Jean-Paul, *La BCE dans la crise : facteur d'union ou ferment de division entre les pays partenaires ?* Bruylant, 2016, page 45.

<sup>1105</sup> Affaire C-62/14, ECLI :EU :C :2015 :7, point 84.

<sup>1106</sup> BROYER Sylvain, *La Banque centrale ne veut pas risquer de mettre en danger la reprise de la zone euro*, Les Échos, 25 janvier 2018, page 8.

<sup>1107</sup> MARTIN-SERF Arlette, *La BCE, regards croisés, droit et économie*, Bruylant, 2016, page 27.

693. Ce parti pris de la Chine témoigne ainsi de la possibilité d'existence et de fonctionnement de schémas alternatifs en matière monétaire, et pose ainsi la question de la résurgence du modèle reposant sur le taux de change fixe, dont on rappelle qu'il a été la clef-de-voûte de l'économie depuis les accords de Bretton Woods<sup>1108</sup> de juillet 1944 jusqu'à la décision unilatérale des États-Unis de mettre fin à la parité fixe du dollar à 35 dollars l'once d'or le 15 août 1971<sup>1109</sup>.

#### B. L'hypothèse du retour au taux de change fixe

694. Hétérodoxe en son principe, l'évocation du retour à la fixité relative du taux de change peut trouver son fondement économique dans le triangle des incompatibilités de Mundell-Fleming, encore appelé « safety trilemma » en anglais. Autrement dit, la recherche de la combinaison optimale entre politique monétaire, fixité du taux de change et libre circulation des capitaux n'est pas figée et fait l'objet de discussions. Même si en 2018 l'euro semble correctement valorisé : « L'euro est la devise des pays du G10 qui est la moins chère au regard de la théorie des parités de pouvoir d'achat<sup>1110</sup> », il n'en demeure pas moins vrai que la monnaie de l'Eurosystème reste exposée à la volatilité des taux de change, avec des effets potentiels immédiats sur la balance commerciale : « Une hausse de 10% du taux de change réel effectif de l'euro fait chuter de 5% à 8% les exportations... Les variations du taux de change réel effectif de l'euro ont un impact plus fort dans les pays qui ont davantage d'entreprises peu productives que dans ceux qui comportent des sociétés très productives<sup>1111</sup>. » Dès lors le maintien du système actuel de taux de change flottants est objectivement défavorable à l'euro qui ne dispose pas de la possibilité de dévaluation compétitive<sup>1112</sup>.

Pour tester cette hypothèse du retour à une fixité relative des taux de change, il s'agit d'abord de se poser la question de ces fondements (1). Il s'agit ensuite de s'interroger sur son opportunité pour l'Union (2).

#### 1. Le fondement du retour à la fixité relative du taux de change

695. Le système monétaire actuel des principaux pays de l'OCDE combine taux de change flottant, politique monétaire accommodante et indépendante des banques centrales ainsi que liberté de circulation des capitaux.

À la lumière des développements qui suivent, qu'il soit permis de penser que le retour à une fixité relative du taux de change serait salutaire à la discipline budgétaire et donc à l'intérêt de l'Union sur le plan interne comme externe.

<sup>1108</sup> Final Act of the Bretton Woods Conference (22 July 1944), Department of State (Ed.). United Nations Monetary and Financial Conference: Bretton Woods, Final act and related documents, New Hampshire, July 1 to July 22, 1944. Washington: United States Government Printing Office, 1944. 121 pages.

<sup>1109</sup> Office of the Federal Register. Richard Nixon, containing the public messages, speeches and statements of the president - 1971. Washington: US Government Printing Office, 1972, pages 886-890. Voir aussi : « On August 15, President Nixon announced the suspension of convertibility of the dollar into gold or any other reserve asset. This decision, coupled with the introduction of a temporary 10 percent surcharge on dutiable imports into the United States, set the stage for a realignment of exchange rates », Federal Reserve Bank of New York, annual report, 1971, page 32.

<sup>1110</sup> AIT-KACIMI Nessim, *Le début d'année en fanfare de l'euro*, Les Échos, 19 et 20 janvier 2018, page 28.

<sup>1111</sup> *Ibidem*, et sur le plan microéconomique : « Pour le groupe Airbus, ... quand l'euro gagne un cent contre le dollar, les bénéfices du groupe plongent de 100 millions d'euros. Cela explique que le groupe se couvre de manière systématique et rigoureuse contre l'appréciation de la devise européenne. »

<sup>1112</sup> GODIN Romaric, *Dévaluer l'euro ? Facile à dire, (quasiment) impossible à faire*, La Tribune, 5 novembre 2013 ; voir aussi, dans un sens contraire : DUCOUDRE Bruno, HEYER Eric, *Baisse de l'euro et désinflation compétitive – Quel pays en profitera le plus ?* Revue de l'OFCE, Analyse et prévisions, n°136, 2014.

Ainsi, sur le plan économique, il serait de nouveau possible de maîtriser l'endettement, en particulier des entités souveraines au sein de l'Union (a). Ce retour à la fixité relative du taux de change pourrait tout autant trouver son fondement juridique dans le droit primaire en ce que le Conseil dispose d'une prérogative institutionnelle sur la place de l'euro dans le monde (b).

#### a. La maîtrise de l'endettement

696. Le niveau d'endettement élevé, ou plutôt excessif, constitue toujours un facteur favorisant l'émergence d'une crise. Cet endettement, qui d'excessif devient insurmontable et fait basculer dans l'effondrement d'un système, peut concerner tant les particuliers<sup>1113</sup>, les entreprises que les États souverains<sup>1114</sup>.

Ainsi, à la lecture des rapports successifs du CERS de 2011 à 2016, il est patent que le risque souverain<sup>1115</sup> constitue un risque systémique d'envergure : "Another legacy of the crisis is the very high level of public debt in many advanced countries, meaning that governments are increasingly willing to resort to financial repression<sup>1116</sup>." Sans aller jusqu'à certaines extrémités, il paraît en conséquence judicieux de se pencher sur l'intérêt d'une approche théorique de la fixité, même relative, des taux de change, dont les vertus à l'égard de l'endettement ont été démontrées en pratique jusqu'à 1971. En effet, ainsi que peut l'écrire justement Jacques de Larosière, alors que « le flottement des monnaies a encouragé le laxisme budgétaire et monétaire dont les effets cumulés nous écrasent aujourd'hui », « la fixité des changes avait...le grand mérite d'encourager les États à la discipline<sup>1117</sup>. » À défaut de remédiation à la problématique de l'endettement par cette voie de politique monétaire rigoureuse, il serait permis – ce qui n'est pas souhaitable – d'envisager un droit des États en difficulté comme il existe un droit des entreprises en difficulté ou des particuliers surendettés, notamment quant à ses effets. Cela supposerait qu'il existe un droit international effectif, susceptible d'exercer un pouvoir contraignant sur l'État en difficulté tout comme sur les créanciers, qu'il s'agisse d'États souverains comme d'opérateurs privés... À défaut de droit international des États en difficulté, on a déjà pu observer la pratique d'un droit conventionnel international des États en difficulté à l'égard de la Grèce par l'action combinée de trois institutions : le FMI, la BCE et la Commission<sup>1118</sup>.

Cette protection à la fois technique et financière était en particulier subordonnée à la réalisation de réformes législatives structurelles marquées du sceau de la rigueur budgétaire. Ainsi s'exerçait une forme d'internormativité teintée de verticalité contraignante à l'échelle d'un État membre dont la pratique même interroge profondément sur la persistance du principe de souveraineté nationale à l'égard de l'État en cause... Cette conception serait-elle dépassée au sein de l'Union, pour le meilleur et pour le pire ? Si l'on s'attache maintenant aux finalités d'un droit des États en difficulté qui résident d'abord dans le redressement de l'État en cause ainsi que dans le maintien des populations actives en situation d'emploi, alors le passif exigible, l'endettement souverain, devrait constituer le parent pauvre des objectifs ainsi assignés. Autrement dit, le principe d'un rééchelonnement voire d'une remise de dettes à l'échelle d'un État peut-il se justifier ? Au nom de quel intérêt supérieur à protéger ? Un argument extrême, aussi étonnant à première vue

<sup>1113</sup> Crise des subprimes et éclatement de la bulle immobilière américaine de 2007.

<sup>1114</sup> Crise de la dette souveraine de certains États membres de l'Union en 2011.

<sup>1115</sup> SAOUDI Messaoud, *Le risque souverain dans la zone euro*, Revue de l'Union européenne, Dalloz, 2016, page 232.

<sup>1116</sup> European Central Bank, *The side effects of national financial sector policies, Framing the debate on financial protectionism*, occasional papers series, September 2015, n°166, page 27.

<sup>1117</sup> DE LAROSIERE Jacques, *Cinquante ans de crises financières*, Odile Jacob, mai 2016, pages 76 et 77.

<sup>1118</sup> Triumvirat autrement dénommé Troïka.

qu'intéressant sur le plan théorique après réflexion peut être avancé en ce sens : « En matière économique, l'annulation partielle ou totale de la dette publique représenterait une mesure écologique par excellence. Si l'État ne peut investir massivement dans la transition énergétique, c'est à cause d'une absence de volonté politique, mais aussi parce qu'il est prisonnier de ses créanciers. Crise politique, crise économique et crise écologique convergent, on le voit, en un seul et même problème<sup>1119</sup>. »

La question de l'endettement souverain fait ainsi l'objet de multiples approches curatives dont le retour à la fixité du taux de change ne constitue pas la plus radicale. Reste à déterminer si une telle politique monétaire peut trouver une base juridique en droit de l'Union.

#### b. La prérogative institutionnelle du Conseil sur la place de l'euro dans le monde

697. Sur le plan juridique, on pourrait ensuite penser qu'il n'existe tout simplement pas de fondement à un tel retour à la fixité des taux de change dans le droit de l'Union. Aussi absolutiste que soit affirmée la liberté de circulation des capitaux au visa de l'article 63§1 TFUE, il n'en demeure pas moins qu'une prévision du droit primaire existe en la matière pour rétablir la fixité du taux de change. Ainsi, on peut lire au visa de l'article 219§1 TFUE : « Le Conseil... peut conclure des accords formels portant sur un système de taux de change pour l'euro vis-à-vis des monnaies d'États tiers. » L'article 3§1 du protocole n°4 sur les statuts du SEBC et de la BCE vient confirmer que l'objet des accords visés à l'article 219 TFUE réside dans la conduite d'opérations de change, ouvrant dès lors potentiellement la voie à la mise en place d'un taux de change à fixité relative, avec une marge d'évolution à la hausse comme à la baisse. Cette prévision du droit primaire est toutefois doublement encadrée. L'initiative d'une telle proposition est d'abord limitée à la BCE et à la Commission. D'autre part, la condition préalable est « de parvenir à un consensus compatible avec l'objectif de la stabilité des prix... » Enferrée à l'objectif principal du SEBC, l'influence de la BCE sera donc déterminante dans le déclenchement d'une telle initiative. La mise en place d'un nouveau système de taux de change dont le pivot serait l'euro est de surcroît subordonnée à l'approbation des États membres par un vote à l'unanimité, démontrant que « l'Union exprime une position unique<sup>1120</sup>. » On constate donc un hiatus entre, d'un côté, le fondement économique propice à la discussion sur le scénario résultant du triangle des incompatibilités de MUNDELL selon lequel un retour à la fixité des taux de change pourrait accompagner utilement une certaine régulation des flux de capitaux, et de l'autre côté, la base juridique qui pourrait être invoquée en ce sens, dont la probabilité de réalisation s'avère faible compte tenu de l'exigence de l'unanimité.
698. C'est la raison pour laquelle il importe de se pencher sur les raisons potentielles d'une mise en mouvement convergente de l'ensemble des États membres, cette fois en opportunité.

#### 2. L'opportunité pour l'Union d'une fixité relative du taux de change

699. L'opportunité pour l'Union d'une fixité relative du taux de change repose en particulier sur le constat du caractère à la fois dynamique et dual du trilemme associant politique monétaire, fixité du taux de change et libre circulation des capitaux. En effet, des configurations alternatives du triangle des incompatibilités de MUNDELL ont déjà prévalu<sup>1121</sup> et existent même en 2018, particulièrement en Chine : « Il est difficile pour les États de contrôler les taux de change surtout lorsque les marchés sont aussi larges comme ceux du dollar et de l'euro, explique-t-il. Quant aux banques centrales, elles sont là pour freiner ou augmenter la liquidité en agissant sur les taux directeurs. » ...le dollar ou l'euro

<sup>1119</sup> KEUCHEYAN Razmig, *Anatomie d'une triple crise*, Le monde diplomatique, août 2017.

<sup>1120</sup> Article 219§3 TFUE.

<sup>1121</sup> Précisément la période de 1944 à 1971 marquée par la fixité du taux de change.

ne sont pas des monnaies qui peuvent être pilotées par les décisions des gouvernements, contrairement au yuan qui est contrôlé par l'État chinois<sup>1122</sup>. » Ainsi, il est tout à fait loisible, au stade de la recherche, d'envisager un revirement de paradigme au sein d'un paysage monétaire mondial à la fois ouvert en raison de sa variété et changeant dans le temps.

Surtout, cette initiative contribuerait à la manifestation de souveraineté monétaire de l'Union **(a)** et pourrait contribuer à une réorientation des flux monétaires qu'il s'agirait de réguler **(b)**.

#### a. La manifestation de souveraineté monétaire de l'Union

700. Alors que l'impérialisme juridique<sup>1123</sup> des États-Unis s'exerce par le truchement de sa monnaie lui permettant de contrôler toutes les opérations effectuées en dollars à l'échelle mondiale et de sanctionner ainsi celles qui ne respectent pas les règles édictées par cette entité souveraine par-delà ses frontières, la souveraineté est un mot tabou dans le droit primaire. En effet, le terme n'est employé dans les traités ni à l'échelle de l'Union ni à celle des États membres, à l'exception de deux occurrences anecdotiques relatives au droit ultramarin<sup>1124</sup>. Pourtant, il résonne dans tous les esprits que le transfert de compétences des États membres à l'Union peut être interprété comme un transfert, voire un abandon de souveraineté. Ces termes sont-ils dès lors synonymes en droit de l'Union ? On ne peut l'affirmer sans être inexact. Certes, la souveraineté de l'Union résultera probablement de ses compétences actuelles ou potentielles, sans que ces compétences ne suffisent à l'exercice de sa souveraineté. Mais il manque un élément essentiel et extrinsèque à la caractérisation d'une souveraineté de l'Union, au fondement du droit international : sa reconnaissance en tant qu'entité souveraine par les autres États souverains.
701. En matière monétaire, il semble que le droit primaire ait intégré cet objectif de reconnaissance mutuelle au visa de l'article 138§1 TFUE : « Afin d'assurer la place de l'euro dans le système monétaire international, le Conseil, sur proposition de la Commission, adopte une décision établissant les positions communes concernant les questions qui revêtent un intérêt particulier pour l'union économique et monétaire au sein des institutions et des conférences financières internationales compétentes ». La lecture de ce texte informe sur le potentiel de l'euro en tant qu'incarnation et manifestation de souveraineté monétaire de l'Union dans le monde. Le retour à la fixité du taux de change y contribuerait encore : « Un tel système aboutit à une discipline collective mutuellement acceptée au prix d'un certain abandon de souveraineté monétaire nationale<sup>1125</sup>. » Or les États membres parties à l'Eurosystème, dont on rappelle que l'objectif originel est de se confondre avec l'ensemble des États membres de l'Union, ont d'ores et déjà manifesté cette volonté d'abandonner leur souveraineté monétaire nationale au profit de l'euro, monnaie unique. Nul ne peut dès lors imaginer que ce sacrifice interne en apparence ne contribue en substance à la cohérence et au renforcement de l'ensemble ainsi constitué, au nom d'un intérêt souverain à la fois démultiplié et convergent, se manifestant par l'exercice de la souveraineté monétaire à l'échelle de l'Union.

<sup>1122</sup> ETWAREA Ram, *La guerre des monnaies reprend de plus belle*, Le Temps, 14 février 2018.

<sup>1123</sup> RETAILLEAU Bruno, *L'Europe doit riposter à l'impérialisme juridique américain*, Les Échos, 16 octobre 2018, Jean-Marc Vittori évoque quant à lui « Le nouveau visage du protectionnisme », Les Échos, 13 décembre 2017.

<sup>1124</sup> Article 355§5 b) TFUE, il est question de zones de souveraineté du Royaume-Uni relativement à Chypre.

<sup>1125</sup> DE LAROSIERE Jacques, *Cinquante ans de crises financières*, Odile Jacob, mai 2016, page 76.

## b. La réorientation des échanges monétaires vers l'Union

702. Le retour à la fixité relative du taux de change pourrait avoir pour effet de réorienter les échanges monétaires au profit de l'Union. Toutefois, deux catégories de questions émergent en termes de faisabilité. En premier lieu, il s'agirait de choisir le référentiel de parité potentiel de l'euro. Autrement dit, l'Union doit déterminer si elle dispose des réserves d'or suffisantes pour pouvoir rétablir un étalon-or sur la base de sa monnaie. Ces réserves d'or sont estimées, pour les États membres de l'Eurosystème, à 10 262 tonnes, soit plus que les États Unis affichant 8 133 tonnes d'or de réserve. On pourrait donc penser que l'Union dispose de l'actif sous-jacent en quantité suffisante pour assurer un retour à la fixité du taux de change. Pour autant, à la lumière de cette hypothèse, deux écueils sérieux se font jour.

D'une part, sur le plan interne à l'Union, cela soulève la question de l'ajustement de la taille de l'Union à celle des seuls États membres de l'Eurosystème assortie d'une mutualisation des réserves d'or. La question sous-jacente de l'adhésion de l'ensemble des États membres à la monnaie unique ou du retrait de ceux qui ne souhaitent pas y prendre part serait ainsi déterminante de la taille de l'Union qui se confondrait avec celle de l'Eurosystème. Hélas, il s'agit plutôt de savoir s'il existe une base juridique pour contraindre les neuf États membres que sont le Danemark, le Royaume-Uni, la Suède, la Pologne, la Tchéquie, la Hongrie, la Croatie, la Roumaine et la Bulgarie à manifester leur volonté soit d'adhérer à l'euro au visa de l'article 140§3 TFUE, soit de se retirer de l'Union au visa de l'article 50 TUE. D'autre part, sur le plan des relations extérieures et de la place de l'Union et de sa monnaie dans le monde, il s'agirait de modifier les statuts du FMI<sup>1126</sup> au visa de son article XXVIII, ceci dans le sens d'un rétablissement du prix de l'or comme base d'évaluation des droits de tirage spéciaux. En particulier, le deuxième amendement devrait être abrogé. Dans les deux situations, interne comme externe à l'Union, les règles de majorité pour adopter les actes juridiques utiles posent difficulté.

Ainsi, sans surprise, l'unanimité est requise pour permettre l'adoption de l'euro par un État membre ayant une monnaie nationale. L'unanimité semble tout autant requise pour exclure un État membre de l'Union, si tant est que cela soit envisageable, probablement par un certain parallélisme des formes et des conditions d'entrée, de la même manière que la rencontre des volontés peut ressurgir à l'occasion d'un mutus dissensus pour éteindre une relation contractuelle. Au niveau du FMI, l'unilatéralisme patent et persistant des États-Unis, qui renvoie à l'expression d'une certaine forme d'impérialisme économique, n'apparaît pas compatible avec un accord de leur part. De son côté, la puissance économique de la Chine, son contrôle sur sa monnaie de même que sa volonté de voir le yuan bénéficier du droit de tirage spécial ne vont pas plus dans le sens d'une adhésion à ce projet. Il est utile de rappeler que ces deux entités souveraines constituent les deux plus importantes puissances économiques mondiales. Or, à la différence des nations unies, où chaque membre dispose d'une voix à l'assemblée générale, le FMI tient le plus grand compte de l'importance économique relative de ses membres dans l'attribution des droits de vote, à la manière d'une copropriété dont les parties communes sont une forme de propriété collective subie. La prévision d'un amendement des statuts au visa de son article XXVIII nécessitant de recueillir la majorité de 85%, la minorité de blocage s'établit donc à 15%. Or la quote-part des États-Unis précisée en annexe A<sup>1127</sup> des statuts du FMI représente près du tiers de l'ensemble. Il sera donc nécessaire de rallier les États-Unis, ce qui paraît peu probable.

703. En second lieu, le déterminant de l'orientation des échanges monétaires vers l'euro en tant que monnaie pivot résiderait dans le niveau choisi de parité ainsi définie. La vocation première du retour à la fixité du taux de change reposant sur le retour à la stabilité

<sup>1126</sup> Statuts du fonds monétaire international, Washington, 2011, ISBN : 978-1-61635-257-8, page 62.

<sup>1127</sup> *Ibidem*, page 68.

financière, il est dès lors souhaitable que l'euro soit estimé à sa juste valeur comparativement à l'or. Pour autant, la fixité de la convertibilité de l'euro en or devrait pouvoir être relative. En ce sens, les statuts du FMI devraient permettre une variabilité de 3% à la hausse comme à la baisse, assortie d'une clause de sauvegarde en cas de spéculation troublant l'équilibre monétaire ou la balance des paiements.

704. Il résulte de ce qui précède que le retour à la fixité relative du taux de change dont l'euro serait la monnaie convertible en or sur la base des réserves de l'Union constitue une gageure tant juridique que politique. En particulier, les statuts du FMI confèrent en pratique un droit de veto permanent aux États-Unis à l'encontre de l'Union pour ce faire.
705. En conclusion de cette section, la recherche effrénée de stabilité financière à l'échelle de l'Union, qu'il s'agisse du taux d'inflation au niveau du SEBC ou des mécanismes de surveillance macro comme microprudentiels, n'empêche pas l'absence de maîtrise des flux de capitaux, dont les orientations restent intrinsèquement guidées par la recherche tout aussi effrénée de rendement. Dès lors l'intervention de l'Union et de ses États membres sur le fondement du SESF, de l'Union bancaire ou du SEBC ne peut revêtir la qualification d'exception protectionniste pour deux raisons. La première réside dans l'effet principal de ces interventions au niveau national et supranational : l'accroissement des flux de capitaux, conformément à l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et pays tiers visé à l'article 64§2TFUE, parfaitement antagoniste à l'exception protectionniste. La seconde raison de ne pas retenir le qualificatif d'exception protectionniste réside dans l'intérêt implicitement protégé par ces interventions : les entreprises du secteur bancaire et financier qui, en tant qu'intérêt catégoriel à part entière, ne peuvent pas se confondre avec l'intérêt de l'Union. C'est donc selon une approche de droit prospectif que l'exception protectionniste à caractère financier a pu être imaginée pour réguler les flux de capitaux dans l'intérêt de l'Union. D'abord en envisageant la déconcentration du secteur bancaire et financier, tant sur le plan économique que sur le plan des activités de dépôt et de marché<sup>1128</sup> qu'il conviendrait de séparer, ceci dans la perspective de réduire les éléments du risque de système liés à la taille et à l'interconnexion des établissements bancaires et financiers. Ensuite en émettant l'hypothèse du retour à la fixité relative des taux de change, mais cette fois assise sur l'euro. Cette action monétaire majeure aurait potentiellement pour effet de remédier à la crise de la dette souveraine des États membres de l'Union par un retour à la discipline budgétaire.
706. Pour autant, en l'état actuel du droit de l'Union, les hypothèses ainsi formulées ont peu de chance de prospérer. De sorte qu'une exception protectionniste à caractère financier dont l'exercice est manifestement entravé par la primauté absolue de la liberté de circulation des capitaux doit être délaissée au profit d'une exception protectionniste à caractère financier dont l'exercice peut être encouragé par la souplesse relative des droits inhérents à la liberté d'établissement.

---

<sup>1128</sup> LAGARDE Christine, *Les autorités doivent passer d'une régulation d'entités à celle d'activités*, Les Échos, 12 février 2018, page 30.



## Section 2 : L'exception protectionniste à caractère financier par le contrôle des investissements directs étrangers

707. Sur le plan juridique, l'influence du protectionnisme financier sur l'industrie par le contrôle des investissements directs étrangers est moins susceptible de contrarier la liberté de circulation des capitaux que la liberté d'établissement. En effet, à la grande différence de la liberté de circulation des capitaux, qui trouve à s'appliquer tant au sein du marché intérieur qu'à l'égard des pays tiers selon l'article 63 TFUE, le champ d'application territorial du droit d'établissement est limité aux seuls États membres de l'Union. Ainsi, au visa de l'article 49 TFUE : « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. » En conséquence, la restriction de la liberté d'établissement à l'égard des investisseurs originaires de pays tiers est possible en son principe. Pour autant et par antagonisme, on peut lire que « la recherche d'équilibre entre la protection des droits des investisseurs et la préservation de la souveraineté des États hôtes <sup>1129</sup> » constituant la « raison d'être profonde » du droit des investissements internationaux en fait un « droit de la protection des investisseurs et des investissements étrangers <sup>1130</sup>. » Ceci est à tel point vérifié que Joseph Stiglitz n'hésite pas à affirmer que « certaines dispositions qui figurent dans la plupart des accords récents accordent plus de droits aux investisseurs étrangers <sup>1131</sup> ». Toutefois, il importe au préalable de s'intéresser à la définition de l'investissement direct étranger. À titre d'indice sérieux de cette importance, l'OCDE y consacre un ouvrage complet <sup>1132</sup>, dont la quatrième édition – non encore remaniée dix années plus tard – comprend 288 pages. Ceci pendant que le FMI coordonne sa définition de l'investissement direct avec l'OCDE dans son manuel <sup>1133</sup> de la balance des paiements et de la position extérieure globale. En liminaire, on observe que « la difficulté est d'identifier ce que l'on entend par investissement étranger, notamment lorsque l'acquisition est réalisée par une société nationale détenue par des capitaux étrangers <sup>1134</sup>. » Le critère de l'origine de l'investisseur n'est pas sujet à discussion. Il s'agit en effet d'une personne ou d'une entreprise, que l'on peut définir au sens le plus large <sup>1135</sup>, issue d'un pays tiers. En revanche, le critère de l'investissement en tant que tel pose question selon une approche tant qualitative que quantitative. Sur le plan qualitatif, il semble que le critère distinctif généralement admis soit celui de l'influence durable, par opposition à l'investissement financier pur et simple qui se limite au placement de capitaux dans le seul but d'en obtenir un rendement.

<sup>1129</sup> STERN Brigitte, in ROBERT-CUENDET Sabrina (Dir.), *Droit des investissements internationaux*, Bruylant, 2017, page 7.

<sup>1130</sup> *Ibidem*, page 24.

<sup>1131</sup> STIGLITZ Joseph, *Combattre la mondialisation du mécontentement*, Les Échos, 14 décembre 2017.

<sup>1132</sup> OCDE, *Définition de référence des investissements directs internationaux*, quatrième édition, 2008.

<sup>1133</sup> FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, sixième édition, 2009, pages 107 s. et 295.

<sup>1134</sup> IDOT Laurence, *Contrôle des concentrations et contrôles des investissements étrangers : réflexions de juriste*, Concurrences, N°2-2015, page 66.

<sup>1135</sup> Entité exerçant une activité économique (offre de biens ou services sur un marché donné), indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement.

708. L'influence durable renvoie quant à elle à la volonté manifestée par l'investisseur de participer à la stratégie ainsi qu'à la gestion de l'entreprise en cause, de façon à faire valoir une vision conforme à ses intérêts. Sur le plan quantitatif, il s'agit de prendre la mesure de cette influence durable dans l'entreprise cible par la fixation du seuil d'influence notable de l'investisseur étranger dans la cible. Ainsi, la définition légale de l'investissement peut renvoyer à des critères aussi variés que la prise de contrôle, l'acquisition d'une branche d'activité ou encore la prise de participation de plus du tiers du capital ou des droits de vote<sup>1136</sup>. D'une manière plus globale, la définition de référence des investissements directs internationaux de l'OCDE, compatible avec le manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale du FMI<sup>1137</sup>, est la suivante : « L'investissement direct est un type d'investissement transnational effectué par le résident d'une économie ("l'investisseur direct") afin d'établir un intérêt durable dans une entreprise ("l'entreprise d'investissement direct") qui est résidente d'une autre économie que celle de l'investisseur direct. L'investisseur est motivé par la volonté d'établir, avec l'entreprise, une relation stratégique durable afin d'exercer une influence significative sur sa gestion. L'existence d'un "intérêt durable" est établie dès lors que l'investisseur direct détient au moins 10 % des droits de vote de l'entreprise d'investissement direct. L'investissement direct peut également permettre à l'investisseur d'accéder à l'économie de résidence de l'entreprise d'investissement direct, ce qui pourrait lui être impossible en d'autres circonstances. L'investissement direct n'a donc pas les mêmes finalités que l'investissement de portefeuille, l'investisseur de portefeuille ne cherchant généralement pas à influencer sur la gestion de l'entreprise<sup>1138</sup>. »

En conséquence, la recherche d'une exception protectionniste à caractère financier par le contrôle des investissements directs étrangers repose sur deux approches successives. Il est d'abord possible d'assurer la protection juridique *ex ante* des investissements directs étrangers (§1). Il est ensuite permis d'envisager l'exercice d'une influence souveraine dans la gouvernance d'entreprises stratégiques (§2).

#### §1 : La protection juridique *ex ante* à l'égard des investissements directs étrangers

709. L'efficacité d'un contrôle repose d'abord sur le moment auquel il a lieu, indépendamment de la « nature très diverse » des « flux d'IDE... Les investissements directs comprennent, outre les opérations en capital et les bénéfices réinvestis, l'ensemble des prêts, avances, dépôts, à court et long termes, entre sociétés affiliées. Une partie de ces flux financiers a des finalités identiques à celles des opérations en capital social...Cependant, une partie de ces flux financiers répond à des considérations fiscales, avec l'implantation de sociétés holdings et autres centres de trésorerie dans certains pays européens à fiscalité aménagée pour les entreprises multinationales. La mondialisation et l'internationalisation des firmes ont ainsi contribué à une multiplication des opérations à court terme et à un accroissement de la volatilité des flux d'IDE<sup>1139</sup>. » En considération de cette diversité des investissements directs étrangers, la volonté de protection de l'intérêt de l'Union par le contrôle de ces investissements mérite qu'il soit de nature préalable. Dès lors, l'entité souveraine qui procède à ce contrôle dispose non seulement d'un droit de regard sur l'opération mais encore et surtout d'un droit de veto. Quoi de plus efficace en effet que d'empêcher purement et simplement la réalisation de l'investissement en cause s'il ne paraît pas conforme à l'intérêt de l'Union ? Pour autant, le juge de l'Union a pris l'habitude d'opérer un contrôle particulièrement strict des législations relatives à toute autorisation préalable

<sup>1136</sup> Article R153-1 du code monétaire et financier, modifié par le décret n°2012-691 du 7 mai 2012.

<sup>1137</sup> FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, op. cit., page 108.

<sup>1138</sup> OCDE, *Définition de référence des investissements directs internationaux*, op. cit., page 17.

<sup>1139</sup> Business France, *Rapport sur l'internationalisation de l'économie française*, 2017, page 19.

prévue par un État membre, notamment en rendant indissociables les dispositions propres à la liberté d'établissement d'un côté au visa de l'article 49 TFUE et à la liberté de circulation des capitaux de l'autre au visa de l'article 63 TFUE<sup>1140</sup>.

710. Cette protection juridique *ex ante* que pourrait exercer l'Union à l'égard des investissements directs étrangers repose sur deux modalités complémentaires. La première, que l'on qualifiera par extension de droit positif<sup>1141</sup>, réside dans les multiples mécanismes juridiques d'autorisation préalable relatifs au contrôle de certains investissements directs étrangers (A). La seconde modalité de protection juridique *ex ante* à l'égard des investissements directs étrangers relève quant à elle clairement de la prospective en l'état actuel du droit de l'Union. Il s'agirait, à l'instar de la Chine et par application du principe de réciprocité, d'opérer une sélection de certains investissements directs étrangers par le truchement d'une joint-venture souveraine (B).

#### A. Le contrôle juridique des investissements étrangers par autorisation préalable

711. L'évocation d'un contrôle juridique des investissements directs étrangers par autorisation préalable renvoie nécessairement au contrôle judiciaire de la légalité des dispositions qui y concourent à l'échelle de l'Union. Or, ainsi que l'on peut le lire dans l'arrêt « Église de scientologie<sup>1142</sup> » : « une disposition nationale qui subordonne un investissement direct étranger à une autorisation préalable constitue une restriction aux mouvements de capitaux au sens de l'article 73 B, paragraphe 1, du traité ». L'écueil est donc de taille à raison du caractère absolu de la liberté de circulation des capitaux en comparaison de la liberté d'établissement. Ce qui réduit d'autant le champ des justifications par l'État membre qui dispose de ce type de législation : « si, pour l'essentiel, les États membres restent libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public et de la sécurité publique, il n'en reste pas moins que ... en tant que dérogation au principe fondamental de la libre circulation des capitaux, ces motifs doivent être entendus strictement, de sorte que leur portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté<sup>1143</sup> ». Qu'il soit permis de penser que, à l'instar de ce que peut écrire Ramon TORRENT sur la jurisprudence « golden share » et qui est largement transposable aux présents développements, le juge de l'Union pourrait fonder l'autorisation préalable des investissements directs étrangers sur l'article 49 TFUE relatif à la liberté d'établissement.

C'est la raison pour laquelle il s'agira en premier lieu d'exposer un aperçu de l'autorisation préalable des investissements directs étrangers à la lumière de l'exception protectionniste à caractère financier liée au droit d'établissement (1). Il s'agira en second lieu d'étudier la pertinence de l'émergence d'un projet de contrôle des investissements directs étrangers à l'échelle de l'Union (2).

#### 1. L'autorisation préalable à la lumière de l'exception protectionniste

712. Plutôt que de se livrer à une analyse exhaustive des régimes d'autorisation préalable existants dans le monde, ce qui pourrait constituer une recherche doctorale complète en tant que tel, le choix a été fait de concentrer l'étude sur deux entités souveraines : les États-Unis et la France. Agissant au niveau fédéral par le truchement du Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS), les États-Unis représentent un sujet d'étude

<sup>1140</sup> Arrêt du 13 mai 2003 C-463/00 Commission C/ Royaume d'Espagne.

<sup>1141</sup> Même si le règlement établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne n'est qu'à l'état de proposition du 13 septembre 2017 : COM(2017)487 final, 2017/0224(COD), SWD(2017)297 final.

<sup>1142</sup> Arrêt de la Cour du 14 mars 2000, affaire C-54/99, Association Église de scientologie de Paris – Scientology International Reserves Trust C / Premier ministre, point 14.

<sup>1143</sup> *Ibidem*, point 17.

pertinent dans la mesure où ils bénéficient d'une connaissance et d'une expérience considérables de l'exception protectionniste à caractère financier sur les investissements directs étrangers, qui peut servir de source d'inspiration voire de différenciation pour l'Union. La France, troisième État membre de l'Union par sa puissance économique exprimée en PIB<sup>1144</sup>, présente quant à elle une maturité moindre dans le mécanisme d'autorisation préalable des investissements directs étrangers mais un corpus normatif plus clair et lisible pour un juriste français. Il restera à vérifier si l'exécution de ce régime d'autorisation par le ministre chargé de l'économie est aussi accessible.

Ainsi, dans une perspective comparative avec l'Union, le traitement au niveau fédéral des investissements directs étrangers aux États-Unis en matière d'autorisation préalable mérite attention (a). En prenant l'exemple de la France au sein de l'Union, on relève au contraire le traitement à l'échelon national de l'autorisation préalable de tels investissements directs étrangers (b).

#### a. L'inspiration fédérale : l'autorisation préalable aux États-Unis

713. Aux États-Unis, les flux d'investissements directs étrangers représentaient 373 milliards de dollars en 2016, alors qu'ils étaient en moyenne de 350 milliards de dollars sur la période 2014-2015 et de 226 milliards de dollars sur la période 2006-2008<sup>1145</sup>. Preuve par les chiffres que l'attractivité des États-Unis pour les investisseurs étrangers progresse alors que sa législation en la matière affirme son profond attachement à la protection de la sécurité nationale, même si l'esprit d'ouverture libérale est tout autant ménagé, dans la stricte mesure où il est pourvoyeur d'emplois. C'est dans cette perspective que l'on peut lire l'objectif affirmé en liminaire du Foreign Investment and National Security Act of 2007<sup>1146</sup> (FINSA) : "To ensure national security while promoting foreign investment and the creation and maintenance of jobs..." Si l'on en vient à la procédure d'autorisation préalable proprement dite, la Section 721 of the Defense Production Act of 1950<sup>1147</sup> inscrit certains investisseurs étrangers – qui auront fait une démarche de notification volontaire auprès du CFIUS – dans une procédure de contrôle préalable incluant une phase d'instruction<sup>1148</sup>, de décision souveraine<sup>1149</sup> puis de contrôle parlementaire<sup>1150</sup>. En tant qu'investisseur direct étranger potentiellement assujéti, on peut d'abord lire de manière rassurante la considération suivante : "CFIUS focuses solely on any genuine national security concerns raised by a covered transaction, not on other national interests<sup>1151</sup>." L'investisseur étranger qui aura fait la démarche volontaire de notifier son projet sera par ailleurs assuré d'une certaine confidentialité dans le déroulement de la procédure : « section 721(c) prohibits CFIUS from disclosing to the public any information filed with CFIUS under section 721, except in certain legal proceedings<sup>1152</sup>. » Malgré ces infinies précautions rédactionnelles laissant penser à un champ d'application matériel particulièrement restrictif, qu'en est-il en pratique ?

<sup>1144</sup> 2570 milliards d'euros selon le FMI en 2017.

<sup>1145</sup> ANDERSON Thomas, *New foreign Direct Investment in the United States in 2016*, Survey of Current Business, August 2017, page 1.

<sup>1146</sup> Public Law 110-49, 110<sup>th</sup> Congress, H.R. 556, July 26, 2007, 121 STAT.245 s.

<sup>1147</sup> 50 U.S.C. Ap.2170.

<sup>1148</sup> (b) National Security Reviews and Investigations.

<sup>1149</sup> (d) Action by the President.

<sup>1150</sup> (g) Additional Information to Congress.

<sup>1151</sup> Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in the United States, Federal Register/Vol.73, No236/Monday, December 8, 2008/Notices, 74568.

<sup>1152</sup> Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in the United States, Federal Register/Vol.73, No236/Monday, December 8, 2008/Notices, 74569.

714. La question peut se poser de la qualification d'une telle procédure de contrôle préalable dans le domaine de la sécurité nationale, dont on a pu constater le champ à la fois relativement large<sup>1153</sup> et non exhaustif<sup>1154</sup>, laissant dès lors une réserve de pouvoir souverain entre les mains du président des États-Unis. On peut à cet égard estimer que la procédure de contrôle préalable des investissements étrangers potentiellement préjudiciables à la sécurité nationale des États-Unis présente un caractère dilatoire. En effet, au-delà des classiques périodes d'instruction voire d'enquête, de trente et quarante-cinq jours respectivement, peuvent venir s'ajouter des exigences supplémentaires à l'égard de l'investisseur étranger tels que des demandes d'engagements ou de respect de conditions imposées par le CFIUS. Ce type d'exigences n'est pas sans rappeler les injonctions structurelles ou comportementales rencontrées dans le droit de la concurrence et plus particulièrement dans le contrôle des concentrations qui, même si elle ne poursuit pas les mêmes objectifs<sup>1155</sup>, peut produire les mêmes effets quant à l'opération envisagée : acceptation pure et simple, conditionnelle ou refus. À l'issue de cette étape, le Président des États-Unis dispose encore du pouvoir souverain de suspendre voire d'interdire l'opération d'investissement direct étranger en cause. On peut également penser que cette autorisation préalable à l'échelon fédéral est par ailleurs source d'incertitude juridique pour l'investisseur direct étranger dans la mesure liée au champ d'application variable et orienté contre la Chine<sup>1156</sup> de la sécurité nationale. Il en fut par exemple ainsi du projet d'investissement porté par Jack Ma<sup>1157</sup> qui a fini par se décourager face aux exigences de la procédure imposée devant le CFIUS. Dans le même sens, le président TRUMP a émis en mars 2018 un « executive order<sup>1158</sup> » mettant fin au projet de rachat de Qualcomm par Broadcom pour un montant de 117 milliards de dollars : « The Purchaser and Qualcomm shall immediately and permanently abandon the proposed takeover. Immediately upon completion of all steps necessary to terminate the proposed takeover of Qualcomm, the Purchaser and Qualcomm shall certify in writing to the Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) that such termination has been effected in accordance with this order and that all steps necessary to fully and permanently abandon the proposed takeover of Qualcomm have been completed. »

Sous la présidence Obama, une décision comparable d'interdiction<sup>1159</sup> fut émise à l'encontre d'intérêts chinois en septembre 2012 : « The transaction resulting in the acquisition of the Project Companies and their assets by the Companies or Mr. Wu or Mr. Duan is hereby prohibited, and ownership by the Companies or Mr. Wu or Mr. Duan of any interest in the Project Companies and their assets, whether directly or indirectly through owners, subsidiaries, or affiliates, is prohibited. »

<sup>1153</sup> (f) *Factors to be considered* : 11 points sont identifiés, en particulier la production nationale nécessaire aux exigences de défense des États-Unis, le matériel et la technologie militaires, les infrastructures et technologies essentielles...

<sup>1154</sup> (f) *Factors to be considered* (11) "such other factors as the President or the Committee may determine to be appropriate, generally or in connection with a specific review or investigation."

<sup>1155</sup> Voir à cet égard l'article de Laurence Idot in *Contrôle des concentrations et contrôles des investissements étrangers : réflexions de juriste*, Concurrences, N°2-2015, page 66.

<sup>1156</sup> CASANOVA Guido Alberto, *Weaponizing Commerce: Trump, China, and CFIUS*, THE DIPLOMAT, March 29, 2018. De manière moins ostensible ou ostentatoire, la substance et la pratique du CFIUS étaient du même ordre à l'endroit des tentatives d'investissement stratégique Chinois aux États-Unis sous l'administration Obama.

<sup>1157</sup> RENAUD Nina, *Washington empêche Alibaba de mettre la main sur MoneyGram*, Les Échos, 3 janvier 2018.

<sup>1158</sup> Federal Register, 83 FR 11631, Executive Office of the President, Order of March 12, 2018; Voir aussi le refus de l'offre de China Venture Capital sur Lattice Semiconductor: Federal Register, 82 FR 43665, Executive Office of the President, Order of September 13, 2017.

<sup>1159</sup> Federal Register, 77 FR 60281, Executive Office of the President, Order of September 28, 2012; Voir aussi le refus de l'offre de Grand Chip Investment sur Aixtron SE: Federal Register, 81 FR 88607, Executive Office of the President, Order of December 2, 2016, également signé par Barack Obama.

715. L'insécurité juridique résulte encore du fait qu'il appartient à l'investisseur étranger en cause de déterminer si, selon lui, il entre ou non dans le champ d'application de cette législation imposant une autorisation préalable. À la manière d'une procédure de rescrit en droit fiscal, l'investisseur direct étranger, dans le but d'obtenir une certaine sécurité juridique quant à sa situation, fait le choix de s'exposer à l'insécurité juridique résultant de la décision de l'administration. Si l'on en revient aux faits et aux chiffres, les statistiques présentant l'activité du CFIUS sur la période de 2008<sup>1160</sup> à 2016<sup>1161</sup> comportent des indices convergents de ce caractère dilatoire voire comminatoire de la procédure d'autorisation préalable de certains investissements étrangers. On observe ainsi que nombre de dossiers de demande d'autorisation préalable après ouverture d'une enquête dans le cadre de la Section 721 of the Defense Production Act of 1950 sont purement et simplement retirés par le requérant. On observe par ailleurs que le président n'a été amené à prendre une décision expresse que de manière exceptionnelle, en 2012 et en 2016, ce dont on peut déduire que, dans la très large majorité des affaires, la procédure n'aboutit pas jusqu'à la décision présidentielle.
716. De tout ce qui précède on peut conclure que l'autorisation préalable dont disposent les États-Unis au niveau fédéral constitue une véritable exception protectionniste d'abord sur le plan juridique en tant que moyen de défense ciblé et énergique des investissements directs étrangers représentant une menace actuelle ou potentielle pour la sécurité nationale, mais aussi sur le plan statistique par la rareté des décisions finalement prises par le plus haut représentant de l'entité souveraine en cause. À défaut d'autorisation préalable des investissements directs étrangers à l'échelle supranationale dans le droit positif de l'Union, on peut toutefois s'intéresser à déterminer les traits essentiels et partagés du système d'autorisation préalable rencontré au sein d'un de ses États membres significatifs : la France.

b. L'exemple français : l'autorisation préalable à l'échelle d'un État membre

717. En 2017, le niveau des investissements directs étrangers en France a atteint 50 milliards d'euros<sup>1162</sup>, alors qu'il était en moyenne de 21 milliards d'euros par an de 2005 à 2011<sup>1163</sup>. Comme aux États-Unis, la tendance des investissements directs étrangers s'avère donc haussière. Ceci pendant que « la forte et ancienne présence des groupes étrangers en France ... leur permet de financer localement par emprunt leurs activités ou leur expansion<sup>1164</sup>. » En droit français, on ne sera pas surpris de trouver les dispositions relatives exigeant une autorisation préalable pour certains investissements étrangers dans le code monétaire et financier. Les investissements étrangers peuvent ainsi faire l'objet d'un contrôle a posteriori ou *a priori* en fonction de leurs caractéristiques<sup>1165</sup>, sans pour autant que l'incertitude juridique soit levée quant à l'assujettissement de l'investissement direct étranger à ces dispositions : « Les contours de l'autorisation préalable sont ainsi mal dessinés, ce qui confère au ministre de l'économie un large pouvoir pour soumettre un investissement à l'autorisation préalable...à la différence des décisions de refus d'autorisation qui doivent être motivées, les décisions d'autorisation assorties de

<sup>1160</sup> Covered Transactions, Withdrawals, and Presidential Decisions 2008 – 2012.

<sup>1161</sup> Covered Transactions, Withdrawals, and Presidential Decisions 2014 – 2016.

<sup>1162</sup> Business France, *Rapport sur l'internationalisation de l'économie française*, 2017, page 17.

<sup>1163</sup> NIVAT Dominique, TERRIEN Bruno, *Les investissements directs étrangers en France de 2005 à 2011*, Bulletin de la Banque de France, n°191, 1er trimestre 2013, page 22.

<sup>1164</sup> *Ibidem*, page 21.

<sup>1165</sup> LIENHARDT Pierre-Adrien, RAMBAUD Aurélie, *Le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'économie*, La semaine juridique, 14 septembre 2017, N°37, 1480, pages 46 à 48.

conditions n'ont pas à faire l'objet d'une telle motivation. Cela limite les possibilités de contrôle par la juridiction alors même qu'en pratique ce type de décision est fréquent<sup>1166</sup>. » À la manière de l'affirmation de la promotion de l'investissement étranger par les États Unis en chapeau du FINSA, le législateur français prend grand soin de rappeler en liminaire des dispositions consacrées aux relations financières avec l'étranger – et dans le strict respect de son statut d'État membre de l'Union assujéti au droit primaire, en particulier à l'article 63 TFUE – que ces dernières sont libres<sup>1167</sup>. Cet héritage de la période de privatisation marquée par la loi ainsi que le décret du 14 février 1996<sup>1168</sup> n'empêche pas pour autant, au visa de l'article L151-3<sup>1169</sup> du code monétaire et financier, d'instituer une exception protectionniste à caractère financier dont le champ est notamment précisé et limité par l'article R153-2<sup>1170</sup>. On peut ainsi lire chez certains auteurs que « L'extension de la logique protectionniste à l'œuvre dans le décret n'est pas sans poser difficulté<sup>1171</sup>. » *A contrario*, d'aucuns affirment plutôt que « c'est un texte de droit de la régulation<sup>1172</sup> ». Ce régime devrait être sensiblement renforcé<sup>1173</sup> dans le cadre des articles 55 et suivants du projet de loi PACTE<sup>1174</sup>, sans pour autant atteindre le niveau de protection rencontré aux États-Unis dans le cadre du CFIUS. Douze catégories d'activités sont ainsi légalement présumées relever de « la défense des intérêts nationaux<sup>1175</sup> », en particulier les activités de sécurité et de défense, mais aussi l'approvisionnement en énergie, en eau, ou encore la protection de la santé publique. Le décret n°2018-1057 du 29 novembre 2018 prévoit, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2019, l'élargissement des catégories d'activité visées à l'article R153-2 du code monétaire et financier, parmi lesquelles l'aérospatiale, la protection civile, la cybersécurité, la robotique, les semi-conducteurs ou encore l'intelligence artificielle. Ainsi, lorsque l'ordre public, la sécurité nationale ou la défense nationale sont en jeu, il appartient au ministre chargé de l'économie de décider si l'investissement étranger en cause permet de préserver ces intérêts nationaux malgré son incursion dans un domaine d'activité présumé stratégique. Pour ce faire, un dossier de demande d'autorisation préalable doit être notifié par l'investisseur non-résident au ministre qui dispose d'un délai de deux mois pour se prononcer, sous peine d'autorisation implicite<sup>1176</sup>. À défaut de notification préalable de l'investissement étranger dans une activité stratégique, la sanction encourue est double. D'une part, les actes juridiques passés pour réaliser cet investissement

<sup>1166</sup> *Ibidem*.

<sup>1167</sup> Article L151-1 du code monétaire et financier.

<sup>1168</sup> PICHARD Bruno, *La réforme des investissements étrangers : une vraie libéralisation ?* Les petites affiches N°PA199607603, 24 juin 1996, page 11. On observe ainsi la variabilité dans le temps des qualificatifs politiques d'un même système juridique d'autorisation préalable des investissements étrangers en France, passant tantôt de libéral sous le gouvernement Juppé à « patriotisme économique » à l'initiative du ministre du redressement productif Arnaud Montebourg...voir sur ce point FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Le décret « Montebourg » du 14 mai 2014 sur le contrôle des investissements étrangers est desservi par sa qualification « patriotique » : c'est un texte de droit de la régulation*, <http://mafr.fr/fr/article/le-decret-montebourg-du-14-mai-2014-sur-le-control/>, 15 mai 2014.

<sup>1169</sup> Loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004, JORF 10 décembre 2004. On observe à quel point le contrôle des IDE est une exception au sens statistique dans le droit français à la lecture du manuel pourtant très sérieux et complet de droit des sociétés rédigé par Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, qui n'y consacre qu'une seule rubrique dans sa 25<sup>ème</sup> édition de 2012 (rub.1516) !

<sup>1170</sup> Il s'agit là du fameux décret « Montebourg » n°2014-479 du 14 mai 2014, JORF 15 mai 2014, page 8062.

<sup>1171</sup> LANNEAU Régis, *Investissements étrangers, Décret 2014-479 du 14 mai 2014*, Concurrences, N°3-2014, N°68442.

<sup>1172</sup> FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Le décret « Montebourg » du 14 mai 2014 sur le contrôle des investissements étrangers est desservi par sa qualification « patriotique » : c'est un texte de droit de la régulation*, <http://mafr.fr/fr/article/le-decret-montebourg-du-14-mai-2014-sur-le-control/>, 15 mai 2014.

<sup>1173</sup> BARILLON Clément, *Vers un renforcement du contrôle des investissements étrangers en France*, Lettre creda-sociétés n°2018-20.

<sup>1174</sup> Tel qu'il résulte de son adoption en 1<sup>ère</sup> lecture à l'Assemblée nationale, session du 9 octobre 2018.

<sup>1175</sup> Article L151-2 alinéa 1<sup>er</sup> du code monétaire et financier.

<sup>1176</sup> Article R153-8 du code monétaire et financier.

sont frappés de nullité<sup>1177</sup> avec tous les effets classiques qui s'y rattachent, en particulier la difficile obligation de rétablir le *statu quo ante*. D'autre part, dans le respect du principe de proportionnalité<sup>1178</sup>, une sanction pécuniaire dont le montant peut s'élever jusqu'à deux fois<sup>1179</sup> celui de l'investissement irrégulier peut être infligée à l'investisseur, cette sanction pouvant faire l'objet d'un recours de plein contentieux. La décision de refus d'autorisation de même que l'autorisation conditionnée doivent quant à elles être motivées<sup>1180</sup>. On pourrait ensuite s'interroger sur l'efficacité, voire même sur le recours effectif à un tel décret tant le champ d'application paraît limité par sa justification : l'ordre public ou la sécurité nationale, précisément conformes aux exigences du droit primaire en pareille matière. Il semble pourtant que le mécanisme d'autorisation préalable soit utilisé par le ministre de l'économie « dans une centaine de cas par an en moyenne, selon Matignon<sup>1181</sup>. » On peut évidemment se poser la question de savoir si de telles dispositions sont compatibles avec le droit de l'Union, en particulier avec l'article 63 TFUE relatif à la liberté de circulation des capitaux et avec l'article 49 TFUE relatif à la liberté d'établissement. Preuve que cette législation relative à l'autorisation préalable présente un caractère d'exception, le droit français du contrôle des investissements directs étrangers s'avère conforme au droit de l'Union<sup>1182</sup>. Sur le plan de la justification, la sécurité nationale rencontrée outre-Atlantique est ici remplacée par les notions d'ordre public et de sécurité publique : « Il existerait ainsi une sorte de domaine économique de souveraineté à géométrie variable investi par les États à travers des réglementations visant à protéger si ce n'est son intégrité, au moins les enjeux stratégiques qu'il représente<sup>1183</sup>. » Pour autant, à la grande différence de ce que l'on peut trouver aux États-Unis, le contrôle de légalité de l'autorisation préalable est ici exercé dans un ordre juridique qui à la fois dépasse et englobe celui de l'État membre. Le juge de l'Union présente donc une garantie plus forte en théorie que celle existant aux États-Unis dans la mesure où l'on peut considérer que l'intérêt d'un État membre est compris dans l'intérêt de l'Union sans jamais se confondre avec lui puisqu'il n'en représente qu'une composante. C'est l'une des raisons pour lesquelles le juge de l'Union est très peu ouvert à la procédure d'autorisation préalable en matière d'investissements directs étrangers : « Ainsi, l'ordre public et la sécurité publique ne peuvent être invoqués qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société<sup>1184</sup> ». Ce champ d'application déjà très restrictif est par ailleurs complété par une exigence encore plus dirimante de proportionnalité : « ne peuvent être justifiées par des motifs liés à l'ordre public et à la sécurité publique que si elles sont nécessaires... dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives<sup>1185</sup> ».

---

<sup>1177</sup> Article L151-4 du code monétaire et financier : la question peut se poser de savoir si elle est absolue ou relative, le principal argument en faveur de cette dernière qualification étant qu'elle ne soit invocable que par la partie qui s'en trouverait directement lésée...

<sup>1178</sup> À « la gravité des manquements commis ».

<sup>1179</sup> Article L151-3 du code monétaire et financier.

<sup>1180</sup> Article R153-10 du code monétaire et financier.

<sup>1181</sup> BELLAN Marie, *Philippe veut mieux contrôler les investissements étrangers*, Les Échos, 17 février 2018, page 2.

<sup>1182</sup> *Contrôle des concentrations et contrôles des investissements étrangers : réflexions de juriste, Concurrences*, N°2-2015, pages 66 s.

<sup>1183</sup> LANNEAU Régis, *Investissements étrangers*, op.cit.

<sup>1184</sup> Arrêt de la Cour du 14 mars 2000, affaire C-54/99, Association Église de scientologie de Paris – Scientology International Reserves Trust C / Premier ministre, point 17.

<sup>1185</sup> *Ibidem*, point 18.



718. L'exception protectionniste contenue dans les mécanismes d'autorisation préalable, qu'ils trouvent leur source dans le droit fédéral américain ou dans le droit français<sup>1186</sup>, témoigne de façon constante de la manifestation de volonté de défense de l'intérêt national sous couvert de motifs de sécurité nationale ou d'ordre public et de sécurité publique. La manifestation de volonté de défense de l'intérêt de l'Union sur des motifs relevés à cette échelle supranationale pourrait-elle prendre la forme d'un contrôle des investissements directs étrangers au niveau de l'Union ? L'émergence d'un projet de règlement en ce sens en constitue un indice qu'il convient à présent d'étudier.

## 2. L'émergence d'un projet de contrôle des IDE à l'échelle de l'Union

719. Concomitamment à son action principale en faveur du libre-échange par la multiplication des négociations bilatérales avec les pays tiers<sup>1187</sup>, la Commission a pris l'initiative de proposer un règlement<sup>1188</sup> du 13 septembre 2017 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne. À titre d'exception, donc, tant cet acte est isolé dans la politique commerciale commune et ne correspond qu'à la portion congrue de la régulation du libre-échange éventuellement admise. Il s'agit ainsi de trouver le « juste équilibre entre, d'une part, l'objectif de répondre à des préoccupations légitimes exprimées à l'égard de certains investissements directs étrangers et, d'autre part, la nécessité de maintenir un régime ouvert et propice à de tels investissements dans l'Union, qui soit pleinement compatible avec le droit européen et les engagements internationaux<sup>1189</sup>... »
720. Mais aussi exception à caractère protectionniste<sup>1190</sup> par ses effets potentiellement restrictifs des échanges liés à une mise en œuvre justifiée par la volonté de protection des intérêts essentiels de l'Union et ses États membres. « Aujourd'hui [en septembre 2017], près de la moitié des États membres ont mis en place des mécanismes de filtrage, tandis que les autres n'en ont pas. En outre, les mécanismes de filtrage existants présentent des différences sur les plans du champ d'application et de la procédure : contrôle *ex ante* ou *ex post*, notification volontaire ou obligatoire, champ d'application général ou sectoriel, sociétés ou actifs concernés, application aux investissements provenant d'autres États membres et de pays tiers ou uniquement ceux provenant de pays tiers, etc.<sup>1191</sup> » Même l'Allemagne, pourtant de tradition ordolibérale, a fini par légiférer sur un mécanisme d'autorisation préalable en cas de tentative de prise de contrôle<sup>1192</sup> sur un marché réglementé par une entreprise issue d'un pays tiers, ceci afin de « créer une forme de réciprocité avec certains pays ».

<sup>1186</sup> Une situation comparable existe en Allemagne, Voir RENAUD Ninon, *L'étau allemand se resserre sur les investissements étrangers*, Les Échos, 20 décembre 2018 ; le seuil de déclenchement de l'enquête pouvant conduire à un blocage de l'investissement est ainsi abaissé de 25 à 10% dans les secteurs sensibles tels que la fourniture d'électricité, de gaz ou d'eau potable, les télécoms, les infrastructures de défense et de sécurité, ainsi que les médias.

<sup>1187</sup> Il suffit pour s'en convaincre de consulter le document de la Commission intitulé « *Overview of FTA and other Trade Negotiations, updated march 2018* » ; Les négociations se font notamment avec le Japon, le Mexique, l'Australie et la Nouvelle-Zélande ; voir également GRESILLON Gabriel, *Un agenda commercial extrêmement ambitieux*, Les Échos, 16 septembre 2017, page 6.

<sup>1188</sup> COM(2017)487 final, 2017/0224(COD), SWD(2017)297 final.

<sup>1189</sup> *Ibidem*.

<sup>1190</sup> Il est même question de « *relents protectionnistes ... jugés dangereux par les pays du nord* » in *L'Europe veut bloquer certains investissements étrangers sur son sol*, Les Échos, 19 juin 2017, page 10. Cecilia Malmström, Commissaire européenne au commerce, est ainsi ressortissante de la Suède et prône une ouverture commerciale maximale de l'Union conformément aux traités.

<sup>1191</sup> COM(2017)487 final, 2017/0224(COD), SWD(2017)297 final, page 3.

<sup>1192</sup> MADELIN Thibaut, *L'Allemagne se dote d'un nouvel outil pour bloquer les OPA étrangères*, Les Échos, 15 juillet 2017, page 9.

Après analyse, on peut affirmer que le processus ayant conduit à cette avancée de principe en faveur d'un contrôle des investissements étrangers à l'échelle de l'Union relève d'une manifestation de volonté politique de la Commission à vocation apaisante (a), sans pour autant que la portée juridique de cette proposition de règlement puisse être qualifiée de suffisante (b).

a. L'élan politique de l'Union en matière de contrôle des IDE

721. La mise en œuvre d'une politique conjoncturelle résulte généralement de la convergence de deux séries d'éléments pour un sujet donné. Le premier critère repose sur des préoccupations objectives croissantes traduites par une évolution défavorable des statistiques observables dans le domaine concerné. Le second critère réside dans les préoccupations subjectives récurrentes exprimées par les parties prenantes ou influentes, en ce compris l'opinion publique. Dans notre matière, on observe en premier lieu que les flux d'investissements directs étrangers, notamment en provenance de Chine, s'accroissent de manière significative<sup>1193</sup> au sein de l'Union. Ceci pendant qu'émergent et se développent les préoccupations croissantes des salariés et entrepreneurs pour la sauvegarde de leurs emplois, de leur savoir-faire et de leur technologie. Dès lors une réaction politique à un niveau pertinent s'imposait afin de démontrer la prise en compte de telles « préoccupations ... exprimées concernant les investisseurs étrangers, notamment les entreprises publiques, qui rachètent des entreprises européennes dotées de technologies clés pour des raisons stratégiques<sup>1194</sup> ... » Il existe donc une conscience politique de l'enjeu relatif aux investissements directs étrangers à l'échelle de l'Union, dont les principes peuvent être définis de manière uniforme conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 207 TFUE. À cet égard, il s'agit en particulier de « protéger les actifs européens essentiels contre les investissements qui porteraient atteinte aux intérêts légitimes de l'Union ou de ses États membres<sup>1195</sup>. » La question se pose alors de savoir si la proposition de règlement fixant un cadre pour le filtrage des investissements étrangers dans l'Union pourrait satisfaire cet objectif de protection, s'il est adopté dans les termes et conditions ainsi projetées. Ceci en ayant à l'esprit que l'action politique conjoncturelle est souvent au service d'une action politique quant à elle structurelle. Or au cas présent, la politique commerciale commune de nature structurelle reste largement guidée, ainsi que le prévoit l'article 206 TFUE, par l'objectif de libéralisation totale des marchés recherchée tant à l'extérieur qu'à l'intérieur des frontières de l'Union.

b. L'insuffisance de portée juridique de la proposition de règlement sur les IDE

722. L'action politique de la Commission manifestée par l'émission d'une proposition de règlement sur les investissements étrangers ne suffit pas à en faire oublier la faiblesse de contenu juridique : « Le règlement n'impose pas aux États membres d'adopter ou de maintenir un mécanisme de filtrage pour les investissements directs étrangers. Il a pour objectif que ledit mécanisme satisfasse à quelques exigences élémentaires, comme la possibilité de recours juridictionnel contre les décisions, l'absence de discrimination entre différents pays tiers et la transparence<sup>1196</sup>. » Cette approche législative ordinaire de la politique commerciale commune par l'institution d'un « cadre » résulte expressément de la rédaction de l'article 207§2 TFUE.

<sup>1193</sup> DE GRANDI Michel, *L'irrésistible ascension des investissements chinois en Europe*, Les Échos, 28 décembre 2017, page 7.

<sup>1194</sup> Commission européenne, *Document de réflexion sur la maîtrise de la mondialisation*, 10 mai 2017, COM(2017) 240.

<sup>1195</sup> COM(2017)487 final, 2017/0224(COD), SWD(2017)297 final, page 2.

<sup>1196</sup> *Ibidem*, page 3.

723. Il s'agit donc plus d'une tentative de reprise en main du contrôle des investissements étrangers à l'échelle de l'Union au moyen d'exigences qui, de minimales, peuvent même être réduites à néant en matière d'imposition aux États membres d'un contrôle préalable des investissements étrangers. Ainsi, même si l'institution supplémentaire d'une possibilité de « filtrage pour des motifs de sécurité et d'ordre public lorsqu'un investissement direct étranger est susceptible de porter atteinte à des projets ou programmes présentant de l'intérêt pour l'Union <sup>1197</sup> », ce progrès potentiel dans le contrôle de certains investissements étrangers ne réussit pas à compenser le risque quant à lui réel de remise en cause des mécanismes de droit national. En effet, la volonté de transparence accrue entre États membres et Commission rendue possible par une forme de coopération loyale imposée <sup>1198</sup> aura notamment pour effet de rendre plus accessible la contestation de légalité des dispositifs actuels de contrôle des investissements étrangers au niveau de chaque État membre. En particulier, au visa des articles 7 et 10 de la proposition de règlement, les États membres devraient notifier leurs mécanismes de filtrage à la Commission et rendre compte de son utilisation. Dans l'hypothèse où le dispositif national serait effectivement déclaré illégal au sens du droit de l'Union, il en résulterait dès lors un vide juridique quant à la protection contre certains investissements directs étrangers que le règlement proposé n'a pas prévu de combler.
724. En conséquence, le droit de l'Union affaiblit potentiellement le contrôle des investissements étrangers mis en place à l'échelle de certains États membres. Ceci est d'autant plus vrai que le Parlement ne prévoit de proposer que des modifications mineures au projet de règlement, ne remettant absolument pas en cause la nature et l'objet limités à un cadre de filtrage des investissements directs étrangers à ce stade. Ainsi, selon la commission des affaires économiques et monétaires du Parlement européen <sup>1199</sup>, la proposition de règlement fixant un cadre sur le filtrage des investissements directs étrangers gagnerait à voir sa définition de l'investissement étranger élargie dans le sens d'une identification plus précise du bénéficiaire effectif de l'investissement, indépendamment de sa forme. En outre, la liste des facteurs déclencheurs d'un filtrage motivé par un risque pour la sécurité ou l'ordre public pourrait être élargie aux médias. La commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement <sup>1200</sup> présente quant à elle des demandes d'amendements de la proposition de règlement comparables dans leurs principes, autrement dit la définition des investissements de même que la liste des situations de filtrage devraient être amendées.
725. On observe enfin au sein des deux commissions que le principe de la proposition de règlement est largement salué sans que son domaine – la simple fixation d'un cadre pour le filtrage des investissements étrangers des États membres qui le pratiquent déjà – ne soit réellement discuté. On peut dès lors en déduire que, dans l'esprit des députés européens, le caractère ambitieux du filtrage des investissements étrangers à l'échelle de l'Union réside plus dans l'existence même d'un projet de texte à caractère contraignant sur le sujet que dans son contenu <sup>1201</sup>.
- En ce sens, le projet de rapport de la commission du commerce international <sup>1202</sup> du 7 mars 2018 résultant notamment des avis de ces commissions et proposant une série d'amendements n'est guère plus énergique. Sans vouloir modifier la substance de la proposition de règlement, l'exposé des motifs prévoit plutôt de « bien anticiper le suivi et

<sup>1197</sup> *Ibidem*, page 3.

<sup>1198</sup> Oxymore assumé en tant que tel.

<sup>1199</sup> ZILE Roberts (rapporteur), PE615.441v01-00, PA\114914FR, 13 décembre 2017.

<sup>1200</sup> BUTIKOFER Reinhard (rapporteur), PE615.451v01-00, PA\1142026FR, 29 janvier 2018.

<sup>1201</sup> L'avancée européenne dans ce domaine est marquée rétrospectivement par l'observation de Laurence IDOT formulée en 2015 : « la mise en place d'un dispositif de contrôle par l'Union européenne dans le cas particulier des secteurs stratégiques, n'est pas à l'ordre du jour » in Contrôle des concentrations et contrôles des investissements étrangers : réflexions de juriste, Concurrences, N°2-2015, page 66.

<sup>1202</sup> PROUST Franck (rapporteur), PE619.160v02-00, PR\1148185FR.

l'amélioration du mécanisme en vue de la révision du règlement, trois ans après l'entrée en vigueur<sup>1203</sup>... » Et même si, à titre d'exemple, au visa de l'amendement n°16<sup>1204</sup>, le projet de rapport reprend l'idée de la commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie du Parlement consistant à étendre l'initiative de demande de filtrage aux syndicats, « sur le modèle du système en vigueur aux États-Unis<sup>1205</sup> », il se contente de le faire au stade des considérants. De surcroît, cette initiative serait largement indirecte par l'intermédiation du Parlement européen d'un côté puis le seul rôle d'émission d'un avis confidentiel de la Commission, sans caractère contraignant, de l'autre côté. Ceci alors que l'on peut valablement considérer que le secteur industriel ou technologique en cause et ses instances représentatives – qu'il s'agisse des salariés ou des entreprises – sont bien placés pour déterminer dans quelle mesure un projet d'investissement étranger est susceptible de représenter un risque pour la sécurité ou l'ordre public. On peut donc en déduire que, à l'inverse du guide décisionnel qu'elle représente pour les États-Unis, la problématique de l'emploi<sup>1206</sup> au sein de l'Union a été écartée en tant que facteur potentiel de risque à considérer dans ce domaine.

## B. La joint-venture souveraine, contrôle à l'entrée de l'investissement direct étranger

726. On pourrait considérer que le contrôle juridique des investissements directs étrangers par autorisation préalable témoigne plus de la gestion que de l'initiative. En effet, la démarche de contrôle est finalement incidente, conditionnée à la manifestation d'intérêt d'un investisseur étranger souhaitant s'établir dans un secteur ou un domaine entrant dans le champ de l'autorisation préalable de l'entité souveraine en cause. Il en résulte une protection de l'intérêt de l'Union nécessairement insuffisante à ce titre au regard des législations variables voire inexistantes sur les autorisations préalables au niveau des seuls États membres. L'affirmation d'une politique industrielle, y compris par voie d'exception protectionniste, doit donc relever d'une démarche plus volontariste. C'est la raison pour laquelle la joint-venture souveraine, faisant intervenir l'investisseur direct étranger d'un côté et l'entité souveraine d'accueil de l'autre, peut représenter un mode de protection juridique *ex ante* sensiblement plus efficace par le processus de sélection qu'elle impose à l'investisseur étranger. D'une démarche passive de contrôle des flux entrants sensibles d'investissements étrangers par autorisation préalable, on passerait ainsi à une démarche active de définition d'une politique industrielle conforme à la vision stratégique de l'Union et de ses États membres, dont la joint-venture souveraine serait la manifestation juridique. Dans cette perspective, l'énoncé des principes essentiels de la joint-venture souveraine protectrice de l'intérêt de l'Union (2) ne peut être comprise sans se pencher au préalable sur son fondement dans les relations internationales : la réciprocité (1).

### 1. La réciprocité au fondement de la joint-venture souveraine

727. La notion de réciprocité ne se limite pas au seul champ juridique mais relève plus largement de la sphère des relations internationales. On peut la définir à ce niveau comme la réponse unilatérale d'une entité souveraine par effet miroir à l'unilatéralisme d'une autre entité souveraine. Autrement dit, la joint-venture souveraine manifeste la volonté politique industrielle de l'État hôte qui peut renvoyer à un parallélisme de comportement à l'égard de l'État dans lequel est établi l'investisseur étranger en cause. L'application du principe de réciprocité en matière d'investissements directs étrangers au sein de l'Union résulterait

<sup>1203</sup> *Ibidem*, page 54.

<sup>1204</sup> *Ibidem*, page 17.

<sup>1205</sup> BUTIKOFER Reinhard, op. cit., page 3.

<sup>1206</sup> En liminaire du FINSA, on peut lire la volonté affirmée de concilier les objectifs suivants : "To ensure national security while promoting foreign investment and the creation and maintenance of jobs".

donc d'un certain automatisme et présenterait à ce titre un caractère objectif. Il s'agirait par définition d'un moyen de défense – et non d'une offense – dans la mesure où, à la manière de la défense russe aux échecs, l'application du principe de réciprocité est nécessairement différée et intervient par réaction. L'État hôte adapte en effet, par la réciprocité, les exigences contenues dans sa joint-venture souveraine à la politique industrielle de l'État dans lequel est établi l'investisseur étranger. Si l'on regarde l'Union en ce sens, on peut partager l'idée selon laquelle « Il serait intéressant de comparer l'intégration de l'Union à une forme de joint-venture dont le contenu et les objectifs, à géométrie variable de par la souplesse et le champ large que recouvre la notion, seraient en perpétuelle évolution<sup>1207</sup>. » Avant d'étudier la mise en œuvre potentielle d'une telle exception de réciprocité au sein de l'Union (b), il importe d'approfondir la notion de réciprocité en se penchant sur ses variations possibles en matière d'investissements directs étrangers (a).

#### a. Variations sur la notion de réciprocité

728. Rappelons d'abord une généralité : la raison d'être de la joint-venture réside dans l'avantage mutuel procuré aux parties qui y consentent. Partant, la spécificité de la joint-venture souveraine repose quant à elle sur la dichotomie entre l'avantage attendu de l'investisseur étranger, qui peut être de nature privée – mais aussi publique s'il est subventionné par l'État dans lequel il est établi – et l'avantage attendu par l'État hôte, relevant quant à lui systématiquement de l'intérêt public. La question se pose encore plus précisément de savoir à quel niveau joue la réciprocité dans la joint-venture souveraine. Sur le plan strictement juridique, et en particulier dans le domaine contractuel typique de la joint-venture, la notion de réciprocité renvoie aux engagements réciproques pris par l'investisseur étranger et par l'État hôte dans le projet commun en cause. Pour autant, la dimension étatique de la relation existant dans la joint-venture souveraine ne peut éluder, en filigrane, l'exigence d'équilibre des relations bilatérales, de reconnaissance mutuelle voire d'équivalence des normes trouvant à s'appliquer, mais aussi le respect du principe de non-discrimination. Ces deux dimensions, contractuelle au sens du droit privé et conventionnelle au sens du droit international, se juxtaposent ainsi dans la joint-venture souveraine pour qu'une notion la traverse de l'État hôte jusqu'à l'investisseur privé : la réciprocité. Or cette notion qui renvoie à celle d'équilibre ou de jeu à somme nulle entre deux parties se trouve rarement satisfaite au sein de l'Union. À cet égard, le constat du député européen et rapporteur de la commission du commerce international concernant la proposition de règlement sur le filtrage des investissements directs étrangers selon lequel « les investissements directs étrangers sortants de l'Union en Chine ne cessent de diminuer depuis 2012, tandis que les investissements chinois dans l'Union ont augmenté de manière exponentielle ces dernières années<sup>1208</sup> » éclaire sur les conséquences de l'absence de réciprocité entre deux entités souveraines dans le domaine des investissements étrangers. La politique libérale de l'Union tout comme la politique protectionniste de la Chine se révèlent par ces chiffres : « Dans l'UE, les investissements chinois ont ... augmenté de 77% en deux ans... La Chine vise des transferts de technologies. Elle impose à nos groupes de former des coentreprises sur son sol. Il n'y a pas de réciprocité dans notre relation d'investissement<sup>1209</sup>. » Le protectionnisme financier ne s'exerce donc pas uniquement par voie d'exception. Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser à l'histoire économique de

<sup>1207</sup> OLAVO Baptista Luis, DURAND-BARTHEZ Pascal, *Les joint-ventures dans le commerce international*, Bruylant, 2012, page 277.

<sup>1208</sup> WINKLER Luliu, Parlement européen, *Projet d'avis de la commission du commerce international à la commission des affaires étrangères sur l'état des relations entre l'Union européenne et la Chine (2017/2274(INI))*, 26 mars 2018, suggestion 3, page 3.

<sup>1209</sup> PROUST Franck, *Investissements étrangers en Europe : « Nos règles sont devenues obsolètes »*, Les Échos, 16 septembre 2017, page 7.

la Chine à partir de 1979<sup>1210</sup>. « Un dialogue peut s'instaurer sous la double exigence de la reconnaissance réciproque des valeurs spécifiques de l'autre et de la quête de ce qui leur est commun. Mais l'Occident doit accepter, pour ce faire, un certain « décentrement », car il a été tenté dans l'histoire d'ériger sa culture particulière, son double héritage grec et chrétien revisité par les lumières, en norme universelle. Cette attitude ne tient plus<sup>1211</sup>. » En effet, la transformation de la Chine communiste en ce qu'il est convenu d'appeler une économie socialiste de marché s'est notamment traduite par un phénomène de libéralisation relative doublement conditionné. Sur le plan externe d'abord, la Chine a eu accès aux marchés de pays tiers, dont ceux composant l'Union, d'abord à raison de ses faibles coûts de production en comparaison mondiale. La première condition de libéralisation, extrinsèque, était donc la mondialisation de l'économie, qui a largement profité au commerce extérieur la Chine ainsi que le démontre sa balance commerciale excédentaire. De plus, la prégnance de l'État, dont les prérogatives se confondent avec l'exercice exclusif du pouvoir par le parti communiste, s'est manifestée par le maintien de la planification stratégique de l'économie.

729. Sur le plan interne ensuite, la Chine a su maintenir pendant plusieurs décennies une vision stratégique à l'échelle d'un immense État dont une déclinaison réside dans sa politique industrielle. En particulier, la Chine a réussi, grâce à l'instrument juridique à géométrie variable que constitue la joint-venture, à préserver un droit de regard étatique prégnant sur l'établissement d'investisseurs étrangers – dont le dessein affiché est l'accès au marché chinois selon la logique de globalisation – sur son territoire : « la Chine, où réglementation spécifique de l'organisation des joint-ventures et contrôle des investissements étrangers sont étroitement liés. Mais cela s'applique aussi à beaucoup d'économies libérales ou qui se présentent comme telles<sup>1212</sup>. » Ce qui, une nouvelle fois, n'empêche en rien la vigueur des investissements directs étrangers sur le territoire chinois : “despite capital controls, China has increasingly received large amounts of capital inflows in recent years<sup>1213</sup>.” La seconde condition, intrinsèque, de la libéralisation de la Chine résultait cette fois de la manifestation de volonté de cet État de conserver la maîtrise de son avenir industriel en bénéficiant des apports de technologies, de savoir-faire et de capitaux des investisseurs étrangers à l'aide des joint-ventures. Sur un ton volontairement provocateur, on pourrait se poser la question de savoir si la Chine ne parviendrait pas, après une longue période sacrificielle d'économie socialiste de marché et avant l'Union, à l'objectif d'économie sociale de marché visé à l'article 3§3 TUE ?

#### b. Mise en œuvre de l'exception de réciprocité

730. En pratique, l'Union ne peut exiger la réciprocité sans contredire fondamentalement sa nature économique libérale. C'est la raison pour laquelle sa communication est orientée vers les conditions de concurrence faussées, voire rendues inégales par les pays tiers « partenaires », plutôt que vers l'application d'exceptions protectionnistes pour simplement établir – plutôt que rétablir – cette réciprocité. Serait-il envisageable de mettre en œuvre l'exception de réciprocité au même titre qu'est mise en œuvre l'exception d'inexécution en matière contractuelle<sup>1214</sup> ? La question se fait notamment jour à la lumière de la réaction de l'Union face au retrait unilatéral des États-Unis de l'accord international de désengagement

<sup>1210</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1979 sur les « joint-ventures utilisant des investissements chinois et étrangers », complétée par la loi du 13 avril 1988, elle-même réformée par une loi du 4 avril 1990.

<sup>1211</sup> MEYER Claude, *Le XXI<sup>ème</sup> siècle sera celui de la Chine*, Le Nouveau Magazine Littéraire, Octobre 2018, n°10, page 45.

<sup>1212</sup> OLAVO Baptista Luis, DURAND-BARTHEZ Pascal, op. cit., page 277.

<sup>1213</sup> European Central Bank, *Protectionist responses to Crisis, Global trends and implications*, occasional papers series, May 2010, n°110, page 20.

<sup>1214</sup> Article 1219 du code civil.

d'armement nucléaire passé avec l'Iran<sup>1215</sup>. En effet, on peut valablement s'interroger sur la légitimité d'effets largement préjudiciables à des entreprises établies dans un État membre exclusivement produits par la manifestation de volonté législative d'une entité souveraine en dehors de ses frontières. Que les États-Unis puissent qualifier puis appliquer des lois de police résultant de leur ordre public au sein de leurs frontières ne pose pas question en droit international. En revanche, qu'il en soit établi à l'égard de pays tiers en dehors de ses frontières relève de l'impérialisme et devrait être combattu avec la plus grande énergie.

731. C'est la raison pour laquelle d'une justice privée relative à des intérêts privés rencontrée dans l'exception d'inexécution on pourrait passer à une justice bilatérale fondée sur l'application du principe de réciprocité, relative à des intérêts publics. On pourrait qualifier ce type d'action de juste au sens d'exacte de sorte que la justesse du comportement devient une composante de la justice. Incarnée par ce parallélisme des comportements, l'exception de réciprocité mise en œuvre par l'État hôte membre de l'Union face à la politique industrielle de l'État dans lequel est établi l'investisseur étranger sera nécessairement proportionnée et équilibrée puisque correspondant à son exact reflet. Il en résulte toutefois deux difficultés. D'une part, cette mise en œuvre implique nécessairement que l'État hôte de l'Union qui la pratique accepte structurellement d'avoir un « coup de retard<sup>1216</sup> » sur l'État dans lequel est établi l'investisseur étranger. D'autre part, cette application stricte du principe de réciprocité peut faire dévier la politique industrielle propre de l'État hôte, plus précisément la dénaturer dans la mesure où l'on peut valablement considérer qu'elle ne peut être en tous points identique à celle d'un autre État, et *a fortiori* de plusieurs États lorsque, comme c'est le cas en pratique, les investisseurs étrangers sont issus de plusieurs pays tiers. En filigrane se dessine donc l'exigence de définition préalable d'une politique industrielle spécifique de l'État hôte installée dans le temps et combinée à l'application systématique du principe de réciprocité à l'égard des États tiers se manifestant par des modèles de joint-venture souveraine reflétant les exigences de ces États à l'égard des investisseurs de l'Union sur son territoire. Dans ces conditions, le Parlement européen n'aurait plus à déplorer<sup>1217</sup> que « le nombre de restrictions encore imposées aux entreprises européennes en Chine, en particulier dans les secteurs visés par le plan « Made in China 2025<sup>1218</sup> » ou encore « que l'accès au marché [de la Chine] soit de plus en plus subordonné à des transferts de technologies<sup>1219</sup> ».

732. Sommes-nous dès lors en présence de préférence nationale, de patriotisme économique, ou plus simplement d'un sens affirmé et assumé de l'État ? La question se pose évidemment de savoir dans quelle mesure l'Union pourrait démontrer cette vision stratégique à travers une politique industrielle duale, au service de l'ouverture vers de nouveaux marchés mais aussi de la préservation de la maîtrise de son développement au sein de l'Union. Il ne fait pas de doute que la condition d'ouverture est largement satisfaite alors que la condition de maîtrise de son destin industriel est quasiment imperceptible à l'échelle de l'Union comme à celle de ses État membres.

<sup>1215</sup> Joint Comprehensive Plan of Action, Vienna 14 July 2015; See also Presidential Memoranda Ceasing U.S. Participation in the JCPOA and Taking Additional Action to Counter Iran's Malign Influence and Deny Iran All Paths to a Nuclear Weapon, Foreign Policy, May 8, 2018; See also CHACHKO Elena, *Trump Withdraws from the Iran Nuclear Agreement: What Comes Next*, Lawfare, May 8, 2018.

<sup>1216</sup> Si l'on poursuit la métaphore du jeu d'échecs !

<sup>1217</sup> Dans le langage diplomatique de la résolution, on lira « *préoccupé* ».

<sup>1218</sup> WINKLER Luliu, op. cit., suggestion 8, page 3.

<sup>1219</sup> *Ibidem*, suggestion 9, page 3.

## 2. Les principes essentiels de la joint-venture souveraine

733. Les modalités de création, de fonctionnement puis de disparition d'une joint-venture dans le commerce international sont certes passionnantes en leur principe mais doivent être limitées à l'analyse de la joint-venture souveraine utile à la protection juridique *ex ante* de l'Union à l'égard des investissements directs étrangers dans la perspective de notre sujet d'étude. Ainsi, la description des traits et principes essentiels d'une telle joint-venture sera ici préférée à la recherche consensuelle d'une définition légale, jurisprudentielle ou doctrinale rendue difficile, sinon impossible, par le nombre de variantes et de systèmes juridiques pour les accueillir. On peut ainsi la représenter comme un ensemble de « techniques contractuelles<sup>1220</sup> » au service de la « mise en commun de moyens et de risques », caractérisé par un « égal accès à la prise des décisions » et un « objet limité ». Il reste le plus important : l'intérêt pour chaque partie d'accepter, voire d'imposer, lorsqu'il s'agit d'une joint-venture souveraine, une telle opération. Côté investisseur étranger, l'apport de moyens, qu'ils soient technologiques, financiers, voire plus rarement humains, de même que le partage – parfois déséquilibré à ses dépens – du risque, ne peut être acceptable que dans la mesure où il procure un avantage économique majeur et de long terme. On pense en premier lieu à l'accès à l'immense marché de l'Union rendu possible par l'établissement de l'investisseur étranger dans un de ses États membres par le truchement de la joint-venture souveraine. On pense en second lieu au partage de savoir-faire, en particulier technologique, entre investisseur étranger et État hôte dans le secteur en cause. On pense enfin à l'élargissement du partenariat entre État tiers dans lequel est établi l'investisseur étranger et État hôte au sein de l'Union.

Selon un plan chronologique, l'exception protectionniste à caractère financier se manifeste d'abord au sein de la joint-venture souveraine *ab initio*, au moment de l'établissement de l'investisseur étranger, par son processus de sélection (a). Une fois que l'investisseur étranger est établi au moyen de cette joint-venture souveraine, l'exception protectionniste se manifeste alors par un mécanisme de surveillance (b).

### a. La sélection de l'investisseur direct étranger

734. Le principe même de sélection d'un investisseur direct étranger peut constituer en tant que tel une discrimination à l'égard du pays tiers dans lequel cet investisseur est établi si l'on se fonde sur l'article 63 TFUE relatif à la liberté de circulation des capitaux qui trouve à s'appliquer *erga omnes*. En revanche, si l'on prend comme base juridique l'article 49 TFUE relatif à la liberté d'établissement, ce principe de sélection est parfaitement justifiable au regard du droit primaire. Il doit en conséquence s'opérer une distinction entre, d'une part, les investisseurs directs étrangers qui ont pour projet de s'établir dans un État membre de l'Union pour la première fois et, d'autre part, ceux qui y ont déjà un établissement. Dans ce dernier cas, seul l'exercice d'une surveillance paraît envisageable sur le plan juridique. Dans le premier cas, il est possible de « laisser le marché jouer un rôle accru...à l'exception de certains domaines stratégiques bien précis tels que la sécurité nationale, les infrastructures publiques ou la protection de l'environnement<sup>1221</sup> ». Revenant ensuite à sa raison d'être, on peut encore partager l'analyse selon laquelle « la sélection aura pour but de n'attirer ces investisseurs que s'ils apportent ce dont a besoin le pays hôte, c'est-à-dire essentiellement des contributions en capital ... et en technologie ..., mais aussi l'accès à des ressources ou à des marchés qui ne seraient pas disponibles autrement. La politique d'orientation visera naturellement à ce que les investissements ainsi sélectionnés contribuent à la croissance générale du pays et, plus

<sup>1220</sup> OLAVO Baptista Luiz, DURAND-BARTHEZ Pascal, op. cit., page 385.

<sup>1221</sup> *Ibidem*, page 268.



particulièrement, à améliorer la situation de l'emploi ..., la balance commerciale et la balance en devises...ainsi que l'utilisation des ressources nationales<sup>1222</sup>». Nul besoin de rajouter quelque élément pour se convaincre du bien-fondé de la sélection de l'investisseur direct étranger à travers une joint-venture souveraine éminemment protectrice de l'intérêt de l'Union dans toutes ses dimensions sociale, économique, industrielle et environnementale. Pour autant, cette démarche de sélection ainsi pratiquée est celle de la Chine. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure cette approche téléologique de la sélection de l'investisseur étranger largement pratiquée par la Chine pourrait être appliquée à l'Union. Sur le plan éthique, elle le devrait afin de satisfaire les objectifs fixés à l'article 3 TUE. Sur le plan juridique, l'exigence de réciprocité, en particulier à l'égard de la Chine, pourrait utilement servir de fondement en termes de principe, appuyée en droit primaire par une sélection rendue possible à raison de la régulation du droit d'établissement des pays tiers de l'article 49 TFUE.

#### b. La surveillance de l'investisseur direct étranger

735. Une fois la joint-venture souveraine en fonctionnement, l'État hôte peut encore exercer sa surveillance sur l'investisseur direct étranger en ayant à l'esprit que « la présence d'un partenaire doté de prérogatives de puissance publique affecte gravement l'équilibre d'une institution paritaire par nature...son rôle de promoteur du bien commun lui confère une position privilégiée, altérant de façon variable le principe de l'égalité contractuelle (en droit administratif français, ce sont les prérogatives de puissance publique, contrepartie du service public)<sup>1223</sup> ». En pratique, à la manière de ce que l'on peut rencontrer en droit de la concurrence, la sélection de l'investisseur direct étranger aura pu être conditionnée à des engagements à la fois fermes et différés selon un plan d'actions d'investissements. Ce plan devrait donc faire l'objet d'un suivi de la part de la Commission afin de s'assurer de son respect et par conséquent de la valeur ajoutée européenne apportée de ce fait. Si tel n'était pas le cas, alors il pourrait en résulter un certain nombre d'entraves administrative, technique ou capitalistique exercées par la Commission à raison de la violation des engagements de l'investisseur direct étranger : « L'État utilise ici des procédés du droit commun des relations contractuelles auxquels ses objectifs propres et les prérogatives qui en sont la contrepartie apportent des exceptions<sup>1224</sup> ».
736. La surveillance pourra ainsi se transformer en réaffirmation d'une exigence souveraine par voie d'injonction. À défaut de modification de comportement ou de structure de l'investisseur direct étranger dans le sens indiqué, cette injonction évoluerait alors en sanction dont on peut valablement penser qu'elle prendra la forme d'amende ayant pour objet de réparer par équivalent le dommage causé à l'Union par cette violation des engagements.
737. Ce paragraphe nous informe donc que la protection juridique *ex ante* à l'égard des investissements directs étrangers peut s'exercer par autorisation préalable de l'entité souveraine au niveau de l'État membre en droit positif ou à l'échelle de l'Union en droit prospectif. Ceci sans que cela ne produise d'effets convaincants du fait de la dispersion des États membres sur la question. De façon plus énergique et inattendue dans un droit de l'Union de constitution économique libérale, la joint-venture souveraine est au capital ce que le contrat offset est à la technologie : un formidable outil juridique de transfert de valeur ajoutée au profit de l'État hôte. Cet abandon par les entreprises étrangères de leurs actifs incorporels, qu'il soit direct par le contrat offset ou indirect par la joint-venture, sous forme de propriété collective subie qui sied parfaitement à la politique industrielle de l'entité souveraine qui l'applique, ne pourrait exister qu'en raison de l'enjeu économique

<sup>1222</sup> *Ibidem*, page 277.

<sup>1223</sup> *Ibidem*, page 241.

<sup>1224</sup> *Ibidem*, page 245.

que représente le marché de l'Union. En effet, les sociétés transnationales, par nature expansionnistes, sont vouées à trouver de nouveaux marchés pour se développer. Dès lors, l'Union disposant d'un marché considérable, son pouvoir de négociation objectif devrait l'être tout autant. De sorte qu'elle doit être en mesure d'imposer des contraintes d'établissement et d'investissement conformes aux objectifs qu'elle poursuit dans le cadre de sa planification stratégique actuellement exprimée de manière peu ambitieuse sous la forme du cadre financier pluriannuel visé à l'article 312 TFUE. Ces objectifs sont nécessairement conformes à l'intérêt de l'Union. Ces contraintes d'établissement et d'investissement relèveraient de l'exercice de la puissance publique, au propre comme au figuré, manifestation d'une souveraineté économique sans équivalent pour l'Union. L'efficacité industrielle à long terme du recours à un tel protectionnisme financier par exception relevant du droit d'établissement est patente à la lumière de ce que la Chine a pu démontrer par les faits, en exerçant quant à elle un protectionnisme financier à titre principal. Ainsi, alors que dans les années 2000, le *reverse engineering*<sup>1225</sup> permettait tout juste à la Chine de produire des véhicules automobiles fidèlement, voire servilement inspirés de certains modèles américains ou européens, en 2017, elle est capable de produire des avions long courrier<sup>1226</sup> en autonomie complète. De même, les secteurs d'avenir tels que les énergies renouvelables ou les *pure player* de l'internet voient émerger depuis la Chine des leaders mondiaux<sup>1227</sup> que l'Union a bien du mal à concurrencer. Fort heureusement, la joint-venture comme le mécanisme d'autorisation préalable ne constituent pas les seuls instruments juridiques d'exercice d'une influence souveraine dans la gouvernance des entreprises considérées comme stratégiques. Ce sera tout l'objet de ce second paragraphe.

## §2 : L'influence souveraine dans la gouvernance d'entreprises stratégiques

738. Une fois cette stratégie délibérée en matière de contrôle des investissements directs étrangers mise en œuvre *ex ante* à l'échelle de l'Union, que faire de l'existant, autrement dit de l'influence actuelle d'investisseurs étrangers dans les entreprises de l'Union opérant dans des domaines d'activité considérés comme stratégiques ? La question de l'influence souveraine de l'Union dans la gouvernance d'entreprises stratégiques se fait jour avec à l'esprit des écueils comparables à ceux étudiés lors du précédent paragraphe sur le plan des sources du droit comme de leur portée. Ainsi, le droit de l'État membre, qu'il s'agisse du droit des sociétés ou même du droit relatif à la régulation des offres publiques d'achat, conserve une forte autonomie nationale et se présente ainsi sous une forme plus ou moins interventionniste selon son degré de respect de la constitution économique libérale issue du droit primaire. Pour cette raison résultant de l'absence de transfert de compétence exclusive à l'Union en matière de politique industrielle, les bases juridiques qui permettraient le contrôle des investissements directs étrangers réalisés en vue d'une protection juridique dans l'intérêt et à l'échelle de l'Union relèvent une nouvelle fois de la liberté de circulation des capitaux et du droit d'établissement, ce dernier constituant la base juridique de la directive n°2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition<sup>1228</sup>. Au niveau des États membres, l'institution d'une législation à géométrie variable sur la *golden share* interroge tout autant sur la capacité d'exercer une influence souveraine dans la gouvernance des entreprises stratégiques.

<sup>1225</sup> Procédé qui consiste, à partir d'un produit fini, d'en déterminer le processus de fabrication après l'avoir intégralement démonté et analysé.

<sup>1226</sup> SCHAEFFER Frédéric, *Le premier concurrent made in China d'Airbus et Boeing paré au décollage*, Les Échos, 5 et 6 mai 2017, page 18.

<sup>1227</sup> ARTUS Patrick, *Pékin cale son essor sur les secteurs d'avenir*, Challenges n°543, 23 novembre 2017, page 45.

<sup>1228</sup> JOUE du 30 avril 2004, L142/12.

C'est la raison pour laquelle, dans ce contexte de juxtaposition tant des compétences que des sources du droit, la question peut alors se poser de savoir si le principe fondamental représenté par la locution latine *specialia generalibus derogant* pourrait servir la protection juridique de l'intérêt de l'Union par la mise en œuvre d'une forme de droit souverain des sociétés qu'il convient de rechercher (A). *A contrario*, on peut s'interroger sur l'efficacité de la protection de l'actionnaire souverain par application du droit commun des sociétés (B).

#### A. La recherche d'un droit souverain des sociétés

739. La simple évocation d'un droit souverain des sociétés apparaît d'abord comme un oxymore. En effet, comment concilier des typologies d'intérêts – public d'un côté et privés de l'autre – qui, par nature, ne s'exercent pas au même niveau ? La recherche d'un droit souverain des sociétés pourrait même apparaître comme une incongruité du seul fait de l'idée d'une ingérence de l'État, donc de l'ordre public, dans le véhicule génétiquement civil à phénotype fréquemment commercial que représente la société, nœud d'intérêts privés. Dans un tel contexte, la recherche d'un droit souverain des sociétés relève de la gageure. Pour autant, l'influence souveraine peut trouver à s'appliquer, dans des circonstances particulières et par exception à la doctrine libérale majoritaire, y compris dans le droit des sociétés porté par la liberté contractuelle et la liberté d'établissement. Il sera ainsi démontré que les manifestations juridiques d'un droit souverain des sociétés dans lequel l'intérêt public primerait les intérêts catégoriels des détenteurs privés du capital sont de deux ordres.

D'une manière assez large, on peut en premier lieu observer l'influence souveraine des États membres de l'Union dans le droit des sociétés à la faveur de la transposition de la directive sur les offres publiques d'acquisition du 21 avril 2014, dite directive « OPA » (1). De manière beaucoup plus restrictive, on constate par ailleurs l'influence souveraine dans la gouvernance d'entreprises considérées comme stratégiques par la golden share (2).

##### 1. L'influence souveraine dans la directive OPA

740. Avant de traiter l'exception protectionniste à caractère financier consistant en la mise en œuvre, à l'échelle de certains États membres, de législations anti-OPA, il convient d'évoquer en son principe la législation susceptible de la fonder. Ainsi, la directive « OPA » n°2004/25/CE du 21 avril 2004 « restreint très notablement la liberté contractuelle sur les marchés de capitaux en ce qui concerne les opérations liées ... à la prise de contrôle d'une société particulière. Au-delà d'une certaine limite, ...il faut acheter tout ou rien (ou tout au moins offrir de tout acheter).<sup>1229</sup> » On observe ainsi que cette directive « OPA » peut s'avérer restrictive de liberté à double titre.

D'une part, à titre principal, elle a nécessairement pour effet la restriction de la liberté contractuelle des actionnaires afin de protéger l'intérêt des minoritaires (a). D'autre part, à titre d'exception, la directive peut avoir pour effet la restriction de la liberté d'établissement par l'institution de législations anti-OPA au niveau des États membres, se mettant ainsi au service de l'intérêt majoritaire de l'Union (b).

<sup>1229</sup> TORRENT Ramon, *Pourquoi un revirement de la jurisprudence « golden share » de la CJUE est-il indispensable ?* in *A Man for All Treaties, Liber Amicorum* PIRIS Jean-Claude, Bruylant, page 547.

## a. La restriction de la liberté contractuelle au nom de l'intérêt des minoritaires

741. Affirmer d'un actionnaire minoritaire qu'il est « prisonnier de ses titres » relève du truisme. Cette assertion largement vérifiée dans le cadre des sociétés comptant parmi les petites et moyennes entreprises<sup>1230</sup> et à laquelle il peut être remédié par la conclusion d'un pacte d'actionnaires l'est beaucoup moins lorsqu'il est question de sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

En effet, dans une telle situation, le principe de liberté contractuelle d'ordre individuel va être supplanté par un principe de transparence financière du marché d'ordre collectif. On doit à ce titre rappeler que la liberté contractuelle est éminemment relative et trouve nécessairement sa limite dans les règles d'ordre public, ainsi que le prévoit en particulier l'article 1102 du code civil en droit français. En considération de ces observations, on comprend mieux l'influence souveraine de la directive OPA sur les détenteurs du capital qui peut donc aller jusqu'à la restriction de leur liberté contractuelle, en particulier de vendre ou de ne pas vendre leurs titres. Ainsi, à la manière du régime des *class action* présent outre-Atlantique, les actionnaires minoritaires de la société cible d'une offre publique d'acquisition peuvent se retrouver intégrés, sans leur consentement exprès, dans une masse dont les titres seront offerts au rachat de manière obligatoire à raison de cette directive OPA ou plus précisément de sa transposition dans le droit de l'État membre en cause. L'intervention législative souveraine restreint ici la liberté individuelle de contracter au profit d'une protection collective de l'intérêt des actionnaires minoritaires qui, sans cette réglementation d'ordre public économique, tomberaient probablement dans le schéma de l'actionnaire prisonnier de ses titres. L'influence souveraine de l'Union et de ses États membres sur la liberté de négocier les actions d'une société dont les titres sont négociés sur un marché réglementé trouve donc à s'appliquer à titre principal par le truchement de la directive OPA. La question peut dès lors également se poser à titre d'exception, dans le cadre de législations anti-OPA visant à protéger certaines sociétés cibles d'investisseurs étrangers.

## b. La restriction de la liberté d'établissement au service de l'intérêt majoritaire

742. Alors que la directive OPA a pour objet principal de prévoir les conditions dans lesquelles les droits financiers des actionnaires minoritaires de sociétés cibles peuvent être préservés, en particulier par la restriction du principe de liberté contractuelle, est-il possible d'imaginer à l'autre extrémité que l'auteur de l'OPA soit limité dans son action par le jeu de cette directive ? Dans l'arrêt *Commission c/ Portugal* du 4 juin 2002, le juge de l'Union écrit notamment que les « restrictions à la liberté d'établissement ... sont la conséquence directe des obstacles à la libre circulation des capitaux examinés ci-dessus, dont elles sont indissociables<sup>1231</sup>. » Or, ainsi que le précise justement Ramon Torrent, « la logique du droit d'établissement est, nécessairement, complètement différente de celle des autres quatre libertés... En ce qui concerne les biens, les services, les capitaux et les travailleurs de chaque État, ... aucun acte juridique d'entrée dans le marché national n'est requis. En revanche, tel est l'objet de la réglementation du droit d'établissement<sup>1232</sup>. » Dans ces conditions, étant rappelé que la directive n°2004/25/CE du 21 avril 2004 a pour base juridique la liberté d'établissement visée à l'article 49 TFUE<sup>1233</sup>, cette directive serait-elle en mesure de permettre le maintien voire le développement de dispositifs anti-OPA, à titre d'exception par hypothèse ?

<sup>1230</sup> Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises [notifiée sous le numéro C(2003) 1422] (JO L 124 du 20.5.2003, pages 36 à 41).

<sup>1231</sup> Arrêt du 4 juin 2002, *Commission C/République portugaise*, Affaire C-367/98, Rec. P. I-04731, point 56.

<sup>1232</sup> TORRENT Ramon, op. cit., page 549.

<sup>1233</sup> Article 43 TCE dans la directive OPA datant de 2002.

On peut le penser en première approche, ainsi que peut l'affirmer Viviane de Beaufort : « la directive sur les OPA de 2004, sur la question spécifique des dispositifs anti-OPA, a eu une portée limitée permettant aux États d'adopter des systèmes assez divers et créant des règles de marché à géométrie variable...un article 12 ... donne la faculté aux États membres de déroger aux articles 9 et 11, neutralisant le texte ; d'autant qu'une réserve optionnelle dite de « réciprocité » a été ajoutée<sup>1234</sup> ». La restriction de la liberté d'établissement se fondant de façon cohérente sur l'article 49 TFUE visé par la directive OPA serait ainsi au service de l'intérêt majoritaire : celui de l'Union, ceci afin d'éviter la situation résultant du fait que « le contrôle est souvent entre les mains ... d'une minorité d'actionnaires du fait de l'existence de plusieurs catégories d'actions assorties de droits de vote différenciés (limitation générale du droit de vote de certains actionnaires, droit de contrôle spécial, attribué aux détenteurs d'une catégorie de titres donnée (actions spécifiques ou golden shares) ou au CA, conventions de vote (ou voting trusts), structures pyramidales, participations circulaires et croisées<sup>1235</sup>) ». Cela revient finalement à la question lancinante – cette fois déclinée dans son aspect financier – de la conciliation du principe de liberté contractuelle d'ordre privé avec le principe de souveraineté d'ordre public. En particulier, les vertus intrinsèques du pacte d'actionnaires que sont la confidentialité donc l'absence totale de transparence de même que l'inopposabilité aux tiers donc aux citoyens sont-elles seulement compatibles avec la conception démocratique du fonctionnement de l'Union ? En plus d'être comparée entre les États membres et les pays tiers, la réglementation sur le contrôle des investissements étrangers a parfois fait l'objet d'une analyse comparée au regard du contrôle des concentrations<sup>1236</sup>. L'intérêt d'une telle comparaison, à la lumière de l'exception protectionniste à caractère financier dont on a pu observer qu'elle était strictement contrôlée par le juge européen sur le fondement alternatif d'une possible contrariété à la liberté d'établissement ou à la liberté de circulation des capitaux, réside dans le niveau pertinent d'efficacité potentiel du contrôle des investissements étrangers. En effet, à l'instar du contrôle des concentrations, le contrôle des investissements directs étrangers n'a de sens et d'efficacité qu'à l'échelle de l'Union dans la perspective de la protection de la politique industrielle selon une démarche prospective. Ici encore, la condition de seuil de signification relevant d'une règle *de minimis* combinée à la nécessité d'effets actuels ou potentiels à l'égard de plusieurs États membres apparaît utile en tant que critères d'exercice d'un contrôle des investissements directs étrangers proportionné. De l'autre côté, la protection de la concurrence à laquelle pourvoit le contrôle des concentrations ne renvoie-t-elle pas à la protection des intérêts privés, en particulier des entreprises ? De manière plus précise, le contrôle des concentrations et la régulation de la concurrence relèvent de la protection des intérêts économiques au sein de l'Union qui constituent la colonne vertébrale du droit primaire à vocation libérale.

Ceci alors que la protection de l'intérêt général serait assurée par le contrôle des investissements étrangers. Il en résulte une forme d'antagonisme qui pourrait effectivement aboutir à des décisions contradictoires pour une même opération d'investissement. Enfin, l'exception protectionniste liée à un contrôle des investissements directs étrangers diffère dans son champ de justification de celui du contrôle des concentrations, quant à lui plus large : « Les interventions des ministres au titre du contrôle des concentrations sont *a priori* des mesures indistinctement applicables et devraient pouvoir être justifiées par des "exigences impérieuses d'intérêt général" ».

---

<sup>1234</sup> De Beaufort Viviane, Approche comparée des dispositifs anti-OPA en Europe à la lumière de la directive sur les OPA, Research Center ESSEC Working Paper 1508, 2015.

<sup>1235</sup> *Ibidem*.

<sup>1236</sup> IDOT Laurence, *Contrôle des concentrations et contrôles des investissements étrangers : réflexions de juriste*, Concurrences, N°2-2015, pages 54 à 66.

En revanche, les réglementations en matière de contrôle des investissements étrangers ne devraient pouvoir être justifiées que par les exceptions prévues par le traité, c'est-à-dire l'exception d'ordre public et de sécurité publique, quelle que soit la composante applicable du principe de libre circulation<sup>1237</sup>. »

743. Une forme de droit souverain des sociétés cotées peut donc émerger de la directive OPA et de ses transpositions en droit national. À titre principal, le législateur va paradoxalement contrarier les droits des actionnaires minoritaires afin de les intégrer dans l'offre publique d'acquisition au même titre que les majoritaires dans le cadre d'une cession imposée. À titre d'exception, les législations anti-OPA de certains États membres peuvent restreindre la liberté d'établissement des investisseurs étrangers directs qui agiraient par voie d'OPA sur une société cible qui serait considérée par l'entité souveraine comme stratégique.

## 2. L'écueil de la golden share

744. Nous avons vu que l'exception protectionniste à caractère financier pouvait s'exercer de manière ponctuelle à l'occasion du recours aux dispositions législatives et réglementaires spéciales anti-OPA dans le cadre d'une offre jugée inamicale émanant d'un investisseur établi dans un pays tiers. Lorsque l'investisseur en cause exerce déjà une influence sur l'entreprise considérée comme stratégique, l'entité souveraine peut encore disposer d'un instrument juridique qui lui est propre : la golden share. Cette bien nommée « action spécifique » en droit français constitue la manifestation juridique de l'exercice de l'influence souveraine dans la gouvernance des entreprises qui en détiennent dans leur capital. Action représentative d'avantages exorbitants du droit commun des sociétés, la golden share se révèle finalement comme un écueil en matière d'exception protectionniste à caractère financier.

Écueil quant à son origine en droit français dans la mesure où la golden share résulte du mouvement de privatisations, à rebours de l'objectif de régulation souveraine du libre-échange contenu dans l'exception protectionniste (a). Écueil sur le plan quantitatif ensuite, puisque la présence de l'action spécifique au capital d'une société représente l'exception dans l'exception (b).

### a. La privatisation à l'origine de la golden share en droit français

745. Manifestation juridique de l'existence d'un droit souverain des sociétés, la golden share a déjà été largement étudiée<sup>1238</sup>. En particulier, le plaidoyer de Jérémy HOUET pour un cadre autonome du contrôle des investissements directs étrangers à l'échelle de l'Union renvoie à l'idée de développer une golden share à l'échelle de l'Union. Cette idée apparaît fondée en son principe par le niveau pertinent de protection de l'intérêt de l'Union qu'elle permettrait, en particulier lorsqu'il est question de fusions transfrontalières intra-européennes susceptibles de pourvoir au développement de champions européens. Pour autant, il n'est pas sûr que l'élaboration d'une golden share à l'échelle de l'Union gomme les défauts qui en constituent déjà un écueil à l'échelle d'un État membre. En effet, si l'on s'intéresse à sa seule genèse sur le plan contextuel, on observe, en prenant l'exemple de la

<sup>1237</sup> *Ibidem*, page 65.

<sup>1238</sup> HOUET Jérémy, *Les golden shares en droit de l'Union européenne*, Thèse, Larcier, 2015, 450 pages. TORRENT Ramon, Pourquoi un revirement de la jurisprudence « golden share » de la CJUE est-il indispensable ? in *A Man for All Treaties*, op.cit., pages 539 à 564. SIMEN Martial, La nécessaire origine étatique des dispositifs de contrôle des investissements étrangers : une problématique propre aux actions spécifiques in *Le patriotisme économique à l'épreuve du droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, droit, Université de La Rochelle, 2014, pages 37 s.

France, que la mise en place d'une réglementation relative à l'institution d'actions spécifiques – ainsi nommées en droit français – dans certaines entreprises est concomitante à ce qu'il est convenu d'appeler une vague de privatisations. Autrement dit, l'accès à la vie juridique de la golden share ou action spécifique a pour fait générateur le désengagement de l'État dans le capital de sociétés dont il était l'actionnaire majoritaire auparavant. Ainsi, en 1986, sous la présidence de François Mitterrand ayant alors comme premier ministre Jacques Chirac en cette période de cohabitation, la loi n°86-912 du 6 août 1986 modifiée relative aux modalités des privatisations a permis par son article 10 d'instituer une action spécifique de l'État dans une société privatisée. Ce fut ainsi le cas par voie d'arrêté du ministre de « l'économie, des finances et de la privatisation » pour les sociétés Elf-Aquitaine<sup>1239</sup>, Bull<sup>1240</sup>, Havas<sup>1241</sup> ou encore Matra<sup>1242</sup>. Il en fut de même à partir de 1997 pour les sociétés Thomson-CSF<sup>1243</sup>, Aérospatiale<sup>1244</sup>, ou encore SNPE Matériaux énergétiques<sup>1245</sup>. En particulier, l'action spécifique de Thomson-CSF, toujours en place en 2018, est visée dans les statuts de la société désormais dénommée THALES en son article 6 ainsi que dans le document de référence<sup>1246</sup> au sein de la partie consacrée à la composition du capital social et de l'actionnariat. La répétition de la séquence privatisation – institution d'actions spécifiques – à plusieurs décennies d'intervalle permet de fonder une approche plus structurelle que conjoncturelle.

746. Ainsi, en 2018, le schéma fait émerger une contradiction flagrante entre la volonté de désengagement de l'État par les privatisations<sup>1247</sup> et le souhait de conserver un contrôle souverain<sup>1248</sup> qui serait justifié par l'ordre public ou la sécurité nationale dans les entreprises ainsi privatisées. Autrement dit la golden share représente plus un succédané de souveraineté à l'état résiduel qu'un maintien effectif de l'État dans la gouvernance en tant que guide de l'intérêt public à défaut d'être général. Toutefois, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a apporté quelques améliorations à l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, qui précise notamment le régime applicable de la golden share en 2018. Il est ainsi prévu à l'article 21-1 nouvellement créé que « toute opération de cession par l'État au secteur privé conduisant à transférer la majorité du capital d'une société s'accompagne des garanties nécessaires à la préservation des intérêts essentiels de la Nation dans les domaines concernés<sup>1249</sup>. » De manière encore plus explicite, l'article 31-1 de l'ordonnance nous informe que l'action spécifique peut pourvoir à cette protection des intérêts essentiels de l'État. En droit

<sup>1239</sup> Arrêté du 15 septembre 1986 instituant une action spécifique de l'État dans la société nationale Elf-Aquitaine, JO du 16 septembre 1986, page 1163.

<sup>1240</sup> Arrêté du 3 mars 1987 instituant une action spécifique de l'État dans la Compagnie des machines Bull, JORF du 5 mars 1987, page 2465.

<sup>1241</sup> Arrêté du 30 mars 1987 instituant une action spécifique de l'État dans l'Agence Havas, JORF du 2 avril 1987, page 3664.

<sup>1242</sup> Arrêté du 8 septembre 1987 instituant une action spécifique de l'État dans la société Matra, JORF du 10 septembre 1987, page 10500.

<sup>1243</sup> Décret n°97-190 du 4 mars 1997, JO du 5 mars 1997, page 3484.

<sup>1244</sup> Décret n° 99-97 du 15 février 1999 instituant une action spécifique de l'État au capital de la société Aérospatiale, société nationale industrielle, JO du 16 février 1999, page 2428.

<sup>1245</sup> Décret n° 2011-268 du 14 mars 2011 instituant une action spécifique de l'État au capital de SNPE Matériaux Énergétiques, JORF du 15 mars 2011, page 4674.

<sup>1246</sup> THALES, *Document de référence 2016 incluant le rapport financier annuel*, point 4.3.3.3.5, Action spécifique détenue par l'État français, page 169.

<sup>1247</sup> Pour un exposé du mécanisme juridique de privatisation en France, voir *La commission des participations et des transferts et les privatisations en France*, Commission des participations et des transferts, CPT-DA-CPTXPO2016, Mars 2016, pages 3 à 9, voir également *Comment l'exécutif prépare les privatisations*, Les Échos, 18 décembre 2017, page 4.

<sup>1248</sup> FEUERSTEIN Ingrid, *Vers un renforcement des « golden shares »*, Les Échos, 17 février 2018, page 2.

<sup>1249</sup> Article 21-1 de l'ordonnance, créé par la loi n°2015-990 du 6 août 2015, article 180.

français, la golden share peut donc être caractérisée de deux manières. Le premier caractère intéresse l'exception protectionniste en tant que telle dans la mesure où la création de l'action spécifique résulte toujours d'une action unilatérale de l'État. De surcroît, cette action souveraine procède d'une volonté affirmée de protection des intérêts essentiels de l'État français. Enfin, le mécanisme d'autorisation préalable voire le droit d'opposition à la cession d'actifs de l'entreprise en cause constituent des entraves objectives à la libre circulation des capitaux ainsi qu'à la liberté d'établissement. Dès lors, la réunion de tous ces critères permet de qualifier l'action spécifique d'exception protectionniste à l'échelle d'un État membre de l'Union. Le second caractère de l'action spécifique repose sur sa réversibilité en action ordinaire. L'action spécifique détenue par l'État au capital de Nexter Systems SA résultant du décret n°2015-1586 du 4 décembre 2015<sup>1250</sup> a ainsi été mise en œuvre sous l'empire des dispositions modificatives de la loi n°2015-990 du 6 août 2015.

747. Il existe donc bien une exception protectionniste manifestée par la réglementation de certains États membres offrant la faculté de conversion par l'entité souveraine actionnaire d'une action ordinaire en golden share. Pour autant, ainsi que l'on peut l'observer en France, cette exception au sens juridique de moyen de défense des intérêts essentiels de l'État membre vient se combiner à une exception au sens statistique qui en réduit considérablement la portée.

#### b. L'exception dans l'exception

748. Certes, la golden share revêt la qualification d'exception protectionniste à l'échelle d'un État membre. Pour autant, elle ne joue pas en pratique un rôle effectif de régulation du libre-échange dans la mesure où cette action spécifique n'est par exemple détenue par l'État français que dans trois sociétés en 2018 : Engie, Thalès et Nexter Systems SA. Si l'on élargit brièvement le champ de l'analyse à l'ensemble de l'Union, deux observations viennent confirmer l'hypothèse selon laquelle la golden share représente une exception dans le champ même de l'exception protectionniste. D'une part, cette golden share n'a pas d'existence juridique ou n'est pas appliquée dans tous les États membres. D'autre part, la golden share présente une hétérogénéité de régime au sein des États membres de l'Union. On pourrait ainsi penser que les exigences liées à la golden share sont d'autant plus élevées que l'État membre en cause présente une appétence à l'intervention souveraine dans le but de protéger ses intérêts essentiels. *A contrario*, on constaterait donc l'absence pure et simple de législation sur la golden share dans un État membre partisan de l'absence totale de restriction aux libertés de circulation. L'impact potentiel de la golden share s'avère donc mathématiquement plus que marginal : il est infinitésimal. De sorte que la mise en œuvre de l'action spécifique par l'État membre ne satisfait pas réellement l'objectif de protection de ses intérêts essentiels pour laquelle elle a été conçue, sauf à en déduire que la stratégie de sécurité et de défense industrielle de la France se limiterait à trois entreprises, ce dont on peut valablement douter. On en déduit plutôt un sous-emploi significatif de l'action spécifique conformément à sa raison d'être. Ainsi, il serait parfaitement imaginable de convertir une action ordinaire détenue par l'État en action spécifique dans des domaines répondant à l'objectif de protection des intérêts essentiels de l'État en cause ainsi qu'ils sont listés à l'article R153-2 du code monétaire et financier. On peut notamment penser à l'approvisionnement en eau, aux infrastructures essentielles liées aux transports et aux télécommunications. Il ne fait pas de doute que ces secteurs d'activité relèvent de l'intérêt général et méritent à ce titre que l'actionnaire souverain puisse exercer une influence spécifique dans ce type d'entreprises.

---

<sup>1250</sup> JORF n°0283 du 6 décembre 2015, Texte n°3.



749. La golden share joue donc plus un rôle symbolique que réellement efficace en tant qu'exception protectionniste. D'abord par le fait qu'elle ne trouve à s'appliquer qu'à l'échelle de certains États membres dont les législations en la matière présentent par ailleurs de grandes disparités selon leur degré de libéralisme. Ensuite par le recours nettement insuffisant à l'action spécifique à la lumière de son objectif de protection des intérêts essentiels de l'État en cause. C'est la raison pour laquelle – une fois n'est pas coutume – la règle spéciale de la golden share pourrait être délaissée au profit de la règle générale du droit des sociétés dans le but d'assurer une protection plus effective des intérêts stratégiques au sein de l'Union.

#### B. L'actionnaire souverain à l'épreuve du droit commun des sociétés

750. L'exercice d'une influence souveraine dans la gouvernance d'entreprises considérées comme stratégiques par des règles spéciales ayant démontré une efficacité relative dans la protection de l'intérêt de l'Union, la question se pose maintenant de savoir si le recours au droit commun des sociétés ne pourrait pas tout autant – sinon plus – pourvoir aux intérêts de l'actionnaire souverain de manière efficace. Cette proposition revient à se poser la question de savoir si l'entité souveraine mérite un traitement différencié pour permettre l'exercice d'une influence qui ne relève pas de ses prérogatives de puissance publique mais plutôt de sa politique industrielle. Ainsi, la liberté contractuelle inhérente au droit des sociétés, qu'il s'agisse des statuts ou encore plus des pactes d'actionnaires, suffirait-elle à contribuer à la stratégie de l'entité souveraine de manière satisfaisante ?
751. Pour répondre à cette problématique, on observera en premier lieu que l'utilisation par l'actionnaire souverain du droit commun des sociétés afin de satisfaire la protection de l'intérêt public présente d'abord l'avantage indéniable d'une présomption de compatibilité avec le droit de l'Union (1). Pour autant, et en pratique, on ne peut que constater l'insuffisance de protection juridique que peut apporter le pacte d'actionnaires, y compris à participation souveraine (2).

##### 1. La présomption de compatibilité avec le droit de l'Union

752. À la grande différence d'un droit souverain des sociétés dont nous avons pu faire émerger les limites tant conceptuelles que matérielles, au premier rang desquels le risque de contrariété avec le droit de l'Union, le droit commun des sociétés apporte une grande sécurité juridique pour l'actionnaire souverain. Ainsi, être assujéti au droit commun des sociétés à l'instar de tout détenteur privé du capital procure le bénéfice d'une présomption de compatibilité avec le droit de l'Union, en particulier au regard de sa conformité avec l'article 49 TFUE : « L'harmonisation du droit des sociétés vise à favoriser la réalisation de la liberté d'établissement (titre IV, chapitre 2, du traité FUE) et à mettre en œuvre le droit fondamental prévu par l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la liberté d'entreprise, dans les limites de l'article 17 de la charte (droit de propriété)<sup>1251</sup> ». La question se pose néanmoins de savoir si cette sécurité juridique permet d'assurer la protection de l'intérêt souverain en cause par les mécanismes du droit commun des sociétés. Dans cette perspective, il sera intéressant de confronter sécurité et liberté de l'entité souveraine au niveau du pacte d'actionnaires (a). Il s'agira ensuite de déterminer dans quelle mesure le droit commun des sociétés appliqué à l'actionnaire souverain ne peut en principe pas présenter de contrariété à l'ordre public (b).

<sup>1251</sup> Bux Udo, Parlement européen, *Fiches techniques, Le droit des sociétés*, 2018, page 1.

## a. La sécurité et la liberté du pacte d'actionnaires

753. L'actionnaire souverain peut-il être sécurisé par le truchement du pacte d'actionnaires autant que l'investisseur étranger le serait par un traité bilatéral d'investissement ? Il convient ici de comprendre la sécurité juridique au sens de prévisibilité juridique du fonctionnement contractuel du pacte d'actionnaires à participation souveraine. En premier lieu, la prévisibilité juridique repose sur le fait que l'actionnaire souverain va pouvoir bénéficier de tous les éléments habituels constitutifs du pacte d'actionnaires qu'il n'est pas ici question de détailler, relevant de la stricte application du principe de liberté contractuelle énoncé notamment au visa de l'article 1102 du code civil dans sa version modifiée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 complétée par sa loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018. De plus, l'actionnaire souverain dispose du pouvoir d'agir sur la législation applicable à la manière d'une condition potestative, dont la réalisation dépend exclusivement de sa volonté. Néanmoins, la condition potestative étant réputée non écrite en raison de la rupture d'égalité qu'elle crée dans l'exécution des obligations des parties contractantes, qu'en est-il lorsqu'il est question de pouvoir législatif ? Il nous semble contraire à l'ordre public de prévoir dans un pacte d'actionnaires l'impossibilité pour l'entité souveraine d'exercer son pouvoir législatif, donc de modifier la législation, y compris de manière sélective. En effet, cette stipulation contractuelle, si elle devait être insérée dans un pacte d'actionnaires, constituerait une limitation, certes volontaire, de souveraineté au profit d'une partie privée. Elle se situerait donc à l'exact opposé du transfert de compétences expressément consenti par les États membres à une entité supranationale, l'Union, au nom d'un intérêt général et supérieur. En second lieu, le principe de sécurité juridique doit pourvoir à la prévision des remédiations en cas de survenance des différentes catégories de risques inhérents à l'activité en cause dans la mesure nécessaire aux objectifs poursuivis par la société à participation souveraine. Ainsi, dans le même esprit d'installation et de maintien d'une relation de confiance, nécessairement matérialisée par une convergence d'intérêts en droit des affaires, le droit à un recours effectif de la partie privée ne doit pas être négligé. Ainsi que le précise l'arrêt « Achmea<sup>1252</sup> » du 6 mars 2018, la validité d'une clause compromissoire, autrement et mieux dénommée en pareille matière « privilège de juridiction arbitrale<sup>1253</sup> », n'est plus admise en droit de l'Union dans le cadre du recours d'un investisseur privé contre un État membre ayant conclu un traité bilatéral d'investissement<sup>1254</sup> avec un autre État membre. Autrement dit, l'affaire traitant d'un litige entre un investisseur privé et un État membre sera désormais pendante devant une juridiction ordinaire de l'État membre en cause quand bien même la joint-venture se trouve sous l'empire de l'un des 196 traités bilatéraux d'investissement<sup>1255</sup> en vigueur entre États membres disposant d'une clause compromissoire. Pourtant, l'indépendance des juges nationaux qui seraient ainsi saisis de nouvelles affaires relatives à l'investissement fait l'objet de critiques car elle ne serait pas assurée. Si l'on s'attache à l'alternative de la résolution du litige par une juridiction privée, autrement dit devant un tribunal arbitral, juridiction provisoire spécialement composée, ces objections relatives à l'indépendance des arbitres et au conflit d'intérêt ne peuvent-elles pas être soulevées de la même manière ? Sur le plan de la rémunération d'abord, le juge de

<sup>1252</sup> Affaire C-284/16, Slowakische Republik/Achmea BV, voir aussi communiqué de presse n°26/18. On observe que l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, l'Autriche et la Finlande affirmaient que la clause litigieuse était valide pendant que la République tchèque, l'Estonie, la Grèce, l'Espagne, l'Italie, Chypre, la Lettonie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie et la Commission européenne soutenaient le contraire, s'inscrivant ainsi dans le sens de la décision de la CJUE.

<sup>1253</sup> ROBERT-CUENDET Sabrina (Dir.), *Droit des investissements internationaux*, op. cit., page 248.

<sup>1254</sup> KADDOUS Christine, Investissement, in FLAESCH-MOUGIN Catherine (Mélanges en l'honneur de), *Abécédaire de droit de l'Union européenne*, op. cit., page 289.

<sup>1255</sup> *Ibidem*, pages 23 s.

l'État membre est certes payé par ce dernier de la même manière que l'arbitre est rémunéré par les parties. Sur le plan de la compétence, l'expérience et les connaissances sur les bases desquelles les arbitres sont choisis imposent souvent qu'ils aient exercé, au moins pour l'un d'entre eux, dans le domaine en question voire en relation, même lointaine, avec l'investisseur en cause. Dès lors l'indépendance peut être remise en question à l'égard cette fois de l'investisseur au même titre qu'elle pouvait l'être à l'égard du juge de l'État dans l'hypothèse du traitement du différend devant une juridiction permanente. Une solution serait de rechercher la solution du litige devant une juridiction permanente à l'échelle de l'Union : le Tribunal par création d'une chambre spéciale dédiée à ce type de différend.

754. On peut donc considérer que le droit commun des sociétés contribue à la sécurité et à l'exercice d'une certaine liberté pour l'actionnaire souverain contractant d'un pacte d'actionnaires. Cette liberté contractuelle étant naturellement limitée par toute règle présentant une dimension d'ordre public.

#### b. L'absence de contrariété avec l'ordre public

755. L'actionnaire souverain étant représentant de l'État, son intérêt se confond avec l'intérêt public et présente ainsi une dimension d'ordre public. Il ne peut donc en théorie pas y avoir de contrariété des stipulations du pacte d'actionnaires à participation souveraine avec l'ordre public dans la mesure où l'État aura vérifié la conformité des différentes clauses à cet ordre public qu'il incarne. De plus, l'influence d'un État membre dans la gouvernance de la société à participation souveraine peut converger avec certains éléments essentiels du contrat de société. On peut ainsi fondamentalement penser à la définition même du contrat de société en droit français, à défaut de disposer d'une définition commune à l'échelle de l'Union<sup>1256</sup>. En effet, on rappelle que, au visa de l'article 1832 du code civil, « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. » Le projet de loi PACTE<sup>1257</sup> relatif à la croissance et la transformation des entreprises, est venu enrichir cette vision purement capitaliste de la société en y intégrant l'enjeu de développement durable par l'article 1835 du code civil instituant la « société à mission », dotée d'une « raison d'être<sup>1258</sup> », qui renvoie par ailleurs au code de commerce en précisant que « la mission assigne à la société la poursuite d'objectifs sociaux et environnementaux. » Dès lors, s'agissant du code civil, il n'est par hypothèse question que d'intérêts privés dont la vocation première est d'enrichir son patrimoine par le profit ou l'économie qui résultera de l'activité de la société. On peut de prime abord douter de l'adéquation du projet de société au sens du code civil avec celui de société au sens de l'état souverain, *a fortiori* de l'Union. Est-ce à dire pour autant que ces desseins s'opposent ? Il semble plutôt qu'ils se complètent, le projet de société du code civil s'intégrant dans le projet de société de l'entité souveraine, à la manière de ce que l'individu est à la fois mu par sa psychologie et la sociologie du groupe d'individus auquel il appartient. Le projet de loi PACTE est en ce sens, complétant au visa de l'article 1833 du code civil les attentes d'une gestion par la société « dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité<sup>1259</sup>. » En ce sens, y aurait-il lieu de compléter la définition du contrat de société d'intérêt privé pour intégrer le contrat de société d'intérêt général ? Ou doit-on plutôt

<sup>1256</sup> Le droit des sociétés n'est pas unifié à l'échelle de l'Union en 2018. Voir toutefois, dans le sens d'une harmonisation, la directive (UE) 2017/1132 relative à certains aspects du droit des sociétés du 14 juin 2017, JOUE du 30 juin 2017, L169/46 – 127.

<sup>1257</sup> *Repenser la place des entreprises dans la société*, articles 61 s., 1<sup>ère</sup> lecture à l'Assemblée nationale, session du 9 octobre 2018.

<sup>1258</sup> « Principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».

<sup>1259</sup> Article 61 I.1°, 1<sup>ère</sup> lecture au Parlement.

considérer que les dispositions d'ordre public primant les stipulations d'ordre privé contenues dans un pacte d'actionnaires, l'influence souveraine traverse et s'impose nécessairement à l'ensemble du droit des contrats, en ce compris le droit des sociétés, sans qu'il soit nécessaire de le préciser ? L'écueil d'une référence simplement implicite à l'influence de l'intérêt public dans le contrat de société repose sur son opposabilité, en particulier dans le cadre des investissements directs étrangers. On peut à ce titre penser à l'objet social défini comme le programme d'activités de la société en cause. Ainsi, on retrouve en droit français la notion d'intérêt général dans le cas particulier des sociétés d'économie sociale et solidaire dont une des conditions de qualification repose sur l'intégration dans leur objet social de mentions relatives à leur utilité économique et sociale. Ainsi, les articles 1 et 2 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire mentionnent ces conditions qui se traduisent en pratique par une modification de l'objet social de la société commerciale dans le sens d'une utilité économique et sociale complémentaire au « seul partage des bénéfices. »

## 2. L'insuffisance de protection juridique du pacte d'actionnaires

756. Certes, le droit commun des sociétés offre à l'actionnaire souverain une sécurité juridique dans l'exercice de ses droits politiques comme économiques au sein de l'entreprise en cause.

Pour autant, l'actionnaire souverain ne peut évidemment exercer ces droits que dans le strict respect du principe d'égalité entre actionnaires, ce qui met *de facto* l'entité souveraine au même niveau que l'investisseur privé. Se pose dès lors la question – au-delà de la sécurité juridique – du niveau de protection juridique offert à l'entité souveraine. Cette question présente une tonalité particulière dans le cadre du pacte d'actionnaires.

Ainsi, on observe d'une manière générale que la violation d'un tel pacte par l'investisseur privé est frappée par une certaine irréversibilité qui ne protège en conséquence pas suffisamment l'actionnaire souverain (a). On relève en second lieu que l'application du principe de réparation, sanction classique de la violation du pacte d'actionnaires, n'apparaît pas non plus satisfaisante au regard de l'intérêt souverain à protéger (b).

### a. L'irréversibilité de la violation du pacte d'actionnaires

757. Contrairement à des opérations réalisées au mépris des dispositions relatives à l'action spécifique de droit français, la violation d'un pacte d'actionnaires à participation souveraine ne sera pas sanctionnée par la nullité. En effet, le non-respect d'une ou de plusieurs clauses d'un pacte d'actionnaires peut se résoudre en dommages et intérêts<sup>1260</sup> ou en exécution forcée<sup>1261</sup>, peu importe que l'actionnaire en cause soit ou non une émanation de l'État. Il s'agit classiquement de la mise en jeu de la responsabilité civile contractuelle de la partie défaillante dans l'exécution de ses obligations. Il ne peut s'agir d'une atteinte à la validité du pacte en tant que tel dont la pérennité juridique se trouve donc assurée. Dès lors on peut considérer que ce type de sanction n'est pas suffisant à double titre.

Le porteur de projet pourra en premier lieu limiter son évaluation du risque d'investissement de manière purement financière<sup>1262</sup> : "If you are an investor, there must be *ex ante* an assessment of the risk of possible loss of capital. They assess risk without taking into account that government regulations may and most likely will have to be adjusted in light of states ongoing obligations to fulfill economic, social, and cultural rights. That's

<sup>1260</sup> Articles 1231 à 1231-7 du code civil dans sa rédaction en vigueur après la loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018.

<sup>1261</sup> Articles 1221 et 1222 du code civil.

<sup>1262</sup> DESIERTO Diane A., *Solving global problems – International investment and trade law*, April 12, 2013.

where the public interest concern does come in because if an investor thinks regulations will never be changed, and a state is faced with the duty of having to choose between whether or not to observe a commitment to pay the investor or not to treat the investors or the investment...” En second lieu, l'impossibilité de retour au *statu quo ante* du fait de la violation du pacte d'actionnaires crée un aléa moral dans la mesure où il suffit pour l'investisseur de calculer le coût de la violation du pacte d'actionnaires plutôt que de s'efforcer de le respecter. Cette situation se rapproche de ce que Geneviève Viney définit comme une « faute lucrative<sup>1263</sup> ». Surtout, elle ne permet pas la protection efficace de l'actionnaire souverain et de l'intérêt public qu'il représente. Ceci d'autant plus que, au-delà du principe de réparation d'ores et déjà discutable en tant que tel, le montant de la réparation s'avère également insuffisant pour l'actionnaire souverain.

#### b. L'insuffisance de la réparation en cas de violation du pacte d'actionnaires

758. Si l'on se place du côté de l'investisseur direct étranger potentiellement lésé du fait de la violation par l'actionnaire souverain du pacte d'actionnaires, la réparation du dommage privé ainsi subi sous forme de dommages et intérêts apparaît avantageux car il se résout sous forme d'entrée de trésorerie. Ainsi que l'exprimait le professeur Diane A. Desierto à l'occasion d'un colloque à la New York Law School, il ne s'agit donc pas ici pour l'investisseur de rechercher la modification par l'entité souveraine de la législation en cause mais bien de quantifier le préjudice réparable à raison de cette irrégularité : “in a standard trade law dispute, when the panel decides that a measure is unlawfully restrictive of trade the recommendation is to adjust the policy of the offending state to bring it to conformity with the foreign market access guarantee. That logic is not present in so far as investment dispute are concerned : when there is an injury to an investor, a proprietary loss, or an economic injury to the investor, the act has been committed, the danger has already occurred at the time that the dispute is broad to an arbitral tribunal. And the remedy that is prescribed under investment law is to compensate for that injury. The question would not be whether or not the host state would change its policy, this is not a policy space argument, but to what extent the host state has to pay for the fact that it might have changed its own policy and relation to the investor<sup>1264</sup>.”
759. En revanche, si l'on se place du côté de l'actionnaire souverain lésé en raison de la violation par l'investisseur direct étranger du pacte d'actionnaires, la réparation sous forme pécuniaire des dommages causés à l'Union en tant qu'entité souveraine apparaît insuffisant en son principe. En effet, à la différence de l'intérêt privé de l'investisseur direct étranger, l'intérêt de l'Union est quant à lui incalculable et ne peut donc trouver une juste réparation sous la forme d'une condamnation au paiement de dommages et intérêts, qui auraient plutôt la nature d'une amende s'agissant d'une forme de trouble à l'ordre public de l'Union. De sorte que la rupture d'égalité en faveur de l'actionnaire souverain résultant de ses prérogatives de puissance publique vient se compenser avec le déséquilibre dans la réparation d'une éventuelle violation du pacte d'actionnaires par l'entité souveraine qui sera à l'avantage de l'actionnaire privé.

<sup>1263</sup> VINEY Geneviève, *Proposition de réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2009, pages 2944 s.

<sup>1264</sup> *Ibidem*.

760. On peut conclure à la lumière de cette section qu'une simple surveillance exercée au moyen d'un contrôle *a posteriori* n'a pas d'effet protecteur suffisant dans la mesure où l'investissement étranger a déjà été réalisé et ne peut alors faire l'objet d'une nullité. Dès lors, seul un contrôle *a priori* des entrées dans le capital de sociétés européennes par des entités issues de pays tiers voulant exercer une influence sur la stratégie de l'entreprise permettrait une protection efficace. Ceci en raison du fait que, selon Sabrina Robert-Cuendet, le droit des investissements étrangers, particulièrement protecteur des investisseurs privés aux dépens de l'État hôte, « n'a de sens qu'en considération du fait que les flux d'investissements doivent servir de vecteurs de développement et de transmission des richesses<sup>1265</sup>. » Il en résulte que ce contrôle *a priori* potentiel devrait être assorti d'un double filtre. Le premier critère éliminatoire serait d'ordre quantitatif, et renverrait à la règle *de minimis* rencontrée dans le cadre du contrôle des concentrations, dont on observera quelques points communs avec les investissements directs étrangers de grande ampleur. Le second filtre serait quant à lui d'ordre qualitatif et renverrait à la notion d'intérêt de l'Union. En effet, il appartient préalablement à l'Union, dans le cadre de sa politique industrielle, de définir les secteurs stratégiques pour lesquels les investissements directs étrangers doivent faire l'objet d'un contrôle.

---

<sup>1265</sup> ROBERT-CUENDET Sabrina (Dir.), *Droit des investissements internationaux*, op. cit., page 26.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

761. Ce chapitre nous aura permis de mettre en évidence que l'exception protectionniste à caractère financier contrariant l'article 63 TFUE relatif à la liberté de circulation des capitaux complète celle relevant de l'article 49 TFUE affirmant la liberté d'établissement. En effet, alors que la régulation des flux de capitaux est rendue difficile par l'affirmation d'une liberté de circulation absolue – y compris à l'égard des pays tiers – au niveau du droit primaire, il n'en demeure pas moins vrai que l'engagement juridique de protection relevant de l'intérêt de l'Union, incarné par la recherche effrénée de stabilité financière, s'exerce à l'échelle de l'Union tout entière par le truchement d'une législation renouvelée de manière abondante dans ses aspects prudentiels mais logiquement peu efficiente au regard de l'exception protectionniste. De l'autre côté, nous observons un contrôle juridique des investissements directs étrangers rendu possible à l'échelle de l'Union au visa de l'article 207§1 TFUE combiné de manière cohérente à l'affirmation d'une liberté d'établissement relative puisque limitée aux frontières intérieures de l'Union. Pour autant, en pratique, on ne peut que constater le balbutiement de ce contrôle au niveau de l'Union et l'ampleur des divergences de régime à l'échelle des États membres. Entre la volonté de réguler les flux de capitaux au niveau de l'Union et la dispersion des modes de contrôle des investissements directs étrangers au sein des États membres, comment expliquer ce hiatus entre démarche de protection ordonnée à l'échelle de l'Union et actions de défense dispersées au niveau des États membres ? Probablement par la recherche immanente de souveraineté européenne qui se manifeste paradoxalement plus sur le terrain de la liberté de circulation des capitaux que sur celui de la liberté d'établissement, quant à elle sujette à l'exercice d'une forme de réserve de souveraineté de la part des États membres, hystérésis d'une politique industrielle devenue imperceptible à leur niveau. La question se pose maintenant de déterminer si des instruments juridiques opportuns, parmi ces exceptions protectionnistes, pourraient servir le développement d'une Union durable, favorisant le développement et l'affirmation d'une souveraineté à l'échelle européenne.

## CHAPITRE II : LE FINANCEMENT DURABLE DE L'UNION PAR L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE A CARACTERE FINANCIER

762. Sur la forme, le document de réflexion sur l'avenir des finances de l'Union<sup>1266</sup> est marqué par d'infinies précautions rédactionnelles dans des formulations parfois paradoxales : « il pourrait être nécessaire de renforcer le lien avec la gouvernance économique et le semestre européen pour faire en sorte que le système soit plus simple et transparent et qu'il encourage la mise en œuvre de réformes concrètes propres à favoriser la convergence<sup>1267</sup>. » L'emploi du conditionnel immédiatement suivi de l'adjectif nécessaire, qui précisément est inconditionnel, suggère le caractère encore exploratoire de la proposition ainsi faite par la Commission. Cette manière d'intégrer la dimension budgétaire des États membres dans le système de l'Union, très pertinente dans son principe, mérite toutefois attention quant à l'orientation potentiellement néfaste de cette surveillance budgétaire supranationale coordonnée. En effet, le contexte de crise dans lequel est intervenue la mise en place du semestre européen fait de la rigueur budgétaire un caractère intrinsèque de ce processus de contrôle aux fins de protection de la stabilité du système en place. Dès lors il peut sembler illusoire de pourvoir à un financement durable de l'Union par cette voie, sauf à en changer radicalement l'axe de convergence.
763. Sur le fond, quelles idées semble vouloir faire passer la Commission par la rédaction de ce document de réflexion ? En s'appropriant les trois fonctions économiques essentielles attendues de l'État selon MUSGRAVE<sup>1268</sup> : « Tout budget public se doit de remplir trois fonctions de base : l'investissement dans les biens publics, la redistribution et la stabilisation macroéconomique<sup>1269</sup> », la Commission en adopte-t-elle pour autant les préceptes, notamment keynésiens ? Ainsi, alors que les deux premières fonctions d'affectation des ressources et de répartition<sup>1270</sup> ne posent pas question quant à la mission dévolue à l'action publique et à son sens, notamment à la lumière de la réalisation du Bien commun et de la recherche d'égalité, la troisième fonction du budget public affirmée par la Commission mérite attention. En son principe, la fonction de stabilisation du budget public est non seulement bienvenue mais aussi salutaire. Toutefois, on ne peut que constater l'écart entre l'objectif de stabilisation souhaité à l'échelle de l'Union, la réalité économique et financière marquée du sceau de la crise, et la faiblesse du budget de l'Union en valeur relative. L'exception protectionniste à caractère financier ne présente d'intérêt pour l'Union que dans la mesure où elle pourvoit, par les ressources qu'elle dégage, à son financement durable. Or pour assurer ce rôle contracyclique ou stabilisateur, il n'est pas simplement utile mais bien nécessaire de disposer d'un volant de financement suffisamment important en volume afin de ne pas subir les velléités des marchés financiers sur une période relativement longue. Bref, la structure renforcée du budget doit permettre de résister à la conjoncture des marchés.
764. L'approche financière de l'exception protectionniste présente ainsi cet intérêt que son champ d'application matériel – les flux de capitaux, traduction financière in fine des flux de matières premières, de marchandises et de services – couvre le plus large spectre économique.

<sup>1266</sup> Commission européenne, COM(2017) 358 du 28 juin 2017, *Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE*, 2017, ISBN 978-92-79-68312-1.

<sup>1267</sup> *Ibidem*, page 17.

<sup>1268</sup> MUSGRAVE Richard A., *The theory of public finance : a study in public economy*, 1959, McGraw-Hill Inc.

<sup>1269</sup> Commission européenne, COM(2017) 358 du 28 juin 2017, *op. cit.*, page 14.

<sup>1270</sup> Ainsi que peut le formuler Jacques Le Cacheux in DUBOUT Edouard, MARTUCCI Francesco, DE LA ROSA Stéphane (Dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique, Discours et réalités*, Bruylant, 2015, page 85.



765. Il en résulte une capacité de régulation potentielle du libre-échange dans une orientation durable autrement supérieure à toutes les autres formes d'exception protectionniste, dont le résultat contribuerait sensiblement à la vision partagée avec la Commission sur l'avenir des finances de l'Union : « Le financement futur de l'UE doit privilégier les objectifs de puissance économique, de durabilité, de solidarité et de sécurité...et contribuer à rétablir la confiance dans la valeur ajoutée européenne<sup>1271</sup>. » Dans ce contexte d'affermissement nécessaire du financement durable de l'Union, il convient en premier lieu de se pencher sur la recherche du budget à la mesure de l'intérêt de l'Union (**Section 1**), avant d'envisager, en second lieu, les voies de la fiscalité durable à l'échelle de l'Union (**Section 2**).

### Section 1 : La recherche du budget à la mesure de l'intérêt de l'Union

766. La protection de l'intérêt de l'Union renvoie nécessairement à la question des moyens mis en œuvre pour l'assurer. Dès lors la recherche du budget à la mesure de cet intérêt se fait jour avec à l'esprit sa très grande variabilité en intensité selon les préférences collectives représentées par les différents gouvernements des États membres : « S'il est certes le résultat d'un compromis, un budget doit rester le reflet d'un projet, de ce que les Européens veulent faire ensemble<sup>1272</sup>. » La question se pose également de savoir si l'intérêt de l'Union est de nature simplement supranationale ou fédérale. Le protectionnisme financier a en conséquence peu à voir de prime abord avec la combinaison budgétaire propice à la promotion d'un intérêt de l'Union marqueur d'une valeur ajoutée certaine pour ses citoyens. Il pourrait même apparaître comme une injonction sinon contradictoire, au moins paradoxale. Pour autant, alors que la tendance majoritaire en matière d'objectif budgétaire réside dans la réduction des dépenses, donc des déficits, donc de l'endettement publics, le protectionnisme financier peut jouer un rôle de premier plan dans le financement durable de l'Union, en gardant à l'esprit une condition essentielle d'affirmation de l'intérêt de l'Union comme de toute autre entité étatique : « En refusant de recourir à l'impôt pour financer les programmes publics (et en ayant utilisé l'emprunt comme substitut de l'impôt durant plusieurs décennies), on affaiblit le bien-fondé des interventions étatiques : c'est en consentant à payer leurs impôts que les contribuables procurent une légitimité à l'État<sup>1273</sup>. » Le principe à la base de cette réflexion repose sur le contrepied théorique qu'il est nécessaire de prendre en matière budgétaire. Ainsi, plutôt que de gestion budgétaire, il conviendrait d'envisager l'initiative budgétaire. Plutôt que de focaliser l'attention et les efforts sur la réduction des dépenses publiques, ayant pour effet irrémédiable la dégradation de la qualité des services publics, il conviendrait d'imaginer la possibilité de créer de nouvelles ressources budgétaires. Dans cette configuration, la qualification de protectionnisme financier peut être retenue dans la mesure où l'Union appliquerait unilatéralement un prélèvement obligatoire supplémentaire à l'assujetti, personne physique ou morale, générant dès lors – dans l'esprit d'un libéral – une entrave nouvelle à la libre circulation des capitaux en cause dans le but de protéger l'intérêt de l'Union.

À la faveur de la négociation du cadre financier pluriannuel pour la période 2021-2027, nous rechercherons donc comment l'intérêt de l'Union peut se révéler à l'aune des notions de valeur ajoutée européenne et de convergence (§1). Il importera ensuite d'analyser l'accroissement des ressources propres de l'Union en tant que condition d'affirmation de l'intérêt de l'Union (§2).

<sup>1271</sup> Commission européenne, *Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE*, op. cit., page 3.

<sup>1272</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, La documentation française, réflexeurope, 2018, page 11.

<sup>1273</sup> DJOULDEM Mohamed, TELLIER Geneviève, DE VISSCHER Christian, *Les réformes des finances publiques*, op. cit., page 390.

## §1 : Les révélateurs budgétaires de l'intérêt de l'Union

767. La communication de la Commission du 2 mai 2018<sup>1274</sup> proposant sa nouvelle approche du cadre financier pluriannuel 2021-2027 dans le sens d'un « budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend » peut apparaître séduisante en raison des objectifs affichés dans le slogan qui précède. Pour autant, la volonté de protection ici exprimée par la Commission ne renvoie pas à une régulation proportionnée du libre-échange en tant que moyen de défense contre ses propres excès. Il s'agit plutôt du pendant intérieur de la volonté de défense commune affirmée aux frontières de l'Union. De sorte que la notion de « sécurité » se trouve ainsi expliquée dans le champ interne comme externe en tant que protection de l'intégrité physique des citoyens, autrement dit au sens le plus littéral, primaire, essentiel, vital du terme. Reste donc à analyser « un budget moderne pour une Union qui ... donne les moyens d'agir... » Cet objectif importe dans la mesure où il renvoie nécessairement à la question des ressources nouvelles nécessitées par une action de l'Union à la mesure de son intérêt. Cette démarche volontariste à l'endroit des recettes budgétaires de l'Union trouve de surcroît sa déclinaison pratique dans trois des cinq scénarii proposés dans le document de réflexion sur l'avenir des finances de l'Union. Ainsi, le scénario 3 « Certains font plus<sup>1275</sup> », le scénario 4 « Réforme radicale<sup>1276</sup> » et le scénario 5 « Faire beaucoup plus ensemble<sup>1277</sup> » proposent la mise en place de nouvelles ressources propres, qu'il s'agisse de la taxation des transactions financières<sup>1278</sup> ou d'impôts ayant pour finalité la protection environnementale. La refonte du cadre financier pluriannuel s'avère donc assurément à l'ordre du jour des négociations entre États membres, faisant en particulier émerger l'idée du développement de prélèvements obligatoires supplémentaires. L'exception protectionniste durable se manifesterait ainsi au niveau budgétaire dans l'intérêt de l'Union et trouverait alors deux voies de développement potentiel.

D'une part, la portion congrue de l'intérêt de l'Union se manifeste par la notion de valeur ajoutée européenne (A). D'autre part, la refonte du cadre financier pluriannuel impose une certaine convergence des budgets de l'Union au soutien de son intérêt (B).

## A. La valeur ajoutée européenne, reflet incomplet de l'intérêt de l'Union

768. Le document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE<sup>1279</sup> propose que la notion de valeur ajoutée européenne serve de guide à l'intégration, ou à l'exclusion, d'un projet de l'Union dans son budget. Cette valeur ajoutée européenne emportera d'autant plus la participation budgétaire de l'Union qu'elle sera élevée. A l'inverse, si la valeur ajoutée européenne s'avère faible, le bien ou service public en cause sera écarté du budget de l'Union et laissé à la charge de l'État membre en cause.

De cette logique graduelle d'intégration au budget de l'Union en fonction de l'existence ou non d'une valeur ajoutée européenne, on peut dégager deux axes de réflexion.

La plus évidente réside dans le fait que cette valeur ajoutée européenne apparaît comme un révélateur de l'intérêt de l'Union (1). A *contrario*, cette notion de valeur ajoutée européenne constitue une manifestation patente du principe de subsidiarité (2).

<sup>1274</sup> COM(2018)321 final, {SWD(2018) 171 final.

<sup>1275</sup> Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE, op.cit., page 33.

<sup>1276</sup> *Ibidem*, page 34.

<sup>1277</sup> *Ibidem*, page 35.

<sup>1278</sup> Voir infra, pages 375 s.

<sup>1279</sup> Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE, op.cit., page 11.

## 1. La valeur ajoutée européenne : promotion de l'intérêt de l'Union

769. Le document de réflexion sur l'avenir des finances de l'Union, au-delà de la dimension sécuritaire et de défense qui se fait l'écho de la menace terroriste et des flux migratoires résultant des conflits du pourtour méditerranéen, développe dans un sens positif, à la manière d'un leitmotiv, la notion de valeur ajoutée européenne, celle « qui découle de la mise en commun de ressources, et de résultats que des dépenses nationales non coordonnées ne permettent pas d'obtenir<sup>1280</sup>. » On peut dès lors se poser la question de savoir ce que recouvre cette valeur ajoutée européenne et déterminer si, au-delà de sa formulation séduisante, elle ne correspond pas déjà à une notion juridique existante. Une recherche dans la jurisprudence de la CJUE permet d'en caractériser l'absence dans le champ judiciaire. La notion de valeur ajoutée européenne n'est pas plus présente dans le droit de l'Union sauf au stade des considérants renvoyant à certaines communications de la Commission<sup>1281</sup>. Pour autant, certains auteurs évoquent la notion de valeur ajoutée européenne depuis plusieurs décennies<sup>1282</sup>. S'agit-il donc d'un simple élément de langage ou, de manière beaucoup plus profonde, d'une nouvelle exigence affirmée de contribution positive à l'échelle de l'Union tendant à l'unité ? Qu'il soit permis de croire en la seconde hypothèse. En effet, de la même manière que le représentant légal d'une société doit agir conformément à l'intérêt social, en recherchant le bénéfice ou l'économie qui en résultera, les représentants de l'Union doivent mener des politiques conformes à l'intérêt de l'Union en recherchant la valeur ajoutée européenne qui en découlera. La valeur ajoutée de l'Union révèle encore son intérêt lorsqu'elle concerne des biens publics de dimension européenne ou qu'elle contribue à la réalisation d'économies d'échelle ou d'effets d'entraînement entre États membres. On relève en particulier l'affirmation d'une valeur ajoutée européenne en matière d'investissements stratégiques essentiels tels que le mécanisme pour l'interconnexion en Europe<sup>1283</sup> ou encore le programme pour une Europe numérique<sup>1284</sup>. Le fonds européen pour les investissements stratégiques permettant de créer un effet de levier financier avec l'apport des investisseurs privés serait quant à lui intégré dans le budget de l'Union en attache avec la banque européenne d'investissement<sup>1285</sup>. La démonstration de la valeur ajoutée européenne d'un projet est aussi faite dans le domaine de la recherche et de l'innovation à la faveur d'ITER, projet de construction d'un réacteur expérimental sur la fusion nucléaire, qui renvoie à l'objectif de « rendre l'Union très visible sur les grands enjeux et discrète sur les questions de moindre importance<sup>1286</sup>... » Au-delà de la vision stratégique dont témoigne ITER en matière de développement durable par la source d'énergie sans déchets et inépuisable à laquelle le projet aboutirait, ITER permet depuis sa mise en œuvre en 2006 la création de centaines d'emplois directement ou indirectement liés à la construction du réacteur de même que la concentration et l'émulation de nombreux chercheurs au sein de l'Union. Surtout, le financement d'ITER par le budget de l'Union permet tout simplement l'existence même du projet, l'atteinte « d'une masse critique de ressources et d'expertise<sup>1287</sup>. »

<sup>1280</sup> *Ibidem*, page 19.

<sup>1281</sup> Notamment les communications de la Commission du 19 octobre 2010 intitulée « Le réexamen du budget de l'Union européenne » et du 29 juin 2011 intitulée « Un budget pour la stratégie Europe 2020 ».

<sup>1282</sup> Par exemple dans le domaine de la culture, s'agissant « d'héritage culturel commun » en rapport avec l'article 128 TCE, voir *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 1995, Dalloz, page 56 ; s'agissant de politique audiovisuelle de l'Union, voir FORREST Alan, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* 1997, page 595.

<sup>1283</sup> Commission, COM(2018) 321 final du 2 mai 2018, Annexe, *Un budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend, Cadre financier pluriannuel 2021-2027*, page 12.

<sup>1284</sup> *Ibidem*, page 15.

<sup>1285</sup> *Ibidem*, page 9.

<sup>1286</sup> *Ibidem*, page 1.

<sup>1287</sup> *Ibidem*, page 8.

770. Dès lors, l'existence d'une valeur ajoutée européenne fonderait une certaine souveraineté budgétaire de l'Union complétant l'autonomie budgétaire de ses États membres. Surtout, la valeur ajoutée européenne justifierait la création de ressources propres supplémentaires, en particulier la mise en place de nouvelles taxes à l'échelle exclusive de l'Union. Cette compétence singulière de lever l'impôt, non seulement par la voie indirecte des États membres, mais aussi directement auprès des assujettis citoyens ou sociétés, constituerait une manifestation patente de durabilité de l'Union par sa capacité de recueillir le consentement de ses citoyens à l'impôt à son niveau. L'Union incarnerait alors le Bien commun, dépassant la notion même d'intérêt général en y ajoutant celle de confiance permise par la responsabilité, la transparence, l'importance de l'être tout autant – sinon plus – que de l'avoir.

## 2. La valeur ajoutée européenne : manifestation du principe de subsidiarité

771. Le principe de subsidiarité relève de la bonne et saine gestion des compétences entre plusieurs niveaux d'autorité. Sans l'application d'un tel principe au sein d'un système complexe représenté par l'Union et ses États membres, certaines fonctions et actions seraient susceptibles de se juxtaposer, de se contrarier voire de se télescoper. Visé à l'article 5 TUE, ce principe est particulièrement stable puisque présent dans le droit primaire depuis le traité instituant la Communauté européenne : « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. » Au-delà de sa stabilité d'application et même s'il ne s'est concrétisé que plus tard<sup>1288</sup> dans le droit de l'Union, le principe de subsidiarité est incontestable par son utilité dans l'allocation optimale des ressources fort limitées de l'Union au meilleur niveau de décision : « Subsidiarité...c'est la contrepartie du fédéralisme que de savoir ce qui doit être mis au niveau inférieur ainsi qu'au niveau européen...l'accent est mis sur la coordination...plutôt que sur le transfert des pouvoirs à l'Union<sup>1289</sup>... ». Appliquée à la notion de valeur ajoutée européenne, la Commission recommande donc logiquement de ne retenir d'intégrer dans son budget que les « propositions [qui]... mettent l'accent sur les domaines dans lesquels l'Union est la mieux placée pour agir<sup>1290</sup>. » Certains auteurs ont identifié avec acuité cette corrélation étroite entre principe de subsidiarité et valeur ajoutée européenne : « Dès lors que le critère de l'insuffisance nationale est rempli, celui de la valeur ajoutée européenne paraît l'être automatiquement.<sup>1291</sup> » D'autres en font même la « traduction politique des principes juridiques » de spécialité et de subsidiarité<sup>1292</sup>. Les questions sous-jacentes reposent dès lors sur l'affectation des dépenses ou moyens budgétaires, sur la juste application du principe de subsidiarité aux fins de produire une action de l'Union efficiente. Ce dernier critère est d'autant plus important que l'Union, à la différence de ses États-membres, ne peut pas emprunter pour se financer et doit donc recourir exclusivement à des ressources propres, bien insuffisantes en l'état actuel puisque ne représentant qu'environ 1% du produit national brut. Il en résulte logiquement que « s'interroger sur le

<sup>1288</sup> Dans l'Acte unique de 1986 puis dans le Traité de Maastricht.

<sup>1289</sup> BEGG Iain in DUBOUT Edouard, MARTUCCI FRANCESCO, DE LA ROSA Stéphane (Dir.), *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, op. cit., page 89.

<sup>1290</sup> Commission, *Un budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend*, op. cit., page 2.

<sup>1291</sup> BRUNESSEN Bertrand, *Un principe politique saisi par le droit : la justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne*, RTD eur. 2012, page 329.

<sup>1292</sup> RANGEON Florence, *Fair-play financier : le prochain défi de la régulation financière européenne ?* Rev. UE 2012, page 130.

rôle du budget dans le processus d'intégration européenne permet de faire apparaître qu'il ne remplit que faiblement les fonctions traditionnellement dévolues à un budget public<sup>1293</sup>. » Autrement dit le budget de l'Union n'apparaît pas, en l'état actuel de sa dotation, et au regard du critère choisi de valeur ajoutée européenne dans les négociations relatives au cadre financier pluriannuel 2021-2027, en capacité de satisfaire pleinement aux fonctions de production de biens et services publics, de redistribution et de stabilisation<sup>1294</sup>.

772. Reflet incomplet de l'intérêt de l'Union, la valeur ajoutée européenne ne saurait donc suffire à témoigner de toute son ampleur par son caractère intrinsèquement exclusif des États membres : « L'essence même d'un budget de l'UE modernisé, à savoir la valeur ajoutée qui découle de la mise en commun de ressources, et de résultats que des dépenses nationales non coordonnées ne permettent pas d'obtenir<sup>1295</sup>. »

C'est la raison pour laquelle il convient d'envisager la dynamique nécessaire au soutien affirmé de l'intérêt de l'Union dans son plein exercice par l'hypothèse de la convergence des budgets de l'Union.

## B. La convergence des budgets de l'Union au soutien de son intérêt

773. Les deux approches proposées de la valeur ajoutée européenne ne doivent pas en faire oublier la grande diversité de ses manifestations budgétaires. On la relève ainsi en tant que critère qualifiant de l'intégration dans le budget de l'Union dans des domaines aussi variés que le marché unique, la cohésion, les ressources naturelles ou encore la sécurité, notamment. Une certaine forme de transversalité émerge ainsi du budget de l'Union dont la matrice est imprégnée d'une tendance commune à la convergence.

La volonté de rapprochement, d'agrégation des forces en présence de l'Union au soutien de son intérêt supérieur tend dès lors à délaissier la logique minimaliste au profit de cette convergence (1). Cette tendance est amplifiée par l'objectif majeur des traités de réaliser l'Union économique et monétaire (2).

### 1. Le dépassement de la logique du moins disant au profit de la convergence

774. En matière budgétaire, le raisonnement selon lequel il suffirait que les États membres de l'Union s'entendent sur le plus petit commun dénominateur a vécu et doit être remplacé par une approche plus volontariste. Selon cette dernière, une convergence budgétaire devrait s'imposer en droit de l'Union, allant ainsi dans le sens de la protection de son intérêt à un double niveau.

Le niveau supranational de l'Union, où il serait ainsi possible de voir dans le cadre financier pluriannuel l'expression de la source de convergence budgétaire de l'Union (a). Le niveau national des États membres, ensuite, dont le semestre européen constituerait le bras armé de la convergence (b).

#### a. Le cadre financier pluriannuel à la source de la convergence dans l'Union

775. L'unanimité du Conseil étant requise pour adopter le cadre financier pluriannuel au visa de l'article 312§2 TFUE, on peut donc considérer que ce dernier est à la source de la convergence en matière budgétaire dans l'Union. Pour autant, cette convergence manifestée par l'objectif d'« assurer l'évolution ordonnée des dépenses<sup>1296</sup> » se limite au seul niveau de l'Union à la lumière du droit primaire. Ceci alors que pour la Commission,

<sup>1293</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, La documentation française, réflexeurope, 2018, page 11.

<sup>1294</sup> MUSGRAVE Richard A., *The theory of public finance : a study in public economy*, 1959, McGraw-Hill Inc.

<sup>1295</sup> Commission européenne, *Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE*, op. cit., page 9.

<sup>1296</sup> Article 312§1 TFUE.

le cadre financier pluriannuel permettrait de « renforcer le lien entre le budget de l'UE et le Semestre européen de coordination des politiques économiques, qui tient compte des spécificités régionales<sup>1297</sup>. » Reste à déterminer de quelle manière la convergence peut trouver à s'appliquer en pareille matière. La réalité nous impose en premier d'observer les divergences de vues entre les institutions telles que la Commission et le Parlement européen, mais aussi, plus profondément, entre les États membres. Pour illustrer cette divergence – antérieure à l'adoption du cadre financier pluriannuel qui marque dès lors, par son existence même, la convergence – il est intéressant de se baser sur l'analyse approfondie rédigée par le service recherche du Parlement européen dans son document<sup>1298</sup> de juin 2018. En particulier, son annexe 2<sup>1299</sup> met en exergue ces divergences qui peuvent être de principe, comme de modalités, voire de montants, entre la Commission, le Parlement et les États membres. On peut d'abord penser que le lien entre le budget de l'Union et les budgets des États membres pourrait se faire sur le plan institutionnel par le truchement du Parlement européen en raison de sa légitimité démocratique. En effet, les caractéristiques du Parlement européen sont relativement proches des parlements de certains États membres, en particulier de la France, qu'il s'agisse du mode d'élection, de représentation ou de décision des parlementaires. Surtout, l'esprit démocratique est plus présent dans cette institution que partout ailleurs au sein de l'Union. La recherche de convergence par l'intermédiaire du Parlement européen n'en serait dès lors que plus légitime auprès des citoyens. Il s'agirait ainsi de remplacer le principe de l'unanimité inexorablement associé à son droit de veto paralysant par le principe majoritaire, ainsi qu'a pu l'exhorter le président de la Commission Jean-Claude Juncker lors de son discours sur l'État de l'Union du 12 septembre 2018. Ce changement des modalités de prise de décision constituerait une avancée considérable dans la mesure où l'unanimité masque la réalité de divergences passées sous silence alors que la majorité est l'expression de convictions portées par le sens démocratique de la représentativité. Ainsi, on pourrait ne plus se résigner à considérer que « la priorité est de favoriser l'effet levier des dépenses du budget<sup>1300</sup> », qui correspond à la formule paradoxale « faire plus avec moins », figure classique de la négociation européenne<sup>1301</sup>.

776. Reste ensuite à identifier jusqu'à quel niveau la convergence peut s'exercer entre le cadre financier pluriannuel et les budgets des États membres, notamment par le truchement du semestre européen. La convergence se limite-t-elle ainsi au cadre, aux objectifs, ou aux modalités budgétaires dans leur intégralité ?

#### b. Le semestre européen au service de la convergence des États membres

777. Dès lors que le cadre budgétaire de l'Union est fixé à l'échelon supranational, la question se pose de l'articulation du budget de l'Union, représentant environ 1% du RNB, avec les budgets nationaux de chaque État membre, compris entre 40 et 50% de ce RNB, ceci dans un objectif de convergence. L'idée est certes de bon sens, mais la mise en œuvre est plus graduelle, et essentiellement fonction de la santé financière de l'État membre en cause : « l'État membre élabore et conduit sa politique budgétaire dans un cadre européen. Sa

<sup>1297</sup> Commission, *Un budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend*, op. cit., page 12.

<sup>1298</sup> PARRY Matthew, SAPALA Magdalena, *2021-2027 multiannual financial framework and new own resources*, European Parliamentary Research Service, PE 625.148.

<sup>1299</sup> *Ibidem*, pages 16 à 21.

<sup>1300</sup> HOUSER Matthieu, *La rénovation des ressources de l'Union : entre sources de financements innovants et ressources propres*, Rev. UE 2011, page 355.

<sup>1301</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, La documentation française, réflexeurope, 2018, page 292.

marge de manœuvre est préservée aussi longtemps qu'il respecte les règles de discipline budgétaire ; il est alors privé du choix de l'endettement comme instrument de politique économique. La marge de manœuvre se résorbe à mesure que la soutenabilité des finances publiques se dégrade. Elle est évidée lorsque l'État fait l'objet d'une assistance financière destinée à éviter un défaut souverain<sup>1302</sup>. »

778. Outre cette convergence à marche forcée de l'État membre sollicitant une assistance financière, l'ensemble des États membres s'intègre quant à lui dans une forme de convergence budgétaire par anticipation, propice non seulement à la coordination mais encore à la coopération voire à la concertation : « Le Semestre européen est potentiellement une avancée plus importante [en matière de fédéralisme économique] que le Mécanisme européen de stabilité et les autres règles existantes : c'est une façon de parvenir à une coordination ex ante...la démarche est proactive, et potentiellement de nature plus coopérative donc plus fédérale<sup>1303</sup>. » De manière moins optimiste, on peut aussi analyser le processus budgétaire du semestre européen comme un mode de convergence par le bas : « les budgets nationaux s'inscrivent certes dans une trajectoire européenne, mais qui a pour objectif principal de maîtriser l'évolution des déficits et de la dette publics...Le budget européen n'est même pas intégré dans les mécanismes européens de coordinations politiques budgétaires dans le cadre du semestre européen. Ceci permet à certains États membres de dénoncer, non sans fondement, le paradoxe qui existe entre des recommandations européennes visant à réduire les déficits et un budget européen qui se traduit par l'augmentation de la contribution des États membres. De fait, le budget européen est principalement perçu comme une charge...<sup>1304</sup> »
779. Sur cette question des recommandations européennes, il est intéressant d'observer que les recommandations annuelles spécifiques par État membre formulées par la Commission en vue de leur approbation par le Conseil européen puis de leur adoption par le Conseil font l'objet d'un suivi exigeant. En effet, ainsi que l'on peut le lire dans le document de mai 2018 issu de la direction générale des politiques intérieures dénommé « Country-Specific Recommendations for 2017 and 2018<sup>1305</sup> », la mise en œuvre par les États membres des recommandations spécifiques de la Commission, fondées sur les programmes de convergence et de stabilité, publiée le 23 mai 2018 est scrutée de manière particulièrement critique. Ceci à tel point que sur les 117 pages du document comparatif de la mise en œuvre de ces recommandations, seule une page consacrée à un point précis<sup>1306</sup> bénéficie du « green flag », marquant un progrès sensible dans la mise en place de la recommandation. Pour le reste, l'évaluation oscille entre « red flag » ou « yellow flag », constatant un progrès inexistant ou limité à modéré, respectivement. L'impression peut donc être celle d'une punition collective du côté des États membres ou d'une réticence collective du côté de la Commission quant à la mise en œuvre des recommandations en vue de la convergence et de la stabilisation de l'Union sur le plan économique et monétaire, donc budgétaire.

<sup>1302</sup> MARTUCCI Francesco, *Que reste-t-il de la souveraineté budgétaire de l'État membre de l'Union ? in Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?* IREDIES, CEDIN, 2013, page 118.

<sup>1303</sup> LE CACHEUX Jacques in *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, Bruylant, 2015, page 86.

<sup>1304</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, La documentation française, réflexeurope, 2018, page 30.

<sup>1305</sup> HRADISKY M., VALKAMA S., GASPAROTTI A., MINKINA M., Economic governance support unit, PE 614.522, *Country-Specific Recommendations for 2017 and 2018, A tabular comparison and an overview of implementation*, May 2018.

<sup>1306</sup> *Ibidem*, Finland, page 107, on improving the regulatory framework and reducing the administrative burden.

## 2. La convergence au service de l'objectif d'Union économique et monétaire

780. L'intérêt de l'Union prendrait également sa pleine mesure dans l'hypothèse d'une réalisation de la convergence budgétaire portée par l'objectif d'union économique et monétaire. En effet, il est utile de rappeler que la réalité de l'Union en matière économique et monétaire n'est pas celle voulue par le droit primaire. Il importe en conséquence de se pencher sur le fondement juridique (a) de la convergence de cette union économique et monétaire incomplète pour mieux en apprécier la portée téléologique (b).

### a. Le fondement juridique de la convergence par l'Union économique et monétaire

781. Même si « La question de la création d'une fonction de stabilisation se pose aujourd'hui davantage à l'échelle de la zone euro afin de compléter l'union économique et monétaire<sup>1307</sup> », la Commission ne manque pas de rappeler, dans son document préparatoire aux négociations du cadre financier pluriannuel 2021-2027, l'importance dans le droit primaire de la convergence en matière économique et monétaire : « En vertu des traités, tous les États membres de l'UE font partie de l'Union économique et monétaire, y compris les États membres bénéficiant d'une dérogation ou d'une clause de non-participation, qui participent donc tous au processus du Semestre européen. En vertu des traités, l'euro est la monnaie de l'Union européenne et la convergence économique et la stabilité sont les objectifs de l'Union dans son ensemble<sup>1308</sup>. » On pourrait ainsi penser que l'évocation de l'union économique et monétaire relève du pléonasme tant il est vrai que la convergence des politiques économique et monétaire des États membres constitue la condition essentielle de réalisation du marché unique où les libertés de circulation peuvent trouver à s'appliquer sans restriction. Ainsi que peut l'écrire Francesco MARTUCCI, la convergence par l'Union Économique et Monétaire s'exprime dans le droit primaire à partir de « deux règles de politique économique qui en constituent les piliers fondateurs. L'article 127§1 TFUE assigne à l'Eurosystème l'objectif de stabilité des prix. L'article 126§1 TFUE impose aux États membres d'éviter les déficits excessifs. Alors que la stabilité des prix constitue la règle de la politique monétaire, l'évitement des déficits excessifs est érigé en tant que règle de politique budgétaire<sup>1309</sup>. » Complétant ces propos, l'article premier du protocole n°13<sup>1310</sup> sur les critères de convergence prévoit que le taux d'inflation de chaque État membre ne dépasse pas 1,5%. De même, l'article premier du protocole n°12<sup>1311</sup> sur la procédure concernant les déficits excessifs fixe comme limite de déficit public 3% du PIB et un plafond de dette publique à hauteur de 60% du PIB pour chaque État membre. C'est donc à une convergence négative, par l'interdiction de dépasser certains seuils, que le droit primaire fait référence, se faisant l'écho de l'intégration négative propre aux libertés de circulation.

782. En effet, ainsi qu'il est répété aux sixième, cinquième et troisième considérants des règlements<sup>1312</sup> du 16 novembre 2011 relatifs à la surveillance budgétaire et au traitement des déséquilibres macroéconomiques, le bon fonctionnement de l'Union économique et monétaire suppose et repose sur l'absence d'entraves. Ces entraves sont entendues au sens

<sup>1307</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., page 27.

<sup>1308</sup> *Un budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend*, op. cit., page 12.

<sup>1309</sup> Que reste-t-il de la souveraineté budgétaire de l'État membre de l'Union ? op. cit., page 95.

<sup>1310</sup> JOUE, 26 octobre 2012, C326/279.

<sup>1311</sup> JOUE, 26 octobre 2012, C326/281.

<sup>1312</sup> Règlements (UE) n° 1173/2011 du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro ; n°1174/2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro ; n°1176/2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques.



d'obstacles, juridiques, techniques ou administratifs, aux libertés de circulation prévues dans le droit primaire. Même si l'existence d'entraves peut certes troubler la réalisation complète de l'union économique et monétaire, c'est surtout à l'échelle des États membres en tant que tels que se pose la difficulté de réalisation de cette union économique et monétaire. Au-delà de la causalité multifactorielle de cette situation que l'on peut notamment attribuer aux divergences politiques voire idéologiques entre gouvernements successifs des États membres accentuées par le nombre, la perspective de réaliser l'union économique et monétaire à vingt-sept États membres est peu probable. Dès lors, face à un tel écart entre dispositions du droit primaire sur une union économique et monétaire intégrant l'ensemble des États membres et confrontation au réel, n'y aurait-il pas lieu de prendre acte de ce qu'une union économique et monétaire ne peut se constituer qu'entre les États membres ayant adopté l'euro comme monnaie de fonctionnement ? La proposition d'un budget de la zone euro représentant plusieurs points de RNB est en ce sens mais reste à l'état de projet politique limité à la France et l'Allemagne en juin 2018<sup>1313</sup>. L'institution d'un Trésor<sup>1314</sup> de la zone euro reste donc tout aussi hypothétique, tout comme l'est encore plus un schisme entre les États membres ayant adopté l'euro comme monnaie et les autres. Il importe en outre de garder à l'esprit que, ailleurs dans le monde, pour être en mesure de qualifier une union économique et monétaire, « les États membres acceptent d'adopter à la fois une monnaie commune et des politiques économiques communes pour éliminer les frictions et perturbations résultant d'interventions nationales divergentes<sup>1315</sup>. » Si l'on décline ces caractéristiques essentielles à l'échelle de l'Union européenne, l'absence d'union économique et monétaire en fait contrarie donc le principe d'union économique et monétaire en droit pour une raison aussi simple que pathétique de conception : « Alors que dans les fédérations, la création d'une monnaie unique est la conséquence d'une unification budgétaire, ...la politique monétaire a été centralisée alors que la conduite de la politique budgétaire...est restée du ressort des États membres. L'anticipation sous-jacente était que la coordination des politiques budgétaires, la discipline de marché et la synchronisation progressive des cycles économiques garantiraient l'efficacité d'une telle configuration<sup>1316</sup>. »

783. Cet écart de réalisation résultant de la culture du compromis de l'Union l'a fait dévier de son objectif originel au point de risquer d'en altérer la nature unitaire souhaitée en vue de pacifier l'Europe par le marché après la seconde guerre mondiale.

#### b. La portée téléologique de la convergence par l'Union économique et monétaire

784. Le travail sur le fondement juridique de la convergence pose ensuite la question de la finalité poursuivie à travers cette convergence par l'union économique et monétaire. On peut répondre à cette question selon deux approches diamétralement opposées.
785. D'une part, celle de la spirale vertueuse d'une convergence positive affirmée par l'exigence de solidarité entre États membres : « la solidarité au sein de l'UE s'exprime essentiellement par le biais de l'objectif de convergence réelle des économies obtenue par le transfert des fonds vers les régions éligibles plutôt que vers l'État membre pris en tant que tel<sup>1317</sup>. » Cette exigence de solidarité entre États membres se situe au cœur de la construction européenne dont elle constitue le liant nécessaire qui explique fondamentalement l'existence de contributeurs nets et de bénéficiaires nets dans le cadre du budget de l'Union. C'est précisément dans une démarche de progrès économique et

<sup>1313</sup> PARRY Matthew, SAPALA Magdalena, *2021-2027 multiannual financial framework and new own resources*, op. cit., Annex 2, page 18.

<sup>1314</sup> AUBY, J.-B., IDOUX, P. (Dir.), *Le gouvernement économique européen*, op. cit., page 300.

<sup>1315</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., page 15.

<sup>1316</sup> *Ibidem*, page 16.

<sup>1317</sup> Commission, COM(1998) 560 final, *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, synopsis, page 16, 7 octobre 1998.

social tirée par les États membres les plus développés et notamment mise en œuvre par la politique de cohésion que s'inscrit l'intérêt de l'Union : « [Avant la crise] le système européen était vu comme contribuant à la prospérité économique par des mécanismes d'ouverture et de concurrence, non par des outils de pilotage de l'économie depuis les institutions européennes<sup>1318</sup>. »

786. D'autre part, l'approche par le bas, celle du cercle vicieux d'une convergence négative résultant de la contrainte extérieure favorisée par le déséquilibre structurel de conception de l'union économique et monétaire de l'Union : « l'asymétrie entre une intégration monétaire forte et une coordination économique faible demeure et obère la capacité de l'Union économique et monétaire à s'intégrer ainsi qu'à faire converger, rendre plus résilientes ... et se développer les économies européennes<sup>1319</sup>. » Ainsi, le risque souverain<sup>1320</sup> ayant émergé par suite de la crise financière a posé la question du traitement de l'endettement public considéré comme excessif au sein de l'Union. La réponse législative s'est alors traduite par la mise en œuvre de ce qu'il est convenu d'appeler le « six pack » d'un côté, le « two pack » de l'autre, l'ensemble étant accompagné du Traité sur la Stabilité, la Coordination et la Gouvernance (TSCG) et du Mécanisme Européen de Stabilité (MES), notamment. De tout ce qui précède ressort nettement l'adaptation d'un appareil institutionnel et matériel consacré à la réduction maîtrisée et coordonnée des déficits des États membres, ce qui relève certes de la saine gestion mais témoigne également d'une approche anxieuse, résignée, contrainte de la convergence : « La crise a déséquilibré cette vision en faisant apparaître que l'Union économique et monétaire courait de grands risques si le transfert de la monnaie et de la politique monétaire n'était pas accompagné de prérogatives par lesquelles les institutions européennes de l'Union pouvaient peser réellement sur les politiques budgétaires et sur les régulations financières nationales<sup>1321</sup>. » La crise serait ainsi le fait générateur d'un gouvernement économique européen toujours plus resserré, rigoureux et convergent dans le domaine budgétaire.

787. Ce paragraphe a démontré l'étendue des potentialités du budget de l'Union à la mesure de son intérêt nécessairement grandissant dans la perspective d'un développement durable. Pour ce faire, la notion de valeur ajoutée européenne agit tout autant comme un catalyseur et révélateur de l'intérêt de l'Union que comme un critère à la source de sa limitation en application du principe de subsidiarité. En outre, le principe d'une convergence du budget de l'Union avec les budgets des États membres en vue de développer cet intérêt de l'Union, dépassant celui des États membres, mais aussi de raviver l'intérêt des citoyens pour l'Union, semble plus porteur de sens au sein de l'union économique et monétaire. Cette dernière pouvant être imaginée, en application d'un principe de réalité, circonscrite aux seuls États membres ayant adopté l'euro comme monnaie. La convergence budgétaire serait alors plutôt utilisée à des fins de sauvegarde de l'intérêt de l'Union que de promotion. Cette orientation est-elle souhaitable ? Il est permis d'en douter, quand bien même elle peut répondre à la condition de durabilité de l'Union au sens littéral. En filigrane, les précédents développements témoignent également du chemin à parcourir pour parvenir à une progression des finances publiques de l'Union, semée d'embûches juridiques tant matérielles qu'institutionnelles, le tout ponctué par l'enjeu électoral qui peut bouleverser la donne par son imprévisibilité tout comme sa radicalité. En toute hypothèse, même la moins-disante s'attachant à simplement pallier les conséquences budgétaires du Brexit, l'idée d'accroître les ressources propres de l'Union apparaît pertinente. C'est la raison pour laquelle il convient d'envisager par quelles voies elle peut être mise en œuvre.

<sup>1318</sup> AUBY, J.-B., IDOUX, P. (Dir.), *Le gouvernement économique européen*, op. cit., page XIX.

<sup>1319</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., page 32.

<sup>1320</sup> SAOUDI Messaoud, *Le risque souverain dans la zone euro*, op. cit., page 232.

<sup>1321</sup> AUBY, J.-B., IDOUX, P. (Dir.), op. cit., page XIX.

§2 : L'accroissement des ressources propres, condition d'affirmation de l'intérêt de l'Union

788. Selon la Commission : « Dans un monde idéal, les ressources propres de l'UE découleraient d'une politique clé de l'UE ayant une valeur ajoutée européenne visible, seraient considérées comme équitables et financeraient une part importante et stable du budget de l'UE. La ressource propre traditionnelle que sont les droits de douane en constitue un bon exemple<sup>1322</sup>. » L'objectif ainsi affiché à l'entame des négociations sur le cadre financier pluriannuel 2021-2027 peut apparaître ambitieux de prime abord mais s'avère largement insuffisant à la lumière du paragraphe précédent, en particulier sur la valeur ajoutée européenne. Ainsi, porter la mesure de l'intérêt de l'Union à un niveau satisfaisant pour que son budget, reflet du projet consenti par ses États membres, puisse garantir à la fois les fonctions de production de biens et de services publics, de stabilisation et surtout de redistribution, notamment en lien direct avec les citoyens de l'Union, relève de la gageure tant il est vrai que nous assistons, comme peut l'écrire Jacques Le Cacheux, à une « crise des finances publiques... impossible à résoudre avec le fonctionnement actuel des institutions<sup>1323</sup>... » C'est donc en tant qu'exercice purement théorique de prospective que s'inscrivent les prochains développements. Leur ligne directrice repose sur l'analyse des conditions propices à l'accroissement des ressources propres de l'Union en vue d'affirmer, de démontrer son intérêt tant aux États membres qu'aux citoyens européens. Ceci en gardant à l'esprit que, à l'échelle de l'Union, alors que le niveau de prélèvement est très faible, avoisinant 1% du Revenu National Brut des États membres, les conséquences budgétaires du Brexit, en particulier la perte d'une contribution nette du Royaume-Uni dont le montant moyen annuel sur la période de 2012 à 2016 s'élève à 10 milliards d'euros<sup>1324</sup>, peuvent constituer un événement favorable à l'émergence d'une réflexion sur le volet « recettes » du budget de l'Union. Au risque du truisme, la protection de l'intérêt de l'Union suppose en pratique la mise en œuvre de moyens supplémentaires. Dès lors ces moyens doivent être financés par le truchement de ressources propres supplémentaires. La question se pose de savoir comment de nouvelles ressources pourraient se faire jour en vue de réorienter le cadre financier pluriannuel et d'enrichir le budget de l'Union, au propre comme au figuré. On peut également s'interroger sur la manière dont pourrait s'exercer une nouvelle forme de prélèvement obligatoire à l'échelle de l'Union. Dès lors, et avant d'envisager des questions d'ordre matériel sous l'angle de la prospective, il apparaît utile sinon nécessaire de traiter le projet de fiscalité durable sur les flux de capitaux entrant dans l'Union sous son angle institutionnel, sinon existentiel. En effet, étudier les options qui s'offrent à la mise en place d'un prélèvement sur les flux de capitaux présuppose l'existence d'une compétence de l'Union pour ce faire. Or celle-ci est privée du pouvoir de lever l'impôt en l'état du droit positif, la fiscalité étant le domaine réservé des États membres. Il ressort de tous ces éléments la nécessité d'envisager la mise en lumière de l'intérêt de l'Union *erga omnes* par l'accroissement des ressources propres sous deux angles complémentaires.
- Avant d'analyser sous l'angle matériel la question de l'harmonisation fiscale par le haut à l'échelle de l'Union (**B**), il importe de traiter sous l'angle institutionnel l'enjeu de compétence fiscale<sup>1325</sup> de l'Union (**A**).

<sup>1322</sup> Commission européenne, *Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE*, op. cit., page 28.

<sup>1323</sup> LE CACHEUX Jacques in *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, op. cit., page 86.

<sup>1324</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., page 276 : « cette contribution, nette de la correction britannique, est en moyenne de l'ordre de 16,9 Mds€ par an. En retour, les dépenses au titre des politiques communes européennes sur le sol britannique ont représenté en moyenne 6,9 Mds€ par an sur la même période. »

<sup>1325</sup> Voir sur ce point, BOISSENIN Angélique, *Le financement de l'Union européenne : moteur d'une intégration politique ?* Thèse soutenue le 20 décembre 2017, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, LGDJ, 2019, 420 pages.

## A. L'enjeu de compétence fiscale de l'Union

789. Le frein le plus objectif à l'accroissement des ressources propres de l'Union réside éminemment dans son absence de compétence fiscale générale : « C'est la question du financement des dettes publiques qui se pose en matière de ressources propres, et donc la question de la fiscalité, d'une fiscalité européenne...la fiscalité amène à évoquer la légitimité démocratique et la représentativité de ceux qui prennent les décisions...amène ainsi inéluctablement à la question du fédéralisme politique<sup>1326</sup>. »

En droit, c'est d'abord la question d'investir l'Union de la compétence de la compétence en matière fiscale (1) qui est posée en préalable nécessaire à la création d'une marge de manœuvre suffisante pour l'accroissement de ses ressources propres. La conception de cette nouvelle compétence de la compétence en matière fiscale de l'Union ne pouvant être absolutiste, il conviendra d'en envisager les limites aux fins de préserver le domaine réservé des États membres en matière fiscale (2).

### 1. La compétence de la compétence en matière fiscale pour l'Union

790. Ainsi que l'écrit justement Francesco Martucci : « L'Union européenne n'est pas souveraine puisque la compétence de la compétence lui fait défaut : le titre de compétence revient aux États membres en tant qu'Herren der Verträge. En revanche, l'exercice de la compétence est partagé au sein de l'Union<sup>1327</sup>. » Autrement écrit, « l'Union n'a pas de compétence pour créer ou attribuer de nouvelles compétences<sup>1328</sup> ». Nous ne reviendrons pas sur la nécessité de révision des traités selon la procédure ordinaire visée à l'article 48§2 TUE pour investir l'Union de cette compétence de la compétence. Nous n'insisterons pas plus sur le fait que cette révision impose la tenue d'une conférence intergouvernementale donc l'unanimité des représentants exécutifs des États membres<sup>1329</sup>. En revanche, il importe de présenter cette compétence de la compétence de l'Union en matière fiscale non seulement comme le chaînon manquant de son autonomie financière (a), mais aussi comme un pas de géant vers le fédéralisme de l'Union (b).

#### a. Le chaînon manquant de l'autonomie financière

791. La question de l'autonomie financière de l'Union réside au premier chef dans la mise à disposition d'une compétence propre en matière de finances publiques à l'échelle supranationale. Or la Commission, dès 1998, portait déjà un regard à la fois critique et sincère quant à la marge de manœuvre de l'Union en matière budgétaire : « le système actuel ... a échoué à doter l'Union européenne d'une véritable autonomie financière<sup>1330</sup> ... » Ceci tout en prenant soin de préciser que « l'essentiel des ressources de l'Union européenne provient des contributions nationales, à savoir des trésors publics des États membres ; cela réduit l'autonomie financière de l'Union, mais assure un bon degré d'équité et un bon rapport coût-efficacité. Les ressources propres traditionnelles contribuent à l'autonomie financière, mais leur équité est contestée et leur recouvrement et leur contrôle sont très complexes<sup>1331</sup>. » Ce constat, dressé par la Commission sous la présidence de

<sup>1326</sup> LE CACHEUX Jacques in *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, op. cit., page 87.

<sup>1327</sup> MARTUCCI Francesco, *Que reste-t-il de la souveraineté budgétaire de l'État membre de l'Union ?* op. cit., page 94.

<sup>1328</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., page 18.

<sup>1329</sup> Supra, *La révision des Traités en vue d'une politique commune de l'énergie*, pages 211 s.

<sup>1330</sup> Commission, *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, op. cit., page i.

<sup>1331</sup> *Ibidem*, page 8.

Jacques SANTER<sup>1332</sup>, n'a jamais cessé d'être conforté depuis les vingt années<sup>1333</sup> suivantes. Ainsi, ce manque d'autonomie financière de l'Union avait été largement développé sous la plume d'Aymeric POTTEAU, en particulier dans les termes suivants : « L'examen de l'étendue des compétences reconnues aux composantes de l'UE par les actes constitutifs a permis d'identifier deux capacités essentielles dont les organisations ont été privées par les EM et qui constituent ... des limites indépassables, sauf révision des traités, à leur autonomie financière. La première limite ... réside dans leur incapacité à créer en toute autonomie des recettes fiscales susceptibles de couvrir l'ensemble de leurs besoins. Les Communautés voient ainsi leur mode de financement fixé en réalité par les États membres. La seconde importante limite à l'autonomie financière des composantes de l'UE résulte de leur incapacité à user de la contrainte en vue de sauvegarder leurs intérêts financiers<sup>1334</sup>. » Il importe de rappeler que la thèse d'Aymeric POTTEAU était encore parée d'espoir sur l'avenir de l'Union puisque contemporaine des derniers préparatifs à ce qu'il était convenu d'appeler la « Constitution européenne ». Ce texte potentiellement fondateur étant passé de l'aube au crépuscule sans jamais voir le jour, les évolutions successives du droit primaire ont conservé toute sa fraîcheur à l'analyse, que l'on peut compléter ainsi : « en conservant, d'une part, l'unanimité dans la détermination des recettes, d'autre part, la nécessité d'une ratification par les États membres de la décision du Conseil sur le système des ressources propres de l'UE, le traité de Lisbonne a pris acte de l'extrême sensibilité que soulève la fixation des contributions des États membres au financement des politiques communes<sup>1335</sup>. » Le droit primaire sous l'empire du traité de Lisbonne verrouille donc la mise en place de nouvelles ressources propres<sup>1336</sup> de manière à ce qu'elle soit finalement aussi contraignante qu'une révision ordinaire des traités.

792. Il ressort de ces analyses que le principe d'un transfert de compétence fiscale à l'Union conditionne nécessairement son autonomie financière. En pratique, il s'agirait, comme « dans un bon nombre de systèmes fédéraux, » de « reconnaître aux deux niveaux de gouvernement le pouvoir d'imposer soit en accordant à chacun d'eux un pouvoir autonome en matière de création de recettes (concurrence des pouvoirs fiscaux), soit en délimitant strictement les sources de recettes appartenant à chaque niveau de gouvernement (délimitation des pouvoirs fiscaux)<sup>1337</sup>. » Compétence partagée d'un côté, compétence limitée de l'autre, les modalités de transfert de compétence fiscale à l'Union ne manquent pas et résulteront nécessairement d'un compromis entre les États membres. Cette réalisation constituera une avancée considérable dans le sens d'un fédéralisme de l'Union.

#### b. Le pas de géant vers le fédéralisme de l'Union

793. Investir l'Union d'une compétence en matière fiscale, au-delà de pourvoir à son autonomie financière, lui permettra de franchir une étape décisive vers le fédéralisme. Pour autant, il importe au préalable de rappeler que, en l'état du droit positif, l'Union fonctionne plutôt comme une organisation internationale que comme un État fédéral : « Les Communautés, en tant qu'organisations internationales, sont de toutes les manières régies par le principe de spécialité dont on entrevoit l'esprit notamment à l'article 5 TCE<sup>1338</sup>. » Cette situation de

<sup>1332</sup> Ayant succédé à la Commission Delors (1985-1995) et précédé la Commission Prodi (1999-2004), du 23 janvier 1995 au 15 mars 1999.

<sup>1333</sup> POTTEAU Aymeric, *Recherches sur l'autonomie financière de l'Union*, Thèse, Dalloz, 2004 ; DELONDÉS MOULIN Corinne, *Droit budgétaire de l'Union européenne*, L.G.D.J., 2011 ; SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit.

<sup>1334</sup> POTTEAU Aymeric, op. cit., page 170.

<sup>1335</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., page 10.

<sup>1336</sup> Selon Aymeric POTTEAU : « Il convient certes de nuancer ce constat en rappelant que, dans le cadre de la politique agricole commune notamment, la CE bénéficie de la compétence de créer en toute autonomie des taxes, du produit desquelles elle pourra bénéficier » op. cit, page 634.

<sup>1337</sup> *Ibidem*, page 130.

<sup>1338</sup> *Ibidem*, page 112.

principe de l'Union dans le droit international vient trouver un écho pratique assourdissant dans le contenu des ressources qui en constituent le financement principal : « L'UE est certes formellement financée par des ressources dites « propres » mais ses contribuables sont pour l'essentiel ses États membres, si bien que le financement de l'UE est comparable à celui des organisations internationales ou des confédérations<sup>1339</sup>. » Enfin, pour être complet et tenir le plus grand compte du principe de réalité quant à la situation actuelle de l'Union en matière de compétence fiscale, il est encore utile d'ajouter que « certains États membres<sup>1340</sup> sont opposés à la création de toute nouvelle ressource propre qui permettrait de revenir à l'esprit originel du financement du budget européen. Ceci montre... que l'UE est loin d'être un État fédéral, le consentement à l'impôt étant un des piliers de la citoyenneté et de la construction des démocraties modernes<sup>1341</sup>. » Autrement dit le premier contribuable de l'Union est l'État membre. Or ce dernier consent d'autant plus difficilement à l'impôt européen qu'il est contributeur net, contredisant ainsi de manière paradoxale le principe de solidarité qui préside à la fondation de l'Europe d'après-guerre. Ainsi, pour l'Union, gravir l'échelon de la compétence fiscale impose de s'affranchir de nombreuses pesanteurs au profit de la conviction qu'une Union fédérale accroîtra les possibilités offertes aux États membres en matière de finances publiques par synergie, effet de levier, économies d'échelle et taille critique. Au-delà du principe de l'entrée dans une Union que l'on pourrait qualifier de fédérale, la question du seuil quantitatif de qualification reste entière. Étant précisé que le budget de l'Union avoisine 1% du RNB pendant que le budget fédéral des États-Unis en représente environ 25%, un saut quantitatif apparaît ainsi nécessaire à la structuration du fédéralisme de l'Union : « le mode actuel de financement des Communautés limite plus que par le passé leur autonomie financière... désormais, les ressources propres sont strictement plafonnées et leur déplafonnement exige l'accord de tous les EM... On ajoutera que le plafond en vigueur fixé à 1,27% du P.N.B. des EM est très nettement en deçà de ce que représente en règle générale le budget des états fédéraux<sup>1342</sup>. » On peut interpréter cette limitation expresse et drastique du niveau maximal de prélèvement par l'Union comme la manifestation du domaine réservé de la fiscalité aux états membres. En l'état actuel, l'Union ne serait alors pas seulement en situation de dépendance vis-à-vis des états membres mais une simple dépendance de ces derniers, ce que confirme le niveau de budget envisagé à l'amorce des négociations sur le cadre financier pluriannuel 2021-2027 : « la Commission propose un cadre financier pluriannuel de 1 279 000 000 000 EUR en engagements sur la période 2021-2027, soit 1,114 % du revenu national brut de l'EU-27, ce qui est comparable à la taille du cadre financier pluriannuel actuel en termes réels<sup>1343</sup>... » Quarante années plus tôt, une estimation quantitative sérieuse de budget fédéral de l'Union, autrement dit capable de répondre aux trois fonctions de MUSGRAVE – production de biens et services publics, redistribution, stabilisation – avait pourtant été réalisée et s'avérait nettement supérieure à la dotation actuelle. Ainsi, « le rapport MACDOUGALL<sup>1344</sup> concluait que le budget européen devait être doté d'une fonction de redistribution importante à travers des politiques structurelles, cycliques, d'emploi et régionales pour compenser le fait que l'intégration économique bénéficiait de manière disproportionnée aux régions les plus riches. Le budget

<sup>1339</sup> *Ibidem*, page 634.

<sup>1340</sup> Les contributeurs nets tels que l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suède.

<sup>1341</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., page 21.

<sup>1342</sup> POTTEAU Aymeric, op. cit., page 229.

<sup>1343</sup> COM(2018) 321 final, *Un budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend*, op. cit., page 26.

<sup>1344</sup> MACDOUGALL, *Report of the Study Group on the Role of Public Finance in European Integration*, Office of Official Publications of the European Community, Volume 1, April 1977. Précisément, le rapport indiquait page 70: "Total civil expenditure might then range from 5 to 78% of GDPAGE Including Defence, total public expenditure would amount to 7 ½ to 10% GDPAGE "

d'une union plus étroite devait, selon ce rapport, atteindre 5 à 7% du PIB de manière à pouvoir asseoir ses fonctions de stabilisation et de redistribution<sup>1345</sup>. » On peut évidemment arguer du fait que la situation de l'Europe et de son budget ne sont plus comparables à quatre décennies d'écart, qu'il s'agisse de la considération du nombre d'États membres la constituant ou de la taille notamment économique de l'ensemble. Pour autant, les exigences budgétaires sur le plan quantitatif aux fins de basculer vers une Union fédérale demeurent probablement et plus particulièrement en termes de proportions. Une preuve en est que le budget actuel de l'Union ne permet pas de satisfaire aux trois fonctions de MUSGRAVE<sup>1346</sup>.

## 2. La délimitation du transfert de compétence fiscale à l'Union

794. Dans l'hypothèse, certes peu probable, où l'Union serait investie d'une compétence de la compétence en matière fiscale, il est certain que les États membres auront nécessairement établi des limites au transfert de cette compétence à laquelle ils sont particulièrement attachés. En effet, si ce transfert de compétence devait être absolu, plein et entier au profit de l'Union, alors l'intérêt de l'État membre serait totalement dissout – ou intégré selon l'angle de vue – dans l'intérêt de l'Union. Ainsi, la devise de l'Union « unis dans la diversité » doit rester caractéristique de la singularité de l'Union contenant ses États membres tout en dépassant leur portée locale au profit d'une dimension supranationale. C'est la raison pour laquelle la délimitation du transfert de compétence fiscale de l'Union s'opère dans le souci de préserver aux États membres leur domaine réservé, tant sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif.

Il en résulte un nécessaire plafonnement quantitatif du transfert de compétence fiscale en faveur de l'Union (a) auquel doit se combiner une détermination limitative des impôts auxquels l'Union pourrait avoir recours (b).

### a. Le plafonnement quantitatif du transfert de compétence fiscale

795. D'un point de vue quantitatif, afin de favoriser le consentement du citoyen de l'Union à l'impôt européen, le niveau global des prélèvements obligatoires devrait être limité à raison du montant prélevé à l'échelle combinée de l'État membre et de l'Union. On peut dès lors se demander si cette règle du jeu à somme nulle entre prélèvements obligatoires des États membres et de l'Union apporte réellement de la valeur pour le citoyen et pour l'Union. Ce jeu de vases communicants constitue-t-il une simple modification de répartition de l'impôt ? Qu'il soit permis de penser que non à la lumière des développements sur la valeur ajoutée européenne. Cette nouvelle répartition constituerait bien plus un changement majeur de paradigme en faveur d'une plus grande visibilité de l'Union pour le citoyen. Ce serait l'occasion pour l'Union de démontrer son efficacité et d'affirmer sa légitimité auprès du citoyen en application de la logique « faire mieux plutôt que plus<sup>1347</sup> ». Sur le plan de sa mise en œuvre, il convient de garder à l'esprit que l'indifférence ou la résignation feinte peuvent servir de véhicule à une réforme d'ampleur lorsqu'il existe – et c'est systématiquement le cas – plusieurs parties prenantes à la cause : « la première vertu des règles est d'abord, précisément, d'abaisser le niveau de volonté et de courage exigé des acteurs... à cet égard, le fait que des règles contraignantes existent, imposées par l'Union européenne, et qu'elles s'imposent à tous est finalement une protection, non seulement pour les finances publiques et, du coup, pour le contribuable, mais également pour les gouvernements eux-mêmes, qui, bien qu'ils puissent dénoncer l'injustice ou la rigueur de la règle, peuvent quand même dire : « ce n'est pas de notre

<sup>1345</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., page 27.

<sup>1346</sup> *Ibidem*, page 26.

<sup>1347</sup> *Ibidem*, page 292.

faute, il nous faut bien respecter les règles<sup>1348</sup>. » L'apathie rationnelle des gouvernants d'États membres à l'égard du droit de l'Union décrite par cet éminent constitutionnaliste apparaît parfaitement transposable au citoyen européen dans l'hypothèse décrite de jeu à somme nulle d'impôts issus des États membres et de l'Union. Si seule la répartition entre ces deux émetteurs devait être modifiée sans que le niveau global d'imposition n'en soit affecté, alors l'acceptabilité de la compétence fiscale de l'Union pourrait être assurée auprès des citoyens.

#### b. La délimitation qualitative du transfert de compétence fiscale

796. Sur le plan qualitatif, la délimitation du transfert de compétence de l'Union s'avère tout aussi sensible tant à l'égard du domaine réservé des États membres en matière fiscale que de l'impact positif recherché auprès des citoyens de l'Union par le transfert de cette compétence fiscale à l'Union. En vérité, le second emportera l'adhésion du premier. De sorte que le consentement à l'impôt européen devrait être affirmé de la manière la plus démocratique possible. Il en résulte la nécessité de consulter directement les citoyens européens sans l'intermédiation de leurs représentants du Parlement dont les pouvoirs sont, en l'état du droit positif, insuffisants pour agir à ce niveau : « L'absence d'autonomie financière provenant de la faible part des ressources propres réelles dans le financement du budget est tenue responsable des diverses lacunes du système actuel... le contrôle démocratique est amenuisé par l'absence de relation directe entre les citoyens et les taxes versées au budget de l'Union européenne<sup>1349</sup>. » Autrement dit, la voie du référendum à l'échelle de l'Union devrait être privilégiée. La question pourrait par exemple être formulée de la manière suivante : « Consentez-vous à la mise en place d'un impôt européen conforme aux objectifs de développement durable en remplacement de 3 à 5% de votre impôt national actuel ? » Ainsi que l'article 14 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen en dispose : « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée. »
797. Pour qu'un impôt ou une catégorie d'impôt soit retenu au niveau de l'Union, il s'agirait de satisfaire tant le principe de valeur ajoutée européenne que celui de subsidiarité. D'une manière assez classique, le choix pourrait dès lors s'opérer parmi les impôts directs et les impôts indirects à la lumière de ces deux déterminants de la sélection. Ceci tout en ne perdant pas de vue le fait que le choix décisif de l'impôt européen idoine reposerait sur le « critère qui se rapporte aux liens avec les politiques communes » de sorte « que les nouvelles ressources propres soient celles qui sont conformes aux autres objectifs de l'UE<sup>1350</sup>. »

En considération de ces principes et critères, il s'avère donc nettement plus difficile de délimiter le transfert de compétence fiscale à l'Union sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif. Il s'agit alors de se laisser l'opportunité d'explorer les voies inattendues de réflexion sur la question fiscale, en particulier sur le seuil de tolérance du citoyen à l'impôt, dont le miroir gouvernemental réside dans le degré de conviction de l'intérêt d'un État interventionniste : « La thèse de la crise fiscale est ambiguë, voire douteuse... la hausse des prélèvements obligatoires... liée pour une large part à l'explosion des dépenses sociales, n'a pas jusqu'ici conduit les grands États à la faillite... L'avenir de l'État-

<sup>1348</sup> CARCASSONNE Guy in *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?* op. cit., page 66.

<sup>1349</sup> Commission, COM(1998) 560 final, *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, op. cit., page 9.

<sup>1350</sup> *Ibidem*, page 3.



Providence est surtout un problème sociologique et politique [pas économique]<sup>1351</sup>». Il s'agit encore de ne pas se priver de certaines potentialités de l'impôt européen non encore identifiées, soit par la singularité de l'opération en cause, soit par sa nouveauté. On peut ainsi penser à la recherche d'harmonisation fiscale ou encore à la mise en place d'une taxe sur les transactions financières, respectivement, dont l'étude est à suivre.

## B. L'harmonisation fiscale par le haut à l'échelle de l'Union

798. C'est en ces termes que Jean-Marc SOREL concluait le colloque dédié à la question de la souveraineté budgétaire pour les États : « l'étape suivante – qui n'a pas encore été franchie et ne le sera pas dans un avenir proche –, celle qui aurait sans doute pu être considérée comme une véritable révolution économique, à défaut d'être juridique, est celle de l'harmonisation fiscale<sup>1352</sup>. » Malgré la pertinence de l'analyse dans la mesure où il pouvait effectivement s'agir de l'hypothèse la plus probable, celle-ci n'était toujours pas vérifiée en 2018. Vingt années plus tôt, la Commission présentait déjà, sans avoir le pouvoir de la mettre en place, l'harmonisation fiscale comme un puissant facteur de consentement du contribuable européen à l'impôt : « Pour éviter les distorsions et accroître l'acceptabilité de l'impôt, sa perception devrait reposer sur une base harmonisée<sup>1353</sup>. » Plus que le constat, c'est donc le remède qui se trouve ici identifié de manière constante. Ceci pour éviter qu'au sein de l'Union, à l'échelle des États membres, les personnes morales voire physiques puissent passer du forum shopping à la concurrence fiscale dommageable. Ceci alors que les directives d'harmonisation ont pour « but d'éliminer des obstacles fiscaux structurels aux échanges<sup>1354</sup>. » *A contrario*, le choix par un État membre d'un taux d'imposition relativement plus faible a pour effet de le rendre plus attractif pour les contribuables mobiles dont la fiscalité est d'abord vue comme un coût à minimiser au regard du rendement exigé ou de l'économie à réaliser plutôt que comme une contribution aux biens et services publics du pays hôte ou à la redistribution en vue de maintenir ou de rétablir une certaine justice sociale.

Atteindre cette justice sociale par la voie de l'harmonisation fiscale à l'échelle de l'Union peut s'envisager sous l'angle de l'impôt direct (1) comme de l'impôt indirect (2).

### 1. L'harmonisation fiscale en matière d'impôt direct

799. Avec respect pour les travaux successifs des Commissions sur le sujet, on peut envisager les notions de visibilité<sup>1355</sup>, de transparence ou encore de lien direct avec le citoyen de l'Union, essentielles à son adhésion au projet européen et au développement d'un sentiment d'appartenance qui dépasse les frontières de l'État membre qui l'accueille, sous le prisme de la fiscalité durable. En effet, force est de constater, ainsi que l'écrit Stéphane SAUREL que « l'acceptabilité politique d'un impôt européen semble aujourd'hui faible... Contrairement à la monnaie unique, l'impôt ne saurait constituer une finalité et n'a de sens que s'il sert un projet collectif d'approfondissement de la construction européenne emportant une large adhésion. Une réforme de cette nature ne peut être acceptée par les citoyens que s'ils ont la garantie qu'elle peut être conduite à niveaux de dépenses publiques et de prélèvements obligatoires constants<sup>1356</sup>. » Face à cette analyse aussi juste

<sup>1351</sup> LEROY Marc, *Idéologie de la contrainte et performance budgétaire*, in *Les réformes des finances publiques, enjeux politiques et gestionnaires*, op. cit., pages 29-30.

<sup>1352</sup> SOREL Jean-Marc, *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?* op. cit., page 197.

<sup>1353</sup> Commission, *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, op. cit., annexe 2, page 3.

<sup>1354</sup> BERLIN Dominique, *Synthèse Droit fiscal de l'Union européenne*, LexisNexis, 31 Décembre 2017, §3.

<sup>1355</sup> *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, op. cit.

<sup>1356</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, op. cit., pages 37-38.

que cruelle au regard de l'avenir des finances de l'Union, il est permis d'adopter une approche optimiste en considérant satisfaite la condition de constance des dépenses publiques et prélèvements obligatoires.

800. L'impôt direct présente cet intérêt qu'il vise l'assujetti en personne. Ce dernier ne peut dès lors ignorer son propre consentement à l'impôt par sa démarche volontaire de déclaration, parfois, puis de paiement, toujours. Pour autant, en matière d'harmonisation fiscale à l'échelle de l'Union, il est nécessaire de distinguer l'impôt direct sur le revenu des personnes physiques de l'impôt direct sur le revenu des personnes morales. Dans le premier cas, le constat fait par la Commission en 1998 d'une « population active très peu mobile » conserve toute sa fraîcheur de sorte qu'« aucune externalité ne justifie l'affectation de l'impôt sur les personnes physiques à un niveau d'autorité supérieur<sup>1357</sup>. » Absence de valeur ajoutée européenne et inapplicabilité corrélative du principe de subsidiarité : il ne paraît donc pas utile de concentrer les efforts sur l'harmonisation fiscale en matière d'impôt direct sur le revenu des personnes physiques, quand bien même des campagnes de séduction fiscale ciblées soient déployées par certains États membres au profit de populations spécifiques<sup>1358</sup>.
801. Il en est tout autrement à l'égard des personnes morales, en particulier des sociétés multinationales voire transnationales – capables de déployer le même modèle économique indépendamment de l'État hôte – dont la très forte mobilité des capitaux et légèrement moindre liberté d'établissement permettent de se hisser au premier rang du jeu de la concurrence fiscale entre États membres. Ainsi, la mise en place par l'Irlande d'un ruling en faveur de la société Apple a eu pour effet d'affecter la liberté de circulation des capitaux entre États membres en créant une distorsion de concurrence fiscale entre eux dont la base juridique est dépourvue de licéité. En effet, ainsi que la DG concurrence a pu l'analyser dans sa décision<sup>1359</sup> du 30 août 2016, ce type de pratique est constitutif d'une aide d'État prohibée au visa de l'article 107§1 TFUE. Dans un tel contexte de concurrence fiscale dommageable entre États membres accentuée par les conséquences de la crise financière, la mise en place d'une assiette commune d'impôt sur les sociétés à l'échelle de l'Union apparaît éminemment pourvue de sens. On peut toutefois douter que la justification de la Commission en date de 1998 selon laquelle « l'élaboration d'un régime d'impôt sur les sociétés au niveau de l'UE serait cohérente avec la conception de la Commission qui considère que les impôts sur le travail devraient être remplacés par des impôts sur les sociétés afin de promouvoir l'emploi<sup>1360</sup> » soit encore d'actualité en 2019. Pour autant, la Commission a proposé le 21 mars 2018 deux directives<sup>1361</sup> visant à assujettir les entreprises numériques à une taxation européenne. En particulier, l'introduction de la taxe

<sup>1357</sup> *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, Annexe 2, page 19, op. cit.

<sup>1358</sup> En situation de rente issue du travail ou du capital.

<sup>1359</sup> Décision (UE) 2017/1083 de la Commission du 30 août 2016 concernant l'aide d'État SA.38373 (2014/C) octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple, JOUE L187/1 s. L'Irlande n'ayant pas récupéré les aides d'État indûment perçues par Apple au regard du droit de l'Union, cet État membre a été assigné devant la CJUE le 4 octobre 2017 par la Commission sans pour autant que l'Union ne puisse se substituer à l'Irlande dans le recouvrement de cette condamnation, dont l'effectivité reste donc malheureusement hypothétique à ce stade. Le même jour, une nouvelle décision de condamnation sur le fondement des aides d'État était prononcée cette fois à l'encontre d'Amazon, mettant en cause les pratiques fiscales du Luxembourg, voir Décision 2018/859 de la Commission du 4 octobre 2017 concernant l'aide d'État SA.38944 (2014/C) mise à exécution par le Luxembourg en faveur d'Amazon.

<sup>1360</sup> *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, annexe 2, page 15, op. cit.

<sup>1361</sup> Proposition de directive énonçant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, COM(2018) 147 final, 2018/0072(CNS); Proposition de directive concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, COM(2018) 148 final, 2018/0073(CNS).

GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) constituerait un large progrès, autant matériel que symbolique, dans la poursuite de l'objectif de justice fiscale à l'échelle de l'Union. Les multiples voltefaces et l'écoulement du temps démontrent toutefois la difficulté de parvenir à un consensus<sup>1362</sup>. Il en résulte la volonté de mise en place de telles taxes sur le numérique à l'échelon simplement national, notamment en France par la Loi n°2018-1213 du 24 décembre 2018 portant mesures d'urgences économiques et sociales où ce type de taxe est évoqué pour financer une partie de ces mesures, sous condition suspensive de l'obtention d'un accord à l'échelle de l'Union.

802. En revanche, quant à ses grandes modalités, on peut reprendre à bon compte les options envisagées jadis : « les recettes tirées de l'impôt sur les sociétés constituent une composante importante des recettes budgétaires nationales et que, dans les fédérations, soit les recettes de ce type sont réparties entre les différents niveaux d'autorité, soit ces derniers imposent leur propre impôt sur les sociétés<sup>1363</sup>. » Enfin, sur le plan de la justice fiscale, que l'on pourrait définir par rapport à la justice sociale comme les préférences étatiques manifestées en termes d'investissements dans les biens et services publics, de politique de redistribution et de mesures de stabilisation économique, le choix de l'impôt sur les sociétés apparaît doublement approprié. D'une part, il s'agit d'un impôt direct réputé plus juste par nature puisque frappant des personnes à raison de leur activité. Étant précisé que dans ce cas particulier les assujettis sont certes des personnes morales, fictions juridiques conçues pour accueillir et structurer l'entreprise, mais dont le résultat imposable sera représentatif de l'activité économique en cause. D'autre part, il s'agit d'un impôt dont le régime traverse l'ensemble des États membres indépendamment des taux et des exceptions pratiqués par certains. Cette forme de corrélation universelle à l'activité économique de l'impôt sur les sociétés permet au citoyen de l'Union d'en percevoir la justesse au sein d'une économie de marché, mais aussi la pertinence en cas d'harmonisation par le haut à l'échelle de l'Union dans un but redistributif, donc la justice fiscale. Il en est autrement pour l'harmonisation fiscale en matière de TVA, sans pour autant que cette voie ne soit dénuée d'intérêt.

## 2. L'harmonisation fiscale en matière de TVA

803. Contrairement à l'idée d'une assiette commune d'impôt sur les sociétés, voire d'un taux commun, l'impôt indirect ne laisse pas présumer de justice fiscale par sa nature même. Il pourrait donc être écarté *a priori* du débat sur l'intégration au niveau de l'Union de cette typologie d'impôts. Ce n'est donc pas sous l'angle de la visibilité pour le citoyen de l'Union qu'il convient de l'envisager, mais plutôt à la lumière des ressources propres supplémentaires que la taxe sur la valeur ajoutée suggère. Ainsi, l'idée d'un impôt indolore constituait un oxymore jusqu'à la création de la taxe sur la valeur ajoutée. Maurice Lauré a ainsi eu l'idée géniale d'intégrer l'impôt sur la valeur ajoutée dans le prix des biens de consommation avec un système de déductions successives au fur et à mesure de l'avancement dans la chaîne de valeur jusqu'au consommateur final. De surcroît, la TVA a le mérite de faire du vendeur le perceuteur à titre gratuit des finances publiques. D'indolore, la TVA en devint quasiment invisible aux yeux du contribuable, étant précisé que « le fait que les services financiers échappent à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) pourrait expliquer la croissance disproportionnée de ce secteur ces quelques dernières années<sup>1364</sup>. » Ainsi, en considération de la taille de son assiette et du nombre de ses

<sup>1362</sup> Rapport du 5 décembre 2018 sur la proposition de directive du 21 mars 2018 énonçant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, COM(2018) 147 final, 2018/0072(CNS), DARIUSZ Rosati (rapporteur), A8-0426/2018.

<sup>1363</sup> *Ibidem*, page 13 ; voir aussi, plus récemment : Commission, Communication du 17 juin 2015, *Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne : cinq domaines d'action prioritaires*, COM (2015) 302 final.

<sup>1364</sup> GOTTlieb Geoff, IMPAVIDO Gregorio, IVANOVA Anna, *Taxer la finance ?* in Finance et développement, FMI,

assujettis, la TVA mérite évidemment la plus grande attention dans l'hypothèse d'une harmonisation fiscale par le haut à l'échelle de l'Union, susceptible de générer des revenus supplémentaires de grande ampleur pour l'Union. Cette voie avait déjà été explorée avec intérêt en 1998 : « plusieurs possibilités de nouvelles ressources propres mais qu'une seule serait envisageable de manière réaliste à moyen terme... Il s'agit d'une ressource TVA modifiée qui ne correspondrait cependant pas entièrement au critère de l'équité<sup>1365</sup>. »

804. Comment en particulier pourrait se réaliser cette harmonisation fiscale en matière de TVA ? S'agissant d'un impôt sur la consommation, on pourrait en premier lieu imaginer la fixation d'un taux médian, juste sur le plan statistique puisque représentant un équilibre entre les États membres qui dépassent ce taux médian et ceux qui ne l'atteignent pas. Dans le même ordre d'idée, une proposition de directive<sup>1366</sup> du 18 janvier 2018 fixant le taux normal de TVA à 15% est à l'étude. En second lieu, il y aurait lieu de compléter ce taux médian par la limitation progressive de l'amplitude de taux permise aux États membres, indépendamment des dérogations existant pour appliquer un taux réduit à certains biens et services. Ainsi, d'une tolérance de cinq points au lancement de l'initiative, on arriverait à trois points dans le régime de croisière, par exemple à l'issue d'un délai de cinq années.
805. Cette section a présenté dans un cadre largement prospectif certaines voies d'amélioration du budget de l'Union dans la perspective de l'affirmation de son intérêt à la mesure de l'objectif affiché de développement durable inscrit dans le droit primaire. Ce n'est pas simplement la durabilité environnementale qui est ici visée mais encore la durabilité au sens littéral, la pérennité de l'Union en tant qu'entité supranationale dont la manifestation de souveraineté, donc d'existence sur la scène internationale, dépend largement des États membres qui l'ont fondée puis qui y ont adhéré. À ce titre, la fiscalité constitue un marqueur fort de la souveraineté de l'entité qui le met en place. Cette souveraineté trouve sa traduction juridique dans la notion de compétence, et plus particulièrement dans le principe d'un transfert de compétence fiscale des États membres à l'Union. On ne peut dès lors que constater le déséquilibre en la matière entre l'État membre qui prélève entre 40 et 50% et l'Union qui se contente de 1% du PNB. Dans ce contexte, l'accroissement des ressources propres de l'Union n'est plus une question, mais une condition de l'affirmation non seulement de l'utilité mais aussi de la nécessité de l'Union. C'est dans cette perspective qu'il importe désormais d'envisager la fiscalité durable de l'Union sur les flux de capitaux.

---

Septembre 2012, page 45.

<sup>1365</sup> *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, synopsis, page i, op. cit.

<sup>1366</sup> COM(2018) 20 final, Proposition de directive du conseil modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne les taux de taxe sur la valeur ajoutée {SWD(2018) 7 final} – {SWD(2018) 7 final}.

## Section 2 : Les voies de la fiscalité durable à l'échelle de l'Union

806. Avec une grande acuité, le rapport LANDAU définit la fiscalité sous un angle téléologique puis fonctionnel, recherchant « un équilibre entre efficacité économique et équité sociale » et s'assignant « plusieurs objectifs : corriger les externalités négatives générées par certaines activités économiques (c'est l'objet des taxes environnementales) ; moraliser la vie internationale (dont s'inspirent les propositions de taxes sur les ventes d'armes) ; redistribuer les revenus et lutter contre les inégalités (ce que font, à des degrés divers, les systèmes fiscaux nationaux) ; enfin, financer des dépenses publiques définies en commun<sup>1367</sup>. » Si l'on combine cette analyse de la fiscalité avec les dispositions<sup>1368</sup> du droit primaire de l'Union relatives au développement durable, visées à l'article 3§3 et 3§5 TUE, à l'article 11 TFUE ou encore à l'article 37 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la mise en œuvre d'une fiscalité durable apparaît dès lors doublement vertueuse. D'une part, il s'agit classiquement de corriger les déséquilibres économiques et sociaux résultant des revenus primaires à l'aide d'une redistribution de revenus secondaires. D'autre part, il s'agit de corriger les déséquilibres environnementaux résultant de l'activité humaine par l'investissement dans les biens et services publics répondant aux objectifs de développement durable. Pour autant, le recours à l'expression « finance durable » peut apparaître au mieux déceptif, sinon antiphrastique. En effet, on peut qualifier la finance durable d'oxymore du fait du caractère irrépressible de « la tension entre la recherche de profits à court terme et la nécessité d'un investissement à long terme en vue de réaliser les objectifs environnementaux, sociaux et de gouvernance<sup>1369</sup>... ». La finance durable recouvre ainsi tous les instruments financiers actuels et à venir dirigés vers des investissements répondant aux objectifs de développement durable. Pour autant, la logique de rendement sous-jacente à tout investissement sur un marché financier demeure, de sorte que l'on peut valablement s'interroger sur l'objectif recherché par l'investisseur à titre principal. Dans ces conditions, il semble plus opportun d'envisager la fiscalité durable dont la compatibilité avec les objectifs de développement durable semble nettement plus cohérente. En effet, par sa nature étatique, la fiscalité durable sera décorrélée de la logique marchande sous-jacente à la finance durable. Ainsi, il ne sera pas nécessaire « de calculer l'incidence des investissements sur les objectifs ESG<sup>1370</sup> » puisque la fiscalité durable constituera une source directe de financement de biens et services publics conformes aux objectifs de développement durable sans attendre d'autre retour sur investissement que le bien commun. Entrave par nature au libre-échange en vue de la protection de la nature, le protectionnisme durable ne peut qu'être exercé par une entité souveraine supranationale compte tenu des enjeux planétaires. Deux hypothèses se dessinent alors en matière fiscale. D'une part, il est permis de se concentrer sur la taxation des opérations à l'origine des flux de capitaux. C'est la raison pour laquelle, en l'absence actuelle de véritable impôt européen, l'hypothèse d'une fiscalité durable par la taxation des transactions financières mérite en premier lieu toute l'attention (§1). D'autre part, il importe également de se pencher sur la taxation des activités à l'origine des flux de capitaux. Ce qui permettra, en second lieu, d'envisager l'assujettissement des générateurs de risques à la fiscalité durable (§2).

---

<sup>1367</sup> LANDAU (Prés.), *Les nouvelles contributions financières internationales*, rapport au Président de la République, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2004, page 13.

<sup>1368</sup> En droit français, le troisième considérant de la charte de l'environnement de 2004 à valeur constitutionnelle, dispose quant à lui que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ».

<sup>1369</sup> Parlement européen, P8\_TA-PROV(2018)0215, *Finance durable*, résolution du 29 mai 2018 sur la finance durable, (2018/2007(INI)), page 1.

<sup>1370</sup> *Ibidem*, page 7.

## §1 : L'hypothèse d'une fiscalité durable par la taxation des transactions financières

807. La mise en œuvre d'une fiscalité durable à l'échelle de l'Union nécessite l'exploration de voies de prélèvement obligatoire à potentiel de contribution significatif. À cet égard, les ressources propres à large spectre telles que le seigneurage et la taxation des transactions financières suscitent l'intérêt. Pour ce qui concerne le seigneurage, autrement dit le fait pour une banque centrale de se rémunérer sur l'émission de la monnaie comme c'est déjà le cas de manière indirecte pour la BCE, ce type de prélèvement présente des avantages indéniables : « le seigneurage en tant que ressource propre serait simple à gérer, sans lourdeurs administratives, et ne ferait l'objet ni de fraude ni d'évasion<sup>1371</sup>... » Pour autant, on retiendra que « le principal inconvénient du seigneurage est son manque de visibilité pour les contribuables<sup>1372</sup>. » Ce dernier aspect du seigneurage échoue ainsi à convaincre de son adéquation avec la fiscalité durable dont on attend que, sur plan symbolique, elle atteigne le citoyen non pas nécessairement de façon directe par le prélèvement, mais *a minima* par le sentiment. Ce à quoi répond plus manifestement la taxation des transactions financières à laquelle le citoyen peut se rattacher plus aisément dans la mesure où il est plus entendable d'aller chercher des contributions, modestes en proportion, là où se situent les meilleurs rendements attendus : auprès des marchés financiers. C'est la raison pour laquelle l'approche de la fiscalité durable par le prélèvement sur les flux de capitaux apparaît pertinente dans la mesure où elle satisfait deux objectifs complémentaires. D'une part, l'action de régulation du libre-échange et en particulier de la libre circulation des capitaux trouve ici à s'appliquer dans le respect de la typologie de l'exception protectionniste : moyen de défense légitime mis en œuvre par l'Union de manière unilatérale, régulateur antagoniste du libre-échange. D'autre part, les flux de capitaux sont les facteurs de production les plus mobiles. Il est donc en principe plus simple d'opérer une taxation sur ce type de flux, notamment au niveau des marchés financiers par lesquels ils transitent et au sein desquels les transactions sont nécessairement enregistrées. Pour toutes ces raisons, l'hypothèse d'une fiscalité durable sera d'abord envisagée sous l'angle de la taxation des transactions financières. Pour ce faire, il s'agira d'étudier en premier lieu comment la taxation des transactions financières est susceptible de se mettre au service de l'investissement durable (A), tout en ne négligeant pas la complexité de cette fiscalité (B).

### A. La taxation des transactions financières au service de l'investissement durable

808. Contribuer au développement durable nécessite de trouver des ressources dont la teneur et l'ampleur permettent de pourvoir aux objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Le caractère transversal de ces objectifs renvoie dès lors à une contribution tout aussi large dans la cible qu'elle adresse. Le phénomène de financiarisation de l'économie à l'échelle mondiale répond à ce critère. C'est la raison pour laquelle la taxation des transactions financières apparaît pertinente en son principe. Elle constituerait alors une manifestation fiscale du protectionnisme, entrave à la libre circulation des capitaux, mise au service de l'investissement dans les biens et services publics répondant aux objectifs de développement durable définis dans le droit primaire. Ainsi, plus qu'à des fins de lutte contre la spéculation ou la volatilité des marchés financiers, la finalité de la taxation des transactions financières se situe d'abord dans la fonction essentielle de redistribution (1). Il s'agira ensuite de se pencher sur le niveau pertinent, ou réalisable en pratique, auquel ce projet de taxation des transactions financières doit être mis en œuvre (2).

<sup>1371</sup> *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, annexe 2, page 24, op. cit.

<sup>1372</sup> *Ibidem*.

## 1. L'enjeu de redistribution de la taxation des transactions financières

**809.** La justice fiscale et, par là-même, le consentement à l'impôt, donc le « sentiment d'appartenance<sup>1373</sup> » du citoyen à une entité souveraine, repose d'abord sur la fonction de redistribution propice à la réduction des inégalités, qu'il convient absolument de ne pas confondre avec l'abolition de ces inégalités. En effet, plus que la production de biens et services publics à vocation universalisante à l'échelle de l'entité souveraine qui la met en œuvre, la fonction de redistribution touche l'individu directement, ce qu'il est mesure de reconnaître, légitimant ainsi le prélèvement obligatoire. Or il s'avère que le phénomène de globalisation dans lequel nous nous inscrivons constitue une source significative d'érosion de cette logique de redistribution **(a)**, dans laquelle la taxation des transactions financières pourrait servir de source de rééquilibrage **(b)**.

### a. La globalisation, source d'érosion de la logique de redistribution

**810.** La logique de redistribution, instrument de justice fiscale vertueux par nature, se trouve largement menacée par la globalisation<sup>1374</sup>, entendue comme l'aspiration à un marché unique mondial par la voie du libre-échange. En effet, ainsi que l'on peut le lire dans la recherche économique<sup>1375</sup> à destination des investisseurs, « les politiques redistributives ... passent nécessairement par une taxation assez forte du capital et du travail qualifié. » Or il est également constaté que « la globalisation économique et financière a augmenté la mobilité de la production de biens et services entre les pays, donc a augmenté la mobilité des facteurs mobiles de production : capital, travail qualifié. » De sorte que « Inexorablement, la globalisation fait disparaître les politiques redistributives... » Il convient de préciser utilement que la mobilité du capital dépasse très largement celle du travail, même qualifié, pour au moins deux séries de raisons. La première réside dans le fait qu'il n'existe aucun frein juridique à la libre circulation des capitaux qui, rappelons-le, est affirmée erga omnes, autrement dit à l'échelle mondiale, au visa de l'article 63§1 TFUE. L'intégration négative ayant atteint son paroxysme avec cette liberté de circulation des capitaux sans frontières ni restriction aucune, le facteur travail ne peut donc qu'être moins mobile. Ceci est d'autant plus vérifié que la mobilité du capital se trouve encore facilitée par l'avantage technologique lié à sa circulation quasiment instantanée d'une place financière à l'autre par le truchement du trading à haute fréquence. Cette seconde raison aura fini de convaincre du rôle prépondérant de la mobilité du capital dans l'érosion, pour ne pas dire la menace de disparition, de la fonction de redistribution, tout simplement remise en cause par l'objectif de globalisation des échanges. Ainsi, alors que la fonction de redistribution a pour objectif de répartir les revenus primaires de manière plus juste en recherchant une réduction des inégalités notamment fondée sur la valeur républicaine d'égalité, la globalisation tend à les accroître en recherchant la maximisation et la concentration des revenus primaires par l'accumulation du capital en vue du meilleur rendement possible, dans l'expression la plus pure du capitalisme. Quarante années plus tôt, un espoir était encore permis pour doter le budget de l'Union de cette fonction de redistribution : « In order for this budget model to be capable of sustaining an economic and monetary union, the transfers and expenditures under the budget equalization mechanism for 'social and welfare services' and 'economic services' would have to be not only strongly redistributive, but also capable of a sensitive and large-scale response to

<sup>1373</sup> MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruylant 2016, page 727.

<sup>1374</sup> La mondialisation présente un champ d'application matériel plus large, étendu aux idées, à la culture, la recherche...tout en partageant avec la globalisation son fondement libéral et le champ d'application géographique mondial.

<sup>1375</sup> ARTUS Patrick, NATIXIS, *Flash Économie*, 3 juillet 2018, 781.

short-term changes in the economic fortunes of regions and states<sup>1376</sup>.” On peut regretter qu’il n’ait pas été tenu compte des recommandations de ce rapport dans la mesure où l’on constate encore en 2019 que « l’Union n’est assurément pas équipée pour conduire des politiques de redistribution en direction des individus<sup>1377</sup>. »

#### b. La taxe sur les transactions financières, source de rééquilibrage

811. Selon certains économistes du FMI, la taxation des transactions financières « permettrait au secteur financier de contribuer à la réduction des déficits budgétaires et de la dette publique, tout en décourageant les transactions qui n’aident pas à améliorer l’efficacité des marchés financiers<sup>1378</sup>. » Double effet vertueux, donc, le premier en faveur du financement de l’action publique, le second à l’encontre de la financiarisation de l’économie. Ce rééquilibrage souhaitable de la globalisation que permettrait pour partie la taxation des transactions financières doit se lire à l’aune de la fonction de redistribution qu’elle pourra raviver par l’apport de nouvelles ressources à l’action publique. Ainsi, la logique s’inscrit utilement à rebours de la tendance actuelle qui consiste à rechercher une réduction des dépenses publiques plutôt que de la dette publique dans la mesure où « Chercher à diminuer les dépenses publiques dans le but de réduire la taille de la dette publique c’est donc remettre en cause cette fonction de redistribution de l’État...Ce n’est pas tant la réduction de la dette qui pose problème, mais plutôt l’impératif de la réduction des dépenses<sup>1379</sup>. » Si l’on s’intéresse maintenant un peu plus à la technique et par comparaison avec le droit de timbre d’ores et déjà applicable au Royaume-Uni sur les transactions de valeurs mobilières, la mise en œuvre d’une taxation des transactions financières dont le champ d’application matériel et géographique seraient nettement plus étendus n’en paraît pas pour autant rédhitoire : « The originally proposed EU FTT was applicable to other non-participating member countries and to third countries if they were counterparty to financial transaction trading in an FTT jurisdiction. Equity issuance is already relatively more costly than debt issuance due to the tax deductibility of interest, but not dividend payments, and UK-style stamp duty adds to the cost of selling equities. Nevertheless, we might support a suitably low stamp duty as a revenue raiser whose major benefit might be to serve as a ‘Tobin Tax’ (Tobin, 1978) discouraging wasteful over-trading of shares and ‘short termism’ by throwing ‘sand in the wheels’ of the stock market<sup>1380</sup>... » L’emploi appuyé du conditionnel dans cette dernière appréciation des effets positifs de la taxation des transactions financières laisse toutefois penser qu’un doute subsiste quant à la mise en œuvre efficace d’une telle taxation, y compris à des fins de développement durable, en particulier pour ce qui concerne son champ d’application géographique.

#### 2. La recherche de juste dimension de la taxation des transactions financières

812. Après avoir discuté le principe de la taxation des transactions financières sous l’angle d’une source accrue de justice à la fois fiscale et sociale par la redistribution générée grâce à ses nouvelles ressources, il importe à présent d’étudier, au-delà de la nécessité d’un

<sup>1376</sup> MACDOUGALL, *Report of the Study Group on the Role of Public Finance in European Integration*, op. cit. page 70.

<sup>1377</sup> SAUREL Stéphane, *Le budget de l’Union européenne*, op. cit., page 26.

<sup>1378</sup> GOTTLIEB Geoff, IMPAVIDO Gregorio, IVANOVA Anna, *Taxer la finance ?* in *Finance et développement*, FMI, Septembre 2012, page 46.

<sup>1379</sup> DJOULDEM Mohamed, TELLIER Geneviève, DE VISSCHER Christian, *Les réformes des finances publiques*, op. cit., page 390.

<sup>1380</sup> CHAUDHRY Sajid M., MULLINEUX Andrew W, AGARVAL Natasha in *Balancing the Regulation and Taxation of Banking*, op. cit., page 6.



impôt européen<sup>1381</sup>, le niveau auquel ce nouvel impôt pourrait trouver à s'appliquer de la manière la plus conforme à l'atteinte des objectifs poursuivis de développement durable. Pour ce faire, on peut se référer à l'analyse déjà ancienne de la Commission sur les « impôts assis sur des bases fiscales mobiles. Une version parallèle de ce critère indique que si l'avantage de tel ou tel service dépasse le cadre des frontières nationales, le financement de ce service doit être confié à un niveau d'autorité supérieur. De toute évidence, en présence d'externalités, la subsidiarité, en dépit de son importance, devient un aspect secondaire, puisque l'efficacité économique veut que l'impôt relève d'un niveau non pas national, mais supranational<sup>1382</sup>. »

Niveau supranational, donc, la question restant à présent de savoir si l'ambition d'une taxation des transactions financières à l'échelle mondiale (a) peut être envisagée au-delà de la théorie, ou s'il est plus utile d'étudier la mise en place d'une telle fiscalité durable à l'échelle déjà importante de l'Union (b).

#### a. L'ambition de la taxation des transactions financières à l'échelle du monde

813. On observera en premier lieu que ce type de taxation est d'ores et déjà pratiqué, avec des objectifs et des degrés variables, dans plusieurs États : « Most G-20 countries already tax some financial transactions. Perhaps the broadest coverage is in Argentina, which taxes payments into and from current accounts, and in Turkey, which taxes all receipts of banks and insurance companies<sup>1383</sup>. » Pour autant, la question ici posée est celle d'un régime uniformisé de taxation des transactions financières entre les différents États de la planète. Selon une conception idéaliste – donc illusoire – de la justice fiscale, facilitateur de la justice sociale par le jeu de la redistribution, la taxation des transactions financières devrait intervenir à l'échelle mondiale. En effet, l'entrave que constitue cette taxe serait indifférente à ce seul niveau puisque trouvant à s'appliquer erga omnes, à l'instar de la liberté de circulation des capitaux en droit de l'Union au visa de l'article 63§2 TFUE. Dans cette hypothèse, la notion de pays tiers disparaîtrait au profit de celle de pays contributeur : le protectionnisme durable s'éteindrait alors par la réalisation de son objet. En conséquence, si l'on souhaite éliminer toute discrimination au détriment des flux internationaux et, plus généralement, limiter les distorsions économiques et de concurrence qui en résulteraient, il apparaît utile d'examiner une taxation de toutes les transactions sur valeurs mobilières intervenant dans le monde. Un argument en faveur d'une taxation internationale des transactions financières est d'abord donné par son influence probablement marginale sur les flux de capitaux à l'échelle de la planète : « L'impact d'une taxation des transactions sur les décisions d'investissement et de placement est ... probablement négligeable comparé à celui d'autres dispositions ainsi qu'à celui des réglementations prudentielles qui encadrent les choix de portefeuilles d'un grand nombre d'intermédiaires et d'institutions financières<sup>1384</sup>. » Ensuite, il est encore plus évident que plus le nombre d'États contributeurs est élevé, plus la taxe sur les transactions financières collectée sera importante, de sorte que l'imposition à l'échelle mondiale est nécessairement la plus génératrice de ressources à cet égard. Enfin, le troisième argument, exposé dans les conclusions du rapport Landau, milite pour la taxation des transactions financières à l'échelle des pays développés regroupant la grande majorité des transactions financières en

<sup>1381</sup> MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *Droit fiscal de l'Union européenne*, op. cit., page 726.

<sup>1382</sup> *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, annexe 2, page 2, op. cit.

<sup>1383</sup> International Monetary Fund, A FAIR AND SUBSTANTIAL CONTRIBUTION BY THE FINANCIAL SECTOR, FINAL REPORT FOR THE G-20, June 2010, page 19; Étant précisé que la Turquie tout comme l'Argentine connaissent depuis le second semestre 2018 une nouvelle crise financière de grande ampleur, leur monnaie étant particulièrement dévaluée par rapport au dollar. Concomitance plus que corrélation, certes, mais concomitance tout de même.

<sup>1384</sup> LANDAU (Prés.), *Les nouvelles contributions financières internationales*, op. cit., page 77.

raison du risque d'évasion fiscale : « Le rapport conclut que : (1) ces taxes sont techniquement faisables ; (2) leur « coût économique » est limité ; (3) pour éviter l'évasion à grande échelle, la participation de toutes les grandes places financières (mais pas nécessairement de tous les pays du monde) est nécessaire<sup>1385</sup>... » Cette inflexion d'échelle admise renvoie ainsi à la réflexion sur le niveau supranational idoine pour débiter la mise en œuvre d'une taxation des transactions financières.

#### b. La faisabilité de la taxation des transactions financières à l'échelle de l'Union

814. Dès lors que la mise en œuvre d'une taxation des transactions financières à l'échelle des principales places de marché mondiales semble irrémédiablement compromise à la faveur d'un unilatéralisme et d'un bilatéralisme croissants aux dépens du multilatéralisme, la question se pose de la mise en place d'un tel impôt à l'échelle régionale. Précisément, en considération de la préexistence au sein de certains États membres<sup>1386</sup> d'une taxation de certaines transactions financières, on peut se demander si un tel impôt sur les flux financiers pourrait être utile à l'échelle de l'Union à la lumière notamment des principes de subsidiarité et de proportionnalité mais aussi de la logique pragmatique d'harmonisation en vue d'éviter une concurrence fiscale dommageable. Ceci alors que d'aucuns combattent le principe comme les modalités de la taxation des transactions financières en raison de leurs effets potentiellement préjudiciables pour le secteur financier : « Because EU-wide unanimity is likely to be unattainable, joint projects for the taxation of savings could be envisaged by subsets of Member States using the enhanced cooperation procedure. This procedure has already formed the basis for the initiative to create a European financial transactions tax (FTT), but unfortunately this project still appears ill-designed. Protracted discussions over the FTT and, if eventually adopted, its implementation might act as a brake on investment, with detrimental economic consequences. EU Member States should instead focus their energies on harmonized taxation of savings, reforming the tax disadvantage given to equity relative to debt, and other initiatives that could stimulate investment and market development<sup>1387</sup>. » On peut également lire chez d'autres auteurs la conclusion suivante à l'égard du projet européen de taxation des transactions financières : « the proposed EU FTT is likely to reduce market liquidity while the proposed Basel III liquidity ratios (LCR and the Net Stable Funding Ratio) may also reduce money market liquidity because they require banks to hold more liquidity assets on their balance sheets. This may reduce the number of buyers in the market and could cause difficulties when many banks are seeking to sell liquid assets following a major adverse event<sup>1388</sup>. » On pourrait en premier lieu arguer, en défense de ces freins potentiels à l'investissement ainsi qu'à la liquidité des marchés financiers, du fait que les taxes sur les transactions

<sup>1385</sup> *Ibidem*, page 16 : « et (4) il est souhaitable d'exonérer certaines activités (tenue de marché, transactions à très court terme), dont les marges minimales ne supporteraient pas le poids de la taxe ; ce qui (5) conduit à des estimations de rendement très inférieures aux chiffres habituellement mentionnés – mais néanmoins significatives... »

<sup>1386</sup> En France, au visa de l'article 235 ter ZD du code général des impôts, dont on constate qu'elle a succédé à une taxe relative aux transactions sur devises en vigueur depuis 2002 avec de nombreuses exonérations, comme c'est également le cas pour la taxation des seules transactions sur titre de capital, autrement dit les actions, depuis 2012 ; en Italie (depuis mars 2013, y compris le trading haute fréquence) et au Royaume-Uni, par un mécanisme comparable basé sur le droit de timbre assis sur le titre de propriété des actions à l'achat : <https://www.gov.uk/guidance/stamp-duty-reserve-tax-the-basics>; Voir aussi « Guidance on Stamp Taxes on Shares Schemes » <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/stamp-taxes-shares-manual>.

<sup>1387</sup> VERON Nicolas, GUNTRAM B. Wolff, *Capital Markets Union: A Vision for the Long Term*, Journal of Financial Regulation, OXFORD University, 2016,2, page 149.

<sup>1388</sup> CHAUDHRY Sajid M., MULLINEUX Andrew W, AGARVAL Natasha in *Balancing the Regulation and Taxation of Banking*, op. cit., pages 7-8.

financières ne seraient « pas étudiées dans une optique de lutte contre la spéculation, mais dans une optique de financement. Il s'agit donc de taxes à taux suffisamment faibles pour ne pas perturber le fonctionnement des marchés<sup>1389</sup> ». Ceci en ajoutant que d'un point de vue pratique, il importe de rappeler que « le prélèvement de telles taxes ne devrait pas poser de grandes difficultés techniques. Sur tous les marchés développés, les titres sont détenus par un nombre limité d'organismes de conservation et le règlement s'effectue généralement au travers de systèmes spécialisés<sup>1390</sup>. » Quant aux incidences budgétaires, la Commission écrit – en l'état actuel de la proposition de directive mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières – que « les recettes de cette taxe pourraient être de l'ordre de 31 milliards d'euros par an... », étant précisé « qu'une partie des recettes générées par la TTF soit utilisée comme ressource propre du budget de l'Union. La ressource fondée sur le RNB provenant des États membres participants serait diminuée en conséquence<sup>1391</sup>. »

815. Sur le plan téléologique, on peut ensuite se rallier aux considérations du Parlement européen affirmant que « les marchés financiers peuvent et doivent jouer un rôle essentiel pour favoriser la transition vers une économie durable au sein de l'Union qui aille au-delà de la transition climatique et des questions écologiques et aborde également les questions sociales et de gouvernance<sup>1392</sup> ... » Or la taxation des transactions financières peut correspondre à une manifestation juridique et fiscale du protectionnisme aux fins de développement durable. L'application d'une telle taxation en ce sens soutiendrait alors la logique de réduction du volume des transactions, anticipée dans certaines estimations des recettes ainsi générées : « la taxe sur les instruments financiers et produits structurés (les actions notamment) s'appliquerait à un taux de 0,1%, soit une recette estimée de 12 milliards d'euros, avec une chute des transactions estimée à 15%... la taxe sur les produits dérivés s'appliquerait à un taux de 0,01%, soit une recette estimée à 24 milliards d'euros, avec une chute des transactions estimée à 75%<sup>1393</sup> ». Doit-on pour autant se rallier à la radicalité de l'affirmation selon laquelle : « la chute des transactions ne posera aucun problème, car elles concerneront principalement des activités spéculatives qui n'apportent rien à l'économie, au contraire<sup>1394</sup> » ? Il importe plutôt de mesurer ces propos à l'aune de la conclusion suivante : « la question d'une taxe d'application régionale se pose compte tenu de la difficulté de réaliser, dans un premier temps, un consensus universel. Elle prend une importance particulière pour ceux qui souhaitent un renforcement du rôle de l'Union européenne dans le système d'aide au développement. Il y a de grands risques d'évasion et les inconvénients pour la compétitivité sont évidents. En sens inverse, il peut être utile de créer, dans un cadre restreint, les conditions d'une dynamique débouchant ultérieurement sur une participation plus large. Chacune de ces deux thèses peut être défendue avec la même intensité. Il faut toutefois noter que certaines taxes se prêtent plus que d'autres à une application régionale<sup>1395</sup>. »

816. Ainsi, l'appréciation du niveau critique – national, européen, mondial – d'application de la taxe sur les transactions financières peut se réaliser dans le sens positif de l'atteinte de l'objectif assigné à la taxation des transactions financières dans cette recherche : le développement durable de l'Union dans ses aspects économiques, sociaux et environnementaux. En vérité, plutôt que d'une atteinte de l'objectif de développement durable, il convient de conclure à une contribution mesurée, donc limitée – rejoignant alors

<sup>1389</sup> LANDAU (Prés.), *Les nouvelles contributions financières internationales*, op. cit., page 16.

<sup>1390</sup> *Ibidem*, page 81.

<sup>1391</sup> COM(2013)71final, 2013/0045(CNS), *proposition de directive du conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières*, 14 février 2013, SWD(2013)28 final, SWD(2013)29 final, page 16.

<sup>1392</sup> Parlement européen, *Finance durable*, op. cit., page 6.

<sup>1393</sup> Attac, *Taxe Tobin européenne : pourquoi veulent-ils la saboter ?* février 2014, page 4.

<sup>1394</sup> *Ibidem*.

<sup>1395</sup> LANDAU (Prés.), *Les nouvelles contributions financières internationales*, op. cit., page 15.

la sémantique fiscale – à l'objectif de développement durable par la taxation des transactions financières. La légitimité démocratique d'une telle taxe ne se ferait pas à travers le lien direct entre citoyen-contributeur et impôt, qui n'existe pas en l'espèce, mais grâce à « la visibilité pour le citoyen de l'UE » qui « contribue de manière significative à la justification de l'impôt<sup>1396</sup>. »

## B. La complexité de la taxation des transactions financières

817. Par-delà le bien-fondé de la taxation des transactions financières en tant que voie de redistribution au profit de l'investissement durable, les limites de champ d'application géographique d'ores et déjà entrevues témoignent manifestement d'une certaine complexité, voire même d'une fragilité quant à sa mise en œuvre effective. Cette complexité de mise en œuvre qui remet en cause son existence même en l'état actuel résulte d'abord de la menace endogène identifiée quant au projet de taxation des transactions financières au sein de l'Union (1). Elle résulte ensuite plus classiquement du risque de fraude que l'on sait consubstantiel à la mise en place de tout prélèvement obligatoire (2).

### 1. La menace endogène du projet de taxation des transactions financières

818. Au sein de l'Union, les obstacles tant matériels qu'institutionnels à la mise en place d'une taxation des transactions financières supranationale ne manquent pas, qu'il s'agisse des États membres non participants voire sortants tels que le Royaume-Uni, pire encore de certains États membres censés participer qui jouent de cette fragilité pour négocier dans leur intérêt propre tels que la Belgique, voire de la BCE qui semble inféodée à la pensée des établissements bancaires et financiers en la matière. C'est ainsi que l'influence des institutions sur la taxation des transactions financières en menace l'existence (b), alors que le contentieux de la coopération renforcée en la matière n'en est qu'à ses prémices (a).

#### a. Le contentieux de la coopération renforcée

819. Le contentieux actuel relatif au projet de coopération renforcée en matière de taxation des transactions financières repose uniquement sur la remise en cause de la décision<sup>1397</sup> du Conseil du 22 janvier 2013 autorisant le principe de cette coopération renforcée. De sorte que l'affaire ainsi jugée par l'arrêt<sup>1398</sup> de la CJUE du 30 avril 2014 relève plus de l'analyse processuelle<sup>1399</sup> au stade de la recevabilité de l'action en justice que d'une discussion des aspects matériels de cette coopération, même s'ils sont avancés – à tort à ce stade balbutiant de la coopération – en tant qu'arguments par le Royaume-Uni, à l'origine de cette action. L'arrêt ne répond logiquement que sur ces aspects processuels et rejette<sup>1400</sup> le recours du Royaume-Uni. En revanche, le contentieux potentiel de la coopération

<sup>1396</sup> *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, annexe 2, page 3, op. cit.

<sup>1397</sup> Décision 2013/52/UE du Conseil du 22 janvier 2013 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la taxation sur les transactions financières, JOUE du 25 janvier 2013, L22.

<sup>1398</sup> Affaire C-209/13, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord contre Conseil de l'Union européenne.

<sup>1399</sup> La procédure présente toute son importance, en particulier pour les auxiliaires de justice tels que les avocats dont le rôle consiste notamment à la maîtriser ; pour autant la réflexion se porte ici plus volontiers sur le fond compte tenu du sujet.

<sup>1400</sup> Voir MESDAG Frédéric, *taxe sur les transactions financières et incertitudes juridiques*, revue européenne de droit de la consommation 2014, pages 397 à 404.

renforcée en matière de taxation des transactions financières est plus intéressant en raison de l'analyse qu'il impose. D'une manière générale, on peut d'abord se rattacher aux conclusions suivantes : "Anzhela CEDELLE and John VELLA consider the use of enhanced cooperation to manage the tension between uniformity and diversity. They assess the proposal for the adoption of a financial transaction tax among a group of Member States. A difficult challenge is the need to strike the right balance between further integration amongst participating Member States, and the interests of non-participating Member States and the EU project more generally – in particular, what kind of distortive effects can be tolerated within the internal market? They emphasise the interplay between the political and the judicial levels and argue for strengthening the former at the stage of authorisation and the latter at the stage of implementation as a way of ensuring the balance<sup>1401</sup>." Ensuite, selon une analyse purement juridique, il importe de se pencher par anticipation, comme l'a fait de manière approfondie et avisée Jean-Sébastien PILCZER, sur le « bien-fondé des moyens tirés, d'une part, de la violation de l'article 327 TFUE et du droit international coutumier en tant que la TTF produit des effets extraterritoriaux et, d'autre part, de la violation de l'article 332 TFUE en ce que la TTF impose des coûts aux États membres ne participant pas à la coopération renforcée<sup>1402</sup>. » On anticipe ainsi la situation dans laquelle la proposition de directive<sup>1403</sup> mettant en œuvre la coopération renforcée en date 14 février 2013 serait adoptée puis immédiatement contestée par un État membre non participant, étant précisé qu'il sera désormais peu probable qu'il s'agisse du Royaume-Uni compte tenu de son retrait de l'Union prévu en mars 2019. S'agissant notamment de la compatibilité de cette proposition de directive avec le droit international coutumier, la question se pose à la lumière de la reconnaissance de la règle du lien suffisant et de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation quant aux principes de contrepartie et d'émission.

820. Ces doutes étant levés par la démonstration de l'auteur<sup>1404</sup> avec toutefois une nuance, non déterminante pour le sens de l'avis, quant à l'application du principe d'émission aux produits dérivés, la question des éventuels coûts administratifs imposés aux États membres non participants ne résiste pas plus à l'analyse. Pour autant, la faiblesse juridique des attaques du projet de taxation n'en réduit par moins le travail de sapes politique dont il est l'objet.

#### b. L'influence des institutions sur la taxation des transactions financières

821. Quand bien même le contentieux actuel ou potentiel de la coopération renforcée en matière de taxation des transactions financières serait levé, la mise en œuvre d'un tel projet peut encore être éprouvée par l'influence de certaines institutions de l'Union et du secteur financier. En effet, les établissements financiers disposent, en plus de leur influence politique intimement corrélée à leur puissance économique, d'un pouvoir considérable sur les infrastructures de marché qui leur a permis de se renforcer à la faveur de la crise de

<sup>1401</sup> KOUTRAKOS Panos, SNELL Julia, *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Elgar online, 2017, page 6.

<sup>1402</sup> PILCZER Jean-Sébastien, *Le parcours contentieux de la coopération renforcée en matière de taxe sur les transactions financières : la bataille de l'autorisation est gagnée, celle de la mise en œuvre reste à mener, Réflexions sur l'arrêt du 30 avril 2014*, Royaume-Uni/Commission (C-209/13), Cahiers de Droit Européen, 2014/3, 06/02/2015, Bruylant, page 599.

<sup>1403</sup> COM(2013)71final, 2013/0045(CNS), proposition de directive du conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières, 14 février 2013, SWD(2013)28 final, SWD(2013)29 final.

<sup>1404</sup> PILCZER Jean-Sébastien, *Le parcours contentieux de la coopération renforcée en matière de taxe sur les transactions financières*, op. cit., pages 624 à 626.

2008 là où le mouvement contraire aurait été plus justement attendu<sup>1405</sup>. La somme de ces trois pouvoirs réunis en une seule catégorie d'acteurs économiques leur permet en particulier d'agir au niveau institutionnel dans le sens de leurs intérêts, notamment à l'encontre de l'instauration d'une taxation des transactions financières au sein de l'Union : "Starting in 2010, the Commission, then supported by the largest Member States, advocated taxing repos on the grounds that the market contributed to excessive and pro-cyclical leverage and thus to financial instability. The ECB, in contrast, opposed the financial transaction tax on the grounds that a tax on repos would harm the market that served as the conduit for the implementation and transmission of its open market operations. The rift between the two agencies was thus not based on a fundamental divergence on policy goals, but on the dependence of the ECB's market-based policy instruments on a deep and liquid repo market<sup>1406</sup>." On peut ainsi largement expliquer qu'à l'échelle de l'Union, et en-deçà d'une éventuelle, plus que potentielle, coopération renforcée, le projet de taxation des transactions financières piétine<sup>1407</sup>. Ceci alors que même le Parlement européen prend soin de rappeler que « seuls les États membres sont compétents pour lever un impôt<sup>1408</sup>. » Tout espoir d'uniformisation par voie de règlement est ainsi douché fort logiquement par défaut de compétence exclusive de l'Union en matière fiscale. Ceci pendant que le risque de fraude consubstantiel à la fiscalité demeure.

## 2. La prise en compte du risque de fraude à la taxation des transactions financières

822. Comme toute règle obligatoire par nature contraignante pour ses assujettis, ces derniers seront potentiellement tentés de contourner la taxation des transactions financières par la mise en œuvre de montages plus ou moins complexes. Contournement physique lié aux règles de territorialité ou contournement logique lié aux règles matérielles, les possibilités sont nombreuses même si les prévisions textuelles<sup>1409</sup> du projet de directive du 14 février 2013 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la taxation des transactions financières intègrent d'ores et déjà des dispositifs ayant pour objet ou pour effet de contrecarrer ces risques de fraude.

En considération de cette dérive comportementale hautement probable, il s'avère donc nécessaire d'évaluer en particulier le risque lié aux stratégies de contournement des assujettis **(a)** tout en mesurant à quel point l'Union peut constituer un marché de capitaux incontournable pour ces acteurs **(b)**.

### a. Les stratégies de contournement des assujettis

823. À l'instar du chômage, la fraude fiscale est un phénomène structurel que l'on va chercher à réduire sans jamais pouvoir le résorber totalement. Afin d'illustrer le niveau d'habileté auquel on pourrait être confronté en matière de taxation des transactions financières, citons le rapport du FMI au G20 de juin 2010 : « leaving aside the question of whether transactions could, or would, escape the tax if imposed only by a few countries—financial

<sup>1405</sup> BRAUN Benjamin, *Central banking and the infrastructural power of finance: the case of ECB support for repo and securitization markets*, Socio-Economic Review, OXFORD University, 2018, page 1.

<sup>1406</sup> *Ibidem*, page 11.

<sup>1407</sup> DAGORN Gary, *La taxe sur les transactions financières en Europe, une vieille idée qui peine à aboutir*, Le Monde, 29 septembre 2017, ceci à mesure de l'affaiblissement successif des gouvernants des États membres...

<sup>1408</sup> Considérant (17ter), Amendement n°12, P7\_TA(2012)0217, Résolution législative du Parlement européen du 23 mai 2012 sur la proposition de directive du Conseil établissant un système commun de taxe sur les transactions financières et modifiant la directive 2008/7/CE (COM(2011)0594 – C7 – 0355/2011 – 2011/0261(CNS)), page 8.

<sup>1409</sup> Articles 12 à 14 de la proposition de directive, COM(2013)71 final, page 30.

transactions seem to be particularly vulnerable to avoidance by engineering. An example is the use of ‘contracts in differences’ in the U.K. Looking forward, anti-avoidance rules would be needed to deal with notional principal contracts (such as swaps) more generally. As with any cascading tax, there would be an incentive to avoid the tax by integration (conducting transactions within rather than between businesses): absent special provisions, the result could be larger financial institutions<sup>1410</sup>. » La proposition de directive mettant en œuvre la taxation des transactions financières tient compte de ce risque de fraude par la rédaction, somme toute assez classique dans le droit fiscal de l’Union, des articles 12 à 14<sup>1411</sup> consacrés à la prévention de la fraude et de l’évasion ainsi qu’à des règles anti-abus générales et spéciales, respectivement. Ces articles sont notamment fondés sur le principe IFRS « substance over form », que l’on pourrait traduire en français par le principe de prééminence de la réalité économique sur l’apparence juridique. Pour compléter cet aperçu des montages envisageables en vue de contourner la taxation des transactions financières, on peut estimer, avec le rapport Landau, que si les transactions de change sont taxées, alors « le risque de délocalisation est très élevé dès lors que les principales places financières ne participeraient pas. Les systèmes de règlement peuvent opérer des compensations internes en dehors de la zone de taxation et ne procéder à un règlement en monnaie centrale que pour le solde des positions brutes<sup>1412</sup>. » Dans le même sens, ce rapport affirme que « les activités de tenue de marché et plus généralement les transactions elles-mêmes sont très aisément délocalisables, ce qui exigerait une application très large d’une taxe incluant toutes les grandes places financières<sup>1413</sup>. » Face à ces exposés raisonnés dont les conclusions pourraient jusqu’à faire douter de l’efficacité d’une taxation des transactions financières, une lecture plus rassurante, que l’on peut considérer comme optimiste, ou plutôt militante, du risque de contournement est donnée par Attac : « le projet de la Commission rend les délocalisations impossibles. La TTF n’est pas déterminée en fonction de l’endroit où s’effectue la transaction, mais en fonction de la nationalité des parties prenantes de la transaction ou du produit concernés. Une banque française qui souhaite délocaliser ses activités à Londres devra toujours payer la TTF, à moins qu’elle remplisse ces trois conditions :

- délocaliser son siège social au Royaume-Uni ;
- abandonner toute transaction sur les produits financiers avec ses clients français, allemands ou ses clients des neuf autres pays appliquant la TTF ;
- cesser toute activité portant sur les produits français, allemands ou sur les produits des neuf autres pays appliquant la TTF<sup>1414</sup>. » En pratique, par-delà les clivages idéologiques qui pourraient se manifester en filigrane, l’efficacité de la taxation des transactions financières peut aussi être simplement fonction du juste taux applicable, résultant d’une double modération par le haut et par le bas, ainsi que le propose le Parlement européen : « Il convient que les taux d’imposition minimaux soient fixés à un niveau suffisamment élevé pour que l’objectif d’harmonisation de la présente directive puisse être atteint. Dans le même temps, en attendant la mise en œuvre d’un régime de TTF uniforme à l’échelle mondiale, il importe que ces taux soient suffisamment bas pour réduire au minimum le risque de délocalisation<sup>1415</sup>. »

<sup>1410</sup> International Monetary Fund, A FAIR AND SUBSTANTIAL CONTRIBUTION BY THE FINANCIAL SECTOR, FINAL REPORT FOR THE G-20, June 2010, page 21.

<sup>1411</sup> COM(2013)71final, 2013/0045(CNS), proposition de directive du conseil mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières, 14 février 2013, SWD(2013)28 final, SWD(2013)29 final, pages 29 à 31.

<sup>1412</sup> LANDAU (Prés.), *Les nouvelles contributions financières internationales*, op. cit., page 78.

<sup>1413</sup> *Ibidem*, page 81.

<sup>1414</sup> Attac, *Taxe Tobin européenne : pourquoi veulent-ils la saboter ?* février 2014, page 6.

<sup>1415</sup> Considérant (14), Amendement n°8, P7\_TA(2012)0217, Résolution législative du Parlement européen du 23 mai 2012 sur la proposition de directive du Conseil établissant un système commun de taxe sur les

## b. L'Union, marché de capitaux incontournable

824. Le risque de fraude à la taxation des transactions financières doit toutefois être relativisé à la lumière de l'importance du marché de capitaux à l'échelle de l'Union, et même à l'échelle plus réduite des États membres participants – potentiellement – à la coopération renforcée en matière de taxation des transactions financières. Ainsi que le rappelle un penseur et observateur avisé des relations internationales du continent européen : « l'accès au marché européen des services financiers est une priorité stratégique absolue pour la Suisse<sup>1416</sup>. » Cet impératif d'accès au marché européen faisant donc de l'Union le lieu de passage incontournable des transactions financières à l'achat comme à la vente peut largement être transposé à d'autres pays tiers tels que les États-Unis, dont il est utile de rappeler que les fonds de pension détiennent « aujourd'hui plus de 50% du capital des cent-vingt premières sociétés cotées de l'hexagone<sup>1417</sup>. » Cet argument de fait rejoint finalement l'assertivité juridique d'Attac quant à l'impossibilité de délocaliser les transactions financières en raison de la conception de la proposition de directive sur la taxation des transactions financières. Pour autant, en vue de sécuriser juridiquement la passation des transactions financières donc leur taxation, il est permis d'envisager l'amélioration du contenu de cette proposition de directive par un outil traçant l'origine de propriété des titres faisant l'objet de transactions financières : « il serait pertinent de compléter le projet de directive en vue d'imposer la tenue d'un registre de propriété des titres émis par chaque État membre participant et de donner force exécutoire aux titres ainsi enregistrés... En plus de renforcer le lien entre l'État d'émission et la transaction taxée, cette modification aurait l'avantage de faire de l'évasion fiscale liée à la TTF une activité coûteuse et risquée, garantissant par là une meilleure application de cette taxe. Le paiement de la taxe serait le prix de la sécurité juridique<sup>1418</sup>. »
825. Dans ces conditions, l'Union représenterait un marché des capitaux incontournable tant sur le plan économique que juridique, permettant ainsi l'application d'une taxation des transactions financières prenant en compte un risque acceptable de contournement.

### §2 : L'assujettissement des générateurs de risques à la fiscalité durable

826. L'Union bancaire a constitué sans nul doute la démonstration de ce que les États membres sont parfaitement capables de s'entendre sur un objectif commun majeur – la stabilité financière – et de légiférer sans délai pour mettre en œuvre la politique idoine. Il en est notamment ressorti des mécanismes de solidarité de droit venus remplacer opportunément la solidarité de fait imposée aux États membres puis à leurs contribuables à la faveur de la crise financière puis économique majeure des années 2007 et suivantes. Dès lors, en considération de la crise climatique et environnementale dans laquelle nous sommes entrés, il est permis de penser que l'Union serait tout aussi capable de mener une action en faveur du développement durable se traduisant en premier lieu par une hausse de ses moyens, donc par un budget pourvu de nouvelles ressources propres issues d'une fiscalité que l'on pourrait dès lors qualifier de durable.

---

transactions financières et modifiant la directive 2008/7/CE (COM(2011)0594 – C7 – 0355/2011 – 2011/0261(CNS)), page 6.

<sup>1416</sup> BRAILLARD Philippe, *La place financière suisse confrontée au protectionnisme de l'UE*, Le Temps, 24 septembre 2018.

<sup>1417</sup> KERDELLANT Christine, *Le capitalisme ne répond plus, Y a-t-il un pilote dans l'avion ?* Le Nouveau Magazine Littéraire, n°10, Octobre 2018, page 30.

<sup>1418</sup> PILCZER Jean-Sébastien, *Le parcours contentieux de la coopération renforcée en matière de taxe sur les transactions financières*, op. cit., page 626.



827. Pour ce faire, l'Union dispose de deux voies classiques d'amélioration de ses ressources propres en matière fiscale : l'enrichissement de régimes fiscaux actuels ou la création de nouveaux impôts contributifs au développement durable. S'agissant d'une démarche prospective, la logique peut être poussée jusqu'au point de combiner les deux hypothèses, en ayant comme guide décisionnel le fait que « lorsqu'elle vise un comportement risqué, une taxe peut s'apparenter à un mécanisme de correction<sup>1419</sup>. » L'idée principale réside donc ici dans l'assujettissement des générateurs de risques à la fiscalité durable à l'échelle de l'Union, en ayant toutefois bien conscience que « l'environnement est un bien commun de la planète. Pour une large part, les problèmes environnementaux appellent des solutions mondiales. Les taxes environnementales constituent donc un point d'appui privilégié d'une fiscalité mondiale<sup>1420</sup>. »

Dans cette perspective, il serait ainsi possible de s'inspirer du régime prévu pour le fonds de résolution unique dans la perspective de créer un fonds de développement durable à l'échelle de l'Union (A). Ceci avant de discuter l'application du principe pollueur-payeur en tant que fondement de la fiscalité durable de l'Union (B).

#### A. L'hypothèse d'un fonds de développement durable à l'échelle de l'Union

828. L'antagonisme marqué entre recherche du rendement financier à court terme – le paroxysme ayant été atteint avec le trading haute fréquence – et objectifs multigénérationnels de développement durable incite, dans une logique altruiste, à la régulation juridique. Pour ce faire, la fiscalité durable apparaît la plus appropriée dans la mesure où « la justification implicite d'un tel impôt s'apparenterait à celle des taxes sur la pollution : obliger le pollueur à supporter les coûts qu'il impose à la société<sup>1421</sup>. » Dans ce contexte, la fiscalité durable révélerait une solidarité de droit en action qui s'exercerait tant sur le plan vertical, de l'Union vers les générateurs de risques, que sur le plan horizontal, entre les assujettis eux-mêmes.

À cet égard, la meilleure source d'inspiration d'un fonds de développement durable à venir en droit positif de l'Union réside dans le fonds de résolution unique (1), dont le fonctionnement pourra être ajusté à des fins de fiscalité durable (2).

##### 1. L'inspiration du fonds de résolution unique pour un fonds de développement durable

829. Dans la perspective de trouver une « taxe qui fasse porter au secteur financier le coût social du risque<sup>1422</sup> », la taxation des transactions financières n'est pas la seule typologie d'instrument fiscal répondant à cet objectif. Il en va en conséquence de même pour l'objectif de développement durable. Ainsi, le régime de collecte du fonds de résolution unique représente une source d'inspiration en vue de satisfaire ce dernier objectif. Il est ainsi permis d'imaginer la transposition juridique du régime de collecte du fonds de résolution unique à celui d'un fonds de développement durable au sein de l'Union. À cet égard, il est utile de rappeler que le FMI recommandait, dès 2010<sup>1423</sup>, une « contribution à la stabilité financière, associée à un mécanisme de règlement crédible et efficace, garantirait que le secteur financier prenne en charge une part raisonnable des coûts de règlement [des établissements en difficulté] avant qu'une crise n'éclate ». Dans la même logique, on peut imaginer que l'arbitrage entre règles prudentielles et fiscalité durable devienne in fine une combinaison judicieuse : « si les règles comme les ratios de fonds propres permettent aux institutions financières de se constituer des volants de liquidité qui

<sup>1419</sup> GOTTLIEB Geoff, IMPAVIDO Gregorio, IVANOVA Anna, *Taxer la finance*, op. cit., page 44.

<sup>1420</sup> LANDAU (Prés.), *Les nouvelles contributions financières internationales*, op. cit., page 81.

<sup>1421</sup> GOTTLIEB Geoff, IMPAVIDO Gregorio, IVANOVA Anna, *Taxer la finance ?* op. cit., page 45.

<sup>1422</sup> *Ibidem*.

<sup>1423</sup> FMI, Rapport annuel 2010, *Pour une reprise mondiale équilibrée*, 2010, page 32.

les aident à absorber leurs pertes, l'imposition peut apporter aux États les ressources voulues pour intervenir à l'échelle du système<sup>1424</sup>. »

830. De manière plus précise encore et par comparaison avec les développements du paragraphe précédent, le rapport final<sup>1425</sup> du FMI au G-20 en vue d'une « contribution juste et significative » du secteur financier par suite de la crise de 2008, ne recommande pas l'utilisation de la taxation des transactions financières dans le but de financer des mécanismes de résolution tels que le MRU au sein de l'Union ni dans celui de stabiliser la finance, ni même dans celui de jouer un rôle régulateur – « corrective role » – à l'égard de la spéculation et de la volatilité des marchés. Autrement dit le FMI ne considère pas la taxation des transactions financières utile, lui préférant une contribution à la stabilité financière – « a Financial Stability Contribution linked to a credible and effective resolution mechanism<sup>1426</sup> » - dont se sont largement inspirés le FRU et le MRU en droit de l'Union. Les économistes du FMI de préciser deux années plus tard concernant cette « contribution à la stabilité financière » que « le taux devra...être fixé à un niveau plus élevé pour les institutions prenant davantage de risques<sup>1427</sup>. » La déclinaison juridique de cette « contribution à la stabilité financière » en droit de l'Union réside dans la conception puis la mise en œuvre du fonds de résolution unique en vertu de la directive 2014/59/UE. Plus précisément, l'article 103§2 de cette directive prévoit que la contribution due par les établissements financiers en vue d'alimenter ce fonds de résolution unique en devenir doit refléter tant la taille de la banque en cause que le niveau de risque des activités réalisées par celle-ci. En vérité, ainsi que le reconnaît la Commission dans son règlement délégué idoïne, « la taille d'un établissement constitue un premier indicateur de son profil de risque. En effet, plus l'établissement est grand et plus il est probable qu'en cas de difficulté, l'autorité de résolution jugera qu'il est dans l'intérêt public de procéder à la résolution et de recourir au dispositif de financement mis en place à cet effet, afin de garantir l'application effective des instruments de résolution<sup>1428</sup>. » En considération de l'existence juridique d'une telle contribution et de sa mise en œuvre à l'échelle de l'Union démontrant par là-même sa faisabilité, la transposition d'un tel mécanisme contributif au service du développement durable apparaît pertinente. En effet, le projet de fonds de développement durable a déjà émergé au niveau de l'Union. Toutefois, cette initiative, qui prend la forme d'un règlement<sup>1429</sup>, concerne la politique de développement et donc l'action extérieure de l'Union. Il importe de mettre en place un tel fonds de développement durable au sein même de l'Union en reprenant les principes régissant l'alimentation du FRU.

## 2. Les linéaments du fonctionnement du fonds de développement durable

831. Si l'idée d'un fonds de développement durable à l'échelle de l'Union devait se structurer, alors il conviendrait d'envisager les linéaments de son fonctionnement, autrement dit le régime juridique qui pourrait trouver à s'appliquer. Considérant la question du champ d'application géographique traitée par analogie avec le FRU à la lumière de l'hésitation possible entre États membres ayant adopté l'euro comme monnaie de fonctionnement et

<sup>1424</sup> GOTTLIEB Geoff, IMPAVIDO Gregorio, IVANOVA Anna, op. cit., page 44.

<sup>1425</sup> International Monetary Fund, A FAIR AND SUBSTANTIAL CONTRIBUTION BY THE FINANCIAL SECTOR, FINAL REPORT FOR THE G-20, June 2010, pages 19-20.

<sup>1426</sup> *Ibidem*, page 5.

<sup>1427</sup> GOTTLIEB Geoff, IMPAVIDO Gregorio, IVANOVA Anna, op. cit., page 46.

<sup>1428</sup> Considérant (5) du règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 octobre 2014 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les contributions *ex ante* aux dispositifs de financement pour la résolution.

<sup>1429</sup> Règlement (UE) 2017/1601 du Parlement européen et du Conseil du 26 septembre 2017 instituant le Fonds européen pour le développement durable (FEDD), la garantie FEDD et le fonds de garantie FEDD (JOUE L 249 du 27.9.2017, pages 1 à 16).

ensemble de l'Union, plus délicate encore est la question du champ d'application personnel de la contribution au fonds de développement durable (a). Par suite logique, l'exigence d'une contribution au fonds de développement durable nécessite la sanctuarisation d'une telle contribution en raison de ses enjeux (b).

a. Le champ d'application personnel de la contribution au fonds de développement durable

832. Pour ce qui concerne le fonctionnement de ce fonds de développement durable, il importe en premier lieu de déterminer les assujettis potentiels, dont on peut penser qu'ils sont plus nombreux que les contributeurs au FRU, pour ne retenir ensuite que les contributeurs les plus pertinents. Ainsi, s'agit-il d'assujettir tous les générateurs de risques indépendamment de leur taille ? Autrement dit, tous les citoyens doivent-ils être soumis à cette contribution dans la mesure où chacun d'entre nous, par son existence même, influe sur l'environnement et consomme des ressources naturelles ? Cette responsabilisation étendue juridiquement à l'ensemble de la population aurait le mérite de créer une solidarité de droit à caractère universel par une contribution directe à un fonds tout aussi universel par ses enjeux. La visibilité pour le citoyen de l'Union serait alors maximale et propice au développement de ce qu'il serait convenu d'appeler un « sentiment d'appartenance » cher à Alexandre MAITROT DE LA MOTTE. L'hypothèse selon laquelle le sentiment d'appartenance ne se développerait pas et se trouverait remplacé par un sentiment de défiance préjudiciable à l'acceptabilité de cette contribution par le citoyen de l'Union est aussi probable. Si l'on raisonne cette fois en fonction du niveau de risque généré, ne serait-il pas au contraire souhaitable d'être plus discriminant quant à la sélection des assujettis, de n'imposer cette contribution qu'aux générateurs de risques à un degré supérieur, celui de l'entreprise ? En effet, l'objectif économique de l'entreprise est précisément de réaliser un surplus de valeur par la consommation de ressources matérielles – donc naturelles à l'origine – humaines et financières mises au service d'un projet commun. Il est probable que la limitation de la contribution au fonds de développement durable au niveau de l'entreprise favorise son acceptabilité par le citoyen de l'Union sans pour autant réduire sa visibilité. Reste ensuite à évaluer le niveau de risque généré par chaque entreprise afin de proportionner la contribution à celui-ci. Pour ce faire, des indicateurs standards et combinés de développement social, environnemental, économique pourraient être utilisés.
833. Ce calcul de la contribution sera très probablement sujet à discussion et même à contestation, à l'instar de ce qui peut se rencontrer dans le contentieux<sup>1430</sup> existant entre certains établissements financiers et l'Union dans le calcul de leur exposition et du ratio de levier à la base de contribution au FRU.

b. La sanctuarisation de la contribution au fonds de développement durable

834. La mise en œuvre de la contribution au fonds de développement durable nécessite sa sanctuarisation à un double niveau. En amont, la question se pose en premier lieu de la détermination du plafond de contribution que l'on jugerait suffisant pour atteindre les objectifs assignés au fonds de développement durable. Il pourrait par exemple s'agir d'un pourcentage du montant estimé des investissements nécessaires pour la transition énergétique à l'échelle de l'Union. Ces fonds émanant directement de l'Union et non des États membres, ils ne seraient pas soumis au régime des aides d'État prévu aux articles 107 et suivants du TFUE.

<sup>1430</sup> Arrêts du Tribunal de l'Union du 13 juillet 2018, Affaires T-733/16 Banque Postale/BCE, T-745/16 BPCE/BCE, T-751/16 Confédération nationale du Crédit mutuel/BCE, T-757/16 Société générale/BCE, T-758/16 Crédit agricole/BCE et T-768/16 BNP Paribas/BCE.

En second lieu, la question de l'affectation des sommes issues du fonds de développement durable mérite tout autant l'attention. Il est ainsi souhaitable que le déblocage des sommes issues du fonds de développement durable ne soit pas suspendu à la survenance d'une crise qui déclencherait un mécanisme de résolution, bien au contraire. En l'espèce, la démarche est cette fois d'anticipation et il s'agit bien ici d'une contribution au développement durable qui implique donc l'affectation de crédits aux investissements durables. Afin de ne pas perdre la maîtrise de ces investissements à l'échelle de l'Union, ceux-ci devraient rester sous contrôle public dans la mesure où ils servent le bien commun et sont conformes aux objectifs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG)<sup>1431</sup>.

835. Par ailleurs, la nécessité de sanctuarisation en aval de cette contribution au fonds de développement durable tient au fait que celle-ci se traduirait en droit de l'Union par un prélèvement *ex ante*. Dès lors les entreprises assujetties pourraient être tentées de répercuter à leurs clients ce coût imposé par cette solidarité de droit dans leur politique tarifaire. De sorte que l'objectif souhaité de contribution des générateurs de risque à la fiscalité durable serait dévié de sa cible originelle aux dépens du citoyen-consommateur. Il en résulterait alors un simple déplacement chronologique du coût mis à la charge du citoyen de l'Union dès avant l'apparition d'une prochaine crise environnementale ! En conséquence, il serait judicieux que le principe de l'interdiction pure et simple de répercuter la contribution au fonds de développement durable au citoyen-consommateur trouve à s'appliquer sans exception.

#### B. Discussion sur le principe pollueur-payeur au fondement de la fiscalité durable

836. Alors que certains États membres, dont la France, en appellent à la mise en place d'une taxe carbone aux frontières de l'Union européenne<sup>1432</sup>, le principe pollueur-payeur trouve d'ores et déjà à s'appliquer à l'échelle de l'Union grâce au Système Européen de Quotas d'Émission (SEQUE), faisant parfois montre de certains aspects du protectionnisme : « l'Union européenne a décidé unilatéralement de soumettre les compagnies aériennes décollant d'un aéroport du Vieux Continent ou y atterrissant aux obligations du SEQUE<sup>1433</sup>. » Ces entraves aux libertés de circulation que peuvent constituer les taxes environnementales « visent à intégrer dans le coût des activités productives les dommages éventuels qu'elles causent à l'environnement<sup>1434</sup>. » Dès lors, ce pourrait être l'objet de la fiscalité durable.

Pour autant, explorer toutes les voies de de la fiscalité durable implique de ne pas limiter la réflexion au principe de taxation des émissions ou des émetteurs de polluants en vue d'endiguer le réchauffement climatique (1). Il est ainsi permis d'éprouver, sur le plan théorique, la bascule paradigmatique du droit payant de polluer l'environnement au principe de son interdiction (2).

##### 1. La taxation en vue d'endiguer le réchauffement climatique

837. La prise de conscience des conséquences néfastes du changement climatique et de l'importance de traiter leur cause, autrement dit les émissions de gaz à effet de serre, s'est manifestée au sein de la communauté internationale en 1998 avec la signature du protocole

<sup>1431</sup> Parlement européen, *Finance durable*, op. cit., pages 1, 7 à 17.

<sup>1432</sup> Discours du Président de la République française à la conférence sur la finance verte, 23 mars 2018 ; voir aussi Frédéric Simon, Paris pour une taxe CO2 aux frontières de l'UE, <https://www.euractiv.fr/section/energie/news/france-to-push-for-eu-carbon-price-floor-and-border-tariff/>

<sup>1433</sup> CHENEVIÈRE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, op. cit., page 41.

<sup>1434</sup> LANDAU (Prés.), *Les nouvelles contributions financières internationales*, op. cit., 81.

de Kyoto<sup>1435</sup>, dont on rappelle que les États-Unis ne l'ont jamais ratifié. Approuvé par l'Union le 25 avril 2002<sup>1436</sup>, ce protocole s'est trouvé décliné en législation contraignante à l'échelon européen par le SEQE, qui constitue à la fois « un instrument économique de protection de l'environnement et une application du principe du pollueur-payeur<sup>1437</sup>. » Pour autant, ce SEQE présente certaines limites (a) que la taxation carbone pourrait permettre de compléter (b).

#### a. Les limites du SEQE

838. Sur le plan fiscal, la mise en œuvre du protocole de Kyoto nécessitait de faire un choix entre la taxation des émissions polluantes et la taxation des émetteurs de polluants, sachant que « l'effet d'émission de GES (voire les autres dommages environnementaux ordinairement attachés à la production industrielle) se concentre en règle générale au début du circuit économique<sup>1438</sup> », ce qui posait immédiatement la question de la territorialité. Avant que ne soit imaginé « un schéma eurocompatible de report au stade de la consommation intérieure de la charge d'internalisation des dommages environnementaux, en sorte de préserver la neutralité compétitive du système quant à l'origine géographique du produit<sup>1439</sup> » et malgré ce risque de distorsion de concurrence lié à l'origine de l'émetteur de polluants, le régime d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre a été courageusement institué par la Directive 2003/87/CE<sup>1440</sup> du 13 octobre 2003 complétée par le règlement 1031/2010<sup>1441</sup>, modifié par le règlement 1210/2011<sup>1442</sup>, lui-même modifié par le règlement 176/2014<sup>1443</sup>. Quand bien même le SEQE présente l'immense mérite d'exister et de trouver à s'appliquer, sa complexité, voire ses complications résultant

<sup>1435</sup> Protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques, FCC INFORMAL/83, GE.05-61647, 1998.

<sup>1436</sup> Décision du Conseil 2002/358/CE du 25 avril 2002 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent, JOUE 15 mai 2002, L130.

<sup>1437</sup> CHENEVIERE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, op. cit., page 43.

<sup>1438</sup> WOLF Marc, *Transposer le modèle TVA pour taxer les émissions de CO2 sans « fuites de carbone »*, Revue européenne et internationale de droit fiscal, N°2018/2, Bruylant, page 309.

<sup>1439</sup> *Ibidem*, page 308.

<sup>1440</sup> Directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté modifiant la directive 96/61/CE, JOUE du 25 octobre 2003, L275/32 s, modifiée par la directive 2004/101/CE du 27 octobre 2004, JOUE du 13 novembre 2004, L338, modifiée par la directive 2008/101/CE du 19 novembre 2008, JOUE du 13 janvier 2009, L8, modifié par le règlement (CE) 219/2009 du 11 mars 2009, JOUE du 31 mars 2009 ; L87, modifié par la directive 2009/29/CE du 23 avril 2009, JOUE du 19 décembre 2013, L343, modifié par le règlement (UE) 421/2014 du 16 avril 2014, JOUE du 30 avril 2014, L129.

<sup>1441</sup> Règlement (UE) n° 1031/2010 du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, JOUE du 18 novembre 2010, L302/1s.

<sup>1442</sup> Règlement (UE) n° 1210/2011 du 23 novembre 2011 modifiant le règlement (UE) n° 1031/2010 afin, notamment, de déterminer le volume de quotas d'émission de gaz à effet de serre à mettre aux enchères avant 2013, JOUE du 24 novembre 2011, L308. Pour un exemple de contentieux lié au SEQE, voir arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, Air Transport Association of America, système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre – principes du droit international coutumier, Affaire C-366/10, voir note sous arrêt CLEMENT-WILZ Laure, le système européen de quotas d'émission de gaz à effet de serre face aux règles du droit international, Revue des affaires européennes, 2011, pages 859 à 867. Aussi, SIMON Denys, Droit international conventionnel coutumier : l'invocabilité au cœur de la lecture jurisprudentielle des rapports de systèmes, Europe Mai 2012, études, pages 5 à 8.

<sup>1443</sup> Règlement (UE) n° 176/2014 de la Commission du 25 février 2014 modifiant le règlement (UE) n° 1031/2010 afin, notamment, de déterminer les volumes de quotas d'émission de gaz à effet de serre à mettre aux enchères pour la période 2013-2020, JOUE du 26 février 2014, L56/11s.

d'influences exercées par les intérêts privés des industries sur sa matière brute d'intérêt général en font un « labyrinthe » aux yeux de son expert Cédric CHENEVIÈRE qui y a consacré sa thèse<sup>1444</sup>. Cette difficulté est à ce point perceptible que l'on peut observer chez d'éminents juristes une contradiction dans la définition même du SEQE. Ainsi, pour le premier, le SEQE « pose une interdiction et prévoit une autorisation qui se présente comme une dérogation à l'interdiction : il est interdit de se livrer à une activité entraînant des émissions de gaz à effet de serre à moins de détenir une autorisation délivrée par l'autorité publique compétente<sup>1445</sup>. » Alors que pour le second, « la liberté de rejeter des gaz à effet de serre est, au contraire, pleinement préservée, sous réserve d'une restitution ultérieure de quotas en quantité suffisante<sup>1446</sup>. » Ce dernier de préciser la nature juridique de ces quotas qui constituent des « moyens de paiement spécifiques permettant d'éteindre une dette environnementale dont le débiteur est l'exploitant et la créancière la collectivité<sup>1447</sup>. » Cette définition juridique complète la version économique selon laquelle les quotas sont considérés comme des matières premières en raison du fait que « l'émission de CO2 génère une nouvelle charge de production matérialisée par l'achat de quotas<sup>1448</sup> » par l'entreprise. Même si « le SEQE tente de ne pas faire l'économie des mesures que commande l'urgence des enjeux climatiques, et d'agir avec mesure pour préserver un climat de confiance propice au libre jeu économique<sup>1449</sup> », il s'agit bien là d'une tentative mise à mal dès les deux premières phases de son fonctionnement, où l'attribution massive de quotas accentuée par la crise de 2008 a effacé l'espoir d'évolution des comportements liés au signal-prix du marché des quotas d'émission. C'est la raison pour laquelle on peut imaginer que ce SEQE soit complété par une autre forme de fiscalité en vue d'endiguer le réchauffement climatique : la taxation carbone.

#### b. L'évolution de la taxation carbone

839. La taxe carbone, « à la différence d'un marché de quotas qui définit *ex ante* la quantité et laisse le marché fixer le prix, la taxe définit *ex ante* le prix<sup>1450</sup> », existe à l'échelle des États membres mais pas de l'Union. Ceci alors que le prix de la tonne de CO2 est d'importance majeure dans l'efficacité du dispositif fiscal en vue de réduire les comportements polluants. L'intérêt serait donc à l'harmonisation si ce n'est à l'uniformisation – avec les implications de révision du droit primaire que l'on connaît – de son prix à l'échelle de l'Union. Or ce prix a été très volatil depuis la création de la première taxe carbone en Finlande en 1990<sup>1451</sup>, où il était fixé à 1,2 euros pour la période 1990-1994, pour aller

<sup>1444</sup> CHENEVIÈRE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, op. cit., page 28.

<sup>1445</sup> BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 2018, pages 853-854.

<sup>1446</sup> CHENEVIÈRE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, op. cit., page 299.

<sup>1447</sup> *Ibidem* ; on pourra ajouter plus classiquement que les quotas ont la nature de bien meuble incorporel.

<sup>1448</sup> Autorité des Normes Comptables, *Propositions pour une comptabilisation en fonction des modèles économiques des entreprises*, mai 2012, page 9.

<sup>1449</sup> CHENEVIÈRE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, op. cit., page 436.

<sup>1450</sup> FREMAUX Benjamin, *Quel coût pour la transition énergétique ?* Institut Montaigne, 11 décembre 2017.

<sup>1451</sup> WEISHAAR Stefan, *Introducing carbon taxes – issues and barriers*, in *Innovation addressing Climate Change challenges*, ElgarOnline, 2018, pages 3-19; “similar impediments were at play in all three countries... recycling, competitiveness and the fostering of support...households received inter alia income tax reductions but were bearing a bigger share of the tax burden while companies were at least in part able to receive tax exemptions or tax refunds...Switzerland...recycles CO2 tax proceeds back to residents via reductions in the health care insurance premium”, page 15.

jusqu'à 20 euros en 2008 dans cet État membre. Ceci pendant que la taxe carbone en Suède a connu une variation de 43 euros la tonne en 1991 à 106 euros en 2008. En France, où la taxe carbone est intégrée dans la taxe intérieure de consommation, la tonne de carbone est passée de 7 à 44,60 euros de 2014 à 2018, avec une évolution prévue<sup>1452</sup> à 65,40 euros en 2020 et 86,20 euros en 2022. On peut retrouver cette disparité dans la fixation du prix de la tonne de carbone outre-Atlantique, cette fois à l'état de proposition législative de certains États fédérés, étant toutefois précisé qu'un système de tarification du carbone est par ailleurs en vigueur de manière sectorielle à l'échelle de neuf États fédérés : « Regional Greenhouse Gas Initiative, a cap-and-trade program for large-scale power plants of a certain size in nine states, that already places a price on carbon dioxide emissions from electricity generation<sup>1453</sup> ». Cette situation de fait est à rapprocher de la situation à construire décrite par l'auteur en ces termes : « In the ideal world, the federal government would institute uniform carbon pricing that would transcend the patchwork of state policies, state politics and the limits of state constitutions. In the face of federal inaction, however, states can operate within their constitutional frameworks and still serve as valuable laboratories for policy development<sup>1454</sup> » Cette analyse des inerties et inspirations réciproques entre État fédéral et États fédérés pourrait être transposée à l'Union et à ses États membres pour la mise en œuvre d'une taxe carbone européenne. De manière plus ambitieuse encore, l'idée richement développée par Marc Wolf d'une « contribution carbone industrielle » décrite comme une « taxe indirecte sur les transactions et non pas d'un impôt direct sur l'entreprise ou le procès de production, le schéma respecte la condition de conformité aux règles du GATT, permettant i/ d'appliquer cette TGAP égalisatrice tant aux importations qu'à la production intérieure, ii/ d'en neutraliser le montant à la sortie du territoire<sup>1455</sup> » respecterait l'intégration négative liée aux libertés de circulation et n'aurait dès lors aucun trait protectionniste, prouesse de conception de son auteur.

840. L'idée d'une fiscalité durable au service du développement durable est évidemment louable autant que faisable puisque d'ores et déjà mise en œuvre à différents niveaux de l'Union, qu'il s'agisse des États membres ou de l'échelon supranational. Pour autant, selon une considération éthique de ce qui doit être, la nature de bien commun propre à l'environnement – au même titre qu'il existe un sens commun propre à l'humanité auquel l'intelligence artificielle ne peut accéder – mérite de se poser la question de l'interdiction de polluer l'environnement.

## 2. Du droit payant de polluer l'environnement au principe de son interdiction

841. Tous ces développements sur la mise en place de taxations en vue d'endiguer le réchauffement climatique, mais aussi de protéger l'environnement d'une manière plus générale, invitent à l'extension de la réflexion sur le sens de la fiscalité durable qui revient finalement à octroyer un droit payant de polluer. On pourrait ainsi penser que le paradigme serait susceptible d'évolution, voire de basculement, à la lumière de cette analyse : « Les budgets de l'État interventionniste sont sensibles à l'environnement [lato sensu], mais ne sont pas déterminés (au sens fort) par les contraintes économiques. PARETO, un des pères de l'économie, considérait que les finances publiques relèvent de la sociologie et non de l'économie pure car « les actions non logiques sont prédominantes<sup>1456</sup> » ».

<sup>1452</sup> LOI n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, JORF n°0305 du 31 décembre 2017.

<sup>1453</sup> MILNE Janet, *Carbon tax choices : the tale of four states*, in *The green market transition*, ElgarOnline, 2017, page 4.

<sup>1454</sup> *Ibidem*, page 13.

<sup>1455</sup> WOLF Marc, *Transposer le modèle TVA pour taxer les émissions de CO2 sans « fuites de carbone »*, op. cit., page 312.

<sup>1456</sup> LEROY Marc, *Idéologie de la contrainte et performance budgétaire*, in *Les réformes des finances publiques, enjeux politiques et gestionnaires*, op. cit., page 31.

Autrement dit, ce sont les représentations collectives qui déterminent les comportements et influent par ricochet sur l'action publique dont elle constitue une représentation politique. La modification des préférences collectives qui en émane déterminera donc le degré d'intervention de l'État jugé acceptable par le citoyen et son orientation vers plus ou moins de protection de son environnement, au sens large ou plus restreint. Aux États-Unis ou en Suisse, ce changement de préférences collectives peut se manifester de manière démocratique et spécifique à l'occasion d'initiatives populaires : « However, if the legislature is not politically responsive to carbon taxes, state constitutions may offer the opportunity to take the issue directly to the voters through voter-driven initiatives ». Au sein de l'Union, l'équipollent inabouti de cette forme de démocratie participative réside dans l'initiative citoyenne<sup>1457</sup> régie par le règlement n°211/2011 du 16 février 2011. On relèvera en particulier l'initiative ambitieuse visant à « interdire le glyphosate et protéger la population et l'environnement contre les pesticides toxiques<sup>1458</sup> », devenue après le filtre de la Commission une simple « proposition relative à la transparence et à la durabilité de l'évaluation du risque au niveau de l'UE dans la chaîne alimentaire<sup>1459</sup> ». On perçoit alors toute l'influence des intérêts privés industriels sur la res publica que l'on retrouve parfaitement décrite dans cette analyse relative à la dualité voire à l'ambiguïté de la réception de la taxe carbone par les entreprises : “Companies appeared at times to publicly welcome the CO2 tax while requesting the trade associations to take a strong position against it. Public sentiment was becoming more environmentally minded and enterprises liked to be associated with responsible environmental conduct. A way to overcome this obstacle was by setting up a generous refund scheme that allowed companies to pay a reduced amount of CO2 tax rates. The system was in effect placing a lower CO2 tax burden on the manufacturing sector<sup>1460</sup>.” Cédric Cheneviere peut ainsi assimiler le « paiement d'une amende ou d'indemnités en cas de non-respect de ces plafonds [limites d'émissions fixées par le législateur] à l'achat d'un « droit de polluer »<sup>1461</sup> ». Ce qui est tout à fait juste en pratique selon une analyse fondée sur les résultats et l'efficacité du SEQE par comparaison avec une pénalisation de la pollution. Pour autant, sur le plan éthique, la question se pose instamment de ce que doit faire l'humanité à l'égard de l'environnement planétaire qu'elle colonise. En prenant le parti de la protection de l'environnement, on considère – à raison – que celui-ci présente une valeur incalculable, voire infinie : il s'agit d'une pièce unique, d'un chef-d'œuvre non reproductible de la Nature. Dès lors toute atteinte à l'environnement présente d'emblée un caractère grave, qui justifie l'interdiction de polluer en son principe.

---

<sup>1457</sup> JOUE du 11 mars 2011, L65, modifié par règlement délégué 268/2012 du 25 janvier 2012, règlement 517/2013 du 13 mai 2013, règlement délégué 887/2013 du 11 juillet 2013, règlement délégué 531/2014 du 12 mars 2014, règlement délégué 2015/1070 du 31 mars 2015.

<sup>1458</sup> ECI(2017)000002, 25 janvier 2017.

<sup>1459</sup> COM(2018)179, 2018/0088(COD).

<sup>1460</sup> Weishaar Stefan, *Introducing carbon taxes – issues and barriers*, in *Innovation addressing Climate Change challenges*, ElgarOnline, 2018, page 15

<sup>1461</sup> CHENEVIERE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, op. cit., page 51.



842. On passerait ainsi d'une logique de correction – réparation des dommages causés à l'environnement à une logique de prévention – interdiction de ces dommages. Selon l'hypothèse d'un basculement sociologique vers la préférence collective d'une protection de l'environnement au sens large, on pourrait dès lors envisager le principe d'interdiction de polluer plutôt que le droit payant de polluer en vertu du principe pollueur-payeur<sup>1462</sup>. On passerait ainsi d'une fonction de redistribution résultant de la taxation environnementale à une fonction de protection relevant d'un ordre public environnemental devant faire l'objet d'une répression en cas de violation, en cas d'atteinte au bien commun, nécessitant d'être sanctionnée par une peine.
843. En conclusion de section, si l'Union a pu être le précurseur et le promoteur d'une sensibilité au développement durable en mettant en œuvre le SEQE à l'échelon supranational, elle peut encore mieux s'affirmer sur la scène internationale en renversant le paradigme du principe pollueur-payeur pour lui préférer le principe de prohibition de la pollution, à la mesure des enjeux de l'humanité en matière environnementale. La question doit ainsi se poser de savoir si, plutôt qu'un simple droit à l'information sur le développement durable que l'on peut exiger des entreprises<sup>1463</sup>, certes susceptible de mettre en jeu leur responsabilité au titre du « greenwashing<sup>1464</sup> », plutôt qu'un droit « de ne pas souffrir des conséquences du changement climatique » qui serait opposable à l'État et se trouve encore à construire, une gradation supplémentaire dans l'exigence normative ne devrait pas être franchie pour voir appliqués à l'environnement, par analogie avec la personne humaine sous l'angle de la bioéthique<sup>1465</sup>, les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité garantissant sa protection, sa sanctuarisation.

---

<sup>1462</sup> *Ibidem* : « La directive préserve pleinement la liberté de polluer des entreprises, mais elle exige que les émissions soient compensées... », page 433.

<sup>1463</sup> BONNEAU Thierry, op. cit., pages 849 à 851.

<sup>1464</sup> HUGLO Christian, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, page 113.

<sup>1465</sup> Loi n°94-653 du 29 Juillet 1994 relative au respect du corps humain, article 3, JORF 30 juillet 1994, codifié à l'article 16-1 du code civil : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. »

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

844. Ce chapitre a envisagé l'hypothèse du financement durable de l'Union à la mesure de son intérêt que l'on souhaite à la fois supérieur à celui des États membres tout en les englobant. Pour ce faire, il importe de reconsidérer tant le contenu que le niveau du budget de l'Union, relativement famélique comparé à celui des États membres et ne permettant ainsi pas à l'Union d'assumer un rôle de premier plan dans son développement durable. Ceci en gardant à l'esprit que les engagements de réduction des émissions de CO<sub>2</sub> pris à l'occasion du protocole de Kyoto ne furent respectés qu'en raison de la crise économique et financière de 2008<sup>1466</sup>. À la lumière de ces faits édifiants, l'idée même de développement durable ne pose-t-elle pas une incompatibilité de plus en plus probable entre la croissance économique d'un côté, même régulée par des mesures de rattrapage climatique et environnemental, et le basculement climatique de l'autre côté, réduisant la dimension sociale de ce concept à la portion congrue ? Ce concept ayant finalement peu de chances de prospérer face à l'horizon d'un réchauffement climatique inexorable qui ne peut être qu'atténué, ne faudrait-il pas lui préférer celui de protectionnisme durable ? La mise en place d'une fiscalité durable sur les flux de capitaux serait en ce sens alors que l'on ne peut que constater la gageure que la taxation des transactions financières représente sur le plan politique, même à l'échelle moindre de la coopération renforcée. Le réalisme se confondant volontiers au pessimisme en pareille matière, l'hypothèse d'un essor – que l'urgence climatique devrait rendre nécessaire<sup>1467</sup> en son principe – de la taxation carbone à l'échelle de l'Union et même des États membres s'avère tout aussi menacé à la lumière du mouvement des « gilets jaunes » en France, au point d'un recul de l'État sur la question. Ce télescopage des préoccupations quotidiennes avec les objectifs de long terme identifiés comme des impératifs catégoriques à la pérennité de l'humanité met en évidence que le réflexe de protection est d'abord individuel et contreproductif à ce niveau. Elle conforte l'idée de l'exception protectionniste à l'échelle de l'Union marquant les préférences collectives nécessaires au développement durable. L'idée d'une fiscalité durable à ce niveau est en ce sens. Sa mise en œuvre reste à l'état de projet, qu'il conviendrait de matérialiser à l'occasion du cadre financier pluriannuel 2021-2027.

---

<sup>1466</sup> CHENEVIERE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, op. cit., page 30.

<sup>1467</sup> ROGER Pascal, *La trajectoire carbone : une taxation nécessaire et vertueuse*, Les Echos, 17 décembre 2018.

## CONCLUSION DU TITRE II

845. Ces développements sur les nouveaux instruments de l'exception protectionniste durable auraient pu laisser penser que ceux-ci n'existent que dans une démarche de droit prospectif. Ce n'est pas le cas. Le droit positif de l'Union comme de ses États membres renferme d'ores et déjà des manifestations d'exceptions protectionnistes durables en son sein. Qu'il s'agisse de la législation mise en place à l'égard – ou à l'encontre, selon le point de vue – des établissements bancaires et financiers ou de la surveillance à l'échelle de l'Union du risque de système, la manifestation de volonté de l'Union dans le but de protéger, de préserver, de maîtriser sa stabilité financière, économique et monétaire s'exerce unilatéralement dans son intérêt propre, avec des effets potentiellement contrariant de la liberté de circulation des capitaux à l'égard des pays tiers. Loin de l'effort manifeste d'unité démontré par l'Union bancaire ou le SESF dans le sens de l'intérêt de l'Union et de ses citoyens, la protection des industries de l'Union s'exprime encore de manière désordonnée au niveau des États membres, révélant par là même l'absence de politique de défense industrielle commune aboutie. Ainsi, le projet de règlement prévoyant un filtrage des investissements directs étrangers ne permet pas la prohibition par l'Union de tels investissements, ce blocage étant laissé à la discrétion de l'État membre concerné en considération de son ordre public national. On mesure ainsi le chemin à parcourir pour parvenir à la consécration textuelle d'un contrôle des investissements étrangers à l'échelle de l'Union tel qu'on pourrait le rencontrer outre-Atlantique avec le CFIUS.
846. Surtout, selon une approche cette fois largement prospective, la négociation prochaine du cadre financier pluriannuel 2021-2027 constitue une formidable opportunité de développer l'exception protectionniste à caractère financier par le renforcement du budget de l'Union à la hauteur des enjeux du développement durable. L'identification de projets à valeur ajoutée européenne ne suffit pas à concevoir un budget à la mesure de l'intérêt de l'Union. Il faut encore repenser le financement de la transition énergétique à l'échelle de l'Union tout en permettant la protection comme la promotion des industries de l'Union par l'accroissement des investissements publics en soutien d'une politique industrielle largement coordonnée et convergente sur les objectifs stratégiques. Il en résulte la nécessité de dégager des ressources supplémentaires à l'aide d'une fiscalité qualifiée de durable par sa finalité. Les instruments de cette fiscalité existent dans leur principe et trouvent parfois à s'appliquer à l'échelle de certains États membres, pour la taxe carbone, voire de l'Union, pour le SEQE. Il n'en demeure pas moins vrai que l'exercice d'une fiscalité durable, voire de toute fiscalité à l'échelle de l'Union est une gageure par son absence de compétence de la compétence. C'est ainsi que l'hypothèse d'une révision des traités se fait jour avec insistance dans le sens d'une protection durable de l'intérêt de l'Union.

## CONCLUSION DE LA PARTIE II

847. Conclure cette seconde partie sur une note optimiste permet de mettre en exergue l'ensemble des possibilités s'offrant au juriste en vue de la protection durable du développement économique, social et environnemental de l'Union. À l'instar de la défense commerciale commune étudiée dans la première partie, la mise en œuvre de l'exception protectionniste durable devrait s'exercer à l'échelle de l'Union pour garantir son efficacité à l'égard des pays tiers et son uniformité à l'endroit des États membres. C'est la raison pour laquelle le principe d'intégration environnementale tiré de la clause transversale de l'article 11 TFUE a plus de force que le principe de précaution dont la portée et l'effectivité se perdent dans les aspects processuels et l'exigence de preuves scientifiques toujours réfutables. Dans le prolongement de ce principe d'intégration environnementale et en considération de l'enjeu climatique, l'élévation au niveau européen d'une politique commune de l'énergie sur le modèle corrigé de la PAC est tout autant pourvue de sens pour assurer la transition énergétique en vue d'une protection durable du citoyen européen. L'optimisme quant à la manifestation d'une exception protectionniste durable à l'échelle de l'Union est en revanche stoppé par la recherche, vaine, d'un ordre public social de protection européen.
848. En revanche, l'exception protectionniste à caractère financier a trouvé sa place dans le droit positif de manière inattendue – car en contrariété avec la liberté absolue de circulation des capitaux – à la faveur de la crise financière puis économique et souveraine débutée en 2007. La législation ainsi mise en œuvre à l'échelle de l'Union a pour objectif idéal de protéger l'Union contre le risque systémique, susceptible de faire s'effondrer l'ensemble du système bancaire, financier, puis économique par ricochet. Elle a aussi pour objectif de protéger la stabilité d'un tel système, sans véritablement qu'une critique de ce système ne soit intervenue au point de le remettre en cause. Cette réticence est en particulier patente dans le cadre du contrôle des investissements étrangers, pour l'instant inexistant à l'échelle de l'Union. Il est alors nécessaire de se pencher sur la logique des moyens satisfaisant cette protection durable de l'Union pour retrouver des voies de manifestation d'une exception protectionniste à caractère financier. Son pendant budgétaire intéresse alors la question des recettes, et en particulier de la fiscalité à finalité durable qu'il conviendrait d'instituer au niveau de l'Union. Enjeu de compétence de l'Union sur le plan juridique, enjeu d'existence sur le plan politique, les avatars de la fiscalité durable tels que la taxation des transactions financières ne doivent pas rester des épouvantails. À défaut, l'exception protectionniste ne viendra pas au soutien de l'Union, mais à son chevet.

## CONCLUSION GENERALE

849. La survenance d'une crise est toujours l'occasion de prendre du recul et d'envisager, sinon la remise en cause, au moins la remise en question du système qui l'a généré. On peut dès lors s'interroger sur les conséquences sociales et environnementales potentiellement dommageables du libéralisme. Ce libre-échange est particulièrement affirmé dans le droit primaire de l'Union par les libertés de circulation qui trouvent d'abord à s'appliquer au sein du marché intérieur, mais aussi à l'égard des pays tiers pour ce qui concerne les flux de capitaux. Au sein de cette économie de marché que l'on voudrait tout à la fois « sociale » et « hautement compétitive<sup>1468</sup> », le facteur « capital » de l'activité économique et financière jouit d'une suprématie permise par sa très grande mobilité en comparaison du facteur « travail » et de la fixité des ressources naturelles. C'est dans ce contexte, guidé par « l'intransigeance exténuante de la mesure<sup>1469</sup> » chère à Camus, que peut émerger l'idée d'une exception protectionniste s'exerçant aux frontières de l'Union, non pas pour contrecarrer le libre-échange, mais pour le tempérer. Agissant à la fois comme moyen de défense, instrument de protection de l'intérêt de l'Union et d'affirmation de sa souveraineté à l'égard des pays tiers, l'exception protectionniste dépasse la seule dimension économique qui lui est classiquement reconnue pour s'intégrer positivement dans les dimensions sociale et environnementale à la manière des clauses transversales des articles 9 et 11 TFUE.
850. À raison de l'article 207§1 TFUE, l'Union dispose d'une compétence exclusive en matière de défense commerciale. Ainsi, par antagonisme avec l'objectif de libéralisation des échanges et par exception à la logique d'intégration négative interdisant toute restriction au commerce, l'Union peut encore légiférer et lutter à ses frontières contre deux grandes catégories de pratiques commerciales des pays tiers. Ce n'est pas tant la capacité de légiférer de l'Union qui pose donc difficulté en matière de défense commerciale, mais plutôt son incapacité à appliquer ces exceptions protectionnistes dans son intérêt. Cet intérêt de l'Union devrait ainsi pouvoir s'élever au même rang que les valeurs à protéger, visées à l'article 2 TUE<sup>1470</sup>. Il doit être indissociable de la protection du citoyen européen. La première typologie d'exceptions protectionnistes réside dans les régimes antidumping et antisubvention de l'Union contre les pratiques commerciales déloyales issues de pays tiers. À cet égard, l'essor des négociations commerciales bilatérales et plurilatérales en vue de conclure des ALE en parallèle puis aux dépens de l'OMC mettent en exergue le caractère anachronique de l'influence du droit commercial multilatéral au regard de la législation antidumping et antisubvention de l'Union. Il conviendrait en conséquence de s'en affranchir au profit de l'édification d'une défense commerciale énergique à l'échelle de l'Union fondée sur la protection du marché intérieur contre les pratiques commerciales déloyales des pays tiers. On observe en particulier que l'intérêt de l'Union se trouve isolé comme condition supplémentaire dans ces législations, ce qui le réduit à une somme d'intérêts privés d'inégale importance rendant sa portée moins universelle et peu soucieuse des clauses transversales de développement durable. Il semble utile de rappeler à ce titre que l'Union propose un modèle de civilisation complet, alors que l'OMC ne se concentre que sur la mise en œuvre du libre-échange à l'échelle mondiale. L'intérêt de l'Union doit donc être de conception holistique. Cela signifie et justifie que l'Union sanctionne les pratiques commerciales déloyales des pays tiers de manière différenciée, ce que permettrait un plus grand pouvoir dévolu à la Commission en la matière. Dans sa pratique décisionnelle des régimes antidumping et antisubvention, la Commission dispose d'ores et déjà d'un pouvoir souverain à tous les stades de la procédure. Sous réserve d'une motivation minimale et du respect des principes directeurs du procès équitable, elle peut

<sup>1468</sup> Au visa de l'article 3§3 TUE.

<sup>1469</sup> CAMUS Albert Camus, *L'homme révolté*, folio essais, éditions Gallimard, 1951, page 315.

<sup>1470</sup> En particulier la liberté, l'égalité et la démocratie.

ainsi décider de refuser d'ouvrir une enquête ou s'en saisir alors même qu'il n'y a pas de plainte de l'industrie communautaire, évaluer la marge de dumping ou le niveau de subventionnement avec un niveau faible de justification des méthodes, et décider, ou non, d'instituer des droits antidumping ou antisubvention, par exemple au nom d'un intérêt de l'Union, à géométrie variable. L'application de mesures antidumping et antisubvention en tant qu'exception protectionniste permettrait d'aligner le rôle de la Commission, garante de l'intérêt général, avec les objectifs de sauvegarde de l'industrie et des services européens tout en préservant les meilleures conditions sociales et environnementales de développement humain. Il en résulterait l'affirmation d'une souveraineté de l'Union de nature tant économique que non économique, plus en phase avec les valeurs qu'elle promeut et défend au visa de l'article 2 TUE. Cette souveraineté s'exercerait en particulier au moyen de l'institution de mesures unilatérales inspirées de la section 301 du Federal Trade Act de 1974, avec toutefois le pare-feu démocratique du Parlement européen qui disposerait d'un droit de regard et d'un droit de veto sur ce type de mesures. Elle serait également renforcée par l'axiome selon lequel une mesure antidumping ou antisubvention est présumée prise dans l'intérêt de l'Union sans qu'il soit nécessaire de la poser en condition supplémentaire donc superfétatoire car incongrue à ce stade de la hiérarchie des normes, des règlements de base antidumping et antisubvention. Bien entendu, par respect pour les droits de la défense, les mesures antidumping et antisubvention pourraient être contestées, dans des conditions strictes de recevabilité et de preuve, sur le fondement de la contestation de l'intérêt de l'Union.

851. Si l'on analyse maintenant les pratiques commerciales déloyales des pays tiers sous l'angle de la globalisation, l'hypothèse du remplacement de la défense commerciale antidumping et antisubvention par un droit de la concurrence mondial à construire semble séduisante. Il s'agirait d'intégrer la régulation des comportements déloyaux des entreprises, sanctionnés par la législation antidumping, mais aussi des États, indirectement sanctionnés par la législation antisubvention, au niveau international par le truchement du droit antitrust comprenant les ententes prohibées et les abus de domination. Malgré les traits partagés entre régime antidumping, antisubvention et droit de la concurrence, les deux dispositifs présentent des finalités antagonistes de sorte que la tentation pourrait être de voir réduire la portée des règles de défense commerciale au profit des règles de concurrence selon un raisonnement fidèle à la constitution économique de l'Union fondée sur les libertés de circulation. La pratique des exemptions qui seraient alors des exceptions prises dans l'intérêt de l'Union peut-elle concilier ces divergences d'approche ? Cela nécessiterait l'extension du champ d'application du droit de la concurrence au-delà des seuls aspects économiques, et surtout la confrontation victorieuse d'une concurrence-moyen sur une concurrence-fin à l'échelle mondiale, de surcroît intégrative de la protection de l'intérêt général qui ne se situerait donc pas exclusivement dans le progrès économique...Hypothèse peu réaliste, donc.
852. La seconde typologie d'exception protectionniste mise en œuvre en droit de l'Union au visa de l'article 207§1 TFUE est dépourvue de tout aspect intentionnel ou fautif et réside quant à elle dans la défense commerciale applicable en cas de flux commerciaux anormalement élevés et inattendus en provenance de pays tiers. À l'origine, la clause de sauvegarde, instrument juridique antagoniste de l'effort de libéralisation des échanges consenti par chaque membre de l'OMC au niveau mondial, et par chaque État membre au sein de l'Union, s'inscrit dans l'histoire de la construction européenne en tant que marqueur résiduel du réflexe protectionniste des États membres.

853. Au sein de l'Union, la clause de sauvegarde économique transitoire constitue ainsi le corollaire juridique du passage d'une situation de protection concurrentielle assurée par l'État nation à une situation d'exposition concurrentielle assumée par l'État membre. Il s'agit donc d'une forme de vestige archéologique de l'exception protectionniste entre États membres. Néanmoins, certaines clauses de sauvegarde entre États membres ont bénéficié d'une pérennité juridique nettement plus importante. Ainsi, la clause de sauvegarde trouve toujours à s'appliquer dans l'ordre interne lorsqu'il est notamment question de protéger l'ordre public non économique d'un État membre au visa de l'article 36 TFUE. Cette présence provisoire ou permanente de la clause de sauvegarde au sein de l'Union s'explique essentiellement par l'exigence formelle des États membres de prévoir une clause d'exemption aux libertés de circulation en contrepartie de leur consentement à limiter leur souveraineté économique au profit de la réalisation du marché intérieur. Pour autant, le législateur puis le juge de l'Union ont largement encadré la clause de sauvegarde par le test de nécessité, rendant cette étape difficilement franchissable. Ce qui permet de conclure à l'innocuité de la clause de sauvegarde à l'égard de l'intégration négative du marché au sein de l'Union.
854. Dans ses relations extérieures, l'Union semble confirmer, par la diversité des clauses de sauvegarde contractées en fonction des partenaires, sa conception de la clause de sauvegarde en tant qu'instrument à la fois de sécurisation du pays tiers dans la négociation, puis de facilitation de la conclusion de l'ALE. Paradoxalement, la clause de sauvegarde le conçoit dès lors comme un outil d'aide à la libéralisation des échanges. Elle peut encore se manifester dans les relations extérieures à raison d'un motif économique au visa des articles 15 et suivants du régime commun applicable aux importations<sup>1471</sup>. Cette faculté de recours à la clause de sauvegarde aux frontières de l'Union s'avère toutefois largement confinée par le choix politique de l'Union, qui condamne ce type d'instrument de défense commerciale en l'état actuel de sa pratique décisionnelle.
855. Pourtant, en considération de la puissance économique considérable de l'Union, qui pourrait constituer le premier marqueur de sa souveraineté, il y a lieu de considérer l'application de la clause de sauvegarde comme une potentialité susceptible d'un retour à meilleure fortune. Il importe en conséquence de s'attacher à déterminer si une telle pratique peut revêtir un intérêt pour l'Union, tout en s'efforçant d'identifier les bases juridiques amendées qui pourraient y concourir. Cette hypothèse pourrait en particulier se vérifier si l'on envisage la mesure de sauvegarde en tant que référé économique d'utilité publique. L'urgence serait alors démontrée par l'afflux massif des marchandises en cause aux frontières de l'Union mettant en difficulté actuelle ou potentielle les industries européennes concurrentes au sein du marché intérieur, justifiant ainsi l'interposition d'un ordre public économique de protection de l'Union à ses frontières. Dans cette perspective, la mise en œuvre d'un plan structurel de sauvegarde à l'échelle de l'Union en tant que complément indissociable de la mesure conjoncturelle et actuelle de sauvegarde s'avère tout à la fois fondée en droit commercial international comme en droit de l'Union, mais aussi opportune sur le plan économique et politique. Il s'agirait en effet pour l'Union de reprendre la maîtrise des industries qu'elle considère comme stratégiques par la combinaison d'un traitement à la fois correctif et curatif qui pourrait s'adosser au mécanisme de coordination économique du semestre européen. Les industries en difficulté qu'elle déciderait de protéger de la sorte bénéficieraient du support combiné de l'Union et de ses États membres tenus par le principe de coopération loyale. Il résulte en particulier de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) que ce principe de coopération loyale interdit aux États membres d'entraver par leur démarche unilatérale l'autonomie d'action de l'Union dans ses relations extérieures tout comme il leur interdit

---

<sup>1471</sup> Règlement (UE) n°2015/478 du 15 mars 2015, JOUE du 27 mars 2015, L83/16 s.

de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union sur le plan interne en adoptant des dispositions qui en limiteraient la portée. Ces deux caractéristiques ainsi dégagées sont parfaitement transposables dans le cadre de la mise en œuvre alignée du plan de sauvegarde entre l'Union d'un côté, qui fixe les orientations et assure la coordination de ce plan, et les États membres de l'autre qui tiennent le plus grand compte des attentes fixées dans leur politique économique tout en s'abstenant de les contrarier.

856. Pour autant, en l'état du droit positif, il semble difficile de mettre une industrie sous la protection de l'Union par la voie d'un plan de sauvegarde de sa compétitivité sans violer le droit de la concurrence. C'est la raison pour laquelle le rehaussement du budget de l'Union pour y intégrer les aides à ce niveau combiné à un règlement d'exemption catégoriel limité à la durée du plan de sauvegarde de l'industrie en cause pourraient rendre le dispositif de sauvegarde compatible avec les règles de concurrence. Dès lors que des remèdes sont identifiés pour pallier ces difficultés, reste encore à s'assurer de la bonne exécution du plan de sauvegarde qui doit nécessairement s'assortir de sanctions en cas d'inexécution, dont les plus efficaces sont de nature pécuniaire. Certes, le consommateur européen ne bénéficierait pas de l'amélioration de son pouvoir d'achat pouvant résulter de l'importation de produits à bas prix. Pour autant, le libre-échange mené à son paroxysme mènerait-il véritablement à un libre choix<sup>1472</sup> du consommateur européen ? Qu'il soit permis d'en douter car, dans cette hypothèse, il est probable que certaines branches de l'industrie européenne aient totalement disparu. En revanche, le maintien par la sauvegarde d'une branche industrielle considérée comme sensible pourrait procurer au citoyen européen des bénéfices de plus long terme.
857. C'est donc à raison de son caractère provisoire et défensif combiné à la conception puis à l'exécution d'un plan de sauvegarde tendant au redressement compétitif de l'industrie en cause que la mesure de sauvegarde peut présenter des conditions de recours exorbitantes du droit commun. Ainsi la phase d'enquête préliminaire, de nature purement accusatoire et non contradictoire, dès lors qu'elle réunit les conditions de preuve de l'accroissement significatif des importations, pourrait se poursuivre par une enquête contradictoire après déclenchement de la mesure de sauvegarde à titre conservatoire. Dans la mesure où la défense commerciale, en particulier par le truchement d'une mesure de sauvegarde, a bien pour objet de protéger les producteurs de l'Union au nom de son intérêt général, les conditions de recours à cette exception protectionniste par nature peuvent être assouplies dans un premier temps, notamment en termes de fardeau probatoire. La procédure de sauvegarde devra en premier lieu servir la solution juridique résultant d'un éventuel différend entre l'Union et les pays tiers et leurs producteurs à l'occasion de la mesure de sauvegarde appliquée. Elle pourra aussi contribuer à la conception fine et approfondie d'un plan de sauvegarde que l'on souhaite efficace, autrement dit satisfaisant l'objectif de redressement compétitif de l'industrie de l'Union en cause. L'intérêt de l'Union est donc consubstantiel à toute mesure de défense commerciale, et légitime par là même la prise de mesures d'exception à effet protectionniste.
858. En complément non pas utile mais nécessaire de ces instruments de défense commerciale que l'Union devrait appliquer sur le fondement de la réciprocité, l'extension de l'exception protectionniste aux instruments de défense durable apparaît juridiquement fondée et politiquement opportune. Ainsi, les ressources de l'article 191§3 TFUE font émerger la possibilité d'un bilan durable formant un tout indissociable en considération des composantes environnementales, sociales et économiques. Elles se combinent utilement

---

<sup>1472</sup> Ainsi que peut l'écrire Bill Wirtz in *L'Union européenne subventionne les opposants au libre-échange*, Les Echos, 3 octobre 2017.



avec la clause transversale de l'article 11 TFUE ainsi qu'avec l'article 37 de la charte des droits fondamentaux pour permettre l'élargissement du bilan durable à tout le droit de l'Union. L'intégration positive de la dimension environnementale dans la législation européenne constitue donc une réalité textuelle solide.

859. Dans le même sens, le principe de précaution, parce qu'il trouve sa place dans le droit primaire au visa de l'article 191§2 TFUE, est invocable en droit de l'Union devant la CJUE et effectivement visé dans la jurisprudence environnementale, entendue au sens large. Il peut même légitimer des exceptions protectionnistes environnementales face à des intérêts économiques et aux libertés de circulation : alors que l'objet protectionniste est répudié, l'effet protectionniste de l'application du principe de précaution peut être toléré. Invocable devant la Cour de justice de l'Union comme devant certaines juridictions des États membres par sa mention expresse au visa de l'article 191§2 TFUE ou dans leur droit interne, le principe de précaution bénéficie de prime abord d'une portée significative qui se trouve encore renforcée, tant sur le plan juridique que symbolique, en raison de sa constitutionnalisation<sup>1473</sup> en droit français. Pourtant, le principe de précaution résiste plus difficilement à l'épreuve de l'effectivité, difficulté qu'il partage plus généralement avec la législation environnementale de l'Union. Doublement contrarié par sa dimension procédurale qui le fait dépendre de dispositions substantielles mais aussi de l'influence notable de l'expertise scientifique et des lobbies dans sa mise en œuvre, le principe de précaution est encore soumis à la concurrence du principe pollueur-payeur dont le champ d'application matériel est beaucoup plus large, sans oublier la soumission du principe de précaution à l'exigence antagoniste de proportionnalité.
860. Beaucoup plus large, le développement du principe d'intégration environnementale se manifeste d'abord par la mise en œuvre d'un système juridique européen complet de protection centré sur le citoyen. L'intégration des autres dimensions du développement durable dans la politique environnementale de l'Union a pour effet miroir l'intégration des considérations environnementales dans toutes les politiques de l'Union par le jeu de la clause transversale du TFUE et de la charte des droits fondamentaux. L'intégration juridique du citoyen dans la dimension environnementale constitue enfin le marqueur singulier du principe d'intégration environnementale, quand bien même la question de l'acceptabilité sociale peut venir perturber la mise en œuvre pratique de projets d'intérêt environnemental, à l'instar des énergies renouvelables. Dans ce contexte, quelle mesure donner à l'exception protectionniste de nature environnementale à la faveur d'une analyse complémentaire du principe de précaution et du principe d'intégration ? Le principe de précaution contribue finalement à la protection de l'environnement par voie d'exception sans pour autant disposer d'une portée significative. Le principe d'intégration contribue quant à lui à la protection de l'environnement par voie d'action, non pas au sens du droit processuel, mais plutôt au sens d'initiatives convergentes en vue de faire de la protection environnementale une caractéristique consubstantielle à toute politique de l'Union, à commencer par le secteur de l'énergie.
861. À cet égard, l'article 194 TFUE révèle, par son isolement textuel et sa dépendance substantielle, la double insuffisance du mandat de l'Union en matière de politique de l'énergie. La compétence partagée en matière de politique énergétique au profit des États membres explique majoritairement ce cloisonnement national des marchés, à rebours de l'objectif d'achèvement du marché intérieur de l'énergie. Ceci d'autant plus que, à l'intérieur de ces frontières relativement hermétiques entre États membres, on constate un degré de concentration élevé des opérateurs de l'énergie. Pour autant, vouloir démanteler ou freiner le développement des énergéticiens en place pourrait avoir pour effet de ralentir

---

<sup>1473</sup> Au visa de l'article 5 de la charte de l'environnement de 2004, partie intégrante du bloc de constitutionnalité.

le rythme, déjà insuffisant<sup>1474</sup>, de la transition énergétique. Toute politique commune de l'énergie s'avère donc absente alors qu'elle constitue le ciment nécessaire d'une transition énergétique réussie à l'échelle de l'Union. Cette situation qui présente une nature structurelle bien plus que conjoncturelle fait émerger l'idée d'une organisation commune du marché de l'énergie faisant exception aux règles qui trouvent à s'appliquer au marché intérieur dans son ensemble. La révision des traités en ce sens pourrait ainsi prévoir une organisation commune du marché de l'énergie inspirée de la PAC jusqu'à l'achèvement de la transition énergétique, à l'horizon 2050. Le régulateur européen de l'énergie, doté de pouvoirs supplémentaires d'injonction et de sanction, pourrait par ailleurs imposer une séparation des activités selon l'origine, conventionnelle ou renouvelable, de l'énergie produite. De sorte que l'on puisse envisager sereinement le développement de champions européens de l'énergie renouvelable.

862. En l'état du droit positif de l'Union dans le domaine de l'énergie, il existe une certaine compatibilité des aides d'État en matière d'énergie renouvelable avec les règles de concurrence. Pour autant, ces aides potentiellement compatibles relèvent toutefois de l'exception et peuvent être soumises à un examen approfondi comprenant notamment une mise en balance des intérêts. Surtout, dès lors que les énergies renouvelables deviennent compétitives, la seule justification environnementale ne suffira probablement plus à sauver ces aides. L'insécurité juridique pour les énergéticiens s'avère donc élevée, cela étant d'autant plus vrai à moyen terme. Il peut en résulter un effet comminatoire qu'il convient de combattre en levant cette insécurité juridique au regard du droit de la concurrence. Certes, le législateur a déjà pris en compte la singularité de la production d'énergie renouvelable en créant un certain nombre d'exceptions, sous forme d'exemptions. Pour autant, la mesure du caractère stratégique de la transition énergétique n'est pas encore prise à l'échelle de l'Union, de sorte qu'il convient de l'envisager dans un droit prospectif grâce à la sanctuarisation de l'exception environnementale venant au soutien de la production d'énergie renouvelable, combinée à un système d'aides provenant majoritairement de l'Union et ponctuellement des États membres. La protection juridique de potentiels champions européens de l'énergie renouvelable par le truchement d'aides de l'Union et des États membres pourra dès lors s'analyser en subventions internes à l'Union destinées à produire leurs effets sur un marché intérieur de dimension régionale. Cette protection n'affecterait donc pas le commerce extérieur de manière directe et aurait pour objectifs de développer la capacité énergétique de l'Union tout en réduisant les impacts environnementaux de ces productions d'énergie d'origine renouvelable. Si toutefois cette argumentation ne suffisait pas, alors il conviendrait d'opposer le nombre vertigineux de programmes de soutien aux énergies d'origine conventionnelle dont les dommages causés à l'environnement sont autrement moins justifiés qu'ils créent de surcroît un trouble au commerce international. Le réalisme impose toutefois de reconnaître que le chemin s'avère encore très long pour que, au sein d'un marché intérieur de l'énergie à construire, les aides aux énergies renouvelables bénéficient d'une exception d'ordre environnemental primant la dimension économique. Le constat n'est pas meilleur au regard des relations commerciales extérieures de l'Union, où l'aide aux énergies d'origine renouvelable ne peut trouver de salut qu'à la faveur d'une situation de fait consistant en la dimension locale de la production, ce qui l'exclut potentiellement des subventions prohibées par l'accord sur les subventions et mesures compensatoires *per se*. Dans le même sens, les accords de libre-échange, y compris de troisième génération, ne poussent pas l'exception environnementale au-delà des prévisions du droit commercial international. Il en résulte une nécessité d'approfondissement de l'exception protectionniste à caractère environnemental fondant la

---

<sup>1474</sup> FREITZ Anne, *Économies d'énergie : l'Europe s'éloigne de son objectif pour 2020*, Les Échos, 21 février 2017.

protection juridique en matière d'énergie renouvelable, qu'il s'agisse de la politique intérieure de l'Union ou de ses relations extérieures. Pour ce faire, deux voies de manifestation de l'exception protectionniste en matière environnementale peuvent trouver à s'appliquer de façon vertueuse dans la mesure où leurs effets correspondent certes à une restriction de certaines libertés économiques, mais au nom de la protection du citoyen européen, voire de l'humanité tout entière et, pour sûr, des générations futures.

863. D'une part, nous observons l'influence de plus en plus prégnante de l'environnement sur l'économie. Le développement rapide du droit de l'environnement à l'échelon européen comme au niveau des États membres constitue un marqueur important de l'enjeu humanitaire qu'il représente. De même, le glissement progressif du principe de précaution vers le principe d'intégration environnementale en droit de l'Union matérialise l'emprise de cette dimension du développement durable, de sorte que toutes les politiques de l'Union en deviendraient indissociables dans leur conception comme dans leur mise en œuvre.
864. D'autre part, selon une approche prospective de la transition énergétique, nous dépasserions les règles du marché trouvant à s'appliquer à l'égard des États membres pour les élever au niveau européen et ainsi ne pas souffrir de contrariété avec la législation actuelle sur les aides d'État. Le marché de l'énergie, à l'instar de la PAC, serait soumis à une organisation commune sous contrôle de l'Union. Dès lors, envisager un budget de l'Union pour subventionner les marchés de l'énergie renouvelable ne serait qu'une réponse, pas même une initiative, juste et proportionnée à l'annonce de l'investissement de près de 350 milliards d'euros de la Chine<sup>1475</sup> dans ce domaine. En d'autres termes, pour éviter de perdre la compétition sur les énergies renouvelables et se contenter d'importer les technologies de pays tiers, il y a lieu de favoriser les industries européennes dans ce domaine, ce que l'on peut légitimement justifier dans nos relations extérieures par l'enjeu environnemental auquel toute l'humanité est confrontée.
865. La politique de concurrence pourrait aussi trouver à s'améliorer dans le cadre du régime des aides d'État afin d'accueillir favorablement l'exception protectionniste environnementale. La procédure de révision ordinaire des traités qu'impose de telles modifications du droit primaire met en évidence sa grande complexité de mise en œuvre, non pas liée à la procédure elle-même, mais plutôt au nombre de points de vue à faire converger pour parvenir à l'accord unanime nécessaire. Bref, augmenter les souhaits de modification des traités implique une augmentation corrélative de la durée des négociations et des points d'achoppement entre les représentants des États membres. Le risque est donc élevé de voir les objectifs de modification initialement fixés non atteints, ce qui pose la question d'une solution plus radicale de refonte complète de ce qui constituerait l'Union pour l'avenir. Est-il ainsi envisageable de prévoir une Europe à plusieurs vitesses ? La réduction du nombre d'États membres au-delà du Brexit apparaît-elle pertinente pour assurer l'efficacité tout comme l'adaptabilité du droit de l'Union aux enjeux de protection sociaux, environnementaux et économiques ?
866. En complément du développement actuel ou potentiel d'exceptions protectionnistes fondées sur la dimension environnementale du développement durable, que pouvons-nous espérer d'une exception protectionniste à dimension sociale qui serait le révélateur d'un ordre public social de protection européen ? Deux options demeurent. Soit l'Union présente une exigence sociale plus élevée à l'égard des pays tiers qu'à son propre égard, ce qui a pu se rapprocher du fonctionnement des États-Unis en la matière. Cette option manquerait de cohérence, de justesse et donc de légitimité. Il serait qualifié à raison de protectionnisme social injustifié. Soit l'Union assume ses manques actuels et ne peut

---

<sup>1475</sup> *La Chine veut investir 344 milliards d'euros dans les énergies renouvelables*, Les Échos, 5 janvier 2017.

décemment exiger que ce qu'elle s'applique à elle-même, selon un ordre public social de protection cette fois légitime. Reste à déterminer le mode le plus efficace de mise en œuvre de cette exigence sociale de l'Union à l'égard des pays tiers sur le plan juridique. Compte tenu de la perception de l'Union par les pays tiers en tant que marché, il est probablement plus judicieux d'intégrer la dimension sociale de l'Union dans ses accords bilatéraux ou régionaux. Deux enseignements doivent être tirés de ce constat. D'une part, la clause sociale doit effectivement figurer au sein des dispositions préliminaires de l'accord en cause pour qu'elle irradie l'ensemble de l'acte juridique. Sa transversalité ne sera ainsi pas contestable. D'autre part, des dispositions plus précises devront s'intégrer dans le corps de l'accord en cause au sein de toute clause de celui-ci qui aurait pour objet ou pour effet de produire des conséquences sociales. Il pourrait ainsi être procédé par renvoi au respect des dispositions de tout ou partie des conventions de l'OIT existantes, voire à une rédaction idoine en cas de vide normatif.

867. Sur le plan financier, et par suite de la grande récession de 2008, le choix du législateur de l'Union fut de maintenir le système à l'origine de la crise en tentant de l'englober dans un sur-système de dimension européenne. Ceci alors que le risque systémique se situe tout autant, sinon plus, au niveau mondial. De surcroît, on ne constate pas d'exception protectionniste affectant la liberté de circulation des capitaux par la mise en place du système européen de surveillance financière dont la mission relève, comme son nom l'indique, de la simple surveillance, exclusive par conséquent de toute assistance ou représentation dans la gestion du système qu'elle ne vient finalement pas troubler dans son fonctionnement. Dans le même sens, la surveillance accrue des banques a succédé à leur sauvetage financé par le citoyen de l'Union. De mesures conjoncturelles correctives nous sommes passés à des mesures structurelles préventives assorties de sanctions potentielles en matière d'investissement, ceci afin d'en garantir l'effectivité. Pour autant, le nouveau corpus normatif prudentiel ne comprend ni prohibition de certaines activités ou instruments financiers à risque systémique, ni volonté de réduction de la taille de certains établissements bancaires et financiers dont on peut considérer qu'ils revêtent la qualification « *too big to fail* », représentant un risque *per se*. Il en résulte que la recherche effrénée de stabilité financière à l'échelle de l'Union, qu'il s'agisse du taux d'inflation au niveau du système européen de banques centrales ou des mécanismes de surveillance macro comme microprudentiels, n'empêche pas l'absence de maîtrise des flux de capitaux, dont les orientations restent intrinsèquement guidées par la recherche tout aussi effrénée de rendement. C'est donc selon une approche de droit prospectif que l'exception protectionniste à caractère financier a pu être imaginée pour réguler les flux de capitaux dans l'intérêt de l'Union. D'abord en envisageant la déconcentration du secteur bancaire et financier, tant sur le plan économique que sur le plan des activités de dépôt et de marché qu'il conviendrait de séparer, ceci dans la perspective de réduire les éléments du risque de système liés à la taille et à l'interconnexion des établissements bancaires et financiers. Ensuite en émettant l'hypothèse du retour à la fixité relative des taux de change, mais cette fois assise sur l'euro. Cette action monétaire majeure aurait potentiellement pour effet de remédier à la crise de la dette souveraine des États membres de l'Union par un retour à la discipline budgétaire. Pour autant, en l'état actuel du droit de l'Union, les hypothèses ainsi formulées ont peu de chance de prospérer. De sorte qu'une exception protectionniste à caractère financier dont l'exercice est manifestement entravé par la primauté absolue de la liberté de circulation des capitaux au visa de l'article 63§1 TFUE doit être délaissée au profit d'une exception protectionniste à caractère financier dont l'exercice peut être encouragé par la souplesse relative des droits inhérents à la liberté d'établissement.

868. À cet égard, l'autorisation préalable des investissements directs étrangers dont disposent les États-Unis au niveau fédéral représente une véritable exception protectionniste. D'abord sur le plan juridique en tant que moyen de défense ciblé et énergique en cas de menace actuelle ou potentielle pour la sécurité nationale, mais aussi sur le plan statistique par la rareté des décisions finalement prises par le plus haut représentant de l'entité souveraine en cause. À défaut d'autorisation préalable des investissements directs étrangers à l'échelle supranationale dans le droit positif de l'Union, on peut toutefois s'intéresser à déterminer les traits essentiels et partagés du système d'autorisation préalable rencontré au sein d'un de ses États membres significatifs : la France. L'exception protectionniste contenue dans les mécanismes d'autorisation préalable, qu'ils trouvent leur source dans le droit fédéral américain ou dans le droit français, témoigne de façon constante de la manifestation de volonté de défense de l'intérêt national sous couvert de motifs de sécurité nationale ou d'ordre public et de sécurité publique. La manifestation de volonté de défense de l'intérêt de l'Union sur des motifs élevés à l'échelle supranationale pourrait-elle prendre la forme d'un contrôle des investissements directs étrangers au niveau de l'Union ? L'émergence d'un projet de règlement en ce sens en constitue un indice dont la portée demeure symbolique. Peut-on qualifier ceci de préférence (supra)nationale, de patriotisme économique, ou plus simplement de sens de l'État ? La question se pose alors de savoir dans quelle mesure l'Union pourrait démontrer cette vision stratégique à travers une politique industrielle duale, au service de l'ouverture vers de nouveaux marchés d'un côté mais aussi de la préservation de la maîtrise de son développement au sein de l'Union de l'autre. Il ne fait pas de doute que la condition d'ouverture est largement satisfaite alors que la condition de maîtrise de son destin industriel est quasiment imperceptible à l'échelle de l'Union comme à celle de ses États membres. L'efficacité industrielle à long terme du recours à un tel protectionnisme financier par exception relevant du droit d'établissement est patente à la lumière de ce que la Chine a pu démontrer par les faits, en exerçant quant à elle un protectionnisme financier à titre principal. L'Union disposant d'un marché considérable, son pouvoir de négociation objectif devrait l'être tout autant. De sorte qu'elle doit pouvoir imposer des contraintes d'établissement et d'investissement conformes aux objectifs qu'elle poursuit dans le cadre de sa planification stratégique actuellement exprimée de manière peu ambitieuse sous la forme du cadre financier pluriannuel visé à l'article 312 TFUE. Ces objectifs sont nécessairement conformes à l'intérêt de l'Union.
869. Cette prérogative de puissance publique exercée par le mécanisme d'autorisation préalable affectant le droit d'établissement des investisseurs étrangers peut être utilement combinée à l'application protectionniste du droit des sociétés aux entreprises établies au sein de l'Union mais sous contrôle étranger. Ainsi, une forme de droit souverain des sociétés cotées peut émerger de la directive « OPA » et de ses transpositions en droit national. À titre d'exception, les législations anti-OPA de certains États membres peuvent en effet restreindre la liberté d'établissement des investisseurs étrangers directs qui agiraient par voie d'OPA sur une société cible qui serait considérée par l'entité souveraine comme stratégique. Il existe ainsi une exception protectionniste manifestée par la réglementation de certains États membres offrant la faculté de conversion d'une action ordinaire en golden share par l'entité souveraine actionnaire. Pour autant, ainsi que l'on peut l'observer en France, cette exception au sens juridique de moyen de défense des intérêts essentiels de l'État membre vient une nouvelle fois se combiner à une exception au sens statistique qui en réduit considérablement la portée. L'État membre protecteur d'industries considérées comme stratégiques recourant par la golden share à un droit des sociétés exorbitant du droit commun peut encore utiliser les ressources du droit commun des sociétés par le jeu de la négociation d'un pacte d'actionnaires. La rupture d'égalité en faveur de l'actionnaire souverain résultant de ses prérogatives de puissance publique viendra alors se compenser avec le déséquilibre dans la réparation d'une éventuelle violation du pacte d'actionnaires par l'entité souveraine qui sera cette fois à l'avantage de l'actionnaire privé.

870. Il résulte de ce qui précède que seul un contrôle *a priori* des entrées dans le capital de sociétés européennes d'entités issues de pays tiers voulant exercer une influence sur la stratégie de l'entreprise permettrait une protection efficace. Ce contrôle *a priori* potentiel à l'échelle de l'Union devrait être assorti d'un double filtre. Le premier critère éliminatoire serait d'ordre quantitatif, et renverrait à la règle *de minimis* rencontrée dans le cadre du contrôle des concentrations, dont on observera quelques points communs avec les investissements directs étrangers de grande ampleur. Le second filtre serait quant à lui d'ordre qualitatif et renverrait à la notion d'intérêt de l'Union. En effet, il appartient préalablement à l'Union, dans le cadre de sa politique industrielle, de définir les secteurs stratégiques pour lesquels les investissements directs étrangers doivent faire l'objet d'un contrôle. Dans le même sens, la notion de valeur ajoutée européenne agit tout autant comme un catalyseur et un révélateur de l'intérêt de l'Union que comme un critère à la source de sa limitation en application du principe de subsidiarité. Cette notion de subsidiarité frappe de plein fouet le financement des moyens de l'Union dont le budget se trouve réduit à proportion. La question se pose dès lors de la fiscalité en tant que marqueur fort de la souveraineté de l'entité qui la met en place. Cette souveraineté trouve sa traduction juridique dans la notion de compétence, et plus particulièrement dans le principe d'un transfert de compétence fiscale des États membres à l'Union. On ne peut ainsi que constater le déséquilibre en la matière entre l'État membre qui prélève entre 40 et 50% et l'Union qui se contente de 1% du produit national brut. Dans ce contexte, l'accroissement des ressources propres de l'Union n'est plus une question, mais une condition de l'affirmation non seulement de l'utilité mais aussi de la nécessité de l'Union. Le chemin à parcourir pour parvenir à une progression des finances publiques de l'Union est semé d'embûches juridiques tant matérielles qu'institutionnelles, le tout ponctué par l'enjeu électoral qui peut bouleverser la donne par son imprévisibilité tout comme sa radicalité.
871. Sur le plan de la fiscalité potentiellement constitutive d'une exception protectionniste à dimension durable, il semble intéressant de se pencher sur les perspectives d'accès à la vie juridique du projet de taxation des transactions financières au niveau de l'Union. À ce titre, l'appréciation du niveau critique – national, européen, mondial – d'application de la taxe sur les transactions financières peut se réaliser dans le sens positif de l'atteinte de l'objectif assigné à la taxation des transactions financières dans cette recherche : le développement durable de l'Union dans ses aspects économiques, sociaux et environnementaux. En vérité, plutôt que d'une atteinte de l'objectif de développement durable, il convient de conclure à une contribution mesurée, donc limitée – rejoignant alors la sémantique fiscale – à l'objectif de développement durable par la taxation des transactions financières. La légitimité démocratique d'une telle taxe ne se ferait pas à travers le lien direct entre citoyen-contributeur et impôt, qui n'existe pas en l'espèce, mais grâce à « la visibilité pour le citoyen de l'UE » qui « contribue de manière significative à la justification de l'impôt<sup>1476</sup>. »
872. Plus loin dans la prospective, l'idée d'une fiscalité durable au service du développement durable est évidemment louable autant que faisable puisque d'ores et déjà mise en œuvre à différents niveaux de l'Union, qu'il s'agisse des États membres ou de l'échelon supranational. En particulier, la mise en œuvre d'une taxation carbone et plus encore du Système Européen de Quotas d'Émissions (SEQE) tendent à endiguer le réchauffement climatique par une application du principe pollueur-payeur.

---

<sup>1476</sup> Commission, COM(1998) 560 final, *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, annexe 2, page 3, 7 octobre 1998.

Pour autant, selon une considération éthique de ce qui doit être, la nature de bien commun propre à l'environnement – au même titre qu'il existe un sens commun propre à l'humanité auquel l'intelligence artificielle ne peut accéder – mérite de se poser la question de l'interdiction de polluer l'environnement. En effet, si l'Union a pu être le précurseur et le promoteur d'une sensibilité au développement durable en mettant en œuvre le SEQE à l'échelon supranational, elle peut encore mieux s'affirmer sur la scène internationale en renversant le paradigme du principe pollueur-payeur pour lui préférer le principe de prohibition de la pollution, à la mesure des enjeux de l'humanité en matière environnementale. La question doit ainsi se poser de savoir si, plutôt qu'un simple droit à l'information sur le développement durable que l'on peut exiger des entreprises<sup>1477</sup>, certes susceptible de mettre en jeu leur responsabilité au titre du « greenwashing<sup>1478</sup> », plutôt qu'un droit « de ne pas souffrir des conséquences du changement climatique » qui serait opposable à l'État et se trouve encore à construire, une gradation supplémentaire dans l'exigence normative ne devrait pas être franchie pour voir appliqués à l'environnement, par analogie avec la personne humaine sous l'angle de la bioéthique<sup>1479</sup>, les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité garantissant sa protection, sa sanctuarisation.

873. L'exception protectionniste à l'échelle de l'Union ne constitue pas le symptôme d'un repli sur soi mais la manifestation de la pleine conscience de soi, en particulier de ses faiblesses actuelles comme de ses forces potentielles. Le libéralisme exacerbé par la défense des libertés économiques de circulation au moyen de l'intégration négative doit trouver son juste tempérament dans la nécessité de régulation du libre-échange doublée d'une exigence tout aussi impérieuse de protection des dimensions tant sociale qu'environnementale du développement durable. En plus de sa mission originelle de pacification de l'Europe par le marché unifié de ses États membres, l'Union doit encore s'attacher à protéger énergiquement son intérêt compris dans le sens le plus large, au point d'œuvrer pour le Bien Commun, celui dont la valeur est telle qu'elle en devient incalculable, celui qui concentre toutes les valeurs de l'Union et les diffuse à la fois, celui dont la protection doit être inconditionnelle.

---

<sup>1477</sup> BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière*, Bruylant, 2018, pages 849 à 851.

<sup>1478</sup> HUGLO Christian, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, page 113.

<sup>1479</sup> Loi n°94-653 du 29 Juillet 1994 relative au respect du corps humain, article 3, JORF 30 juillet 1994, codifié à l'article 16-1 du code civil : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial. »

## **I.- Législation**

### **A.- Traités**

Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, 18 avril 1951, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=FR.

Traité de Rome, 25 mars 1957, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=BG>.

Traité instituant la communauté européenne de l'énergie atomique, 25 mars 1957, Version consolidée, JOUE 30 mars 2010, C84/1.

Acte Unique européen, JOCE 29 juin 1987, L169/1.

Traité sur l'Union européenne, JOUE 26 octobre 2012, C326/13-45.

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE 26 octobre 2012, C326/47-199.

Protocoles, JOUE 26 octobre 2012, C326/201-329.

Annexes et tableaux de correspondance, JOUE 26 octobre 2012, C326/331-390.

Charte des droits fondamentaux de l'Union, JOUE 26 octobre 2012, C326/391-407.

### **B.- Règlements**

Règlement (CEE) n°459/68 du 5 avril 1968 relatif à la défense contre les pratiques de dumping, primes ou subventions de la part de pays non membres de la Communauté économique européenne, JOCE 17 avril 1968, L93/1.

Règlement (CEE) n°3017/79 du 20 décembre 1979, JOCE 31 décembre 1979, L339/1.

Règlement (CEE) n°2176/84 du 23 juillet 1984, JOCE 30 juillet 1984, L201/1.

Règlement (CEE) n°2423/88 du 11 juillet 1988, JOCE 2 août 1988, L209/1.

Règlement (CE) n°3283/94 (Antidumping) du 22 décembre 1994, JOCE 31 décembre 1994, L349/1.

Règlement (CE) n°3284/94 (Antisubvention) du 22 décembre 1994, JOCE 31 décembre 1994, L349/22.

Règlement (CE) n°384/96 (Antidumping) du 22 décembre 1995, JOCE 6 mars 1996, L56/1.

Règlement (CE) n°1467/97 du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JOCE 2 août 1997, L209/6.

Règlement (CE) n°2027/97 (Antisubvention) du 6 octobre 1997, JOCE 21 octobre 1997, L288/1.



Règlement (CE) n°178/2002 du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires, JOCE 1<sup>er</sup> février 2002, L31/1.

Règlement (CE) n° 332/2002 du 18 février 2002 établissant un mécanisme de soutien financier à moyen terme des balances des paiements des États membres, JOUE 23 février 2002, L53/1.

Règlement (CE) n°1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité [CE], JOCE 4 janvier 2003, L1/1.

Règlement (CE) n°1056/2005 du 27 juin 2005 modifiant le règlement (CE) n°1467/97, JOUE 7 juillet 2005, L174/5.

Règlement (UE) n°1308/2013 du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles, abrogeant les règlements (CEE) n°922/72, (CEE) n°234/79, (CE) n°1037/2001 et (CE) n°1234/2007 du Conseil, JOUE 20 décembre 2013, L347/671.

Règlement (CE) n°597/2009 (Antisubvention) du 11 juillet 2009, JOUE 18 juillet 2009, L188/93.

Règlement (CE) n°1225/2009 (Antidumping) du 3 novembre 2009, JOUE 22 décembre 2009, L343/51.

Règlement (UE) n°330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE 23 avril 2010, L102/1.

Règlement (UE) n°1031/2010 du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, JOUE 18 novembre 2010, L302/1.

Règlement (UE) n°1096/2010 du 17 novembre 2010 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques relatives au fonctionnement du Comité européen du risque systémique, JOUE 15 décembre 2010, L331/162.

Règlement (UE) n°1093/2010 du 24 novembre 2010 instituant l'Autorité Bancaire Européenne (ABE), JOUE 15 décembre 2010, L331/12.

Règlement (UE) n°1094/2010 du 24 novembre 2010 instituant l'Autorité Européenne des Assurances et des Pensions Professionnelles (AEAPP), JOUE 15 décembre 2010, L331/48.

Règlement (UE) n°1095/2010 du 24 novembre 2010 instituant l'Autorité Européenne des Marchés Financiers (AEMF), JOUE 15 décembre 2010, L331/84.

Règlement UE n°1092/2010 du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JOUE 15 décembre 2010, L331/2.

Règlement n°211/2011 du 16 février 2011 initiative citoyenne, JOUE 11 mars 2011, L65/1 modifié par le règlement délégué n°268/2012 du 25 janvier 2012, le règlement n°517/2013

du 13 mai 2013, le règlement délégué n°887/2013 du 11 juillet 2013, le règlement délégué n°531/2014 du 12 mars 2014, le règlement délégué n°2015/1070 du 31 mars 2015.

Règlement (UE) n°1173/2011 du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, JOUE 23 novembre 2011, L306/1.

Règlement (UE) n°1174/2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, JOUE 23 novembre 2011, L306/8.

Règlement (UE) n°1176/2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, JOUE 23 novembre 2011, L 306/25.

Règlement n°1177/2011 du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n°1467/97, JOUE 23 novembre 2011, L306/33.

Règlement (UE) n°1175/2011 du 16 novembre 2011 modifiant le règlement n°1466/97 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JOUE 23 novembre 2011, L306/12.

Règlement (UE) n°1210/2011 du 23 novembre 2011 modifiant le règlement (UE) n° 1031/2010 afin, notamment, de déterminer le volume de quotas d'émission de gaz à effet de serre à mettre aux enchères avant 2013, JOUE 24 novembre 2011, L308/2.

Règlement (UE) n°978/2012 du 25 octobre 2012 appliquant un schéma de préférences tarifaires généralisées (SPG) et abrogeant le règlement (CE) n°732/2008, JOUE 31 octobre 2012, L303/1.

Règlement (UE) n°1024/2013 du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, JOUE 29 octobre 2013, L287/63.

Règlement (UE) n°176/2014 du 25 février 2014 modifiant le règlement (UE) n° 1031/2010 afin, notamment, de déterminer les volumes de quotas d'émission de gaz à effet de serre à mettre aux enchères pour la période 2013-2020, JOUE 26 février 2014, L56/11.

Règlement (UE) n°468/2014 de la banque centrale européenne du 16 avril 2014 établissant le cadre de la coopération au sein du mécanisme de surveillance unique entre la Banque centrale européenne, les autorités compétentes nationales et les autorités désignées nationales (BCE/2014/17), JOUE 14 mai 2014, L141/1.

Règlement (UE) n°600/2014 du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n°648/2012, JOUE 12 juin 2014, L173/84.

Règlement (UE) n°651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, JOUE 26 juin 2014, L187/1.

Règlement (UE) n°806/2014 du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010, JOUE 30 juillet 2014, L225/1.

Règlement (UE) n°2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 TFUE, JOUE 24 septembre 2015, L248/9.

Règlement (UE) n°2015/478 du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux importations (RCAI) abrogeant le règlement (CE) n°260/2009, JOUE 27 mars 2015, L83/16.

Règlement (UE) n°2015/479 du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux exportations, JOUE 27 mars 2015, L83/34.

Règlement (UE) n°2016/1036 (Antidumping) du 8 juin 2016, JOUE 30 juin 2016 L176/21.

Règlement (UE) n°2016/1037 (Antisubvention) du 8 juin 2016, JOUE 30 juin 2016, L176/55.

Règlement (UE) n°2017/2321 du 12 décembre 2017 modifiant le règlement (UE) 2016/1036, JOUE 19 décembre 2017, L338/1.

Règlement (UE) n°2017/1601 du 26 septembre 2017 instituant le Fonds européen pour le développement durable (FEDD), la garantie FEDD et le fonds de garantie FEDD, JOUE 27 septembre 2017, L 249/1.

### **C.- Directives**

Directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE 22 février 1975, L48/29.

Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JOCE 26 juin 1989, L183/1.

Directive 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, JOCE 22 juillet 1992, L206/7.

Directive 92/56/CEE du 24 juin 1992 modifiant la directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE 26 août 1992, L245/3.

Directive 97/9/CE du 3 mars 1997 relative aux systèmes d'indemnisation des investisseurs, JOCE 26 mars 1997, L84/22.

Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, JOCE 12 août 1998, L225/16.

Directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JOCE 22 mars 2001, L82/16.

Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs, JOCE 23 mars 2002, L80/29.

Directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE, JOUE 14 février 2003, L41/26.

Directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté modifiant la directive 96/61/CE, JOUE 25 octobre 2003, L275/32, modifiée par la directive 2004/101/CE du 27 octobre 2004, JOUE 13 novembre 2004, L338/1, modifiée par la directive 2008/101/CE du 19 novembre 2008, JOUE 13 janvier 2009, L8/1, modifiée par le règlement (CE) 219/2009 du 11 mars 2009, JOUE 31 mars 2009 ; L87/1, modifiée par la directive 2009/29/CE du 23 avril 2009, JOUE 19 décembre 2013, L343/1, modifiée par le règlement (UE) 421/2014 du 16 avril 2014, JOUE 30 avril 2014, L129/1.

Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JOUE 18 novembre 2003, L299/1.

Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE et la directive 1999/94/CE et abrogeant la directive 85/577/CEE et la directive 97/7/CE, JOUE 22 novembre 2011, L304/64.

Directive 2014/54/UE du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, JOUE 30 avril 2014, L128/8.

Directive 2014/65/UE du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/CE, plus communément connue sous l'acronyme « MiFID II », JOUE 12 juin 2014, L173/349.

Directive 2014/49/UE du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, JOUE 12 juin 2014, L173/149, directive abrogeant en particulier la directive 94/19/CE avec effet différé au 4 juillet 2019 selon les termes de l'article 21 de la directive 2014/49/UE. Cette directive a été notamment transposée en droit français par l'ordonnance n°2015-1024 du 20 août 2015.

Directive 2014/59/UE du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements (UE) n°1093/2010 et (UE) n°648/2012, JOUE 12 juin 2014, L173/190.

#### **D.- Décisions, règlements d'exécution et règlements délégués**

Règlement (CE) n°1799/2002 du 8 Octobre 2002 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de fibres discontinues de polyester originaires de Belarus, JOCE 11 octobre 2002, L274/1.

Règlement (CE) n°658/2004 du 7 avril 2004 instituant des mesures de sauvegarde définitives à l'encontre des importations de certains agrumes, JOUE 8 avril 2004, L104/67.

Règlement d'exécution (antidumping) (UE) n°451/2011 du 6 mai 2011 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de papier fin couché originaire de la République populaire de Chine, JOUE 14 mai 2011, L128/1.

Règlement d'exécution (antisubvention) (UE) n°452/2011 du 6 mai 2011 instituant un droit antisubvention définitif sur les importations de papier fin couché originaire de la République populaire de Chine, JOUE 14 mai 2011, L128/18.

Décision de la banque centrale européenne du 14 décembre 2011 relative à des mesures temporaires supplémentaires concernant les opérations de refinancement de l'Eurosystème et l'éligibilité des garanties, (BCE/2011/25), (2011/870/UE), JOUE 22 décembre 2011, L341/65.

Décision 2013/52/UE du Conseil du 22 janvier 2013 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la taxation sur les transaction financières, JOUE 25 janvier 2013, L22/11.

Décision du 20 novembre 2013 concernant les aides d'Etat n° SA.16237 (C58/2002) (ex N118/2002) mises à exécution par la France en faveur de la SNCM, Negative decision with recovery, JOUE 12 décembre 2014, L357/2014.

Règlement d'exécution (UE) n°1238/2013 du 2 décembre 2013 instituant un droit antidumping définitif et collectant définitivement le droit antidumping provisoire institué sur les importations de modules photovoltaïques en silicium cristallin et leurs composants essentiels (cellules) originaires ou en provenance de la République populaire de Chine, JOUE 5 décembre 2013, L325/1.

Décision 2014/119/PESC du 5 mars 2014 concernant des mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes, de certaines entités et de certains organismes au regard de la situation en Ukraine, JOUE 6 mars 2014, L66/26.

Décision 2014/145/PESC du 17 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions compromettant l'intégrité territoriale, la souveraineté et l'indépendance de l'Ukraine, JOUE 17 mars 2014, L78/16.

Règlement délégué (UE) n°2015/63 de la Commission du 21 octobre 2014 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les contributions *ex ante* aux dispositifs de financement pour la résolution, JOUE 17 janvier 2015, L11/44.

Décision (UE) 2017/1083 du 30 août 2016 concernant l'aide d'État SA.38373 (2014/C) octroyée par l'Irlande en faveur d'Apple, JOUE 19 juillet 2017, L187/1 s.

Décision 2018/859 de la Commission du 4 octobre 2017 concernant l'aide d'État SA.38944 (2014/C) mise à exécution par le Luxembourg en faveur d'Amazon, JOUE 16 juin 2018, L153/1.

Décision de la Commission de non-opposition à une concentration notifiée, Affaire M.8816 – Goldman Sachs/Centerbridge/Robyg, JOUE 19 mars 2018, C103/1.

Décision (UE) 2018/966 du 6 juillet 2018 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord entre l'Union européenne et le Japon pour un partenariat économique, JOUE 10 juillet 2018, L174/1.

Règlement d'exécution (UE) n°2018/1013 de la commission du 17 juillet 2018 instituant des mesures de sauvegarde provisoires concernant les importations de certains produits sidérurgiques, JOUE18 juillet 2018, L181/39.

Décision de la Commission du 19 septembre 2018 relative aux décisions fiscales anticipatives SA.38945(2015/C)(ex 2015/NN)(ex 2014/CP) accordées par le Luxembourg à McDonald's Europe, C(2018)6076 final.

Règlement d'exécution (UE) n°2018/1469 de la commission du 1<sup>er</sup> octobre 2018 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier, de Russie et d'Ukraine, à la suite d'un réexamen au titre de l'expiration des mesures conformément à l'article 11, paragraphe 2, du règlement (UE)n°2016/1036, JOUE 2 octobre 2018, L246/20.

Règlement d'exécution (UE) n°2018/1602 du 11 octobre 2018 modifiant l'annexe I du règlement (CEE) n°2658/87 relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun, JOUE 31 octobre 2018, L273/1.

Règlement d'exécution 2019/159 du 31 janvier 2019 instituant des mesures de sauvegarde cette fois définitives à l'encontre des importations certains produits sidérurgiques, JOUE 1<sup>er</sup> février 2019, L31/27.

## **E.- Actes d'adhésion à l'Union et accords internationaux**

Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Bulgarie et de la Roumanie et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne JOUE 21 juin 2005, L157/216.

Acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Croatie et aux adaptations du traité sur l'Union européenne, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, JOUE 24 avril 2012, L112/31.

Accord de libre-échange avec la Corée du Sud, 2011/265/UE, JOUE 14 mai 2011, L127/1.

Accord économique et commercial global (CETA) entre le Canada et l'Union européenne, JOUE 14 janvier 2017, L11/1.

Notification concernant l'application provisoire de l'accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, JOUE 16 septembre 2017, L238/9.

## **II.- Documents des institutions de l'Union**

### **A.- Documents de la Commission**

Résolution du Conseil du 21 janvier 1974 concernant un programme d'action sociale, JOCE 12 février 1974, n°C13/1.

MacDougall, Report of the Study Group on the Role of Public Finance in European Integration, Office of Official Publications of the European Community, Volume 1, April 1977.

Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon), JOCE 1980, n°C256, pages 2-3.

Communication de la Commission du 7 octobre 1998, *Le financement de l'Union européenne, Rapport de la Commission sur le fonctionnement du système des ressources propres*, COM(1998) 560 final.

Communication de la Commission du 2 février 2000 sur le recours au principe de précaution COM (2000) 1 final.

Recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises [notifiée sous le numéro C(2003) 1422], JOUE 20 mai 2003, L124/36.

Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence (2004/C 101/03), JOUE 27 avril 2004, C101/43.

Communication de la Commission du 24 octobre 2007 issue de la consultation publique sur le Livre vert de la Commission « *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle* », COM(2007) 627 final.

*The high-level group on financial supervision in the EU*, Chaired by Jacques de Larosière, 25 February 2009, 98 pages.

Communication de la Commission du 25 février 2009 concernant le traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de la Communauté, COM(2009/C72/01), JOUE 26 mars 2009, C72/1.

Communication de la Commission du 3 mars 2010, EUROPE 2020 : Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020 final.

Communication de la Commission du 21 décembre 2010 à l'occasion de sa tentative de révision de la directive sur le temps de travail (Deuxième phase de consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union au titre de l'article 154 du TFUE), COM(2010) 801 final.

Communication de la Commission du 15 décembre 2011, Feuille de route pour l'énergie à l'horizon 2050, COM(2011) 885 final.

Communication de la Commission du 7 mars 2012 « Tirer le meilleur parti des mesures environnementales de l'UE : instaurer la confiance par l'amélioration des connaissances et de la réactivité », COM(2012) 95 final.

Proposition de directive du conseil du 14 février 2013 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières, SWD(2013)28 final, SWD(2013)29 final, COM(2013)71 final, 2013/0045(CNS).

Communication de la Commission du 11 mars 2014, *Un Nouveau Cadre de l'UE pour renforcer l'état de droit*, COM (2014) 158 final.

*Investir dans les ressources humaines : les financements de l'UE en faveur de l'emploi et de l'inclusion sociale, guide de l'Europe sociale*, Volume 7, Office des publications de l'Union européenne, Bruxelles, juin 2014, 96 pages.

Communication 2014/C 188/02 de la Commission, *Critères relatifs à l'analyse de la compatibilité avec le marché intérieur des aides d'État destinées à promouvoir la réalisation de projets importants d'intérêt européen commun*, JOUE 20 juin 2014, C188/4.

Communication 2014/C 200/01 de la Commission relative aux lignes directrices concernant les aides d'État à la protection de l'environnement et à l'énergie pour la période 2014-2020, JOUE 28 juin 2014, C200/1.

Communication de la Commission du 13 octobre 2014, « *Vers l'achèvement du marché intérieur de l'énergie : état des lieux* », COM(2014) 634 final.

Communication de la Commission du 16 mars 2016, « *Sidérurgie : préserver l'emploi et une croissance durables en Europe* », COM(2016) 155 final.

Communication de la Commission du 10 juin 2016, *Une nouvelle stratégie en matière de compétences pour l'Europe, Travailler ensemble pour renforcer le capital humain et améliorer l'employabilité et la compétitivité*, COM(2016) 381 final.

Rapport de la Commission du 15 juin 2016 sur les activités d'emprunt et de prêt de l'Union européenne en 2015, COM (2016) 387 final.

Treizième rapport de la Commission du 15 juin 2016, *Synthèse des mesures de défense commerciale des pays tiers contre l'Union européenne pour l'année 2015*, COM (2016) 392 final.

Communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107§1 TFUE, 2016/C 262/01, JOUE 19 juillet 2016, C262/1.

Proposition de règlement sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, COM(2016)0815 final 6 C8 – 0521/2016 – 2016/0397(COD), 13 décembre 2016.

Communication de la Commission du 1<sup>er</sup> mars 2017, *Livre blanc sur l'avenir de l'Europe*, COM(2017) 2025.

Communication de la Commission du 26 avril 2017, *Document de réflexion sur la dimension sociale de l'Europe*, COM(2017) 206.

Communication de la Commission du 10 mai 2017, *Document de réflexion sur la maîtrise de la mondialisation*, COM(2017) 240.

Communication de la Commission du 31 mai 2017, *Document de réflexion sur l'approfondissement de l'union économique et monétaire*, COM(2017)291.

Communication de la Commission du 28 juin 2017, *Document de réflexion sur l'avenir des finances de l'UE*, COM (2017) 358.

Commission Recommendation of 26 July 2017 regarding the rule of law in Poland, complementary to Commission Recommendations (EU) 2016/1734 and (EU) 2017/146, C(2017) 5320 final.

Quatorzième rapport de la Commission du 27 juillet 2017, *Synthèse des mesures de défense commerciale des pays tiers contre l'Union européenne pour l'année 2016*, COM(2017) 401 final.



Proposition de règlement du 13 septembre 2017 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, COM(2017)487 final, 2017/0224(COD), SWD(2017)297 final.

European Commission, Commission staff working document on significant distortions in the economy of the people's republic of China for the purposes of trade defence investigations, SWD(2017)483/2 final, 20 December 2017.

Proposition de directive du 18 janvier 2018 modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne les taux de taxe sur la valeur ajoutée {SWD(2018) 7 final} – {SWD(2018) 7 final}, COM(2018) 20 final.

Proposition de règlement établissant une Autorité européenne de travail, COM(2018)131 final – C8-0118/2018-2018/0064(COD), 13 mars 2018.

Proposition de directive du 21 mars 2018 énonçant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, COM(2018) 147 final, 2018/0072(CNS).

Proposition de directive du 21 mars 2018 concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicable aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, COM(2018) 148 final, 2018/0073(CNS).

Avis d'ouverture d'une enquête de sauvegarde concernant les importations de 26 catégories de produits sidérurgiques, (2018/C 111/10), JOUE 26 mars 2018, C111.

Proposition de règlement du 18 avril 2018 portant mise en œuvre des clauses de sauvegarde et autres mécanismes prévoyant le retrait temporaire des préférences tarifaires dans certains accords conclus entre l'Union européenne, d'une part, et certains pays tiers, d'autre part, COM ((2018)02026-C8-0158/2018-2018/010(COD).

Proposition de décision du Conseil du 18 avril 2018 relative à la conclusion de l'accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon, COM/2018/192 final - 2018/0091 (NLE).

Communication de la Commission du 2 mai 2018, *Un budget moderne pour une Union qui protège, qui donne les moyens d'agir et qui défend, cadre financier pluriannuel 2021-2027*, {SWD(2018) 171 final, COM(2018)321 final.

Communication de la Commission du 16 juillet 2018, *Code de bonnes pratiques pour la conduite des procédures de contrôle des aides d'État*, C(2018)4412 final.

Communication de la Commission du 31 juillet 2018, Trente-sixième rapport annuel sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de l'Union européenne (2017), SWD(2018) 392 final, COM(2018)561 final. Rapports sur les activités antidumping, antisubventions et de sauvegarde de l'Union européenne (2007) : COM (2008) 877 final ; (2008) : COM (2009) 573 final ; (2009) : COM (2010) 558 final ; 2010 : COM (2012) 59 final ; 2011 : COM (2012) 599 final ; 2012 : COM (2013) 890 final ; 2013 : COM (2015) 43 final ; 2014 : COM (2015) 385 final ; (2015) : COM (2016) 661 final.

Commission européenne, Jean-Claude Juncker, *L'état de l'Union en 2018*, 12 septembre 2018, 176 pages.

Proposition de décision du Conseil du 17 octobre 2018 relative à la conclusion de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République socialiste du Viêt Nam, COM/2018/691 final.

Proposition de décision du Conseil du 17 octobre 2018 relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République socialiste du Viêt Nam, COM/2018/692 final.

Quinzième rapport de la Commission du 18 octobre 2018, *Synthèse des mesures de défense commerciale des pays tiers contre l'Union européenne pour l'année 2017*, COM (2018) 701 final.

Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, 14 November 2018, 585 pages.

### **C.- Documents du Parlement européen**

Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2010, *Vers une nouvelle stratégie énergétique pour l'Europe pour la période 2011-2020*, P7\_TA(2010)0441, (2010/2108(INI)), 2012/C 99 E/14, JOUE 3 avril 2012, CE 99/64.

Résolution du Parlement européen du 25 novembre 2010 sur les politiques commerciales internationales dans le cadre des impératifs dictés par les changements climatiques P7\_TA(2010)0445, (2010/2103(INI)), 2012/C 99 E/18, JOUE 3 avril 2012, CE 99/94.

Résolution du Parlement européen du 13 avril 2016 sur le projet de règlement d'exécution de la Commission portant renouvellement de l'approbation de la substance active glyphosate, conformément au règlement (CE) n°1107/2009 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, et modifiant l'annexe du règlement d'exécution (UE) n°540/2011, P8\_TA(2016)0119, (D044281/01 6 2016/2624(RSP)), (2018/C 058/11), JOUE 15 février 2018, C58/102.

Résolution du Parlement européen du 23 juin 2016 sur le rapport sur les progrès accomplis dans le secteur des énergies renouvelables, P8\_TA(2016)0292, (2016/2041(INI)), JOUE 9 mars 2018, C91/16.

Résolution du Parlement européen du 14 septembre 2016 sur le dumping social dans l'Union européenne, P8\_TA(2016)0346, (2015/2255(INI)), (2018/C 204/13), JOUE 13 juin 2018, C204/111.

Résolution du Parlement européen du 19 janvier 2017 sur un socle européen de droits sociaux (2016/2095(INI)), P8\_TA(2017)0010, (2018/C 245/05), JOUE 10 juillet 2018, C242/24.

Projet d'avis du 13 décembre 2017 de la commission des affaires économiques et monétaires sur la proposition de règlement établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, ZILE Roberts (rapporteur), PE615.441v01-00, PA\114914FR.

Projet d'avis du 29 janvier 2018 de la commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie sur la proposition de règlement établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, BUTIKOFER Reinhard (rapporteur), PE615.451v01-00, PA\1142026FR.

Rapport du 7 février 2018 sur l'union bancaire – rapport annuel 2017, LOONES Sander (rapporteur), A8\_0019/2018, (2017/2072(INI)), JOUE 20 septembre 2018, C336/39.

Projet de rapport du 7 mars 2018 de la commission du commerce international sur la proposition de règlement établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, PROUST Franck (rapporteur), PE619.160v02-00, PR\1148185FR.

Rapport du 7 mai 2018 sur le rapport annuel sur la mise en œuvre de la politique commerciale commune, SAIFI Tokia (rapporteur), A8-0166/2018, 2017/2070 (INI).

Economic governance support unit, May 2018, HRADISKY M., VALKAMA S., GASPAROTTI A., MINKINA M., *Country-Specific Recommendations for 2017 and 2018, A tabular comparison and an overview of implementation*, PE 614.522.

Résolution du Parlement européen du 29 mai 2018, *Finance durable*, P8\_TA-PROV(2018)0215, (2018/2007(INI)).

Department for external relations Policy, June 2018, *Protectionism and international diplomacy*, PE 603.874.

Rapport du 10 juillet 2018 de la commission des affaires étrangères sur l'état des relations entre l'Union européenne et la Chine, BELDER Bas (rapporteur), A8\_0252/2018, (2017/2274(INI)).

European Parliamentary Research Service, July 2018, In-depth analysis, PARRY Matthew, SAPALA Magdalena, *2021-2027 multiannual financial framework and new own resources*, PE 625.148.

Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2018 relative à une proposition invitant le Conseil à constater, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, l'existence d'un risque clair de violation grave par la Hongrie des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée (2017/2131(INL)).

Rapport du 12 octobre 2018 de la commission du commerce international, SCHUSTER Joachim, (rapporteur), *Maîtriser la mondialisation : aspects commerciaux*, A8-0319/2018, (2018/2005(INI)).

Rapport du 16 octobre 2018 de la commission du commerce international sur la proposition de règlement portant mise en œuvre des clauses de sauvegarde et autres mécanismes de prévoyant le retrait temporaire des préférences tarifaires dans certains accords conclus entre l'Union européenne, d'une part, et certains pays tiers, d'autre part, FJELLNER Christofer (rapporteur), PE626.666v02-00.

European Parliamentary Research Service, October 2018, *Multilateralism in international trade, Reforming the WTO*, PE 603.919.

GERBA Eddie, European Parliament, Policy Department, *Monetary policy implications of transitory vs. permanently subdued growth prospects ("secular stagnation")*, November 2018, PE 626.096.

Rapport du 22 novembre 2018 de la commission du commerce international sur l'OMC : la voie à suivre, LANGE Bernd, RUBIG Paul (rapporteurs), A8-0379/2018, 2018/2084(INI).

Rapport de la commission de l'emploi et des affaires sociales du 23 novembre 2018 sur la proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la

coordination des systèmes de sécurité sociale et le règlement (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004, BALAS Guillaume(rapporteur), A8-0386/2018.

Directorate General for external policies, november 2018, Study, CHASE Peter, SPARDING Peter, MUKAI Yuki, *Consequences of US trade policy on EU-US trade relations and the global trading system*, PE603.882.

Rapport de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen du 26 novembre 2018 sur la proposition de règlement 1480 établissant une Autorité européenne de travail, LENAERS Jeroen (rapporteur), A8-0391/2018.

European Parliamentary Research Service, IOANNIDES Isabelle, *The Generalised Scheme of Preferences Regulation (n°978/2012), European Implementation Assessment*, PE627.134, December 2018.

Directorate General for internal policies, MASON Joseph, BALCOMBE Jeff, DALRYMPLE Scott, *Financial Supervision and Regulation in the US, Dodd-Frank Reform*, PE631.017, December 2018.

Rapport du 5 décembre 2018 sur la proposition de directive du 21 mars 2018 énonçant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, COM(2018) 147 final, 2018/0072(CNS), DARIUSZ Rosati (rapporteur), A8-0426/2018.

Rapport du 18 décembre 2018 de la commission des affaires économiques et monétaires sur le rapport annuel sur la politique de concurrence, REIMON Michel (rapporteur), 2018/2102(INI), A8-0474/2018.

#### **D.- Documents de la BCE**

Orientation(UE) 2015/510 de la banque centrale européenne du 19 décembre 2014 concernant la mise en œuvre du cadre de la politique monétaire de l'Eurosystème, JOUE 2 avril 2015, L91/3.

Orientation(UE) 2015/732 du 16 avril 2015 modifiant l'orientation (UE), JOUE 7 mai 2015 L116/22.

Orientation(UE) 2015/1938 du 27 août 2015 modifiant l'orientation (UE), JOUE 28 octobre 2015 L282/41.

Orientation(UE) 2016/64 du 18 novembre 2015 modifiant l'orientation (UE), JOUE 21 janvier 2016 L14/25.

Orientation(UE) 2016/2298 du 2 novembre 2016 modifiant l'orientation (UE) , JOUE 17 décembre 2016 L344/102.

Banque centrale européenne, *Pourquoi la stabilité des prix est-elle importante pour vous*, 2009.

European Central Bank, *Protectionist responses to Crisis, Global trends and implications*, occasional papers series, May 2010, n°110.

---

<sup>1480</sup> Aussi, LENAERS Jeroen, Rapport de la commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen du 26 novembre 2018, A8-0391/2018.

GERTLER Mark, KARADI Peter, *QE1 vs 2 vs 3...A Framework for Analyzing Large Scale Asset Purchases as a Monetary Policy Tool*, mars 2012.

Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London, 26 July 2012, <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>.

European Central Bank, *The side effects of national financial sector policies, Framing the debate on financial protectionism*, occasional papers series, September 2015, n°166.

European Securities and Market Authority, *EU derivatives markets – a first-time overview*, ESMA Report on Trends, Risks, and Vulnerabilities, n°2, 2017.

Directorate-General for internal policies, *Design and sequencing of exit from non-standard monetary policy measures : What should the ECB “new normal” look like*, In-depth analysis, November 2017.

European Union to Council for trade in Goods, G/L/1237 ;G/SG/N/12/EU/1, immediate notification under article 12.5 of the agreement on safeguards, 18 may 2018.

### **E.- Documents de l'OMC**

Final Act of the Bretton Woods Conference (22 July 1944), Department of State (Ed.). United Nations Monetary and Financial Conference: Bretton Woods, Final act and related documents, New Hampshire, July 1 to July 22, 1944. Washington: United States Government Printing Office, 1944, 121 pages.

MULTILATERAL TRADE MTN.TNC/MIN(94)/ST/3,NEGOTIATIONS 12 April 1994, General Distribution THE URUGUAY ROUND,(UR-94-01118),Trade Negotiations Committee, Meeting at Ministerial Level Marrakesh (Morocco), 12-15 April 1994, EUROPEAN COMMUNITIES, Commission of the European Communities, Statement by Sir Leon Brittan, European Commissioner, Head of Delegation.

OMC, Document conceptuel sur les sauvegardes concernant la balance des paiements, Communication de la Communauté européenne et de ses États membres, WT/WGTI/W/153, 28 novembre 2002.

World Trade Organization, Safeguard Initiations by Reporting Member, 13<sup>th</sup> December 2016.

Rapports du comité des sauvegardes au conseil du commerce des marchandises (2007) – G/L/832 du 30 octobre 2007 – (2008) – G/L/862 du 31 octobre 2008 – (2009) – G/L/901 du 22 octobre 2009 – (2010) – G/L/936 du 29 octobre 2010 – (2011) – G/L/972 du 1er novembre 2012 – (2012) – G/L/1009 du 6 novembre 2012 – (2013) – G/L/1054 du 29 octobre 2013 – (2014) – G/L/1087 du 5 novembre 2014 – (2015) G/L/1130 G/SG/141 du 28 octobre 2015 – (2016) G/L/1155 G/SG/142 du 27 octobre 2016.

Rapport du comité des sauvegardes (2017) au conseil du commerce des marchandises, G/L/1192, G/SG/145, 27 octobre 2017.

European Union to Council for trade in Goods, G/L/1237; G/SG/N/12/EU/1, immediate notification under article 12.5 of the agreement on safeguards, 18 may 2018.

Rapport du comité des sauvegardes (2018) au conseil du commerce des marchandises, G/L/1155, G/SG/142, 31 octobre 2018.

Dispute Settlement (DS) 486, UE – PET (Pakistan), tierces parties : États-Unis, Chine, groupe spécial constitué le 13 mai 2015.

DS 337, CE – Saumon (Norvège), tierces parties : États-Unis, Canada, Chine, Hong-Kong, Japon, République de Corée, rapport adopté le 8 janvier 2008 avec recommandation de mise en conformité.

Affaires DS248 DS249, DS251, DS52, DS253, DS254, DS258 et DS259 Etats-Unis – Mesures de sauvegarde concernant l'acier, plaintes des Communautés européennes (7 mars 2002), du Japon (20 mars 2002), de la République de Corée (20 mars 2002), de la Chine (26 mars 2002), de la Suisse (3 avril 2002), de la Norvège (4 avril 2002), de la Nouvelle-Zélande (14 mai 2002) et du Brésil (21 mai 2002) ; rapport du groupe spécial le 11 juillet 2003 ; rapport de l'organe d'appel le 10 novembre 2003, concluant à l'incompatibilité des mesures de sauvegarde instituées par les Etats-Unis avec l'article XIX du GATT de 1994 et l'accord sur les sauvegardes.

Groupe spécial États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie, WT/DS177/R et WT/DS178/R, 21 décembre 2000.

Rapport de l'organe d'appel AB-2013-1 du 6 mai 2013 concernant les différents WT/DS412/AB/R et WT/DS426/AB/R, point 5.128, p.125 : les tarifs de rachat d'électricité sont des « achats de biens ».

## **F.- Documents des États-Unis**

Section 721 of the Defense Production Act of 1950 50 U.S.C. App. 2170.

Export Trading Company Act of 1982, 15 USC §§ 4001–21.

Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996, Public Law 104th-114, March 12, 1996, 110 Stat. 785.

Foreign Investment and National Security Act of 2007 Public Law 110-49, 110th Congress, H.R. 556, July 26, 2007, 121 STAT.245 s.

Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000.

Executive Order 9832—Prescribing Procedures for the Administration of the Reciprocal Trade Agreements Program, 25<sup>th</sup> February 1947.

Office of the Federal Register. Richard Nixon, containing the public messages, speeches and statements of the president - 1971. Washington: US Government Printing Office, 1972, pages 886-890.

Presidential Documents, Proclamation 7529 of March 5, 2002: “*To facilitate Positive Adjustment to Competition From Imports of Certain Steel Products*”, Federal Register, Vol.67, N°45, March 7, 2002.

Presidential Documents, Proclamation 7741 of December 4, 2003: “*To Provide for the Termination of Action Taken With Regard to Imports of Certain Steel Products*”, Federal Register, Vol.68, N°235, Monday, December 8, 2003.

Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in the United States, Federal Register Vol.73, N°236 Monday, December 8, 2008, Notices, 74568.

Guidance Concerning the National Security Review Conducted by the Committee on Foreign Investment in the United States, Federal Register Vol.73, N°236 Monday, December 8, 2008 Notices, 74569.

Federal Register Vol.79 N°94, Thursday May 15, 2014, pages 27801 s.

Federal Register Vol.79 N°220, Friday, November 14, 2014, pages 68095 s.,

Federal Register, 77 FR 60281, Executive Office of the President, Order of September 28, 2012.

Federal Register, 81 FR 88607, Executive Office of the President, Order of December 2, 2016.

Federal Register, 82 FR 43665, Executive Office of the President, Order of September 13, 2017.

Federal Register, 83 FR 11631, Executive Office of the President, Order of March 12, 2018.

White House, Presidential Memoranda Ceasing U.S. Participation in the JCPOA and Taking Additional Action to Counter Iran's Malign Influence and Deny Iran All Paths to a Nuclear Weapon, Foreign Policy, May 8, 2018.

Notice by the Trade Representative, Office of United States, document 83 FR 28710, June 20, 2018.

Notice by the Trade Representative, Office of United States, document 83 FR 33608, July 17, 2018.

Notice by the Trade Representative, Office of United States, document 83 FR 47974, September 21, 2018, modified by notice 83 FR 49153, September 28, 2018.

### **G.- Autres documents**

*Social Insurances and Allied Services*, Report by Sir William Beveridge, Presented to Parliament by Component of His Majesty, November 1942.

OCDE, *UEM : Faits, défis et politiques*, 1999.

OCDE, *Définition de référence des investissements directs internationaux*, quatrième édition, 2008.

FMI, *Manuel de la balance des paiements et de la position extérieure globale*, sixième édition, 2009.

International Monetary Fund, *Global Financial Stability Report, Responding to the Financial Crisis and Measuring Systemic Risks*, April 2009.

International Monetary Fund, *A FAIR AND SUBSTANTIAL CONTRIBUTION BY THE FINANCIAL SECTOR, FINAL REPORT FOR THE G-20*, June 2010.

*The ILO and the EU, partners for decent work and social justice*, ILO office, Geneva, 2012.

*La dimension sociale des accords de libre-échange*, Organisation internationale du Travail, Institut international d'études sociales, Genève, OIT, 2013.

GROSSET Jean, *Les travailleurs détachés*, avis du Conseil économique, social et environnemental, 22 septembre 2015.

*Building a social pillar for European convergence*, International Labour Office, Geneva, 2016.



## BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

### II.- Doctrine

#### A.- Encyclopédies

BELLIS Jean-François, *Dumping en droit de l'UE*, Jurisclasseur, Fasc. 2310, Août 2012.

BLANQUET Marc, Fasc. 175 : *COMPÉTENCES DE L'UNION – Exercice des compétences – Régulation*, LexisNexis, 9 septembre 2014.

BLIN Olivier, *Capitiaux*, Répertoire de droit européen, Dalloz, Octobre 2016.

BOUDANT Joël, *Dumping*, Répertoire de droit européen, Dalloz, avril 2015.

CARREAU Dominique, *Commerce international multilatéral (droit matériel commun)*, Répertoire de droit international, Dalloz, 2012.

COUTRON Laurent, JurisClasseur *Europe Traité* Fasc.115.

DEVOLUY Michel, KOVAR Robert, *Union économique et monétaire*, Répertoire de droit européen, Dalloz, avril 2015.

GILTARD Daniel, *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2016.

SOULIER Gérard, DESCAMPS Olivier, Fasc. 161-1 : *Union européenne, Histoire de la construction européenne*, Jurisclasseur Droit international, 10 décembre 2012.

#### B.- Monographies

AIMEE Jeanne, *L'intégration négative des marchés aux Etats-Unis et dans l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Université de Paris Panthéon-Sorbonne, 2013, 627 pages.

ALLAIS Maurice, *La mondialisation : la destruction des emplois et de la croissance : l'évidence empirique*, Paris, C. Juglar, 1999, 647 pages.

ANDERSEN Henrik, *EU dumping determinations and WTO law*. The Netherlands, Kluwer Law International, 2009, 485 pages.

AUBY Jean-Baptiste, IDOUX Pascale, *Le gouvernement économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 442 pages.

BARIL André, *Le protectionnisme à l'intérieur dans la législation des boissons*. Thèse, Université de Rennes, Faculté de droit et des sciences économiques, 1907.

BENHAMOU-GABRIEL Archibald, *Les financements structurés et le droit des entreprises en difficulté*, Thèse, Paris 1, juin 2017, 400 pages.

BERTALANFY (von) Ludwig, *Théorie générale des systèmes*, 1968, traduit par Jean-Benoît Chabrol, Dunod, Paris, 2012, 308 pages.

BOISSENIN Angélique, *Le financement de l'Union européenne : moteur d'une intégration politique ?* Thèse soutenue le 20 décembre 2017, Université Panthéon-Sorbonne, L.G.D.J., 2019, 420 pages.

- BOITEAU Claudie (Dir.), GEOFFRON Patrice (Préface), *Énergies renouvelables et marché intérieur*, Bruylant, 2014, 448 pages.
- BONNEAU Thierry, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 4<sup>ème</sup> édition, 2018, 950 pages.
- BORCHARDT Klaus-Dieter, *l'ABC de l'Union européenne*, Office des publications de l'Union européenne, 2017, 154 pages.
- BOSSE-PLATIERE Isabelle, *L'article 3 du Traité UE : Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 860 pages.
- BOUHIER Vincent, *La défense commerciale de la Communauté européenne : du bien-fondé d'un instrument identitaire*, Thèse de doctorat, Université de Nantes, Faculté de droit et des sciences politiques, 2005, Bruylant, 2011, 724 pages.
- BUCHER Andreas, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye, Pays-Bas, Tome 239, 1993, pages 9 à 116.
- CHABANOL Daniel, *La pratique du contentieux administratif*, LexisNexis, 12<sup>ème</sup> édition, 2018, 578 pages.
- CHAI-HYUNG Kim, *La politique commerciale des Etats-Unis à l'égard des nouveaux pays industrialisés d'Asie sous l'angle du protectionnisme : Aspects juridiques et institutionnels*, Thèse de doctorat, Université de Paris I, 1989.
- CHAMPAUD Claude, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, sortir de la crise du financialisme*, Larcier, 2011, 365 pages.
- CHAUDRY Sajid M., MULLINEUX Andrew W, AGARVAL Natasha in *Balancing the Regulation and Taxation of Banking*, Edward Elgar, 2015, 168 pages.
- CHENEVIERE Cédric, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre : Protéger le climat, préserver le marché intérieur*, Bruylant, 2018, 498 pages.
- CLEMENT-WILZ Laure (Dir.), *Le rôle politique de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, série Monographies, 2018, 472 pages.
- COLLE David, Association Anteios, *D'un protectionnisme l'autre : la fin de la mondialisation ?* Paris, Presses universitaires de France, 2009, 325 pages.
- COUREAULT Elisabeth, *La concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, Thèse, Université de Lorraine, 2009, 421 pages.
- DELON-DESMOULIN Corinne, *Droit budgétaire de l'Union européenne*, L.G.D.J., 2011, 264 pages.
- DESIERTO Diane A., *Necessity and National Emergency Clauses, Sovereignty in Modern Treaty Interpretation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, USA, 2012, 411 pages.

- DUBOUT Edouard, MARTUCCI Francesco, DE LA ROSA Stéphane, *L'Union européenne et le fédéralisme économique, Discours et réalités*, Bruylant, Séries Colloques, 2015, 472 pages.
- FARTUNOVA Maria, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Thèse de Doctorat, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, 2010, 736 pages.
- FONTAINE André, *Le protectionnisme financier*, Thèse de doctorat, Université de Lille, Faculté de droit et des sciences économiques, 1912.
- FOURNIER DE CROUY Nathalie, *La faute lucrative*, Thèse, LGDJ, 2018, 498 pages.
- GAMERDINGER Didier, *Les formes nouvelles ou renouvelées du protectionnisme étatique, Aspects juridiques*, Université de Nice, 1989.
- GUEVREMONT Véronique, *Valeurs non marchandes et droit de l'OMC*, Bruylant, 2013, 664 pages.
- GUINCHARD Serge (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2012, 1713 pages.
- HERVE Alan, *L'Union européenne et la juridictionnalisation du système de règlement des différends de l'OMC*, Thèse, Bruylant, juin 2015, 642 pages.
- HOUET Jérémy, *Les golden shares en droit de l'Union européenne*, Thèse, Larcier, 2015, 450 pages.
- HUGLO Christian, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruylant, 2018, 396 pages.
- KRUGMAN Paul, *La mondialisation n'est pas coupable. Vertus et limites du libre-échange*, Paris, La découverte, 2000, 224 pages.
- LE BAUT-FERRARESE Bernadette, KARPENSCHIF Michaël (AVANT-PROPOS), *Les transitions énergétiques dans l'Union européenne*, Bruylant, 2015, 266 pages.
- LEE Yong-Shik, *Safeguard measures in world trade*, Edward Elgar, 2014, 416 pages.
- LHULLIER Gilles, *Le droit transnational*, Dalloz, méthodes du droit, 2017, 522 pages.
- LE TOURNEAU Philippe (Dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2012, 2162 pages.
- LIST Friedrich, *Système national d'économie politique*, 1841, 2<sup>nd</sup>e édition, Traduit de l'Allemand par RICHELOT Henri, CAPELLE, 1857, 556 pages.
- LIPPOLIS Giuseppe, *Quantitative easing by the ECB and the Federal Reserve*, Thèse, Université de Padova, Italie, 2017, 127 pages.
- MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruylant 2016, 868 pages.
- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOEFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, 10<sup>ème</sup> édition, Lextenso, Paris, 2018, 912 pages.

- MARTIN Philippe, *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses universitaires de Bordeaux, 2007, 342 pages.
- MARTUCCI Francesco (Dir.), *L'Union bancaire*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 284 pages.
- MIDEELAAR (van) Luuk, *Quand l'Europe improvise, Dix ans de crises politiques*, Gallimard, 2018, 441 pages.
- MINE Michel, *Le droit social international et européen en pratique*, 2<sup>ème</sup> édition, Eyrolles, 2013, 402 pages.
- MORVAN Patrick, *Le principe de droit privé*, Thèse, éditions Panthéon-Assas, 1999, 788 pages.
- NGAMBI Joseph, *La preuve dans le règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, Bruylant, 2010, 598 pages.
- OLAVO Baptista Luiz, DURAND-BARTHEZ Pascal, *Les joint-ventures dans le commerce international*, Bruylant, 2012, 549 pages.
- PERALDI-LENEUF Fabienne, BERTRAND Brunessen, BLUMAN Claude et al., *Introduction au marché intérieur. Libre circulation des marchandises*, éditions de l'Université de Bruxelles, 2015, 576 pages.
- POLANYI Karl, 1983 (1944), *La grande transformation*, Gallimard, 420 pages.
- POTTEAU Aymeric, *Recherches sur l'autonomie financière de l'Union*, Thèse, Dalloz, 2004, 722 pages.
- PRIEUR Michel (Dir.), *Précis de Droit de l'environnement*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2016, 1228 pages.
- QUERMONNE Jean-Louis, *Le système politique de l'Union européenne*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> édition, 2015, 158 pages.
- RAPOPORT Cécile, *Les partenariats entre l'Union européenne et les États tiers européens*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 838 pages.
- RIALS Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de la normalité*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, 564 pages.
- REYMOND Damien, *Action antidumping et droit de la concurrence dans l'Union européenne*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2014, 677 pages.
- ROBERT-CUENDET Sabrina (Dir.), *Droit des investissements internationaux, perspectives croisées*, Bruylant, 2017, 672 pages.
- SAUREL Stéphane, *Le budget de l'Union européenne*, La documentation française, reflexeurope, 2018, 318 pages.
- SAURUGGER Sabine, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010, 418 pages.

SIMEN Martial, *Le patriotisme économique à l'épreuve du droit de l'Union européenne*, Thèse de doctorat, droit, Université de La Rochelle, 2014, 499 pages.

TALGORN Christian, *Les mesures de sauvegarde de la Communauté économique européenne dans ses relations avec les États tiers*, Thèse de doctorat, droit, Université de Rennes 1, 1979.

THIEFFRY Patrick, *Traité de droit européen de l'environnement*, Bruylant, 3ème édition, 2015, 1412 pages.

VOGEL Louis, *Droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 378 pages.

VOGEL Louis, *Global Competition Law*, Bruxelles, Bruylant, 2018, 974 pages.

WALLERSTEIN Immanuel, *Le capitalisme historique*, La Découverte, 2011, 130 pages.

## **B.- Contributions dans les ouvrages collectifs et mélanges**

ADALID Sébastien, La banque centrale européenne, une zone de « non-droit » ? in Vabres Régis (Dir.), *La Banque centrale européenne, regards croisés, droit et économie*, Bruylant, 2016, pages 51 à 68.

AUVERGNON Philippe, Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, *Union européenne et cohésion sociale*, Talence, France, Maison des sciences de l'homme d'Aquitaine, 1998, 218 pages.

BARBOU DES PLACES Ségolène, *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, Cahiers Européens n°6, Paris, Pedone, 2014, 190 pages.

BERRAMDANE Abdelkhaleq, ABDEREMANE Karine, *Union européenne : une Europe sociale et solidaire ?* Mare & Marin, Paris, France, 2015, 486 pages.

BLIN-FRANCHOMME Marie-Pierre, DESBARATS Isabelle, JAZOTTES Gérard, VIDALENS Virginie, *Entreprise et développement durable, Approche juridique pour l'acteur économique du XXIème siècle*, Lamy, Axe Droit, 2011, 338 pages.

COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, 31<sup>ème</sup> édition, LexisNexis, 2018, 918 pages.

DEBLOCK C., LEBULLENGER Joël, C. Paquin (Dir.) *Le commerce des services de l'AECG, un Nouveau pont sur l'Atlantique*, l'AECG entre l'UE et le Canada, PUQ, 2015, 370 pages.

DEFRAIGNE Jean-Christophe, DE MEULEMEESTER Jean-Luc, DUEZ Denis, VANDERBOGHT Yannick, *Les modèles sociaux en Europe : quel avenir face à la crise ?* Bruylant, 2013, 256 pages.

DJOULDEM Mohamed, TELLIER Geneviève, DE VISSCHER Christian, *Les réformes des finances publiques, enjeux politiques et gestionnaires*, Bruylant, 2014, 400 pages.

EZACHRI Ariel, *Research handbook on international competition law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2012, 616 pages.

FLAESCH-MOUGIN Catherine (Mélanges en l'honneur de), *Abécédaire de droit de l'Union européenne*, Préface de Catherine LALUMIERE, Presses universitaires de Rennes, Collection « Droits européens », 2017, 662 pages.

GUINCHARD Serge (Dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2012, 1713 pages.

KUIJPER Pieter Jan, L'union européenne et la gouvernance mondiale : l'UE et la régulation du commerce mondial, point de vue de l'économiste in *La politique commerciale de l'UE dans le cadre de l'OMC: quelques enjeux juridiques*, pages 191 à 204.

LE BARBIER-LE BRIS Muriel (Dir.), *L'Union européenne et la gouvernance mondiale : quel apport avec quels acteurs ?* Bruxelles, Bruylant, 2012, 356 pages.

MAZUYER Emmanuelle, JEAMMAUD Antoine, *L'harmonisation sociale européenne : processus et modèle*, Bruylant, 2007, 358 pages.

MICHEL Valérie, *1992-2012, 20 ans de marché intérieur, le marché intérieur entre réalités et utopie*, Bruylant, 2012, 208 pages.

ORBIE Jan, TORTELL Lisa, *The European union and the social dimension of globalization: how the EU influences the world*, Londres, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, 2009, 250 pages.

PEETERS Marjan, UYLENBURG Rosa, *EU Environmental Legislation*, Edward Elgar Publishing, 2014, 288 pages.

RIBAS Jean-Jacques, LEVI-SANDRI Lionello, TEITGEN Pierre-Henri, *La politique sociale des Communautés européennes*, Paris, Sirey, 1969.

ROGOWSKI Ralf, SALAIS Robert, WHITESIDE Noel, *Transforming European employment policy*, Edward Elgar, 2018, 288 pages.

Société française pour le droit de l'environnement, *Le droit répressif : quelles perspectives pour le droit de l'environnement ?* Revue juridique de l'environnement, numéro spécial, 2014, 254 pages.

TEYSSIE Bernard (Dir.), *Les normes sociales européennes*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2000, 132 pages.

VIRASSAMY Georges, *Entreprise et patriotisme économique*, l'Harmattan, 2008, 274 pages.

WEISHAAR Stefan, Introducing carbon taxes – issues and barriers, in HYMEL Mona, KREISER Larry, MILNE Janet et al., *Innovation addressing Climate Change challenges in Innovation Addressing Climate Change Challenges*, Edward Elgar, 2018, pages 1 à 19.

### C.- Articles

ADEL ZAHER Mina, *La conférence sur le climat de Paris : « COP21 » : objectifs, défis et enjeux*, <http://www.univ-droit.fr/unjf/liste-des-cours/magazine-d-actualites-juridiques/gazette-du-mois/19772-la-conference-sur-le-climat-de-paris-cop21-objectifs-defis-et-enjeux>.

BARILLON Clément, *Vers un renforcement du contrôle des investissements étrangers en France*, Lettre creda-sociétés n°2018-20, décembre 2018, <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/info-debat/lettre%202018-20.html>.

- BARREAU Catherine, Consommateur et patriotisme économique, in VIRASSAMY Georges (Dir.), *Entreprise et patriotisme économique*, l'Harmattan, 2008.
- BEAUFORT (de) Viviane, *Approche comparée des dispositifs anti-OPA en Europe à la lumière de la directive sur les OPA*, Research Center ESSEC Working Paper 1508, 2015, 19 pages.
- BECKER Florian, *The Case of Export Cartel Exemptions: Between Competition and Protectionism*, Journal of Competition Law & Economics 97, 2007, pages 97 à 126.
- BENYEKHLEF Karim, *Droit global : un défi pour la démocratie*, C.E.R.A.S., Revue Projet, 2016/4, n°353, pages 14 à 22.
- BERTRAND Brunessen, *Un principe politique saisi par le droit : la justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européen*, RTD eur., Dalloz, pages 329 à 354.
- BETAÏLLE Julien, *Répression et effectivité de la norme environnementale*, in *Le droit répressif : quelles perspectives pour le droit de l'environnement ?* Revue juridique de l'environnement, numéro spécial, 2014, pages 47 à 59.
- BRAKELAND Jean-François, TURNER Vanessa, *Les mesures de sauvegarde dans le commerce international des marchandises : une perspective communautaire*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne 1997, Dalloz, page 454.
- BRAKELAND Jean-François, Membre de la DG Commerce, traitant des aspects juridiques de la PCC, *Les acteurs de la politique commerciale commune de l'UE : perspectives ouvertes par le Traité de Lisbonne*.
- BORGETTO M., GUILLOMARD F., GINON A-S., *Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?* Dalloz, 2016, 402 pages.
- BOUCHETA Haroun, *Shadow Banking : menace ou opportunité*, Bulletin Joly Bourse, 1<sup>er</sup> avril 2016, n°4, pages 171 à 174.
- BRAUN Benjamin, *Central banking and the infrastructural power of finance: the case of ECB support for repo and securitization markets*, Socio-Economic Review, OXFORD University, 2018, <https://doi.org/10.1093/ser/mwy008>.
- CHACHKO Elena, *Trump Withdraws from the Iran Nuclear Agreement: What Comes Next*, Lawfare, May 8, 2018, <https://www.lawfareblog.com/trump-withdraws-iran-nuclear-agreement-what-comes-next>.
- CLEMENT-WILZ Laure, le système européen de quotas d'émission de gaz à effet de serre face aux règles du droit international, Revue des affaires européennes, 2011, pages 859 à 867.
- CRONIN David, DUNNE Peter G., *How effective are bond-backed securities as a spillover prevention device*, European Systemic Risk Board, Working Paper Series, N°66, January 2018.
- DERDERVET Michel, *L'Union de l'énergie, un vaste et grand chantier*, Fondation Robert SCHUMAN, Question d'Europe n°369, 2 novembre 2015, <https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/questions-d-europe/qe-369-fr.pdf>.

DERENNE Jacques, GIOLITO Christophe, *Actifs dépréciés, La Commission européenne publie des orientations sur le traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de l'Union*, Revue Concurrences, n°2-2009, n°26043.

DUFOUR Geneviève, OUELLET Richard, *Le fardeau de la preuve : constat prima facie d'un décalage entre théorie et pratique, et de la nécessité d'une théorie de la preuve à l'OMC*, DeBoeck Supérieur, Revue internationale de droit économique, 2017/1 t. XXXI, pages 47 à 78.

DUNNE Peter G., *Positive liquidity spillovers from sovereign bond-backed securities*, European Systemic Risk Board, Working Paper Series, N°67, January 2018.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme*, R.J.D.A., juin 1994, pages 483 s.

GARDE Angéline, MARCILLY (de) Charles, *Octroi du statut d'économie de marché à la Chine : Quelles réponses politiques face au carcan juridique ?* Fondation Robert SCHUMAN, Question d'Europe n°389, 18 avril 2016, <https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0389-octroi-du-statut-d-economie-de-marche-a-la-chine-queelles-reponses-politiques-face-au-carcen>.

GOTTLIEB Geoff, IMPAVIDO Gregorio, IVANOVA Anna, *Taxer la finance ?* in Finance et développement, FMI, Septembre 2012, pages 44 à 46.

HOUSER Matthieu, *La rénovation des ressources de l'union : entre sources de financements innovants et ressources propres*, Rev. UE 2011, page 355.

IDOT Laurence, *Droit de la concurrence et protection de l'environnement, la relation doit-elle évoluer ?* Revue Concurrences n°3-2012, n°9.

IDOT Laurence, *L'intérêt général : limite ou pierre angulaire du droit de la concurrence ?* Journal de droit européen, Larcier, octobre 2007, [http://jde.larcier.com/public/index.php?module\\_id=00000000006&rec\\_id=00000101662](http://jde.larcier.com/public/index.php?module_id=00000000006&rec_id=00000101662).

IDOT Laurence, *Contrôle des concentrations et contrôles des investissements étrangers : réflexions de juriste*, Concurrences, N°2-2015, pages 54 à 66.

JAZOTTES Gérard, *L'entreprise de l'économie sociale et solidaire dans le jeu de la concurrence*, Revue Lamy droit des affaires, n°88, 1<sup>er</sup> décembre 2013.

JOUANJEAN Hervé, *Chine : économie de marché ?* Journal de droit européen, avril 2016, [http://jde.larcier.com/public/index.php?module\\_id=00000000006&rec\\_id=00000109313](http://jde.larcier.com/public/index.php?module_id=00000000006&rec_id=00000109313).

JOANNIN Pascale, *L'Europe en 2025 : géant économique, nain politique ?* Géoéconomie, n°50, juillet 2009, pages 79 à 85.

JORGE Manuel, *La construction de l'ordre public social européen-L'étape de Vilvorde*, JCP G Semaine Juridique (édition générale) 29 octobre 1997, pages 449 à 452.

KOCHENOV Dimitry, PECH Laurent, *Renforcer le respect de l'Etat de droit dans l'UE : Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil*, fondation Robert SCHUMAN, Question d'Europe n°356, 11 mai 2015, <https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0356-renforcer-le-respect-de-l-etat-de-droit-dans-l-ue-regards-critiques-sur-les-nouveaux>.



KOVAR Jean-Pierre, Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire, *Journal de droit européen*, Larcier, novembre 2009, [http://jde.larcier.com/public/index.php?module\\_id=00000000006&rec\\_id=00000101642](http://jde.larcier.com/public/index.php?module_id=00000000006&rec_id=00000101642).

LANNEAU Régis, *Investissements étrangers, Décret 2014-479 du 14 mai 2014*, *Concurrences*, N°3-2014, N°68442, pages 203 à 205.

LIENHARDT Pierre-Adrien, RAMBAUD Aurélie, *Le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'économie*, *La semaine juridique*, 14 septembre 2017 n°37, pages 46 à 48.

LEROY Yann, *La notion d'effectivité du droit*, *Droit et Société*, 2011/3, n°79, pages 715 à 732.

MARTUCCI Francesco, L'entrave imputable à l'Union in MICHEL Valérie (Dir.), *1992-2012, 20 ans de Marché intérieur*, Bruylant, pages 137 à 165.

MARTUCCI Francesco, De la souveraineté budgétaire à la discipline budgétaire : la marche forcée vers une communautarisation, in SOREL Jean-Marc, CHEMAIN Régis (Dir.), *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?* IREDIES, CEDIN, Paris, Pedone, Cahiers internationaux, n°30, 2013, pages 93 à 119.

MESSAOUD Saoudi, *Le risque souverain dans la zone euro*, *Revue de l'Union européenne*, Dalloz, 2016, page 232.

MOULY Jean, *Contrat de travail, Quand l'autoentreprise sert de masque au salariat*, *Revue Droit social* n°10, octobre 2016, Dalloz, page 860.

NIHOUL Paul, *Post vérité*, *Journal de droit européen*, janvier 2017, [http://jde.larcier.com/public/index.php?module\\_id=00000000006&rec\\_id=00000109173](http://jde.larcier.com/public/index.php?module_id=00000000006&rec_id=00000109173).

PRIEUR Michel, *Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement*, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n°43, avril 2014, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1387/pdf>.

PICHARD Bruno, *La réforme des investissements étrangers : une vraie libéralisation ?* Les petites affiches N°PA199607603, 24 juin 1996, page 11.

PILCZER Jean-Sébastien, *Le parcours contentieux de la coopération renforcée en matière de taxe sur les transactions financières : la bataille de l'autorisation est gagnée, celle de la mise en œuvre reste à mener*, *Réflexions sur l'arrêt du 30 avril 2014, Royaume-Uni/Commission (C-209/13)*, *Cahiers de Droit Européen* n°2014/3, février 2015, Bruylant, pages 620 et 621.

RANGEON Florence, *Fair-play financier : le prochain défi de la régulation financière européenne ?* *Rev. UE* n°555, février 2012, page 130.

RAPOPORT Cécile, *Le cadre juridique du retrait britannique de l'Union européenne*, *Obs. Bxl.*, 2017/4 n°110, *Stradalex*, 27 novembre 2017, pages 14 à 19.

RAPOPORT Cécile, La redéfinition des relations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni : les modèles de coopération envisageables, in *Le Brexit*, Bruylant, pages 97 à 119, 2017.

SADELEER (de) Nicolas, *Actualité en matière de réglementation des OGM*, revue européenne de droit de la consommation, Larcier, 2015/3, pages 621 à 648.

SIROEN Jean-Marc, *L'unilatéralisme commercial des États-Unis*, in *Annuaire français de Relations Internationales*, Bruylant, 2000, pages 574 à 575.

SOLA PEREA (De) Maite, DUNNE Peter G., PUHL Martin, REININGER Thomas, *Sovereign bond-backed securities : a VAR-for-VaR and Marginal Expected Shortfall assessment*, European Systemic Risk Board, Working Paper Series, N°65, January 2018.

TORRENT Ramon, Pourquoi un revirement de la jurisprudence « golden share » de la CJUE est-il indispensable ? in *A Man for All Treaties*, Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris, Bruxelles, Bruylant, pages 539 à 564.

TRAN Christophe, *L'unité de l'Union sous l'angle du protectionnisme durable*, *Annuaire de droit de l'Union européenne*, 2017, pages 289 à 301.

TRUCHOT Laurent, *L'ordre public en droit de l'Union européenne*, Lexbase hebdo édition privée n°487 du 31 mai 2012.

Van RIETE Ad, *Addressing the safety trilemma: a safe sovereign asset for the eurozone*, European Systemic Risk Board, Working Paper Series, N°35, February 2017.

VERON Nicolas, B.Wolff Guntram, *Capital Markets Union: A Vision for the Long Term*, *Journal of Financial Regulation*, OXFORD University, 2016, pages 130 à 153.

VINEY Geneviève, *Proposition de réforme du droit de la responsabilité civile*, recueil Dalloz 2009, pages 2944 s.

WOLF Marc, *Transposer le modèle TVA pour taxer les émissions de CO2 sans « fuites de carbone »*, *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, N°2018/2, Bruxelles, Bruylant, pages 307 à 313.

WTE/JHR, *European Sovereignty*, *European Constitutional Law Review*, March 2018, volume 14, issue 1, pages 1 à 6.

ZACHARIE Arnaud, *Mondialiser les normes sociales et environnementales*, C.E.R.A.S, *Revue Projet*, 2016/4 n° 353, pages 43 à 50.

ZACHARIE Clémence, *Ordre public et affaires de famille : le rôle de la police du Consulat et de l'Empire*, *Napoleonica*, 2012/2, n°14, pages 127 à 138.

ZINI Sylvain, *La clause sociale et l'articulation des régimes internationaux du commerce et du travail*, *Recherches internationales*, n° 88, octobre-décembre 2010 ? Pages 199 à 216.

### III.- Jurisprudence

#### A.- Juridictions de l'Union européenne

Arrêt de la Cour du 12 décembre 1972, *International Fruit Company*, mesures de sauvegarde, affaires 21-24/72, Rec., p.1219, ECLI:EU:C:1972:115, voir note RIDEAU Joël, droit international et droit communautaire, Cahiers de droit européen, 1973, pages 465 à 483, **48**.

CJCE, Délibération 1/78 du 14 novembre 1978 arrêtée en vertu de l'article 103, alinéa 3, du traité CEEA - Projet de convention de l'Agence internationale de l'énergie atomique sur la protection des matières, installations et transports nucléaires, **316**.

Arrêt de la Cour du 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives, affaire 120/78, Rec., p.649 ECLI:EU:C:1979:42, voir note MASCLET Jean-Claude, *Les articles 30, 36 et 100 du traité CEE à la lumière de l'arrêt « Cassis de Dijon »*, Revue trimestrielle de droit européen, 1980, pages 611 à 634, **252**.

Arrêt de la Cour du 5 mai 1981, *Dürbeck*, affaire 112/80, principe de proportionnalité, Rec., p.1095, ECLI:EU:C:1981:94, **269**.

Arrêt de la Cour du 16 juin 1987, *Commission c/Italie*, affaire 118/85, transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, Rec., p.1095, ECLI:EU:C:1987:283, voir note BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, *La Semaine juridique*, édition générale, 1988, II 20943, **316**.

Arrêt de la Cour du 22 juin 1989, *Fediol*, pratiques commerciales illicites, affaire 701/87, Rec., p.1781, ECLI:EU:C:1989:254, **52**.

Arrêt de la Cour du 7 mai 1991, *Nakajima*, dumping, affaire C-69/89 Rec., p.I-2069, ECLI:EU:C:1991:186, **52**.

Arrêt de la Cour du 17 février 1993, *Poucet*, gestion d'un régime spécial de sécurité sociale – législation nationale attribuant une position dominante à un tel organisme, affaires jointes C-159/91 et C-160/91, Rec., p.I-637, ECLI:EU:C:1993:63, voir note LAIGRE Philippe, *Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises ?* Droit social, 1993, pages 488 à 492, **538**.

Arrêt de la Cour du 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, accord entravant l'importation d'électricité – service d'intérêt général, affaire C-393/92, Rec., p.I-1477, ECLI:EU:C:1994:171, voir note KOVAR Robert, *La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée*, Europe, 1994, Juillet, Chronique n°6, pages 1 à 5, Août-Septembre, Chronique n°6, pages 1 à 3, **498**.

Arrêt du Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance du 15 décembre 1994, *Unifruit Hellas c/ Commission*, taxe compensatoire – produits en cours d'acheminement vers la Communauté – proportionnalité, affaire T-489/13, Rec., p.II-1201, ECLI:EU:T:1994:297, **274**.

Arrêt de la Cour du 10 septembre 1996, *Commission c/Allemagne*, Arrangement international concernant le secteur laitier, affaire C-61/94, Rec., p.I-3989, ECLI:EU:C:1996:313, **49**.

Arrêt de la Cour du 23 octobre 1997, *Commission c/ Italie*, droits exclusifs d'importation et d'exportation d'électricité, affaire C-158/94, Rec., p.I-5789, ECLI:EU:C:1997:500, voir

note KOVAR Robert, *La fée électricité : plus de lumière sur les articles 37 et 90 du Traité CE*, Europe 1997, Décembre, Chronique n°12, pages 3 à 6, **498**.

Arrêt de la Cour du 5 mai 1998, *R-U c/Commission*, police sanitaire – mesures d'urgence contre l'encéphalopathie spongiforme bovine/ESB/ « Vache folle », affaire C-180/96, Rec., p.I-2265, ECLI:EU:C:1998:192, voir note GADBIN Daniel, Chronique de jurisprudence communautaire, 1998, Revue de droit rural, 2000, pages 483-484, **384**.

Arrêt de la Cour du 14 juillet 1998, *Bettati*, affaire C-341/95, principe de précaution, Rec. p. I-4355, ECLI:EU:C:1998:353, **49**.

Arrêt de la Cour du 29 avril 1999, *The Queen / Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Standley e.a.*, principes du pollueur-payeur, de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, de proportionnalité et du droit de propriété, affaire C-293/97, Rec., p.I-2603, ECLI:EU:C:1999:215, voir note JAZOTTES Gérard, **404**.

Arrêt de la Cour du 5 octobre 1999, *Lirussi - Bizzaro*, stockage temporaire et gestion des déchets, affaires C-175/98 et C-177/98, Rec., p.I-6881, ECLI:EU:C:1999:486, voir note JAZOTTES Gérard ; aussi, POILLOT-PERUZETTO Sylvaine, Les politiques communes, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 2000, pages 265-266, **386**.

Arrêt de la Cour du 23 novembre 1999, *Portugal/Conseil*, accès au marché des produits textiles – produits originaires de l'Inde et du Pakistan, affaire C-149/96, Rec. p. I-8395, ECLI:EU:C:1999:574, **51**.

Arrêt de la Cour du 14 mars 2000, *Association Église de scientologie de Paris – Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre*, libre circulation des capitaux - Investissements directs étrangers - Autorisation préalable - Ordre public et sécurité publique, affaire C-54/99, Rec. p. I-1335, ECLI:EU:C:2000:124, voir note IDOT Laurence, Europe, 2000, Mai, Commentaire n°140, page 15, **711, 717**.

Arrêt du Tribunal du 6 décembre 2001, *Emesa Sugar NV C/Conseil de l'Union européenne*, principe de proportionnalité, affaire T-43/98, Rec. p. II-3519, ECLI:EU:T:2001:279, voir note GAUTIER Yves, Europe, 2002, Février, Commentaire n°41, pages 13-14, **274**.

Arrêt de la Cour du 4 juin 2002, *Commission c/République portugaise*, régime d'autorisation administrative relatif à des entreprises privatisées, affaire C-367/98, Rec. p. I-04731, ECLI:EU:C:2002:326, voir note IDOT Laurence, Entreprises privatisées, Europe, 2002, Octobre, Commentaire n°286, pages 19-20, **742**.

Arrêt de la Cour du 25 juillet 2002, *Union de Pequenos Agricultores c/Conseil de l'Union européenne*, organisation commune des marchés, affaire C-50/00 P., Rec. p. I-06677, ECLI:EU:C:2002:462, voir GILLIAUX Pascal, *L'arrêt Union de Pequenos Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité*, Cahiers de droit européen, 2003, pages 177 à 202, **166**.

Arrêt de la Cour du 9 janvier 2003, *Petrotub et Republica*, dumping, C-76/00 P., Rec., p. I-79, ECLI:EU:C:2003:4, **49**.

Arrêt de la Cour du 10 avril 2003, *Nederlandse Antillen*, mesures de sauvegarde, affaire C-142/00 P., Rec. p. I-3483, ECLI:EU:C:2003:217, voir note GADBIN Daniel, *Chronique de jurisprudence communautaire*, 2003, *Revue de droit rural*, 2005, pages 24-25, **294**.

Arrêt de la Cour du 13 mai 2003, *Commission c/Royaume d'Espagne*, autorisation administrative relative à des entreprises privatisées, affaire C-463/00, Rec. p. I-4581, ECLI:EU:C:2003:272, voir note LUBY Monique, *Journal du droit international*, 2004, pages 601-602, **709**.

Arrêt du Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance du 21 octobre 2003, *Solvay Pharmaceuticals / Conseil*, principe de précaution, affaire T-392/02, Rec., p.II-4555, ECLI:EU:T:2003:277, **383, 384, 397**.

Arrêt de la Cour du 7 septembre 2004, *Van de Walle e.a.*, pollution par hydrocarbures, affaire C-1/03, Rec., p.I-7613, ECLI:EU:C:2004:490, **403**.

Arrêt du Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance du 28 octobre 2004, *Shanghai Teraoka Electronic c/Conseil*, droits antidumping définitifs, affaire T-35/01, Rec., p. II-3663, ECLI:EU:T:2004:317, **49, 51**.

Arrêt de la Cour du 14 avril 2005, *Deponiezweckverband Eiterköpfe*, réglementation nationale environnementale prévoyant des normes plus contraignantes, affaire C-6/03, Rec., p.I-2753, ECLI:EU:C:2005:222, **407**.

Arrêt de la Cour du 20 octobre 2005, *Commission c/Royaume-Uni*, conservation des habitats naturels, affaire C-6/04, Rec., p.I-9017, ECLI:EU:C:2005:626, **385**.

Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Commission c/Parlement et Conseil*, importations et exportations de produits chimiques dangereux, affaire C-178/03, Rec., p.I-107, ECLI:EU:C:2006:4, **414, 428**.

Arrêt de la Cour du 10 janvier 2006, *Commission c/Allemagne*, conservation des habitats naturels, affaire C-98/03, Rec., p.I-53, ECLI:EU:C:2006:3, **385**.

Ordonnance du Tribunal du 19 juillet 2007, *Du Pont de Nemours c/Commission*, référé – *fumus boni juris* – urgence – mise en balance des intérêts, affaire T-31/07, Rec., p.II-2767, ECLI:EU:T:2007:236, voir note MEISSE Eric, *sursis à exécution*, *Europe*, 2007, Novembre, *Commentaire n°286*, pages 14-15, **405, 406**.

Arrêt de la Cour du 27 septembre 2007, *Ikea Wholesale*, effets des recommandations et décisions de l'ORD, affaire C-351/04, Rec. p. I-7723, ECLI:EU:C:2007:547, **52**.

Ordonnance du Tribunal du 28 septembre 2007, *France c /Commission*, éradication de certaines ESB – *fumus boni juris* – urgence – mise en balance des intérêts, affaire T-257/07 ? Rec., p.II-4153, ECLI:EU:T:2007:300, **384**.

Arrêt de la Cour du 13 décembre 2007, *Commission c/Irlande*, conservation des habitats naturels, affaire C-418/04, Rec., p.I-10947, ECLI:EU:C:2007:780, **385**.

Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, *Laval*, affaire C-341/05, libre prestation de services – détachement des travailleurs dans le domaine de la construction, voir note JAZOTTES Gérard, *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, pages 445 à 450. Aussi SIMON Denys, *Libre circulation des entreprises, conventions collectives et actions syndicales*, *Europe* 2008, Février, *Commentaire n°40*, pages 18 à 20. Aussi, TEYSSIE

Bernard, *Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs*, La semaine juridique, Social 2008 n°1075, pages 15 à 18, **552**.

Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, *Commission c/ Italie*, notion de déchet – protection de l'environnement – affaire C-194/05, Rec., p.I-11661, ECLI:EU:C:2007:806, **413**.

Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, *Commission c/Italie*, notion de déchet – protection de l'environnement – affaire C-195/05, Rec., p.I-11699, ECLI:EU:C:2007:807, **413**.

Arrêt de la Cour du 18 décembre 2007, *Commission c/Italie*, notion de déchet – protection de l'environnement – affaire C-263/05, Rec., p.I-11745, ECLI:EU:C:2007:808, **413**.

Arrêt de la Cour du 24 juin 2008, *Commune de Mesquer c/Total*, principe du pollueur-payeur, affaire C-188/07, Rec., p.I-4501, ECLI:EU:C:2008:359, voir note DE SAADELEER Nicolas, *arrêt « Erika » : le principe du pollueur-payeur et la responsabilité pour l'élimination des déchets engendrés par le naufrage d'un navire pétrolier*, journal des tribunaux, droit européen, 2008, n°152, pages 239-240. Aussi, MAKOWIAK Jessica, *spécificité de l'ordre juridique communautaire et pragmatisme de la Cour : ou comment lutter efficacement contre les pollutions maritimes*, Revue trimestrielle de droit européen, 2009, pages 402 à 420, **401**.

Arrêt de la Cour du 16 juillet 2009, *Futura Immobiliare e.a.*, principe du pollueur-payeur, affaire C-254/08, Rec., p.I-6995, ECLI:EU:C:2009:479, voir note TREBULLE François-Guy, *Droit de l'environnement, droit de l'Union européenne*, Recueil Dalloz 2010, n°37, pages 2470 à 2473, **403**.

Arrêt de la Cour du 8 septembre 2009, *Commission c/Parlement et Conseil*, transfert de déchets, affaire C-411/06, Rec., p.I-7585, ECLI:EU:C:2009:518, voir note BERNARD Elsa, *recours contre les actes des agences*, Europe 2008, Décembre, commentaire n°403, pages 14 à 16, **413**.

Arrêt de la Cour du 10 septembre 2009, *Commission c/Malte*, dérogation au principe de protection – conservation des oiseaux sauvages, affaire C-76/08, Rec., p.I-8213, ECLI:EU:C:2009:535, voir note MEISTER Marie, *Caille des blés, tourterelle des bois et principe de proportionnalité*, Europe 2009, Novembre, Commentaire n°430, pages 37-38, **384**.

Arrêt de la Cour du 11 février 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, exigence d'une protection renforcée contre le licenciement à l'égard des représentants des travailleurs, affaire C-405/08, Rec., p.I-985, ECLI:EU:C:2010:69, voir note JEANSEN Emeric, *Transposition conventionnelle des directives et protection des représentants du personnel*, la semaine juridique, social, 2010, n°1153, pages 34 à 36, **587**.

Arrêt du Tribunal du 4 mars 2010, *Brosmann Footwear (HK) e.a. c/Conseil*, statut d'entreprise évoluant en économie de marché, affaire T-401/06, Rec., p.II-671, ECLI:EU:T:2010:67, **103**.

Arrêt de la Cour du 9 mars 2010, *ERG e.a.*, responsabilité environnementale, affaires C-379/08 et C-380/08, Rec., p.I-2007, ECLI:EU:C:2010:127, voir note MICHEL Valérie, *Champ d'application et conditions de la responsabilité environnementale*, Europe, 2010, Mai, Commentaire n°178, pages 34 à 36, **386**.

Arrêt du 3 mars 2011, *Commission c/ Irlande*, évaluation des incidences de projets sur l'environnement, affaire C-50/09, Rec., p.I-873, ECLI:EU:C:2011:109, voir note BOUVERESSE Aude, *Transposition de la directive étude d'impact*, Europe 2011, Mai, Commentaire n°5 page 46, **417**.

Arrêt de la Cour du 1<sup>er</sup> juillet 2010, *Gassmayr*, amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, affaire C-194/08, Rec., p.I-6281, ECLI:EU:C:2010:386, voir note JEANSEN Emeric, *Détermination de la rémunération pendant due pendant un congé de maternité*, La semaine juridique, social, 2010, n°1388, pages 33-34, **596**.

Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, *Usha Martin c/Conseil et Commission*, dumping – violation d'un engagement – principe de proportionnalité, affaire T-119/06, Rec., p.II-4335, ECLI:EU:T:2010:369, **115**.

Arrêt de la Cour du 14 octobre 2010, *Fuß*, protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, affaire C-243/09, Rec., p.I-9849, ECLI:EU:C:2010:609, **585**.

Arrêt de la Cour du 11 novembre 2010, *Danosa*, amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, affaire C-232/09, Rec., p.I-11405, ECLI:EU:C:2010:674, voir note DRIGUEZ Laëtitia, *Protection des travailleuses enceintes*, Europe 2011, Janvier, Commentaire n°1, page 29, **600**.

Arrêt de la Cour du 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, participation du public au processus décisionnel et accès à la justice en matière d'environnement, affaire C-240/09, ECLI:EU:C:2011:125, voir note SIMON Denys, *Effet direct*, Europe 2011, Mai, commentaire n°5, pages 9 à 11, **433**.

Arrêt de la Cour du 26 mai 2011, *Commission c/Belgique*, zones spéciales de conservation, affaire C-538/09, Rec., p.I-4687, ECLI:EU:C:2011:349, voir note CUDENNEC Annie, *Principe de précaution et évaluation des incidences environnementales*, Revue de droit rural, 2012, n°406, page 14, **385**.

Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2011, *France c /Commission*, principe de précaution, affaire T-257/07, Rec., p.II-5827, ECLI:EU:T:2011:444, **384**.

Arrêt du Tribunal du 27 septembre 2011, *Gul Ahmed Textile Mills c/Conseil*, dumping, affaire T-199/04, Rec., p.II-321, ECLI:EU:T:2011:535, **51**.

Arrêt de la Cour du 17 novembre 2011, *van Ardenne*, protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, affaire C-435/10, Rec., p.I-11705, ECLI:EU:C:2011:751, voir note TISSANDIER Hélène, *La Cour de justice est attentive à la garantie effective des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur*, Revue de jurisprudence sociale, 2012, pages 87-88, **584**.

Arrêt de la Cour du 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America*, système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre – principes du droit international coutumier, Affaire C-366/10, voir note CLEMENT-WILZ Laure, *Le système européen de quotas d'émission de gaz à effet de serre face aux règles du droit international*, Revue des affaires européennes, 2011, pages 859 à 867. Aussi, SIMON Denys, *Droit international conventionnel coutumier : l'invocabilité au cœur de la lecture jurisprudentielle des rapports de systèmes*, Europe Mai 2012, études, pages 5 à 8, **838**.

Arrêt de la Cour du 2 février 2012, *Brosmann Footwear (HK) e.a. c/Conseil*, statut d'entreprise évoluant en économie de marché, affaire C-249/10 P, ECLI:EU:C:2012:53. V. Arrêt du Tribunal du 4 mars 2010, voir note IDOT Laurence, Antidumping, Europe, 2012, Avril, commentaire n°4, page 32, **103**.

Arrêt de la Cour du 18 septembre 2012, *Since Hardware (Guangzhou) c/Conseil*, statut d'entreprise évoluant en économie de marché, affaire T-156/11, ECLI:EU:T:2012:431, voir note IDOT Laurence, Antidumping, droit de l'OMC et droit de l'Union, Europe, 2012, Novembre, commentaire n°11, page 47, **49, 98, 109**.

Arrêt de la Cour du 22 novembre 2012, *Usha Martin c/Conseil et Commission*, dumping – violation d'un engagement – principe de proportionnalité, affaire C-552/10 P, ECLI:EU:C:2012:736. V. Arrêt du Tribunal du 9 septembre 2010, **114**.

Arrêt de la Cour du 24 octobre 2013, *LBI*, affaire C-85/12, assainissement et liquidation des établissements de crédit – acte du législateur dotant les mesures d'assainissement des effets d'une procédure de liquidation, voir note BONNEAU Thierry, *L'opposabilité en France, des mesures d'assainissement prises en Islande*, La semaine juridique, entreprises et affaires, 2013 n°50, page 1694, **663**.

Arrêt du Tribunal du 5 novembre 2013, *Rusal Armenal ZAO*, statut d'entreprise évoluant en économie de marché, affaire T-512/09, ECLI:EU:T:2013:571, voir note MEISTER Marie, Antidumping, droit de l'OMC et droit de l'Union, Europe, 2012, Janvier, commentaire n°1, page 29, **55**.

Arrêt de la Cour du 28 novembre 2013, *Gomes Viana Novo e.a.*, protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, affaire C-309/12, ECLI:EU:C:2013:774, voir note CAVALLINI Joël, *Garantie des créances salariales : limitation dans le temps de la période de garantie*, La semaine juridique, Social, n°14, page 31, **584**.

Arrêt du Tribunal du 12 avril 2013, *Du Pont de Nemours c/Commission*, principe de précaution – principe de proportionnalité, affaire T-31/07, ECLI:EU:T:2013:167, voir note ROSET Sébastien, *Produits phytopharmaceutiques et principe de précaution*, Europe, 2013, Juin, Commentaire n°268, pages 28-29, **405, 406**.

Ordonnance du Tribunal de la fonction publique du 14 mars 2013, *Christoph e.a. / Commission*, durée maximale du recours au personnel non permanent dans les services de la Commission, affaire F-63/08, ECLI:EU:F:2013:36, **587**.

Arrêt de la Cour du 11 avril 2013, *Sweetman e.a.*, conservation des habitats naturels, affaire C-258/11, ECLI:EU:C:2013:220, note BOUVERESSE Aude, *Directive habitats*, Europe 2013, Juin, Commentaire n°280, page 39, **385**.

Arrêt du Tribunal du 11 juillet 2013, *Hangzhou Duralamp Electronics c/Conseil*, dumping – réexamen – intérêt de la Communauté, affaire T-459/07, ECLI:EU:T:2013:369, **51**.

Arrêt de la Cour du 26 septembre 2013, *IBV & Cie*, octroi d'une quantité plus élevée de certificats verts – principe d'égalité et de non-discrimination, affaire C-195/12, ECLI:EU:C:2013:598, **482**.

Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *Conseil, c/Gul Ahmed Textile Mills*, dumping, affaire C-638/11 P, ECLI:EU:C:2013:732, voir note IDOT Laurence, *Action antidumping, lien de causalité et préjudice*, Europe, 2014, Janvier, Commentaire n°1, page 42, **51**.



Arrêt de la Cour du 14 novembre 2013, *LPN c/Commission*, exception relative à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit – informations environnementales affaire C-514/11, ECLI:EU:C:2013:738, voir note DUPONT-LASSALLE Julie, *Accès aux documents et confidentialité des enquêtes de la Commission*, Europe, 2014, Janvier, Commentaire n°1, pages 19-20, **433**.

Arrêt de la Cour du 10 avril 2014, *Acino AG c/ Commission*, interdiction de mise sur le marché – principe de précaution, affaire C-269/13, ECLI:EU:C:2014:255, **406**.

Arrêt de la Cour du 30 avril 2014, *Royaume-Uni c/Conseil de l'Union européenne*, système commun de taxe sur les transactions financières – autorisation d'une coopération renforcée au titre de l'article 329§1 TFUE, affaire C-209/13, ECLI:EU:C:2014:283, voir note MESDAG Frédéric, *Taxe sur les transactions financières et incertitudes juridiques*, Revue européenne de droit de la consommation, 2014, pages 397 à 404, **180, 819**.

Arrêt de la Cour du 15 mai 2014, *Briels e.a.*, conservation des habitats naturels, affaire C-521/12, ECLI:EU:C:2014:330, **385**.

Arrêt de la Cour du 4 septembre 2014, *Simon, Evers & Co*, droits antidumping – contournement – affaire C-21/13, ECLI:EU:C:2014:2154, **111**.

Arrêt du Tribunal du 11 septembre 2014, *Gold East Paper et Gold Huasheng Paper c/ Conseil*, statut d'entreprise évoluant en économie de marché, affaire T-443/11, ECLI:EU:T:2014:774, **51**.

Arrêt de la Cour du 19 novembre 2014, *Client Earth*, environnement – qualité de l'air, affaire C-404/13, ECLI:EU:C:2014:2382, **414**.

Arrêt de la Cour du 26 février 2015, *Commission c/Luxembourg*, contrats de travail à durée déterminée successifs, affaire C-238/14, ECLI:EU:C:2015:128, **562**.

Arrêt du Tribunal du 17 mars 2015, *RFA International c/Commission*, rejet des demandes de remboursement des droits antidumping acquittés – changement de circonstances, affaire T-466/12, ECLI:EU:T:2015:151, **54**.

Arrêt de la Cour du 26 mars 2015, *Fenoll*, notion de travailleur – personne handicapée, affaire C-316/13, ECLI:EU:C:2015:200, **601**.

Arrêt de la Cour du 16 juin 2015, *Gauweiler c/Deutscher Bundestag*, attributions de la BCE et du SEBC – Mécanisme de transmission de la politique monétaire – maintien de la stabilité des prix – proportionnalité, affaire C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400, **692**.

Arrêt de la Cour du 9 juillet 2015, *Regojo Dans*, travail à durée déterminée – principe de non-discrimination, affaire C-177/14, ECLI:EU:C:2015:450, **601**.

Arrêt de la Cour du 16 juillet 2015 - *Commission c/Rusal Armenal*, accession de l'Arménie à l'OMC, affaire C-21/14 P, ECLI:EU:C:2015:494, **43, 56**.

Arrêt du Tribunal du 7 octobre 2015, *Accorinti e.e. c/BCE*, Responsabilité non contractuelle – restructuration de la dette grecque – clauses d'action collective – préjudice anormal et spécial, affaire T-79/13, ECLI:EU:T:2015:756, **684**.

Arrêt du Tribunal du 1 décembre 2015, *Suède c/Commission*, spécification des critères scientifiques pour la détermination des propriétés perturbant le système endocrinien, affaire T-521/14, ECLI:EU:T:2015:976, **629**.

Arrêt de la Cour du 17 décembre 2015, *APEX*, dumping – extension d'un droit antidumping à une date où le règlement l'ayant institué n'est plus en vigueur, affaire C-371/14, ECLI:EU:C:2015:828, **112**.

Arrêt de la Cour du 9 juin 2016, *Giovanni pesce e.a. et Cesare Serinelli e.a.*, protection sanitaire des végétaux – principe de proportionnalité – principe de précaution, affaires C-78/16 et C-79/16, ECLI:EU:C:2016:428, **383**.

Arrêt de la Cour du 16 juin 2016, *Rodríguez Sánchez*, conciliation entre la vie professionnelle et la vie de famille, affaire C-351/14, ECLI:EU:C:2016:447, **596**.

Arrêt de la Cour du 6 mars 2018, *Slowakische Republik c/Achmea BV*, disposition permettant à un investisseur d'une partie contractante de saisir un tribunal arbitral en cas de litige avec l'autre partie contractante – comptabilité avec les articles 18, 267 et 344 TFUE, affaire C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, **753**.

Arrêt de la Cour du 19 octobre 2016, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, restriction quantitative à l'importation – mesure d'effet équivalent – justification – protection de la santé et de la vie des personnes, affaire C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776, **272**.

Arrêt de la Cour du 4 mai 2017, *RFA International c/Commission*, rejet des demandes de remboursement des droits antidumping acquittés, affaire C-239/15, ECLI:EU:C:2017:337, **55, 56**.

Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2018, *Banque Postale c/BCE*, surveillance prudentielle des établissements de crédit – refus de la BCE d'autoriser la partie requérante à exclure du ratio de levier les expositions remplissant certaines conditions – pouvoir discrétionnaire de la BCE – erreurs de droit – erreur manifeste d'appréciation, affaire T-733/16, ECLI:EU:T:2018:477, **679, 833**.

Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2018, *BPCE c/BCE*, surveillance prudentielle des établissements de crédit – refus de la BCE d'autoriser la partie requérante à exclure du ratio de levier les expositions remplissant certaines conditions – pouvoir discrétionnaire de la BCE – erreurs de droit – erreur manifeste d'appréciation, affaire T-745/16, ECLI:EU:T:2018:476, **679, 833**.

Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2018, *Confédération nationale du Crédit mutuel c/BCE*, surveillance prudentielle des établissements de crédit – refus de la BCE d'autoriser la partie requérante à exclure du ratio de levier les expositions remplissant certaines conditions – pouvoir discrétionnaire de la BCE – erreurs de droit – erreur manifeste d'appréciation, affaire T-751/16, ECLI:EU:T:2018:475, **679, 833**.

Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2018, *Société générale c/BCE*, surveillance prudentielle des établissements de crédit – refus de la BCE d'autoriser la partie requérante à exclure du ratio de levier les expositions remplissant certaines conditions – pouvoir discrétionnaire de la BCE – erreurs de droit – erreur manifeste d'appréciation, affaire T-757/16, ECLI:EU:T:2018:473, **679, 833**.

Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2018, *Crédit agricole c/BCE*, surveillance prudentielle des établissements de crédit – refus de la BCE d'autoriser la partie requérante à exclure du ratio de levier les expositions remplissant certaines conditions – pouvoir discrétionnaire de la BCE – erreurs de droit – erreur manifeste d'appréciation, affaire T-758/16, ECLI:EU:T:2018:472, **679, 833**.

Arrêt du Tribunal du 13 juillet 2018, *BNP Paribas c/BCE*, surveillance prudentielle des établissements de crédit – refus de la BCE d’autoriser la partie requérante à exclure du ratio de levier les expositions remplissant certaines conditions – pouvoir discrétionnaire de la BCE – erreurs de droit – erreur manifeste d’appréciation, affaire T-768/16, ECLI:EU:T:2018:471, **679, 833**.

Arrêt de la Cour du 10 décembre 2018, *Andy Wightman e.a. contre Secretary of State for Exiting the European Union*, notification par un Etat membre de son intention de se retirer de l’Union européenne – droit de révocation unilatérale de la notification, affaire C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, **144**.

Arrêt de la Cour du 11 décembre 2018, *Weiss e.a.*, affaire C-493/17, programme d’achats d’actifs du secteur public sur les marchés secondaires – attributions de la BCE et du SEBC – maintien de la stabilité des prix – proportionnalité, ECLI:EU:C:2018:1000, **648**.

## INDEX THEMATIQUE

(Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes)

### A

Accès au marché : 31, 149, 296, 308, 507, 632, 729, 731, 824

Accord

-bilatéral : 151, 226, 247, 265, 288, 504, 635, 640

-de libre-échange (ALE) : 22, 24, 59, 145, 227, 244, 247, 287, 370, 504, 850

-multilatéral : 48, 65, 67, 240

Action extérieure (de l'Union) : 31, 46, 126, 376, 517, 830

Action spécifique (golden share) : 744 s., 757

Aide d'État : 10, 17, 187 s., 324 s., 463 s., 801

### B

Barrière : 17, 32, 195, 454, 505, 511, 583

Bilatéralisme : 64, 66 s.

Brexit : 26, 144 s., 375, 788

### C

Citoyen de l'Union :

Clause

-compromissoire (*privilège de juridiction arbitrale*) : 753

-environnementale : 59, 128 s., 376

-de la nation la plus favorisée : 61, 406

-du traitement national : 53, 63, 406, 498

-de sauvegarde : 227 s., 264 s.

-sociale : 24, 59, 127 s., 518, 568, 616, 636 s., 643

Compétence

-attribution : 131, 185, 314

-de la compétence : 789 s., 846

-exclusive : 1, 31, 59, 115, 138, 296, 312 s., 459 s., 576, 738, 771, 821

-partagée : 312, 314, 444, 453 s., 469, 685, 792

Concurrence

-libre jeu de la – 105, 196, 324

-libre et non faussée : 177, 213

-fiscale : 10, 188, 798, 801, 814

-sociale : 24

Conditionnalité : 24, 307 s., 492, 640

Coopération renforcée : 463, 814, 818 s.

## **D**

Défense commerciale commune : 1, 17, 39, 90, 106 s., 132, 257 s., 308, 313 s., 349 s., 370 s., 847

Développement durable

-Clauses de – 127 s.

-Fonds de – 828 s.

Discrimination : 50, 71 s., 83 s., 147, 236, 287 s., 406, 482, 498, 556, 583 s., 722 s.

Distorsion : 105, 151, 160, 279, 324, 409, 469, 476, 524, 546, 798, 801, 813, 838

Droit antidumping : 10, 49, 91 s., 103, 111, 344

Droit compensateur : 80, 91 s.

Droit de veto : 157, 173, 604, 704, 709, 776

Dumping social : 531, 552, 556, 563, 565, 587

## **E**

Équilibre financier : 481, 538

Exemption

-individuelle : 206 s.

-par catégorie : 324 s.

-Exigence (Raison) impérieuse d'intérêt général : 8, 252, 650, 742

## **F**

Faute lucrative : 186, 662, 757

Fédéralisme : 315, 771, 778, 789 s.

Fonds souverain : 13, 654

## **G**

Golden share : 711, 738 s.

Gouvernance

-bonne – 77, 616, 631 s.

-économique : 315, 575, 762

-d'entreprise : 738 s., 750

-politique : 23

## H

Homéostasie : 13, 16, 467

Hystérésis : 136, 761

## I

Influence normative : 24, 552, 630 s., 642

Instrument de défense commerciale : 35, 242, 261

Intérêt légitime : 197 s., 363

Internormativité : 696

Investissement Direct Étranger (IDE) : 13, 18, 27, 707 s.

## J

Jeu de la concurrence : 18, 105, 196, 324, 481, 801

Joint-venture souveraine : 726 s.

## L

Liberté de circulation

-des biens/marchandises : 6, 7, 224, 230, 252, 254

-des capitaux : 1, 8, 24, 521, 554 s., 649 s., 694 s.

-des travailleurs : 555 s.

-des services : 555 s.

Liberté d'établissement : 24, 143, 554 s., 707 s., 740 s., 761, 801

Libéralisme : 1s., 69, 117, 227, 292, 539

Loyauté : 33, 35, 71, 148, 179, 278, 304, 316, 366, 370

## M

Marge de dumping : 53, 107, 115

Mesure d'effet équivalent : 252, 272

Mesure non conventionnelle (politique monétaire) : 681, 684 s.

Moyen de défense affirmatif : 22, 84, 86, 89, 198

Multilatéralisme : 36, 64, 66, 148, 291, 297, 344, 814

## N

Nationalisation : 23, 144, 471

## O

Ordre public

-économique : 118, 167 s., 199 s., 226 s., 256 s., 359, 519, 741

-international : 517

-social de protection : 517 s., 550, 578, 596, 612 s., 643 s.

Organisation commune de marché : 457, 465 s., 498

## P

PAC : 274, 384, 457 s., 645

Patriotisme économique : 11, 18, 185, 732

Plurilatéralisme : 65 s.

Politique extérieure : 144, 168

Préférence communautaire : 18, 499

Principe de précaution : 216 s., 377 s., 439, 509, 515, 629, 645

Principe de proportionnalité : 114, 266, 268 s., 404 s., 678, 717

Projet industriel d'intérêt européen commun (PIIEC) : 325

Protection

-du citoyen (art. 3 §5 TUE) : 249, 374 s., 410 s., 514, 643, 644, 646

-du consommateur (art. 169 TFUE) : 196, 440

-des droits des investisseurs : 707

-des droits sociaux : 547, 581

-de l'environnement (art. 3 §3 al.1 TUE) : 377 s., 409 s.

-des intérêts essentiels de sa sécurité (art. 346 TFUE) : 720, 746 s.

-de la santé (art. 168 TFUE) : 83 s., 127, 219, 272, 376, 382 s., 508, 578, 622, 629, 717

-sociale (art. 3 §3 al.2 TUE + art9 et 151 TFUE) : 536 s., 567 s., 607 s.

Protectionnisme :

-éducateur (LIST) : 19

-financier : 648, 707, 728, 737, 766

-fiscal : 27

Prudentiel : 406, 650 s.

## Q

Quantitative easing : 125, 402, 681, 691

## R

Réciprocité : 20, 22, 71, 147, 231, 284 s., 727 s.

Régulation :

-durable : 12, 373

Régulation financière : 27

Risque :

-approche par l'analyse du – 404, 650

-systémique (de système) : 663 s., 680, 705

## S

Santé publique : 272, 383 s., 413 s., 717

Secteur stratégique : 444

Sécurité :

-juridique : 684, 752 s.

-nationale (art. 346 TFUE) : 13, 18, 148, 262, 279, 713 s., 734, 746

Service public : 24, 451, 538, 735, 768

Service d'intérêt général : 471

Solidarité

-de droit : 664, 826, 828, 832, 835

-de fait : 664, 826

Souveraineté

-économique : 21, 61, 132, 143, 153, 222, 227 s., 269, 300, 315, 370, 737

-européenne : 26, 138, 761

-monétaire : 699 s.

-de l'Union : 19, 22, 26, 115, 135 s., 700

Système européen de quotas d'émissions (SEQE) : 836 s.

Système de Préférences Généralisées (SPG) : 353, 579, 633 s.

## T

Taxe carbone : 27, 826, 839 s.

Traitement différencié : 596, 750



Traitement préférentiel : 77

Transition énergétique : 442 s., 516, 645, 647, 696, 834, 846

## **U**

Unilatéralisme : 26, 61, 90, 146 s., 287 s., 342 s., 512, 702, 814

Union douanière : 32, 40, 161

Union économique et monétaire : 246, 575 s., 651, 684, 701, 780 s.

Union bancaire : 17, 24, 647, 658, 689, 705, 826, 845

Union de l'énergie : 452

## **Z**

Zeroing (législation antidumping) : 151

## TABLE DES MATIERES

|  |    |
|--|----|
| <i>AVERTISSEMENT</i> -----   | 2  |
| <i>SOMMAIRE</i> -----  | 2  |
| <i>REMERCIEMENTS</i> -----   | 3  |
| <i>PRINCIPALES ABREVIATIONS</i> -----  | 4  |
| <i>INTRODUCTION GENERALE</i> -----   | 6  |
| Section 1 : Le protectionnisme en filigrane du droit de l'Union -----  | 9  |
| §1 : La volonté de prohibition du protectionnisme au sein de l'Union -----   | 9  |
| §2 : L'impossible disparition du protectionnisme à l'échelle de l'Union-----   | 14 |
| Section 2 : Le protectionnisme par exception dans le droit de l'Union -----  | 19 |
| §1 : Le sens juridique de l'exception protectionniste de l'Union -----   | 19 |
| §2 : L'exception protectionniste, étalon de souveraineté à l'échelle de l'Union-----   | 24 |
| <i>PARTIE I : LA LEGITIMATION DE L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE PAR LA<br/>DEFENSE DE L'INTERET DE L'UNION</i> -----                                    | 28 |
| <i>TITRE I : LA PROTECTION JURIDIQUE DE L'UNION CONTRE LA DELOYAUTE<br/>COMMERCIALE INTERNATIONALE</i> -----   | 29 |
| <i>CHAPITRE I : LES ECUEILS DES REGIMES ANTIDUMPING ET<br/>ANTISUBVENTION EN DROIT DE L'UNION</i> -----  | 31 |
| Section 1 : L'influence du droit commercial multilatéral sur les régimes antidumping et<br>antisubvention en droit de l'Union-----                   | 32 |
| §1 : La discutabile inspiration du droit de l'OMC -----  | 32 |
| A. De la convergence législative à la dépendance juridique des régimes antidumping et<br>antisubvention de l'Union à l'égard du droit de l'OMC ----- | 32 |
| 1. La convergence des législations antidumping et antisubvention -----   | 32 |
| a. Le développement de l'influence du GATT de 1947 dans la réponse juridique<br>européenne au commerce déloyal issu des pays tiers-----              | 33 |
| b. Le maintien d'une législation antidumping et antisubvention européenne fidèle à<br>l'accord de Marrakech-----                                     | 34 |
| 2. L'émergence d'une dépendance de l'Union au droit de l'OMC-----  | 35 |
| a. La dépendance textuelle de l'Union au droit de l'OMC -----  | 36 |
| b. La dépendance jurisprudentielle de l'Union au droit de l'OMC-----   | 36 |
| B. La remise en cause d'un hypothétique ordre juridique commercial international -----   | 40 |
| 1. L'imbroglio des négociations commerciales multilatérales -----  | 41 |
| a. L'impossible conciliation de tous les intérêts souverains -----   | 41 |
| b. L'entreprise de démolition de l'OMC par les États-Unis-----   | 42 |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>2. La réorientation des négociations en dehors de l'OMC</b> -----   | <b>43</b> |
| <b>a. Le résultat du pragmatisme des membres de l'OMC</b> -----  | <b>43</b> |
| <b>b. La préférence du plurilatéralisme et du bilatéralisme</b> -----  | <b>44</b> |
| <b>§2 : La divergence d'approche entre l'Union et l'OMC</b> -----  | <b>45</b> |
| <b>A. La divergence d'approche téléologique entre l'Union et l'OMC</b> -----   | <b>45</b> |
| <b>1. L'absence de valeurs de l'OMC face à la primauté des valeurs de l'Union</b> -----  | <b>45</b> |
| <b>a. L'OMC : incarnation de l'objectif de marché mondial</b> -----  | <b>45</b> |
| <b>b. L'Union : entité supranationale porteuse de valeurs humanistes</b> -----   | <b>46</b> |
| <b>2. La divergence de conception du libre-échange entre l'Union et l'OMC</b> -----  | <b>47</b> |
| <b>a. L'ultralibéralisme de l'OMC face à l'ordolibéralisme de l'Union</b> -----  | <b>47</b> |
| <b>b. L'écart interinstitutionnel de conception du libre-échange au sein de l'Union</b> -----  | <b>48</b> |
| <b>B. Le risque de contestation des régimes antidumping et antisubvention devant l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC</b> -----   | <b>50</b> |
| <b>1. La difficile invocation des exceptions générales du GATT</b> -----   | <b>50</b> |
| <b>a. L'incompatibilité matérielle de l'article XX du GATT</b> -----   | <b>50</b> |
| <b>b. La différence de nature de l'article XI §2 du GATT</b> -----   | <b>52</b> |
| <b>2. L'impossible invocation des exceptions générales de l'AGCS</b> -----   | <b>53</b> |
| <b>Section 2 : Les conditions d'application des régimes antidumping et antisubvention</b> -----  | <b>55</b> |
| <b>§1 : La juxtaposition de déséquilibres probatoires des procédures antidumping et antisubvention en droit de l'Union</b> -----           | <b>55</b> |
| <b>A. Le déséquilibre probatoire entre les parties en cause</b> -----  | <b>56</b> |
| <b>1. Un régime probatoire favorable aux demandeurs</b> -----  | <b>56</b> |
| <b>2. Un régime probatoire exigeant à l'égard du défendeur</b> -----   | <b>57</b> |
| <b>a. Aperçu du fardeau probatoire du producteur exportateur</b> -----   | <b>57</b> |
| <b>b. Le caractère d'exception des mesures antidumping et antisubvention à l'origine de l'exigence d'administration de la preuve</b> ----- | <b>57</b> |
| <b>B. Le large pouvoir d'appréciation des institutions</b> -----   | <b>58</b> |
| <b>1. Pouvoir discrétionnaire au moment du déclenchement de l'enquête</b> -----  | <b>59</b> |
| <b>a. La liberté d'appréciation de la Commission</b> -----   | <b>59</b> |
| <b>b. La liberté d'initiative de la Commission</b> -----   | <b>60</b> |
| <b>2. Le pouvoir souverain de la Commission à l'occasion du calcul du préjudice</b> -----  | <b>61</b> |
| <b>a. L'amplitude et l'incertitude quant à la marge de dumping</b> -----   | <b>61</b> |
| <b>b. L'enjeu du statut de « pays disposant d'une économie de marché »</b> -----   | <b>62</b> |
| <b>3. Le pouvoir souverain d'application des droits antidumping et compensateurs</b> -----   | <b>65</b> |
| <b>§2 : Un intérêt de l'Union à géométrie variable</b> -----   | <b>66</b> |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>A. L'apparente cohérence textuelle de l'intérêt de l'Union avec ses valeurs</b> -----  | <b>66</b> |
| <b>1. L'articulation textuelle des valeurs de l'Union et de son intérêt</b> -----   | <b>67</b> |
| <b>2. La limitation de l'intérêt de l'Union dans la pratique décisionnelle</b> -----  | <b>68</b> |
| <b>a. La définition incomplète de l'intérêt de l'Union</b> -----  | <b>68</b> |
| <b>b. L'influence relative de l'intérêt de l'Union dans la pratique décisionnelle</b> -----   | <b>68</b> |
| <b>B. L'incompatibilité des régimes antidumping et antisubvention avec les clauses transversales de développement durable</b> ----- | <b>69</b> |
| <b>1. La violation de la clause sociale</b> -----   | <b>70</b> |
| <b>2. La violation de la clause environnementale</b> -----  | <b>71</b> |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE I</b> -----   | <b>72</b> |
| <b>CHAPITRE II : LES VOIES D'AMELIORATION DE LA DEFENSE</b>   |           |
| <b>COMMERCIALE DE L'UNION CONTRE LES PRATIQUES DELOYALES</b> -----  | <b>73</b> |
| <b>Section 1 : La refonte des régimes actuels antidumping et antisubvention en droit de l'Union</b> -----                           | <b>74</b> |
| <b>§1 : Balance entre intérêt de l'Union et mondialisme</b> -----   | <b>75</b> |
| <b>A. Vers plus de souveraineté de l'Union</b> -----  | <b>75</b> |
| <b>1. Une défense commerciale énergique, marqueur de souveraineté</b> -----   | <b>76</b> |
| <b>a. Le contre-exemple de la communauté européenne de défense</b> -----  | <b>76</b> |
| <b>b. La défense économique commune de l'Union</b> -----  | <b>77</b> |
| <b>2. Les axes d'affirmation de la souveraineté de l'Union</b> -----  | <b>78</b> |
| <b>a. La régulation des investissements directs étrangers</b> -----   | <b>78</b> |
| <b>b. Le Brexit, révélateur <i>a contrario</i> de la souveraineté de l'Union</b> -----  | <b>79</b> |
| <b>B. Le développement de l'unilatéralisme de l'Union</b> -----   | <b>80</b> |
| <b>1. Une section 301 « à l'européenne »</b> -----  | <b>81</b> |
| <b>a. La pratique de la section 301 par les États-Unis</b> -----  | <b>81</b> |
| <b>b. L'adaptation de la section 301 au droit de l'Union</b> -----  | <b>83</b> |
| <b>2. Un garde-fou nécessaire : le Parlement européen</b> -----   | <b>85</b> |
| <b>a. La nécessaire transparence à l'égard du Parlement européen</b> -----  | <b>85</b> |
| <b>b. Le pouvoir d'opposition du Parlement européen</b> -----   | <b>86</b> |
| <b>§2 : La présomption de mesure antidumping et antisubvention prise dans l'intérêt de l'Union</b> -----                            | <b>86</b> |
| <b>A. Une défense commerciale consubstantielle à l'intérêt de l'Union</b> -----   | <b>86</b> |
| <b>1. L'élargissement de la définition de l'intérêt de l'Union</b> -----  | <b>87</b> |
| <b>2. La cohérence substantielle entre les valeurs et l'intérêt de l'Union</b> -----  | <b>88</b> |
| <b>B. Le maintien d'une contestation possible de l'intérêt de l'Union</b> -----   | <b>88</b> |

|   |            |
|---|------------|
| <b>1. Un contrôle strict de recevabilité</b> -----  | <b>88</b>  |
| a. La vérification de l'intérêt à agir du demandeur-----  | 89         |
| b. La vérification de la qualité à agir du demandeur-----   | 89         |
| <b>2. L'exigence probatoire quant à la contestation de l'intérêt de l'Union</b> -----             | <b>90</b>  |
| a. Le degré d'exigence probatoire quant à la contestation de l'intérêt de l'Union -----           | 90         |
| b. La nature du pouvoir du juge de l'Union-----   | 90         |
| <b>Section 2 : L'hypothèse d'un droit de la concurrence mondial</b> -----                         | <b>92</b>  |
| <b>§1 : La régulation du comportement des agents économiques</b> -----                            | <b>93</b>  |
| <b>A. La régulation du comportement des entreprises</b> -----                                     | <b>93</b>  |
| <b>1. La régulation des comportements déloyaux des entreprises</b> -----                          | <b>93</b>  |
| a. Les contours de la déloyauté commerciale -----   | 93         |
| b. L'enjeu de territorialité selon les théories du droit de la concurrence -----                  | 94         |
| <b>2. La régulation des comportements de domination des entreprises</b> -----                     | <b>95</b>  |
| a. Le pouvoir de marché « amont » des entreprises-----  | 95         |
| b. Le rôle du citoyen en aval du marché en cause -----  | 96         |
| <b>B. La régulation du comportement des États</b> -----   | <b>97</b>  |
| <b>1. Conditions de la régulation mondiale des aides d'État</b> -----                             | <b>98</b>  |
| a. L'assimilation des aides d'État de l'Union aux subventions de l'OMC -----                      | 98         |
| b. Les conditions de notification des aides d'État à l'échelle mondiale-----                      | 98         |
| <b>2. L'élément intentionnel de l'aide d'État</b> -----   | <b>99</b>  |
| a. L'aide d'État de protection-----   | 99         |
| b. Les aides d'État de promotion et d'incitation-----   | 100        |
| <b>§2 : Les exceptions à l'application du droit de la concurrence</b> -----                       | <b>100</b> |
| <b>A. La primauté de la protection d'un intérêt légitime sur le droit de la concurrence</b> ----- | <b>101</b> |
| <b>1. La justification de dispositions exorbitantes du droit commun</b> -----                     | <b>101</b> |
| a. La justification relevant de l'ordre public économique de protection-----                      | 101        |
| b. Le paradoxe de la dérogation d'ordre public aux règles de concurrence -----                    | 102        |
| <b>2. La diversité des intérêts légitimes</b> -----   | <b>102</b> |
| a. La désuétude de l'exemption individuelle sur notification -----                                | 102        |
| b. La teneur et l'ampleur de l'intérêt légitime à protéger -----                                  | 103        |
| <b>B. Illustrations de l'exception protectionniste prise dans l'intérêt de l'Union</b> -----      | <b>103</b> |
| <b>1. L'exemption des cartels d'exportateurs</b> -----  | <b>103</b> |
| a. La justification de l'exemption par la théorie des effets -----                                | 104        |
| b. La confrontation de deux visions de la concurrence -----                                       | 104        |
| <b>2. L'application du principe de précaution</b> -----   | <b>105</b> |

|   |            |
|---|------------|
| a. La valeur normative du principe de précaution-----   | 105        |
| b. L'insuffisance du principe de précaution-----  | 106        |
| <i>CONCLUSION DU CHAPITRE II</i> -----  | <i>108</i> |
| <i>CONCLUSION DU TITRE I</i> -----  | <i>109</i> |
| <i>TITRE II : LA CONCILIATION DU REGIME DE SAUVEGARDE AVEC LES LIBERTES DE CIRCULATION</i> -----                | <i>110</i> |
| <i>CHAPITRE I : LA CLAUSE DE SAUVEGARDE, ANTAGONISME NECESSAIRE A L'INTEGRATION NEGATIVE DU MARCHE</i> -----    | <i>111</i> |
| Section 1 : L'insertion de la clause de sauvegarde par voie d'exception à la libéralisation-----                | 112        |
| §1 : La clause de sauvegarde, pendant juridique de l'intégration négative du marché ---                         | 113        |
| A. La contrepartie du déploiement du marché intérieur-----  | 113        |
| 1. Les clauses de sauvegarde économique générale -----  | 113        |
| a. La tolérance de la clause de sauvegarde économique générale à titre d'exception transitoire -----            | 113        |
| b. Le marqueur de la disparition d'une exception protectionniste entre États membres-                           | 114        |
| 2. Les clauses de sauvegarde de la balance des paiements -----  | 115        |
| a. La permanence de la clause de sauvegarde aux fins de protection de l'ordre public économique de l'Union----- | 115        |
| b. L'absence d'activation de la clause de sauvegarde en concurrence avec le concours mutuel -----               | 116        |
| B. La marque de souveraineté économique de l'Union sur la scène internationale -----                            | 117        |
| 1. La clause de sauvegarde du droit commercial multilatéral -----   | 117        |
| a. La complétude textuelle de la clause de sauvegarde multilatérale-----  | 117        |
| b. Le renouveau de la clause de sauvegarde en droit de l'Union -----  | 117        |
| 2. Les clauses de sauvegarde du droit commercial bilatéral -----  | 118        |
| a. Le principe de libéralisation bilatérale -----   | 118        |
| b. La clause de sauvegarde bilatérale : outil paradoxal de libéralisation -----                                 | 119        |
| §2 : Le test de compatibilité de la sauvegarde avec l'ordre public de l'Union-----                              | 121        |
| A. La tolérance de la sauvegarde à raison d'un motif non économique-----  | 121        |
| 1. La sauvegarde non économique par extension prétorienne de l'ordre public -----                               | 122        |
| 2. La sauvegarde non économique par prévision du droit primaire-----  | 122        |
| B. La conciliation de la sauvegarde avec l'ordre public économique de l'Union -----                             | 123        |
| 1. La fixation de la clause de sauvegarde en recours ultime de la défense commerciale commune -----             | 123        |
| a. Le délaissement idéologique de la clause de sauvegarde-----  | 124        |

|  |            |
|--|------------|
| b. La résurgence pragmatique de l'utilité de la clause de sauvegarde -----                                 | 124        |
| 2. L'évolution de la réception politique de la sauvegarde par l'Union-----                                 | 125        |
| a. La condamnation politique de la sauvegarde par l'Union-----   | 125        |
| b. La reconsidération politique de l'utilité de la sauvegarde pour l'Union-----                            | 126        |
| Section 2 : La limitation de l'effectivité de la clause de sauvegarde -----                                | 128        |
| §1 : L'influence dirimante du test de nécessité sur l'effectivité de la sauvegarde -----                   | 129        |
| A. Les exigences positives du test de nécessité-----   | 129        |
| 1. La nécessité de la clause de sauvegarde au regard de sa finalité -----                                  | 129        |
| a. Un principe immanent devenu permanent : le principe de proportionnalité-----                            | 130        |
| b. La dérogation à l'objectif de libéralisation, satisfaction indirecte de l'effort de libéralisation----- | 131        |
| 2. L'adéquation de la clause de sauvegarde -----   | 131        |
| a. Les acceptions qualitative et quantitative de l'adéquation de la clause de sauvegarde                   | 131        |
| b. La recherche d'équilibre juridique par-delà le déséquilibre des intérêts -----                          | 132        |
| B. Les exigences négatives du test de nécessité -----  | 133        |
| 1. L'exigence d'absence d'alternative à l'activation de la sauvegarde-----                                 | 133        |
| a. La sensibilité de la sauvegarde au caractère intentionnel de son auteur-----                            | 134        |
| b. La justification de l'absence d'alternative à la sauvegarde par réaction -----                          | 134        |
| 2. L'absence de réitération dans l'activation de la sauvegarde-----  | 135        |
| §2 : La compromission de l'effectivité de la sauvegarde par l'exigence de concessions ---                  | 136        |
| A. L'inadéquation de l'exigence de concessions dans le cadre de la sauvegarde -----                        | 136        |
| 1. L'application duale du principe de réciprocité aux concessions-----                                     | 136        |
| a. La constance de l'exigence de compensation de la sauvegarde -----                                       | 136        |
| b. Le retrait de concessions par application du principe de réciprocité-----                               | 137        |
| 2. L'amputation de la sauvegarde à raison de l'exigence de compensation -----                              | 138        |
| B. Le cantonnement de la sauvegarde au rang de législation supplétive-----                                 | 138        |
| 1. L'évolution de l'approche légaliste de la clause de sauvegarde par l'Union-----                         | 138        |
| a. L'orthodoxie juridique de l'Union au service du libéralisme -----                                       | 139        |
| b. L'inflexion de l'approche légaliste de l'Union en période de crise du libéralisme-----                  | 140        |
| 2. L'approche opportuniste de la sauvegarde par certains membres de l'OMC -----                            | 141        |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE I-----</b>   | <b>143</b> |
| <b>CHAPITRE II : LA MESURE DE SAUVEGARDE, REFERE ECONOMIQUE</b>  |            |
| <b>D'UTILITE PUBLIQUE -----</b>  | <b>144</b> |
| Section 1 : L'association d'un plan de sauvegarde à la mesure de sauvegarde -----                          | 146        |
| §1 : La justification du plan de sauvegarde au regard de l'intérêt de l'Union -----                        | 146        |

|   |            |
|---|------------|
| <b>A. Le répit économique au service de la planification industrielle</b> -----   | <b>147</b> |
| 1. La réponse à l'objectif d'ajustement structurel de l'industrie en cause -----  | 147        |
| a. Le complément nécessaire à la protection conjoncturelle de la mesure de sauvegarde   | 147        |
| b. Le plan de sauvegarde calqué sur l'horizon temporel de l'ajustement structurel-----  | 148        |
| 2. La recherche d'une maîtrise par l'Union de ses industries stratégiques-----  | 148        |
| <b>B. La transposition des principes du semestre européen au plan de sauvegarde</b> -----                                       | <b>149</b> |
| 1. Le fondement juridique d'une politique de coordination du plan de sauvegarde -----   | 150        |
| a. Le succédané de compétence exclusive de l'Union-----   | 150        |
| b. Le semestre européen au service du plan de sauvegarde de l'industrie en cause -----  | 151        |
| 2. La déclinaison du principe de coopération loyale au plan de sauvegarde-----  | 151        |
| <b>§2 : La réalisation du plan de sauvegarde de la branche industrielle en cause</b> -----                                      | <b>152</b> |
| <b>A. La conception du plan de sauvegarde de la branche industrielle en cause</b> -----   | <b>152</b> |
| 1. Le bilan durable de la branche industrielle en cause -----   | 152        |
| a. L'objectif prospectif du bilan durable pour le plan de sauvegarde -----  | 153        |
| b. Le contenu des recommandations du bilan durable-----   | 153        |
| 2. La faisabilité du plan de sauvegarde -----   | 154        |
| a. La contrariété du plan de sauvegarde avec les règles de concurrence-----   | 154        |
| b. Les remèdes à la contrariété du plan de sauvegarde au droit de la concurrence -----  | 155        |
| <b>B. L'exécution du plan de sauvegarde de la branche ou du marché en cause</b> -----   | <b>156</b> |
| 1. Le réexamen du plan de sauvegarde -----  | 156        |
| a. L'étendue du réexamen du plan de sauvegarde de l'industrie en cause -----  | 157        |
| b. La double périodicité du réexamen du plan de sauvegarde -----  | 157        |
| 2. La sanction de l'inexécution du plan de sauvegarde -----   | 157        |
| a. L'exigence de sanction comminatoire de l'inexécution du plan de sauvegarde-----  | 158        |
| b. Les variétés de sanction de l'inexécution du plan de sauvegarde -----  | 158        |
| <b>Section 2 : L'assouplissement des conditions du régime de la mesure de sauvegarde</b> ----                                   | <b>160</b> |
| <b>§1 : La tolérance dans la caractérisation de l'urgence de la mesure de sauvegarde</b> -----                                  | <b>160</b> |
| <b>A. Le risque de manœuvre dilatoire sous couvert de sauvegarde</b> -----  | <b>161</b> |
| 1. Aspect temporel de la manœuvre dilatoire en matière de sauvegarde-----   | 161        |
| 2. Aspect substantiel de la manœuvre dilatoire en matière de sauvegarde -----   | 162        |
| a. L'absence de réunion des conditions de la sauvegarde, révélateur de la manœuvre dilatoire-----                               | 162        |
| b. L'internalisation de la justification du retrait des mesures de sauvegarde, symbole de l'unilatéralisme des États-Unis ----- | 163        |



|   |            |
|---|------------|
| 3. La prééminence de la substance sur l'apparence dans la manœuvre dilatoire -----                        | 163        |
| <b>B. L'hypothèse de la sauvegarde « mesures utiles » -----</b>   | <b>164</b> |
| 1. L'évocation du référé en matière civile-----   | 165        |
| a. La caractérisation de l'urgence par l'irréversibilité du dommage-----                                  | 165        |
| b. L'illustration par les mesures de sauvegarde concernant certains produits sidérurgiques -----          | 165        |
| 2. L'inspiration du référé en droit administratif -----   | 166        |
| a. La manifestation de puissance publique de la sauvegarde à l'échelle de l'Union -----                   | 166        |
| b. L'extension sémantique du référé économique d'utilité publique -----                                   | 167        |
| §2 : L'aménagement des conditions de l'enquête de sauvegarde -----  | 168        |
| A. La phase d'enquête préliminaire de sauvegarde-----   | 168        |
| 1. L'enjeu probatoire -----   | 169        |
| 2. L'hypothèse de la présomption simple en matière de sauvegarde -----                                    | 169        |
| a. La limitation de l'administration de la preuve à la hausse inattendue des importations -----           | 169        |
| b. La condition du constat <i>prima facie</i> de l'infraction-----  | 170        |
| <b>B. La phase contradictoire de l'enquête -----</b>  | <b>170</b> |
| 1. L'imposition d'un droit de communication -----   | 171        |
| 2. La sanction de la mauvaise foi-----  | 172        |
| a. L'exigence de réaffirmation du principe de bonne foi dans l'administration de la preuve -----          | 172        |
| b. Les variétés de sanction de la mauvaise foi -----  | 172        |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE II-----</b>   | <b>174</b> |
| <b>CONCLUSION DU TITRE II-----</b>  | <b>175</b> |
| <b>CONCLUSION DE LA PARTIE I-----</b>   | <b>176</b> |
| <b>PARTIE II : L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE AU SOUTIEN DU DEVELOPPEMENT DURABLE DE L'UNION -----</b>       | <b>177</b> |
| <b>TITRE I : LA PROTECTION DU CITOYEN DE L'UNION AU CŒUR DE L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE DURABLE -----</b> | <b>178</b> |
| <b>CHAPITRE I : L'AFFIRMATION EUROPEENNE DE L'EXIGENCE ENVIRONNEMENTALE-----</b>                          | <b>179</b> |
| Section 1 : Du principe de précaution au principe d'intégration environnementale -----                    | 180        |
| §1 : La portée du principe de précaution -----  | 181        |
| A. L'invocabilité du principe de précaution-----  | 181        |
| 1. L'invocabilité du principe de précaution en droit de l'Union -----                                     | 181        |
| a. Le principe de précaution dans le droit primaire et dérivé -----                                       | 181        |

|   |     |
|---|-----|
| b. La réception du principe de précaution par la CJUE -----                               | 182 |
| 2. L'invocabilité du principe de précaution dans le droit des États membres -----         | 185 |
| a. La constitutionnalisation française du principe de précaution -----                    | 185 |
| b. Le droit comparé du principe de précaution -----                                       | 186 |
| B. L'effectivité du principe de précaution -----  | 187 |
| 1. La portée paradoxale du principe de précaution -----                                   | 187 |
| a. La dimension procédurale du principe de précaution -----                               | 188 |
| b. L'incidence de l'expertise scientifique sur le principe de précaution -----            | 188 |
| 2. Le principe de précaution à l'épreuve des autres principes -----                       | 189 |
| a. Le principe de précaution face au principe pollueur-payeur -----                       | 190 |
| b. Le principe de précaution à l'épreuve du principe de proportionnalité -----            | 192 |
| §2 : Le développement du principe d'intégration environnementale -----                    | 194 |
| A. La construction du système juridique européen de protection environnementale -----     | 195 |
| 1. La protection du citoyen européen par celle de son environnement -----                 | 195 |
| a. L'anthropocentrisme du droit de l'environnement -----                                  | 195 |
| b. Le renvoi de la protection de l'environnement à la protection de la santé humaine ---- | 196 |
| 2. Les variétés de protection juridique de l'environnement -----                          | 197 |
| a. La protection juridique <i>ex ante</i> de l'environnement -----                        | 197 |
| b. La protection juridique <i>ex post</i> de l'environnement -----                        | 198 |
| B. L'intégration positive de la dimension environnementale -----                          | 199 |
| 1. L'élargissement du bilan durable dans le droit de l'Union -----                        | 200 |
| a. Les ressources de l'article 191 TFUE -----   | 200 |
| b. La combinaison du bilan durable avec les clauses transversales -----                   | 201 |
| 2. L'intégration juridique du citoyen dans la dimension environnementale -----            | 202 |
| a. Les variétés de participation du public en matière environnementale -----              | 202 |
| b. Les limites juridiques à la participation du public -----                              | 204 |
| Section 2 : Les modes de protection juridique de l'énergie renouvelable de l'Union -----  | 207 |
| §1 : Les voies juridiques de protection de la transition énergétique -----                | 208 |
| A. La recherche d'une politique commune de l'énergie -----                                | 208 |
| 1. L'insuffisance du mandat de l'article 194 TFUE -----                                   | 208 |
| a. La dépendance matérielle de l'article 194 TFUE -----                                   | 209 |
| b. La faiblesse institutionnelle de l'article 194 TFUE -----                              | 210 |
| 2. L'incomplétude du marché intérieur de l'énergie -----                                  | 211 |
| a. Le cloisonnement des marchés de l'énergie au niveau national -----                     | 211 |

|   |            |
|---|------------|
| b. La concentration des opérateurs de l'énergie au sein de l'Union -----  | 212        |
| <b>B. La révision des Traités en vue d'une politique commune de l'énergie-----</b>  | <b>213</b> |
| 1. Le recours à l'article 48 TUE-----   | 214        |
| a. La nécessité d'une révision ordinaire des Traités -----  | 214        |
| b. La faisabilité d'une révision des traités -----  | 215        |
| 2. Le contenu potentiel de la politique commune de l'énergie-----   | 215        |
| a. L'organisation commune de marché d'inspiration de la PAC -----   | 216        |
| b. La division de la filière énergétique par fonction et par source -----   | 218        |
| §2 : Les conditions de développement de champions européens de l'énergie renouvelable<br>-----  | 219        |
| <b>A. L'adaptation du régime des aides d'État aux champions européens de l'énergie<br/>renouvelable-----</b>                          | <b>219</b> |
| 1. Le secteur de l'énergie à l'épreuve du régime des aides d'État-----  | 220        |
| a. La réception de l'exception environnementale en matière d'aides d'État-----  | 220        |
| b. La contrariété de la neutralité technologique avec l'exception environnementale -----  | 221        |
| 2. Le dépassement du régime actuel des aides d'État -----   | 223        |
| a. La sanctuarisation de l'exception environnementale au nom de l'intérêt général-----  | 223        |
| b. L'aide de l'Union aux champions européens de l'énergie -----   | 224        |
| <b>B. La justification environnementale des champions européens de l'énergie renouvelable<br/>dans les relations extérieures-----</b> | <b>226</b> |
| 1. La justification environnementale en droit commercial international -----  | 226        |
| a. L'innocuité potentielle du droit de l'OMC face aux champions européens de l'énergie-----   | 226        |
| b. La justification par comparaison avec les énergies conventionnelles-----   | 227        |
| 2. La justification environnementale dans les relations bilatérales de l'Union-----   | 229        |
| a. La subordination des accords de libre-échange au droit multilatéral dans le domaine de<br>l'environnement-----                     | 229        |
| b. La nécessité d'approfondissement de l'exception environnementale -----   | 231        |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE I-----</b>  | <b>233</b> |
| <b>CHAPITRE II : LA TENTATIVE D'ORDRE PUBLIC SOCIAL DE PROTECTION<br/>EUROPEEN -----</b>  | <b>234</b> |
| Section 1 : La recherche de cohésion sociale à l'échelle de l'Union-----  | 236        |
| §1 : L'empreinte nationale de la dimension sociale européenne-----  | 237        |
| A. Une protection des relations de travail à géométrie variable -----   | 238        |
| 1. La protection juridique des relations individuelles de travail-----  | 238        |
| a. L'atomisation de la relation de travail-----   | 239        |
| b. L'affaiblissement de la protection de la relation individuelle de travail-----   | 240        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>2. Les relations collectives de travail</b> -----                                 | <b>240</b> |
| a. L'inversion de la hiérarchie des normes -----                                     | 241        |
| b. L'hétérogénéité du dialogue social au sein des États membres -----                | 241        |
| <b>B. La disparité des protections sociales au sein de l'Union</b> -----             | <b>242</b> |
| 1. Les deux sources d'inspiration des protections sociales de l'Union -----          | 243        |
| a. La protection sociale d'inspiration bismarckienne -----                           | 243        |
| b. La protection sociale d'inspiration beveridgienne -----                           | 244        |
| 2. Vers une protection contre le chômage indifférente du statut du travailleur ----- | 245        |
| a. Le dépassement du régime général salarié d'assurance-chômage -----                | 246        |
| b. La nécessité d'un régime unifié d'assurance – chômage -----                       | 246        |
| §2 : La contrariété du modèle économique européen avec sa dimension sociale -----    | 248        |
| A. L'intégration négative de la dimension sociale -----                              | 249        |
| 1. Les effets sociaux de la primauté des libertés économiques -----                  | 249        |
| a. La libre circulation des travailleurs et la libre prestation de services -----    | 249        |
| b. La liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux -----             | 251        |
| 2. Le concept déceptif de flexisécurité -----  | 252        |
| a. L'accroissement de la flexibilité du travail -----                                | 252        |
| b. L'affaiblissement corrélatif de la protection du travail -----                    | 253        |
| B. Les conséquences sociales de la rigueur budgétaire -----                          | 254        |
| 1. La protection sociale en tant que levier de compétitivité -----                   | 254        |
| a. La privatisation croissante de la protection sociale -----                        | 255        |
| b. La mise en concurrence des organismes de protection sociale -----                 | 256        |
| 2. Le double effet pervers de la soft law en matière sociale -----                   | 257        |
| a. L'effet procyclique de la soft law en matière sociale -----                       | 258        |
| b. L'effet antidémocratique de la soft law en matière sociale -----                  | 259        |
| Section 2 : L'exigence sociale de l'Union à l'égard des pays tiers -----             | 261        |
| §1 : Le contenu de l'exigence sociale -----  | 261        |
| A. Le sens de l'exigence sociale de l'Union -----                                    | 262        |
| 1. La protection par l'Union des droits sociaux fondamentaux -----                   | 262        |
| a. L'approche sociale minimale de l'Union -----                                      | 262        |
| b. La normativité sociale libérale de l'Union -----                                  | 264        |
| 2. La promotion par l'Union de l'État de droit social -----                          | 265        |
| a. L'hypothèse d'une approche sociale maximale -----                                 | 265        |
| b. La normativité sociale et solidaire -----   | 266        |

|   |            |
|---|------------|
| <b>B. L'étendue de l'exigence sociale de l'Union</b> -----  | <b>269</b> |
| 1. L'exigence sociale de l'Union à l'égard du rapport de travail -----                                  | <b>269</b> |
| a. Pour une définition la plus large possible du rapport de travail -----                               | <b>269</b> |
| b. Le lien nécessaire entre relations individuelles et collectives de travail-----                      | <b>271</b> |
| 2. L'exigence de protection sociale -----   | <b>272</b> |
| a. Le contenu de la protection sociale de base -----  | <b>272</b> |
| b. La charge de la protection sociale-----  | <b>273</b> |
| §2 : La mise en œuvre de l'exigence sociale -----   | <b>274</b> |
| A. L'exigence sociale au niveau multilatéral -----  | <b>274</b> |
| 1. Les relations de l'Union avec l'Organisation Internationale du Travail (OIT)-----                    | <b>275</b> |
| a. Les aspects programmatiques de l'exigence sociale multilatérale -----                                | <b>275</b> |
| b. L'effectivité des actes de l'OIT-----  | <b>276</b> |
| 2. Les relations de l'Union avec les autres organisations multilatérales-----                           | <b>277</b> |
| a. L'exigence sociale et l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) -----                                | <b>278</b> |
| b. L'exigence sociale et l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) -----                                | <b>279</b> |
| B. L'exigence sociale sur les plans unilatéral et bilatéral -----                                       | <b>281</b> |
| 1. Le précédent du SPG+-----  | <b>281</b> |
| a. L'influence normative de l'Union -----   | <b>281</b> |
| b. L'efficacité relative du SPG+-----   | <b>281</b> |
| 2. L'avenir de la clause sociale-----   | <b>282</b> |
| a. Les enjeux de la clause sociale-----   | <b>282</b> |
| b. L'effectivité de la clause sociale-----  | <b>283</b> |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE II</b> -----  | <b>285</b> |
| <b>CONCLUSION DU TITRE I</b> -----  | <b>286</b> |
| <b>TITRE II : LES NOUVEAUX INSTRUMENTS DE L'EXCEPTION</b>   |            |
| <b>PROTECTIONNISTE DURABLE</b> -----  | <b>287</b> |
| <b>CHAPITRE I : LA DUALITE DE L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE A</b>   |            |
| <b>CARACTERE FINANCIER EN DROIT DE L'UNION</b> -----  | <b>288</b> |
| Section 1 : La régulation des mouvements de capitaux de l'Union par l'exception<br>protectionniste----- | <b>289</b> |
| §1 : L'exception protectionniste à caractère prudentiel-----  | <b>290</b> |
| A. La protection de la stabilité financière par le renforcement du système en place-----                | <b>291</b> |
| 1. La création d'une protection prudentielle en amont du système financier de l'Union -                 | <b>291</b> |
| a. La création d'un sur-système prudentiel sous le contrôle de la BCE -----                             | <b>292</b> |
| b. La coordination des sous-systèmes au sein des États membres-----                                     | <b>293</b> |

|  |            |
|--|------------|
| <b>2. Le renforcement de la protection prudentielle en aval du système financier de l'Union</b>                            | <b>294</b> |
| -----  |            |
| <b>a. La protection juridique des déposants</b>  | <b>295</b> |
| <b>b. La protection juridique des investisseurs</b>  | <b>296</b> |
| <b>B. L'action sur les concentrations du secteur bancaire et financier</b>   | <b>298</b> |
| <b>1. Le levier de la taille des opérateurs face au risque systémique</b>  | <b>299</b> |
| <b>a. L'enjeu systémique de limitation de la taille des établissements financiers</b>                                      | <b>299</b> |
| <b>b. La mise en place d'une règle <i>de maximis</i> en matière prudentielle</b>   | <b>301</b> |
| <b>2. L'extension des méthodes de résolution au contrôle des concentrations</b>  | <b>302</b> |
| <b>a. La protection de l'intérêt public par la réduction du risque de système</b>  | <b>302</b> |
| <b>b. L'adaptation des instruments de résolution à la concentration bancaire</b>   | <b>303</b> |
| <b>§2 : L'exception protectionniste à caractère monétaire</b>  | <b>306</b> |
| <b>A. La nature protectrice du mandat du SEBC</b>  | <b>307</b> |
| <b>1. Le mandat explicite du SEBC</b>  | <b>308</b> |
| <b>a. L'objectif de taux d'inflation raisonnable</b>   | <b>308</b> |
| <b>b. Le soutien des politiques économiques de l'Union</b>   | <b>309</b> |
| <b>2. Le mandat implicite du SEBC</b>  | <b>311</b> |
| <b>a. La soutenabilité de la dette souveraine des États membres</b>  | <b>311</b> |
| <b>b. La sauvegarde de l'euro</b>  | <b>312</b> |
| <b>B. L'hypothèse du retour au taux de change fixe</b>   | <b>314</b> |
| <b>1. Le fondement du retour à la fixité relative du taux de change</b>  | <b>314</b> |
| <b>a. La maîtrise de l'endettement</b>   | <b>315</b> |
| <b>b. La prérogative institutionnelle du Conseil sur la place de l'euro dans le monde</b>                                  | <b>316</b> |
| <b>2. L'opportunité pour l'Union d'une fixité relative du taux de change</b>   | <b>316</b> |
| <b>a. La manifestation de souveraineté monétaire de l'Union</b>  | <b>317</b> |
| <b>b. La réorientation des échanges monétaires vers l'Union</b>  | <b>318</b> |
| <b>Section 2 : L'exception protectionniste à caractère financier par le contrôle des investissements directs étrangers</b> | <b>320</b> |
| <b>§1 : La protection juridique <i>ex ante</i> à l'égard des investissements directs étrangers</b>                         | <b>321</b> |
| <b>A. Le contrôle juridique des investissements étrangers par autorisation préalable</b>                                   | <b>322</b> |
| <b>1. L'autorisation préalable à la lumière de l'exception protectionniste</b>   | <b>322</b> |
| <b>a. L'inspiration fédérale : l'autorisation préalable aux États-Unis</b>   | <b>323</b> |
| <b>b. L'exemple français : l'autorisation préalable à l'échelle d'un État membre</b>                                       | <b>325</b> |
| <b>2. L'émergence d'un projet de contrôle des IDE à l'échelle de l'Union</b>   | <b>328</b> |

|  |            |
|--|------------|
| a. L'élan politique de l'Union en matière de contrôle des IDE  | 329        |
| b. L'insuffisance de portée juridique de la proposition de règlement sur les IDE                             | 329        |
| <b>B. La joint-venture souveraine, contrôle à l'entrée de l'investissement direct étranger</b>               | <b>331</b> |
| 1. La réciprocité au fondement de la joint-venture souveraine  | 331        |
| a. Variations sur la notion de réciprocité   | 332        |
| b. Mise en œuvre de l'exception de réciprocité   | 333        |
| 2. Les principes essentiels de la joint-venture souveraine   | 335        |
| a. La sélection de l'investisseur direct étranger  | 335        |
| b. La surveillance de l'investisseur direct étranger   | 336        |
| §2 : L'influence souveraine dans la gouvernance d'entreprises stratégiques                                   | 337        |
| A. La recherche d'un droit souverain des sociétés  | 338        |
| 1. L'influence souveraine dans la directive OPA  | 338        |
| a. La restriction de la liberté contractuelle au nom de l'intérêt des minoritaires                           | 339        |
| b. La restriction de la liberté d'établissement au service de l'intérêt majoritaire                          | 339        |
| 2. L'écueil de la golden share   | 341        |
| a. La privatisation à l'origine de la golden share en droit français   | 341        |
| b. L'exception dans l'exception  | 343        |
| B. L'actionnaire souverain à l'épreuve du droit commun des sociétés  | 344        |
| 1. La présomption de compatibilité avec le droit de l'Union  | 344        |
| a. La sécurité et la liberté du pacte d'actionnaires   | 345        |
| b. L'absence de contrariété avec l'ordre public  | 346        |
| 2. L'insuffisance de protection juridique du pacte d'actionnaires  | 347        |
| a. L'irréversibilité de la violation du pacte d'actionnaires   | 347        |
| b. L'insuffisance de la réparation en cas de violation du pacte d'actionnaires                               | 348        |
| <b>CONCLUSION DU CHAPITRE I</b>  | <b>350</b> |
| <b>CHAPITRE II : LE FINANCEMENT DURABLE DE L'UNION PAR L'EXCEPTION PROTECTIONNISTE A CARACTERE FINANCIER</b> | <b>351</b> |
| Section 1 : La recherche du budget à la mesure de l'intérêt de l'Union                                       | 352        |
| §1 : Les révélateurs budgétaires de l'intérêt de l'Union   | 353        |
| A. La valeur ajoutée européenne, reflet incomplet de l'intérêt de l'Union                                    | 353        |
| 1. La valeur ajoutée européenne : promotion de l'intérêt de l'Union  | 354        |
| 2. La valeur ajoutée européenne : manifestation du principe de subsidiarité                                  | 355        |
| B. La convergence des budgets de l'Union au soutien de son intérêt   | 356        |
| 1. Le dépassement de la logique du moins disant au profit de la convergence                                  | 356        |
| a. Le cadre financier pluriannuel à la source de la convergence dans l'Union                                 | 356        |

|   |     |
|---|-----|
| b. Le semestre européen au service de la convergence des États membres-----                           | 357 |
| 2. La convergence au service de l'objectif d'Union économique et monétaire -----                      | 359 |
| a. Le fondement juridique de la convergence par l'Union économique et monétaire-----                  | 359 |
| b. La portée téléologique de la convergence par l'Union économique et monétaire-----                  | 360 |
| §2 : L'accroissement des ressources propres, condition d'affirmation de l'intérêt de l'Union<br>----- | 362 |
| A. L'enjeu de compétence fiscale de l'Union-----  | 363 |
| 1. La compétence de la compétence en matière fiscale pour l'Union -----                               | 363 |
| a. Le chaînon manquant de l'autonomie financière -----  | 363 |
| b. Le pas de géant vers le fédéralisme de l'Union -----   | 364 |
| 2. La délimitation du transfert de compétence fiscale à l'Union-----                                  | 366 |
| a. Le plafonnement quantitatif du transfert de compétence fiscale-----                                | 366 |
| b. La délimitation qualitative du transfert de compétence fiscale-----                                | 367 |
| B. L'harmonisation fiscale par le haut à l'échelle de l'Union-----                                    | 368 |
| 1. L'harmonisation fiscale en matière d'impôt direct -----  | 368 |
| 2. L'harmonisation fiscale en matière de TVA -----  | 370 |
| Section 2 : Les voies de la fiscalité durable à l'échelle de l'Union -----                            | 372 |
| §1 : L'hypothèse d'une fiscalité durable par la taxation des transactions financières-----            | 373 |
| A. La taxation des transactions financières au service de l'investissement durable-----               | 373 |
| 1. L'enjeu de redistribution de la taxation des transactions financières -----                        | 374 |
| a. La globalisation, source d'érosion de la logique de redistribution-----                            | 374 |
| b. La taxe sur les transactions financières, source de rééquilibrage-----                             | 375 |
| 2. La recherche de juste dimension de la taxation des transactions financières -----                  | 375 |
| a. L'ambition de la taxation des transactions financières à l'échelle du monde -----                  | 376 |
| b. La faisabilité de la taxation des transactions financières à l'échelle de l'Union -----            | 377 |
| B. La complexité de la taxation des transactions financières -----                                    | 379 |
| 1. La menace endogène du projet de taxation des transactions financières -----                        | 379 |
| a. Le contentieux de la coopération renforcée -----   | 379 |
| b. L'influence des institutions sur la taxation des transactions financières -----                    | 380 |
| 2. La prise en compte du risque de fraude à la taxation des transactions financières -----            | 381 |
| a. Les stratégies de contournement des assujettis -----   | 381 |
| b. L'Union, marché de capitaux incontournable -----   | 383 |
| §2 : L'assujettissement des générateurs de risques à la fiscalité durable -----                       | 383 |
| A. L'hypothèse d'un fonds de développement durable à l'échelle de l'Union-----                        | 384 |



|  |     |
|--|-----|
| 1. L'inspiration du fonds de résolution unique pour un fonds de développement durable    | 384 |
| 2. Les linéaments du fonctionnement du fonds de développement durable                    | 385 |
| a. Le champ d'application personnel de la contribution au fonds de développement durable | 386 |
| b. La sanctuarisation de la contribution au fonds de développement durable               | 386 |
| B. Discussion sur le principe pollueur-payeur au fondement de la fiscalité durable       | 387 |
| 1. La taxation en vue d'endiguer le réchauffement climatique                             | 387 |
| a. Les limites du SEQE   | 388 |
| b. L'évolution de la taxation carbone  | 389 |
| 2. Du droit payant de polluer l'environnement au principe de son interdiction            | 390 |
| <i>CONCLUSION DU CHAPITRE II</i>   | 393 |
| <i>CONCLUSION DU TITRE II</i>  | 394 |
| <i>CONCLUSION DE LA PARTIE II</i>  | 395 |
| <i>CONCLUSION GENERALE</i>   | 396 |
| <i>BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE</i>  | 424 |
| <i>INDEX THEMATIQUE</i>  | 443 |
| <i>TABLE DES MATIERES</i>  | 449 |

**Titre :** Les manifestations juridiques et fiscales du protectionnisme de l'Union – Essai sur un mode durable de régulation du libre-échange.

**Mots clés :** compétence, défense commerciale commune, exception protectionniste, intérêt de l'Union, souveraineté européenne, régulation durable.

**Résumé :** Le droit de l'Union semble fondamentalement réticent à la résurgence du pendant antagoniste du libre-échange sous le vocable générique de protectionnisme. Pourtant, les manifestations juridiques et fiscales de ce protectionnisme de l'Union existent, variées en qualité et en intensité, et interpellent le juriste quant à la finalité poursuivie par l'entité souveraine qui le met en œuvre. Volonté de protection d'un intérêt propre et supérieur à l'intérieur de ses frontières ou volonté de domination du commerce international par le truchement d'instruments de défense mis au service d'une guerre commerciale, le protectionnisme peut-il être juridiquement fondé ou économiquement et politiquement opportun ? La combinaison est-elle possible ?

De manière prospective, l'exigence de développement durable intégrée dans le droit de l'Union, dont la pertinence s'affirme à la lumière de la crise écologique, exhorte le juriste à penser le protectionnisme sous un angle durable dépassant la simple dimension économique. C'est à ces hypothèses, en contrariété assumée – mais nuancée – avec les libertés de circulation irriguant le droit de l'Union, que cette recherche est consacrée.

---

**Title :** The European Union legal and fiscal demonstrations of protectionism – Essay on a sustainable way of free trade regulation.

**Keywords :** Competence, European Union's trade defence, Protectionist exception, Union's interest, European sovereignty, Sustainable regulation.

**Abstract :** European Law seems quite reluctant to trigger the opposite side of liberalism under the general term of protectionism. Thus, the legal and fiscal demonstrations of this type of protectionism from the EU do exist, as various in quality as in intensity, and challenge the lawyer towards the goal achieved by the sovereign entity that implements it. Willing to protect a proper and superior interest within its boundaries or willing to dominate world trade with defence instruments supporting trade war, can protectionism be lawfully based or economically and politically valuable? Is the combination possible?

In a prospective way, sustainable development requirement contained in Union law, which goes increasingly relevant with regards to ecological crisis, urges the lawyer to rethink protectionism under a sustainable way that exceeds the only economical dimension. This research is dedicated to solving these hypotheses, with assumed – but nuanced – annoyance with Union law economic freedoms of movement.