



HAL
open science

La rénitence du droit économique européen

Bénédicte Beauchesne

► **To cite this version:**

Bénédicte Beauchesne. La rénitence du droit économique européen : Mémoire d'habilitation à diriger les recherches. Sciences de l'Homme et Société. Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2015. tel-04018168

HAL Id: tel-04018168

<https://hal.science/tel-04018168>

Submitted on 7 Mar 2023

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.

Laboratoire d'accueil :
Centre de droit international de Nanterre (CEDIN), EA 382

La rénitence du droit économique européen

Mémoire déposé en vue de l'habilitation à diriger des recherches en Droit public
par

Bénédicte Beauchesne

soutenance le 9 mars 2015

Jury :

Rémi Chemain, maître de conférences HDR, Université Paris Ouest, Nanterre-La défense, examinateur

Marie-Françoise Labouz, professeure agrégée, Université Versailles Saint-Quentin, examinatrice

François Lafarge, maître de conférences HDR, Université de Strasbourg, rapporteur

Geneviève Koubi, professeure agrégée, Université Paris VIII, Vincennes à Saint-Denis, rapporteuse

Jean-Marc Thouvenin, professeur agrégé, directeur du Cedin, Université Paris Ouest, Nanterre-La défense, référent

à la mémoire de mon père, Hervé Beauchesne (1937-2014)
à mon mari Luciano Pasi,
à nos enfants, Giulia et Léonard

Remerciements

Mes plus vifs remerciements s'adressent à Jean-Marc Thouvenin, qui a accepté de me parrainer en vue de l'Habilitation à diriger les recherches et qui, sans hésitation, m'a accordé de son temps en dépit de ses multiples responsabilités.

Je le remercie également, ainsi que les membres du Centre d'Études de droit international de Nanterre - Cedin, de m'avoir accueillie chaleureusement au sein de cette prestigieuse équipe de recherche.

Mes remerciements vont également aux membres du jury pour leur précieuse disponibilité et l'intérêt porté à mes travaux, particulièrement aux deux rapporteurs François Lafarge et Geneviève Koubi. À cette dernière, j'adresse ma sincère gratitude pour la confiance et le plaisir que me procure sa belle amitié.

Sommaire du mémoire de synthèse

Mémoire de synthèse : La rénitence du droit économique européen, p. 5

Liste des abréviations utilisées, p. 7

Table des matières détaillée du mémoire, p. 8

Introduction, p. 10

Titre I - Établir un droit économique européen pour exister dans un monde bipolaire, p. 11

Chapitre I - Aller au delà du libre échange pour construire l'Europe, p. 12

Chapitre II - Mise en concurrence au sein du Marché commun et protection de la concurrence, p.25

Chapitre III - Les conséquences de la chute du mur de Berlin sur le droit européen p.39

Titre II - Réformer le droit économique européen pour s'adapter à la mondialisation et à un monde multipolaire, p. 57

Chapitre I - Les aménagements du droit économique européen imposés par la mondialisation, p. 59

Chapitre II - Le droit économique européen sous pression : « civiliser la mondialisation » ou survivre à l'Union ?, p.77

Conclusion, p. 102

Bibliographie, p.104

Mémoire de synthèse des travaux

Avant-propos

Ce mémoire présenté en vue de l'Habilitation à diriger les recherches propose une réflexion sur la rénitence du droit économique européen qui, se situant au croisement du droit de l'Union européenne et de l'analyse des relations internationales, représente une synthèse de mes recherches, tout en respectant leur diversité.

Parcourant les étapes de la construction européenne en s'appuyant sur certains éléments de son héritage historique, le mémoire a pour fil conducteur le droit de la concurrence communautaire qui occupe une place centrale dans la construction européenne ainsi que dans mes propres travaux.

Même si ceux-ci ne présentent pas une parfaite linéarité du fait qu'ils ont été menés sur plus de vingt années et qu'ils peuvent résulter de compromis entre commandes éditoriales, programmes Socratès et intérêts scientifiques, ils obéissent à deux axes cohérents et complémentaires :

Le premier est l'axe du droit et de la construction communautaires : « Le modèle européen de télé-administration: un rouage économique et démocratique pour l'Union européenne ? » (*Revue Française de Droit administratif*, 2013/2 (n° 146), p.285-297), « Adapter les institutions européennes pour piloter l'euro » (in *La guerre des monnaies*, (coord. A.Nonjon), Ellipses, octobre 2011, p.23-31), « Les mécanismes de soutien financier aux États membres de la zone euro », (colloque Académie de droit de Saratov, *Институциональные проблемы современного финансового права, Académie de droit de Saratov* 2 juin 2011, p.296-288 ; *International Public and Private Law, Международное публичное и частное право* n°6 (63) 2011, p.10-12), « Forces du marché ou inadéquation de la supervision prudentielle ? Les ajustements au régime communautaire des aides d'État après la crise financière de 2008 », (*Современная юридическая наука и правоприменение*, Académie de droit de Saratov 3-4 juin 2010, p.286-288), *La construction européenne de l'Antiquité à nos jours*, Ellipses, juin 2006, *La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence*, Nouvelles Éditions Fiduciaires, Collection "Europe-Entreprise", mars 1993.

Le second correspond à une démarche internationaliste qui ira en se renforçant du fait de mon intégration au Centre d'Études de droit international de Nanterre : *Relations internationales* (Ellipses, coll. Actu' Concours 2015, 5^e édition mise à jour, août 2014, 496 p.), « Quel rôle pour le Fonds monétaire international dans la « guerre des monnaies » ? » (in *La guerre des monnaies*, (coord. A.Nonjon), Ellipses, octobre 2011, p.13-22), « Quelques questions macro-économiques et juridiques posées par la monnaie électronique » (in *La guerre des monnaies*, (coord. A.Nonjon), Ellipses, octobre 2011, p.101-109), « Droit et frontières - Aux confins de la pensée juridique » (*Scientia Juris* 2011, p. 144-158), « La finance internationale confrontée au spectre du "salud légaliste" : éthique, *shaming* et sanctions » (*Финансово-правовые и экономические проблемы в условиях ение мирового кризиса, Académie de droit de Saratov*, 27 mai 2009, p.94-100), « La confiance dans les lois du marché et la "guerre de la banane" : quelques réflexions sur les conflits de lois » (*Colloque la Confiance et le conflit, École doctorale de sciences sociales de l'Université Paris VIII*, Nouvelle Université Bulgare Sofia, 15-16 février 2008), « Les problèmes des biens publics de l'ex-URSS à l'étranger » (*Revue Générale de Droit International Public*, 1997/4, p. 987-1010).

Seules trois études consacrées au droit constitutionnel s'écartent de ces deux axes communautaire et international mais elles font sens avec mon parcours car elles ont été réalisées, soit dans le cadre de programmes européens financés par la Commission européenne « La forme de gouvernement sous la V^e République », « Le contrôle de constitutionnalité sous la V^e République »,

IusEuropea. Org – 2000/2001, soit pour réaliser une étude de droit comparé et répondre aux exigences du concours de maître de conférences nécessitant de sortir de son sujet de thèse : « Italie : l'hypothétique changement de République » (*Revue du Droit public*, 1-1996, p.97-142). Aussi, bien qu'à titre accessoire, j'ai pu les intégrer dans la synthèse de mes recherches d'autant qu'elles portaient soit sur la France, soit sur l'Italie à qui le rôle de laboratoire constitutionnel européen a toujours été reconnu : même dans les relations internationales, il convient d'accorder une grande importance à la nature du régime politique interne des États, ce qui correspond d'ailleurs à l'analyse libérale des relations internationales. La nature du régime crée en effet des externalités ne pouvant être négligées et qui sont d'autant plus intéressantes qu'elles existent tant de la construction communautaire et de la primauté du droit de l'Union vers les États que dans le sens inverse. Elles ont donc toute leur place dans un mémoire consacré à la rénitence du droit économique européen.

Liste des abréviations utilisées

ACP : Afrique, Caraïbes, Pacifique (groupe d'États de)
 APT : accord de partenariat transatlantique
 ARLEM : Assemblée régionale et locale méditerranéenne
 BCE : Banque centrale européenne
 BEI : Banque européenne d'investissements
 BERD : Banque européenne pour la reconstruction et le développement
 BRI : Banque des règlements internationaux
 CE : Communauté(s) européenne(s)
 CECA : Communauté européenne du charbon et de l'acier
 CEE : Communauté économique européenne
 CEN : Comité européen de normalisation
 CENELEC : Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique
 CEPS : Centre for European Policy Studies
 CJCE ou CJUE : Cour de justice des Communautés (ou de l'Union) européenne(s)
 CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
 COMECON : Conseil d'assistance économique mutuelle
 CrEDH : Cour européenne des droits de l'homme
 CvEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
 D. : Recueil Dalloz
 DG : Direction générale (de la Commission européenne)
 EEE : Espace économique européen
 ESF : European Services Forum
 ETSI : European Telecommunications Standards Institute
 FASB : *Financial Accounting Standards Board*
 FESF : Fonds européen de stabilité financière
 FMI : Fonds monétaire international
 GATT : *General agreement on tariffs and trade*
 GECT : Groupement européen de coopération territoriale
 IASB : International Accounting Standards Board
 IFRS : *International Financial Reporting Standards*
 ICANN : Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
 ISO : International Organization for Standardization
 JAI : Justice et affaires intérieures
 JOCE ou JOUE : Journal officiel des Communautés européennes ou de l'Union européenne
 JORF : Journal officiel de la République française
 Libor : *London Interbank Offered Rate*
 MES : Mécanisme européen de stabilité
 OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
 OMC : Organisation mondiale du commerce
 ORD : Organe de règlement des différends (de l'OMC)
 PAC : politique agricole commune
 PECO : pays d'Europe centrale et orientale
 PIB : produit intérieur brut
 RDA : République démocratique allemande
 RDP : Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger
 Rec. : Recueil de jurisprudence
 RFA : République fédérale allemande
 RFDA : Revue Française de Droit Administratif
 RGDIP : Revue Générale de Droit International Public
 RIDC : Revue internationale de droit comparé
 RIDE : Revue Internationale de Droit Économique
 RMCUE : Revue du Marché commun et de l'Union européenne
 RNB : revenu national brut
 SEC : Securities and Exchange Commission
 SICAV : Société d'Investissement à Capital Variable
 TABD : *Trans Atlantic Business Dialogue*
 TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
 TIC : technologies de l'information et de la communication
 TPI : tribunal de première instance
 TUE : traité sur l'Union européenne ou tribunal de l'Union européenne
 UE : Union européenne
 UNICE : Union des Confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe
 UpM : Union pour la Méditerranée
 URSS : Union des Républiques socialistes soviétiques
 US GAAP : *United States Generally Accepted Accounting Principles*
 ZEE : zone économique exclusive

La rénitence du droit économique européen

Titre I. Établir un droit économique européen pour exister dans un monde bipolaire	11
Chapitre I - Aller au delà du libre échange pour construire l'Europe.....	12
Section I - L'élaboration d'un droit économique européen.....	12
§ 1 - Commercer pour surmonter la haine : le moteur franco-allemand.....	12
A - L'intégration par le « doux commerce ».....	12
B - Le succès de la CECA et la naissance du tandem franco-allemand.....	13
§ 2 - Une nouvelle répartition des pouvoirs.....	14
A - La puissance normative des Communautés.....	15
B - Le post-nationalisme européen.....	16
C - La judiciarisation et la constitutionnalisation des relations européennes.....	17
Section II - Les assises du droit économique européen : ouverture à la concurrence, protectionnisme et interventionnisme public.....	18
§ 1 - Les fondements du Marché commun : libéralisme et économie de marché.....	18
A - Un choix européen.....	18
B - Un choix modelé par la politique des États-Unis.....	20
C - Le refus des protectionnismes au sein de la CEE.....	21
§ 2 - Les exceptions protectionnistes du droit économique européen.....	22
A - L'interventionnisme au sein du Marché commun et la préférence communautaire vis à vis des tiers.....	22
B - Les montants compensatoires monétaires.....	23
Chapitre II - Mise en concurrence au sein du Marché commun et protection de la concurrence.....	24
Section I - Une concurrence libre et non faussée.....	24
§ 1 - Une concurrence non faussée : objectif ou moyen ?.....	25
A - L'exigence d'un droit européen de la concurrence.....	25
B - Les seuils d'application.....	26
§ 2 - Établir des règles juridiques stables sur des concepts économiques mouvants	26
A - Les lacunes du droit économique européen.....	27
B - Les méthodes d'application de la politique de la concurrence.....	28
Section II - Les pratiques interdites par le droit économique européen.....	29
§ 1 - Les ententes anticoncurrentielles.....	30
A - Les ententes visées par l'article 101 du TFUE.....	30
B - L'interdiction et la nullité des ententes faussant la concurrence.....	31
C - La possibilité d'exemption des ententes	32
§ 2 - La régulation des positions dominantes.....	33
A - La détention d'une position dominante.....	33
B - Les infractions liées à la détention d'une position dominante.....	35
§ 3 - Les aides d'État faussant la concurrence.....	37
Chapitre III - Les conséquences de la chute du mur de Berlin sur le droit européen	38
Section I - Les nouvelles structures de l'Europe.....	38
§ 1 - L'unification allemande, la création de l'Union européenne et de la monnaie unique.....	39
A - L'unification allemande.....	39
B - L'accélération de l'intégration européenne : la création de l'Union européenne et la participation à la monnaie unique.....	40
§ 2 - Les vicissitudes politiques italiennes et la procédure de suspension.....	41
A - Le changement de régime en Italie.....	41
B - La procédure de suspension.....	42
§ 2 - La recomposition de l'Europe.....	43
A - L'économie de marché : un nouveau critère d'adhésion.....	43
B - Le morcellement nationaliste.....	44
C - Les nouvelles frontières de l'Europe.....	45
Section II - La réécriture des règles.....	47
§ 1 - Les nouvelles dynamiques européennes.....	47
A - Le recentrage à l'est et la coupure d'avec l'espace méditerranéen.....	47
B - L'affaiblissement du tandem franco-allemand.....	49
§ 2 - Une Europe unifiée sous le signe de l'économie de marché.....	51
A - L'accompagnement de la réorientation des économies des PECO par les Communautés.....	51
B - L'uniformisation de la pensée et des modèles économiques.....	52
§ 3 - Les conséquences sur le droit européen.....	54
A - La capacité d'intégration des PECO par l'Union européenne.....	54
B - La mise en concurrence d'économies inégales et la question du dumping social.....	54
C - Les conséquences sur le droit de la concurrence : décentralisation et fin de la notification obligatoire.....	55
Titre II - Réformer le droit économique européen pour s'adapter à la mondialisation et à un monde multipolaire.....	57
Chapitre I - Les aménagements du droit économique européen imposés par la mondialisation.....	57
Section I - Le nouvel ordre économique mondial du XXI ^e siècle.....	57
§ 1 - La mondialisation.....	58
A - Les trois piliers de la mondialisation.....	58
B - La 3 ^e mondialisation entre mythes et réalités.....	59
C - L'économie européenne dans l'état des puissances américaine et chinoise.....	60
§ 2 - La remise en cause des liens exclusifs Europe/ACP.....	61
A - L'Europe redimensionnée et la fin des liens privilégiés issus de la période coloniale.....	62
B - La révision des règles douanières européennes.....	63
C - L'Angola Gate et la difficile renégociation des accords de Cotonou imposée par les règles de l'OMC.....	65

Section II - La place du droit économique européen.....	66
§ 1 - L'exposition de l'Union européenne au poids de la contrainte extérieure.....	66
A - Le poids de la politique américaine et la crise des subprimes.....	66
B - S'affranchir ou non de l'aide du FMI	68
C - La progressive marginalisation des Européens sur la scène internationale.....	69
§ 2 - Les assises imparfaites des normes économiques européennes.....	70
A - Des normes contestées à l'intérieur de l'Union européenne.....	70
B - La faiblesse de l'Union dans le processus de normalisation mondiale.....	71
C - Le droit économique européen : une résonance mondiale très mesurée.....	74
Chapitre II - Le droit économique européen sous pression.....	75
Section I - La montée en puissance du droit de la concurrence.....	76
§ 1 - L'adaptation du droit européen de la concurrence aux marchés oligopolistiques mondiaux.....	77
A - Transférer à la Commission européenne le contrôle des fusions d'entreprises.....	77
B - Garantir la concurrence intra-européenne au détriment de la compétitivité mondiale des entreprises européennes ?.....	79
C - Des aides publiques canalisées.....	80
§ 2 - Le durcissement des règles applicables aux entreprises.....	82
A - L'application des règles européennes aux entreprises étrangères.....	83
B - Un outil de défense du faible contre le puissant ?.....	83
C - Le renforcement des pouvoirs d'enquête et l'incitation à la dénonciation des infractions.....	85
§ 3 - La montée en puissance du droit de la concurrence.....	87
A - L'aggravation des sanctions et la réforme des actions en dommages et intérêts	87
B - Les affaires Microsoft et Intel.....	88
C - La dimension géo-politique du droit européen de la concurrence : les affaires Gazprom et Google.....	89
Section II - Comblent les insuffisances du droit économique européen	91
§ 1 - Les insuffisances du droit européen face au « capitalisme total ».....	91
A - Les mutations du capitalisme financier et l'oxymore de la « moralisation du capitalisme ».....	91
B - Les violations du droit économique européen et le surendettement des États.....	94
§ 2 - De nouvelles règles économiques européennes.....	95
A - Des règles fiscales et une union bancaire sous la pression populaire.....	95
B - La difficile instauration d'une gouvernance économique européenne.....	97
C - Légitimer le droit économique européen.....	99
Conclusion.....	102
Bibliographie.....	104

La rénitence du droit économique européen

Regroupant les règles attachées à la création des richesses dans l'espace économique européen, à leur mobilité et à leur financement, le droit économique européen est aussi bien l'instrument privilégié de la construction européenne que sa résultante.

Initié dans le monde bipolaire des années 1950, il a ancré les Communautés dans le camp du libéralisme économique sous le leadership américain. En ouvrant les économies nationales à la concurrence intra-européenne, il a mis en œuvre les principes de la libre circulation et, tout en acceptant une certaine dose d'interventionnisme socio-économique, il a ménagé une place fondamentale au respect d'une concurrence non faussée. Devenues des normes suprêmes primant toutes les normes nationales en vertu de la jurisprudence communautaire, ces règles établies par le traité de Rome en 1957 se sont vues reconnaître le rôle de constitution économique européenne organisant les relations des États membres et des institutions européennes, structurant leur économie et leur système juridique. L'influence exercée par les ordolibéraux allemands a été déterminante mais elle a été l'objet de vives controverses : les règles proposées ne représenteraient pas forcément les effets les plus bénéfiques pour le système de valeurs adopté par les peuples européens. Toujours est-il que l'expression s'est banalisée dans les années 1990 et que la Cour de justice l'a adoptée, l'utilisant à plusieurs reprises.

Depuis leur formulation, les règles de libre-circulation des biens et de concurrence non faussée n'ont jamais été remises en cause. La construction européenne a toujours maintenu le cap de l'intégration économique fondée sur le modèle du libéralisme et, même s'il a pu subir quelques assouplissements temporaires du fait des pressions extérieures et des évolutions radicales enregistrées par la société internationale, le droit économique européen a été régulièrement renforcé. Lorsque les accords de Bretton Woods ont été rompus, une politique monétaire a été forgée et elle a ensuite débouché sur une monnaie unique ; des mécanismes de sauvegarde de l'euro ont été institués pour empêcher la faillite d'États et du système bancaire européen par suite de la crise américaine des *subprimes* ; des règles encadrant les activités économiques polluantes ont peu à peu été édictées pour répondre à des problèmes environnementaux globaux...

Cette résistance aux événements extérieurs se doublant d'une capacité à trouver un nouveau souffle pour continuer l'intégration économique des États membres des Communautés constitue une des particularités les plus intéressantes du droit économique européen. Mais, plus que de résistance, il faudrait parler de rénitence de ce droit car la rénitence est autant, si ce n'est davantage, une impression donnée qu'une réelle force d'opposition ou d'affirmation. Ce mot très peu usité en dehors du domaine médical signifie en effet « qui oppose une certaine résistance à la pression et donne une impression d'élasticité ».

De fait, l'histoire de la construction européenne rappelle à chacune de ses étapes, les difficultés du droit économique européen à s'extraire de la force d'attraction exercée par la première puissance économique mondiale : les États-Unis. De plus, en évoluant, le droit économique européen a pu accompagner la recomposition des échanges sociaux et économiques, mais comme toutes les actions humaines et les activités normatives et normatrices, il demeure marqué par l'ambivalence fondamentale des sociétés démocratiques contemporaines. Il n'échappe pas à cette loi équivoque qui peut être résumée dans la figure de l'oxymoron. La rénitence constitue donc à la fois une qualité et un défaut, un avantage et une faiblesse.

Elle est un avantage car la seule existence du droit économique européen relève d'un tour de force. Des États ne produisant pas suffisamment de richesses pour compter individuellement, délèguent des pans entiers de leurs compétences à une structure supranationale pour affirmer leur existence sur le plan international (titre I). Ils ont établi des règles qui dépassent le libre-échange,

qui se sont développées malgré le bouleversement du système monétaire international et les chocs pétroliers, qui ont même contribué par leur succès à faire tomber le mur de Berlin et qui, finalement, ont été adoptées par de plus en plus d'États.

À partir des années 1980, la mondialisation a soumis le droit économique européen à de nouvelles pressions. Les pertes d'emploi s'accumulaient en Europe, l'accroissement des inégalités devenait de plus en plus visible, les effets de la crise des *subprimes* entraînaient la crise de l'euro, les impacts négatifs sur l'environnement se multipliaient. Aussi, ayant suffisamment été imprégné des charmes amers du néo-libéralisme, le droit communautaire se voit chargé d'un but nouveau : celui de porter des valeurs humaines et sociales capables de « civiliser » la mondialisation (titre II). Mais, la tâche pourrait s'avérer excessivement ambitieuse car, dans un contexte international difficile, le droit économique européen souffre d'une grave faiblesse constitutionnelle. En effet, la rénitence du droit économique européen est également un défaut qui, à force d'être trop occulté, prend des proportions dangereuses. Si par le passé, les résultats négatifs des référendums français et néerlandais sur le projet de constitution européenne avaient pu être superbement ignorés, l'actualité électorale montre que la démarche ne pourra être réitérée indéfiniment : la rénitence du droit économique européen est aussi le reflet des carences démocratiques de la construction communautaire et de la fragilité de ses bases.

Le législateur européen saura-t-il accueillir l'élan participatif des individus pour les associer à un projet européen ? Pourra-t-il encore s'appuyer sur les mérites de l'économie de marché et de la libre-circulation des personnes pour faire progresser l'intégration économique des États membres ? Pourra-t-il demander de nouveaux transferts de compétence des gouvernements nationaux sans offrir de protection aux Européens face aux conséquences de la mondialisation ? Les questions sont nombreuses et les enjeux sont élevés car ils mettent en cause l'existence même de l'Union européenne. Les craintes se renforcent et sont aujourd'hui étayées par l'actualité électorale et la montée des populismes. Fin 2013, Pascal Lamy pouvait ainsi évoquer la « fin de la civilisation européenne »¹ sans que cette éventualité puisse être balayée en toute insouciance. En 2006, j'avais moi-même souligné que l'Europe ne devait pas être confondue avec l'Union européenne car celle-ci n'avait aucun caractère inéluctable². Pourtant, malgré ses défauts et ses faiblesses, l'Union européenne dispose d'atouts incontestables dont le droit économique européen reste le principal tenant.

Titre I. Établir un droit économique européen pour exister dans un monde bipolaire

Après la Seconde guerre mondiale, l'Europe n'était plus qu'un simple enjeu stratégique et idéologique pour les puissances américaine et soviétique. Séparé en deux sphères d'influence³, le vieux continent allait connaître des histoires différentes matérialisées par la mise en place d'institutions reposant sur des idéologies antagonistes : tandis que le COMECON organisait l'emprise soviétique dans les pays d'Europe de l'Est, la Communauté Économique Européenne allait permettre aux pays d'Europe de l'Ouest de connaître un formidable essor fondé sur la mise en place

1. Pascal Lamy, intervention devant le Comité européen d'orientation de Notre Europe - Institut Jacques Delors, 29 novembre 2013.
2. *La construction européenne de l'Antiquité à nos jours*, Ellipses, 2006, p.3-4.
3. L'Europe avait été partagée sur les champs de bataille, les zones d'occupation ayant ensuite été entérinées par les conférences tenues par les alliés. Ceux-ci étaient divisés : les États-Unis voulaient des élections libres et la relance de l'économie ; l'URSS, refusant l'éventualité d'une confédération européenne occidentale, voulait un glacis territorial à l'Est et se dédommager au plus vite des pertes subies du fait de la guerre en transférant toute la richesse du pays en Russie.

d'un Marché commun entre les États membres (I). Même s'il n'excluait pas une certaine dose d'interventionnisme étatique, ce regroupement régional s'insérait dans un système d'échange occidental régulé par les accords du GATT. Basé sur le libéralisme économique, il imposait à ses acteurs les seules limitations du respect d'une concurrence non faussée (II). En 1989, la chute du mur de Berlin aura de profondes répercussions sur le droit économique européen conduisant l'Europe à se doter de nouvelles structures et à réécrire une partie des règles en vigueur (III).

Chapitre I - Aller au delà du libre échange pour construire l'Europe

D'inspiration libérale, les Communautés européennes étaient basées sur la mise hors la loi des protectionnismes nationaux entre les six États fondateurs (I). Toutefois, ceux-ci sont allés au-delà de la zone de libre échange et de l'union douanière. La fondation du Marché commun a dès lors constitué une solution régionale originale (II).

Section I - L'élaboration d'un droit économique européen

L'idée de réaliser une intégration économique pour garantir la paix en Europe a permis de démarrer la construction communautaire puis s'est imposée dans la pratique avec l'échec d'une Europe politique en 1954⁴.

À l'origine du tandem franco-allemand (§1), elle a aboutit à une nouvelle répartition des pouvoirs judiciarisant et constitutionnalisant les relations européennes (§2).

§ 1 - Commercer pour surmonter la haine : le moteur franco-allemand

S'inscrivant dans un cadre global d'affirmation puis d'exacerbation des nationalismes en Europe, le contentieux franco-allemand a pu être surmonté grâce aux trois Communautés mises en place dans les années 1950.

A - L'intégration par le « doux commerce »

Depuis le traité de Verdun conclu en 843, les peuples issus de l'Empire carolingien se contestaient la définition de leurs territoires. L'Empire avait en effet été partagé en appliquant les règles de partage successoral issues du droit barbare établissant trois parties égales allant du sud où on cultive l'olivier, au nord où l'on produit de la laine, ce qui avait livré celle du milieu (la Lotharingie) à la convoitise des deux autres et l'avait transformée en un terrain d'affrontement séculaire.

La définition des frontières allemandes constituait un problème jamais résolu qui avait joué un rôle déterminant dans le déclenchement des deux guerres mondiales. Après la disparition du III^e Reich, elle représentait encore un danger qui se trouvait seulement minoré par l'affaiblissement et la scission de l'Allemagne en deux États : d'une part, la République Fédérale d'Allemagne (RFA) sous la tutelle américaine⁵ comprenant le Land de Berlin et dont la capitale était fixée à Bonn ; d'autre part, la République Démocratique Allemande (RDA) sous tutelle dictatoriale des Soviétiques. Institutionnalisée en 1949, cette partition du pays avait ensuite été symbolisée par la construction du mur de Berlin en 1961⁶.

Alors commissaire au Plan, Jean Monnet avait compris qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la France et l'Allemagne risquaient de se disputer le charbon de la Ruhr pour soutenir leur effort de reconstruction économique⁷. Se basant sur l'idée du « doux commerce »

4. Sur le rôle du commerce international dans la formation du droit international moderne, voir Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd. 2009, p. 1248 et svtes.

5. K. Adenauer obtient en 1950 une déclaration des États Occidentaux faisant de la RFA le seul État légitime allemand.

6. Faite dans la nuit du 12 au 13 août 1961 pour empêcher l'exode des allemands de l'Est de Berlin. De 1961 à 1989, 1 065 personnes seront tuées en voulant franchir le mur.

7. Les Américains voulaient la reconstruction économique de la RFA, ce qui faisait peur à la France car sa propre

développée par Montesquieu⁸ selon laquelle « l'effet naturel du commerce est de porter à la paix » entre les nations, il imagina une organisation réunissant les deux pays dans un marché commun du charbon et de l'acier. Ce domaine très restreint correspondait à l'époque à deux matières premières indispensables pour se faire la guerre.

La proposition fut présentée le 9 mai 1950 par la voix du ministre des Affaires étrangères Robert Schuman pour « placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe. (...) La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifesterà que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable, mais matériellement impossible ». Proche des orientations dessinées par le plan Schuman, le traité de Paris qui fonde la Communauté européenne du charbon et de l'acier fut signé à Paris le 18 avril 1951 réunissant la France – sans inclure l'Algérie et les départements d'Outre-mer –, l'Allemagne, l'Italie, les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg.

B - Le succès de la CECA et la naissance du tandem franco-allemand

Au cours des années 1950, la CECA réussit à développer la production charbonnière, à assurer l'approvisionnement régulier du marché commun du charbon et de l'acier, à moderniser la sidérurgie, à maintenir des prix bas tout en conservant des emplois ou à aider à la reconversion des mineurs. S'acquittant avec succès des missions qui lui avaient été confiées, elle devint ainsi le symbole de réconciliation entre la France et l'Allemagne.

La CECA, à qui les États membres avaient transféré d'importantes compétences, se démarquait déjà d'autres organisations internationales présentes ou futures en présentant certains éléments de supra-nationalité : la Haute-Autorité disposait de pouvoirs directs à l'égard des États membres et l'organisation bénéficiait de ressources propres venant de prélèvements sur la production de charbon et d'acier. Les réussites de l'organisation militèrent pour la poursuite de l'expérience et ouvrirent la voie aux étapes suivantes. Dans l'esprit des pères fondateurs, la CECA correspondait en effet aux « premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la sauvegarde de la paix » pour « réaliser une union sans cesse plus étroite entre les peuples »⁹.

Toutefois, l'ébauche ratée d'une Europe de la défense et d'une Europe politique bloqua temporairement le processus. Alors que les États-Unis poussaient au réarmement allemand, le gouvernement français reprit la méthode des petits pas suggérée par Jean Monnet et présenta le plan Pleven qui aboutit à un projet de traité signé le 27 décembre 1952. De son côté, le président du Conseil italien Alcide de Gaspari obtint que l'Assemblée parlementaire de la CED devinsse assemblée constituante et débouche sur une union politique pour s'assurer que l'armée européenne soit soumise à un pouvoir civil démocratique. Mais, l'intégration européenne militaire et politique fut interrompue en août 1954 avec le rejet de la CED par l'Assemblée nationale française.

Relancée par la conférence de Messine, l'intégration marqua de nouveau le pas. La France s'inquiétait en effet du rêve de réunification allemande et l'Allemagne craignait la volonté française d'unifier l'Europe sous son hégémonie politique. Deux évènements inattendus débloquent alors le processus. Le 4 novembre 1956, les chars russes entrèrent dans Budapest pour écraser la révolte hongroise faisant aussi comprendre à Bonn que ses rêves de réunification avec la RDA n'étaient pas prêts d'être exaucés. Le lendemain Moscou puis Washington envoyèrent un ultimatum à Paris et à Londres leur enjoignant de mettre fin à leur opération militaire à Suez. Ce fut alors au tour de Paris

production de charbon était limitée. Voir « Quand l'Europe marchait au charbon », Marion Gaillard, *L'Histoire* n°351, mars 2010, p.74 à 77.

8. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), livre XX, chapitre 2.

9. Même si elle est parfois évoquée, la question de la fédération européenne n'est étudiée pas dans ce mémoire qui renvoie donc à la *Théorie de la fédération* d'Olivier Beaud, Lévathian, Puf, 2009.

de réaliser que, faute d'union, les États européens n'étaient qu'un pion sur l'échiquier mondial. Le président du Conseil socialiste Guy Mollet déclara ainsi à son homologue chrétien-démocrate, le chancelier Konrad Adenauer : « La France et l'Angleterre ne seront jamais des puissances comparables aux États-Unis et à l'URSS. Ni l'Allemagne non plus. Il ne leur reste qu'une façon de jouer un rôle décisif dans le monde : s'unir pour faire l'Europe. Nous n'avons pas de temps à perdre. L'Europe sera notre revanche. » Le partenaire européen privilégié de la France n'était plus le Royaume-Uni. Outre le dénouement désastreux de la crise de Suez, Paris avait été perçu l'attitude des dirigeants britanniques qui avaient accepté le cessez-le-feu imposé par l'ONU comme un abandon au moment décisif de l'opération. La réorientation de la politique française fut facilitée par les vues partagées du chancelier Adenauer qui s'inquiétait de la position américaine à propos de Suez dénotant un mépris des intérêts vitaux de l'Europe. Il considérait aussi qu'il fallait renforcer l'Europe devant le développement de la puissance stratégique nucléaire de l'URSS et devant les hésitations croissantes de la politique américaine. L'unification européenne devait également permettre à la RFA de rétablir sa réputation internationale, alors politiquement et moralement détruite.

Le 6 novembre 1956, la rencontre entre K. Adenauer et G. Mollet permit de régler les conflits et d'aboutir le 25 mars 1957 à la signature à Rome de deux traités : le traité Euratom qui fut à l'époque celui dont on attendait le plus grâce à l'atome représentant une énergie abondante elle-même porteuse d'une croissance nouvelle¹⁰, le traité CEE qui laissait alors sceptique du fait de l'architecture institutionnelle compliquée qu'il mettait en place. La rencontre marqua aussi la naissance de ce que la presse allemande qualifiera dans les années 1970 de couple ou de tandem franco-allemand. Matérialisé le 22 janvier 1963 par la signature du traité d'amitié et de coopération entre Paris et Bonn, dit « traité de l'Elysée » reprenant les principales dispositions du plan Fouchet en les limitant aux deux pays¹¹, le tandem franco-allemand mènera à la création du Conseil européen, à celle du Serpent monétaire puis du système monétaire européens, à l'élection du Parlement européen au suffrage universel direct et au traité de Maastricht instaurant l'Union européenne.

§ 2 - Une nouvelle répartition des pouvoirs

Bouleversant le continent européen, la construction d'un regroupement régional original dépassait la simple confédération sans pour autant constituer une fédération d'États¹². Dans des domaines limités, les institutions communautaires obtinrent des compétences supranationales leur permettant d'élaborer des règles s'imposant dans les États membres.

10. Contrairement à ce qui fut espéré, l'Euratom végéta et ne joua jamais le rôle de relance de l'intégration européenne, de cadre pour une collaboration en matière de recherche nucléaire fondamentale, de production de matières fissiles, de production d'énergie électrique. Les autorités françaises voulaient s'assurer que l'Allemagne respecterait son engagement de 1954 de ne pas fabriquer d'armes atomiques sans gêner et sans contrôler le développement du programme militaire français qui avait été décidé officieusement depuis 1954 ; les Allemands préféraient, comme les Belges, s'entendre avec les États-Unis. Paris souhaitait contrôler les activités nucléaires de l'Allemagne, Voir Georges-Henri Soutou, « Les problèmes de sécurité dans les rapports franco-allemands de 1956 à 1963 », *Relations Internationales*, n° 58, 1989.
11. Il prévoit notamment la rencontre annuelle du chancelier et du président de la République, des réunions et des concertations régulières des ministres de la Défense et des Affaires étrangères.
12. Cette constatation est largement acceptée notamment en France. Elle ne doit cependant pas résulter d'un raisonnement binaire distinguant État fédéral et Confédération car cela ne tiendrait pas compte du « processus très complexe où il est bien difficile de faire le départ entre voie contractuelle de traités (...) et la voie constitutionnelle au sens étatique (...) », Olivier Beaud, *préc. cit.*, p.80 proposant de recourir à la « notion de pacte constitutionnel fédératif ».

A - La puissance normative des Communautés

Deux arrêts fondateurs ont reconnu au droit communautaire des caractéristiques exceptionnelles différenciant la construction européenne des autres regroupements régionaux.

Dans l'arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963¹³, la Cour de justice des Communautés européennes a d'abord reconnu l'effet direct du droit communautaire en considérant que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique du droit international, au profit duquel les États ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ». Le droit communautaire dérivé se trouve ainsi dispensé de ratification ou de publication dans les ordres internes. Dans l'arrêt Costa/ENEL du 15 juillet 1964¹⁴, la Cour affirme la primauté du droit communautaire sur le droit national en énonçant : « Le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ». La Cour tirera les conséquences de cette jurisprudence dans l'arrêt Simmenthal rendu le 9 mars 1978¹⁵, affirmant que le juge national doit bloquer l'application de normes internes contraires aux normes communautaires. Mais ils ne le feront que très difficilement dans les cas de contrariété entre une norme communautaire et une loi nationale postérieure. En France, la primauté des traités sur les lois nationales postérieures au traité n'a été reconnue par la Cour de cassation que le 24 mai 1975 dans l'arrêt Jacques Vabre¹⁶, et le 20 octobre 1989 dans l'arrêt Nicolo par le Conseil d'État¹⁷.

Depuis l'affaire Acciaierie San Michele¹⁸, la Cour de Luxembourg a affirmé que la primauté du droit communautaire s'étendait aux normes constitutionnelles nationales et, dans l'arrêt Kreil du 11 janvier 2000¹⁹, elle a jugé que les normes du droit dérivé communautaire primaient sur les lois fondamentales nationales. Mais là encore, cette primauté est loin d'être acceptée aussi clairement par les juridictions suprêmes nationales. Toutefois, ces dernières se gardent bien de soulever un conflit frontal avec la Cour de Luxembourg. Tenant compte de l'évolution du droit communautaire en matière des droits de l'homme, elles ont peu à peu modifié leur jurisprudence, tel le Conseil constitutionnel français²⁰ qui s'interdit désormais de censurer une loi qui ne ferait que transposer une directive communautaire en droit interne. Beaucoup plus puissante, la Cour de Karlsruhe n'a jamais reconnu la primauté inconditionnelle du droit communautaire sur le droit national. Mais depuis son arrêt « *So lange I* » du 29 mai 1974 jusqu'à la décision du 8 février 2014 sur la politique monétaire de la Banque centrale européenne, aucune de ses décisions n'a contredit radicalement la CJUE et constitué une entrave à l'intégration juridique européenne.

Dans la pratique, cette affirmation de la primauté du droit communautaire n'a pas signifié la disparition des entraves à la libre-circulation dans le Marché commun. De très nombreuses dispositions nationales sociales, fiscales ou encore commerciales s'y opposaient, telle l'obligation belge de commercialiser la margarine sous forme pyramidale ou la loi allemande interdisant la commercialisation de certaines liqueurs. Dès les années 1960, la Commission avait bien cherché à édicter des directives communes mais l'entreprise s'était révélée très difficile. Les directives incorporaient en effet toutes les spécifications techniques et, jusqu'à l'Acte unique, elles requéraient

13. Aff. 26/62, *Rec.* 1962 p.1.

14. Aff. 6/64, *Rec.* 1964 p.1141.

15. Aff. 106/77, *Rec.* 1978 p.629.

16. Cass. Ch. mixte, 24 mai 1975, Société des cafés Jacques Vabre, *D.* 1975.497.

17. *Rec. Lebon* p. 190.

18. CJCE ord. 22 juin 1965, aff. 9/65, *Rec.* 1967 p.35.

19. Aff. C-285/98, Tanja Kreil contre Bundesrepublik Deutschland, *Rec.* 2000 p.I-00069.

20. Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *JORF* du 22 juin 2004 p. 11182, *Rec.* p. 101.

l'unanimité du Conseil. De plus, si chaque État est en principe d'accord pour adopter une norme commune, il veut en général le faire à la condition d'un alignement sur ses propres critères. Les efforts développés avaient donc seulement abouti à l'adoption d'environ quelques 250 directives sur les sujets les plus divers allant de l'adoption du système métrique²¹ à celle de l'heure d'été.

Le tournant fut pris en 1985 lorsque la Commission décida de tirer les conséquences de la jurisprudence Cassis de Dijon²² ayant posé le principe de la reconnaissance mutuelle des réglementations nationales : l'harmonisation communautaire ne se justifie que lorsque ces réglementations ne peuvent être considérées comme équivalentes ; elle peut se limiter aux exigences essentielles de santé, de sécurité et de protection de l'environnement et renvoyer aux normes industrielles pour les spécifications techniques. Cela a permis de relancer l'harmonisation technique européenne. Celle-ci permet une baisse du coût des produits puisque les entreprises n'ont plus besoin de faire tester et reconnaître leurs produits pour les exporter dans un autre pays membres mais elle favorise aussi l'importation des produits fabriqués en dehors de la Communauté. Mais, si l'établissement de règles uniques peut conduire à un excès de règles avec un coût qui a pu dépasser le bénéfice du Marché unique, l'incapacité à se mettre d'accord sur des normes dépassant les exigences essentielles des consommateurs n'est pas sans conséquences sur l'affirmation de l'Union européenne sur le plan mondial²³.

B - Le post-nationalisme européen

Les Communautés européennes réunissent plusieurs États-nations qui, sur une base volontaire formalisée par un pacte, leur délèguent certaines de leurs compétences. Ce transfert des compétences ayant été consenti volontairement, les Communautés se sont différenciées des regroupements d'États qui, par le passé, ont pu eux aussi faire coexister une grande diversité de nations. Aussi, la fréquente comparaison à l'Empire romain est-elle abusive si l'on considère que celui-ci s'est constitué par de sanglantes campagnes militaires, de même que la référence à l'Empire austro-hongrois n'a rien de pertinent puisqu'il est plus assimilé à une prison des peuples plutôt qu'à un berceau des diversités.

Ce renoncement volontaire ou ce déclin du pouvoir des États-nations au profit d'identités supra-nationales ou d'autres formes de gouvernance mondiale est qualifiée de construction post-nationale²⁴. Celle-ci n'interdit pas le sentiment national qui, intériorisé, peut même concourir à sa manière à l'affirmation de nationalismes locaux. Ceux-ci peuvent même revêtir un caractère violent pour s'affirmer car un cadre démocratique permet difficilement d'entraîner une conviction large sur un sujet essentiel et engageant pour le très long terme.

La construction européenne apaise ces mini-nationalismes en permettant une nouvelle forme de nationalisme de s'exprimer mais elle les revigore aussi en participant au mouvement d'affaiblissement des États. Même si ceux-ci restent encore les plus importants, le pouvoir monte des États à Bruxelles et redescend de Bruxelles aux régions. Parfois appelés régionalismes pseudo-nationaux, les mini-nationalismes sont ainsi aidés à avoir des partis politiques et de grandes organisations sociales et/ou culturelles propres – médias, universités, organisations scientifiques... On constate d'ailleurs que lorsqu'un parti séparatiste manifeste, il le fait avec les couleurs

21. Elle a cependant dû faire marche arrière en ce domaine. Voir « La confiance dans les lois du marché et la « guerre de la banane » : quelques réflexions sur les conflits de lois », *Colloque la Confiance et le conflit, École doctorale de sciences sociales de l'Université Paris VIII, Nouvelle Université Bulgare Sofia*, 15-16 février 2008.

22. CJCE 20 février 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, *Rec.* 1979 p. 649.

23. Voir Titre II, Ch. I, section II.

24. Voir Bénédicte Beauchesne, *Relations internationales*, Ellipses, 2014, p.64 et svtes.

européennes. En effet, le fonctionnement des institutions européennes conduit à penser que la réduction de la taille politique d'appartenance permet de mieux exister en Europe. Cette quête du petit, que l'on retrouve dans les projets de démocratie locale ou de démocratie participative, correspond à l'espérance d'une restauration de la capacité populaire à peser sur les décisions publiques : si une communauté infra-nationale se sépare, elle est promue au rang d'État et elle accède de ce fait au statut d'État membre de l'Union bénéficiant de la sur-représentation des petits États qui ont un ministre au Conseil, un Commissaire, un juge par pays... Les groupes peuvent ainsi avoir le sentiment d'un gain de puissance obtenu grâce au changement statutaire. Si le gain est limité au niveau des peuples, il est notoire au niveau des élites politiques qui en retireront des rétributions « nationales » et européennes. Aussi, malgré un discours officiel défavorable, la structure de l'Union – supranationale et inter-étatique - encourage ces mini-nationalismes que l'on retrouvera encore en 2014, avec le référendum écossais au Royaume-Uni, les velléités séparatistes des Flamands en Belgique, des Catalans en Espagne ou encore des Vénitiens en Italie...

Ce post-nationalisme européen, qui aura pu triompher des bouleversements liés à la fin de la guerre froide, reste néanmoins fragile. En s'éloignant du spectre des guerres fratricides et des espoirs mobilisateurs autour d'un projet commun, il sera perçu comme un objectif des élites et fera l'objet d'un rejet croissant des peuples pour qui l'Union aura cherché à gommer les structures nationales sans protéger de la mondialisation.

C - La judiciarisation et la constitutionnalisation des relations européennes

Lors de l'établissement de la Communauté économique européenne en 1957, la France avait instamment voulu limiter le caractère supranational des institutions mises en place. Après l'échec de la CED, les finalités fédérales avaient été remises et un rôle accru avait été octroyé au Conseil des ministres, c'est à dire à l'organe intergouvernemental face aux Commissions CEE et CEEA. Le vote à la majorité ne devait intervenir qu'après une période de dix ans. De plus, les règles instaurées étaient circonscrites à la mise en place d'un Marché commun organisé sur la libre-circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, sur une Union douanière et des règles pour protéger la libre-concurrence.

Toutefois, la Cour de justice se voyait confier le soin de garantir l'effectivité des règles communes et était dotée du pouvoir d'infliger des astreintes et des amendes à un État membre violant les règles communes. La jurisprudence de la Cour s'avèrera donc décisive pour affirmer les règles communautaires²⁵. Très rapidement, elle élève les principes de libre circulation et de concurrence non faussée au rang de « dispositions fondamentales » de l'ordre juridique communautaire. Les principes deviennent un « acquis » auquel il ne peut être qu'exceptionnellement dérogé. Y agréant d'autres éléments parfois éloignés et recherchant la « fusion des marchés nationaux », la Cour de justice bâtit ce qui a été nommé la « Constitution économique européenne ». Elle a désigné les traités comme « la charte constitutionnelle de base »²⁶, a réaffirmé que « le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international, n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit »²⁷ et répété que « la Communauté est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »²⁸. La forme de contrôle « constitutionnel »²⁹ pratiqué par la CJCE a marqué la

25. Voir Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 2009, 8^e éd., p.144 et s.

26. CJCE arrêt du 23 avril 1986, 294/83, "Les Verts" c. Parlement, *Rec.* p. 1339.

27. CJCE avis 1/91, *Rec.* I-6079.

28. CJCE GC 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission, *Rec.* I-06351. J.-M.Thouvenin « Le droit communautaire, le droit international et l'arrêt Kadi du 3 septembre 2008 » *RMCUE*, n°523, décembre 2008, p.653-656.

29. Renaud Dehousse, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », in *Les cours européennes. Luxembourg et*

naissance d'un « ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe »³⁰.

Théorisée par divers auteurs allemands³¹ fondateurs de l'École de l'ordolibéralisme, l'interprétation de l'ensemble des dispositions de droit économique du traité de Rome ne découlait pas seulement de la rationalité économique du marché mais du fait que cet ordre juridiquement établi était chargé de garantir les libertés économiques. Conférant aux traités le rôle de constitution économique de l'Europe, la Communauté pouvait ainsi prétendre détenir une légitimité indépendante d'institutions d'un État constitutionnel démocratique.

Toutefois, tout en étant « symptomatique d'une volonté de lecture constitutionnelle de l'intégration européenne », une telle « constitution économique » communautaire fondée sur l'économie de marché n'a jamais fait l'unanimité. Elle sera même de plus en plus ouvertement contestée lorsque les États membres remettront ce pacte en cause lors de la gestion de la crise de l'euro en 2010³². Ces discussions ne limitent ni à la construction européenne, ni aux récentes crises qui l'ont affectées. Thomas Piketty note ainsi que « la remise en cause du rôle de la puissance publique n'a pas cessé depuis les années 1970-1980, et elle ne cessera jamais : à partir du moment où la puissance publique joue dans la vie économique et sociale le rôle central qu'elle a acquis dans les décennies de l'après-guerre, il est normal et légitime que ce rôle soit en permanence débattu et remis en question »³³. Toujours est-il que l'ordolibéralisme s'est réactualisé pour se préoccuper des droits de l'homme et des acquis sociaux afin de « continue(r) d'offrir une approche plus acceptable de la politique économique des sociétés démocratiques développées »³⁴.

Section II - Les assises du droit économique européen : ouverture à la concurrence, protectionnisme et interventionnisme public

L'ouverture à la concurrence des économies nationales au sein du Marché commun constitue la base de la construction communautaire et du droit économique européen (§1). Mais, diverses corrections ont pu être apportées au fonctionnement des marchés montrant que la construction européenne et le droit économique européen n'étaient pas exempts d'interventionnisme et de protectionnisme (§2).

§ 1 - Les fondements du Marché commun : libéralisme et économie de marché

Tout en reprenant la doctrine libérale dont elle a été le berceau, la construction européenne et le Marché commun mis en place ont été modelés par le contexte de leur gestation : la guerre froide et la domination américaine. Les protectionnismes nationaux ont été mis hors la loi pour le commerce intra-communautaire.

Strasbourg, Pouvoirs n° 96, janvier 2001, p.22.

30. Décision de la Commission dans l'affaire « Autriche c. Italie », aff. 788/60, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 4, p. 139.

31. Christian Joerges, citant Hans Peter Ipsen qui caractérise les trois Communautés européennes comme des associations à but spécifique d'intégration fonctionnelle, « Sur la légitimité d'europaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *RIDE* 2004, p. 133-170.

32. Voir Titre II, ch. II, Sec. II.

33. *Le capital au XXI^e siècle*, Seuil, 2014, p.755. Il note que les joutes entre les « anti-marché » et les « anti-Etat » ont lieu tant aux États-Unis, où certains veulent supprimer la Réserve fédérale et revenir à l'étalon-or, qu'en Europe « entre "Grecs paresseux" et "Allemands nazis" » p.756.

34. Josef Drexler « La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE* 2011/4, p. 453.

A - Un choix européen

Le libéralisme économique a été théorisé en Europe au XVIII^e siècle alors que chaque pays protégeait encore ses productions par des droits de douane élevés, que le coût des transports constituait une barrière efficace contre les importations et que les facteurs de production, que cela soit les capitaux ou les travailleurs, étaient largement immobiles. Au Royaume-Uni qui représentait alors à lui tout seul la moitié du PIB mondial, Adam Smith comprit le premier les bienfaits de la concurrence. Dénonçant les droits de douane et la prohibition de certaines exportations pour prôner la libre circulation des marchandises, Adam Smith posa ainsi les bases de la spécialisation de chaque pays dans la production des biens pour lesquels il disposait d'un avantage absolu. Ricardo³⁵ rectifia précisant que la spécialisation s'appliquerait aux domaines dans lesquels l'État disposait d'avantages comparatifs c'est à dire du plus grand avantage ou du moins grand désavantage.

Au XX^e siècle, la supériorité du libre-échange et les bénéfices de la spécialisation verront leurs fondements théoriques complétés avec le modèle Heckscher-Ohlin-Samuelson et les travaux de Paul Krugman sur les économies d'échelle. En fin de compte, même si le libre-échange aurait « irrémédiablement perdu son innocence » lui interdisant à « jamais (d')être présenté comme une politique dont la théorie économique nous dit que c'est toujours la bonne »³⁶, il reste accepté comme la meilleure politique possible car tous lui reconnaissent de favoriser l'accroissement des richesses. Les analyses d'Adam Smith et de Ricardo s'avèrent encore d'actualité et largement acceptées et ce, même si certaines hypothèses sur lesquelles elles étaient fondées ont changé. En incitant chaque nation à se spécialiser, le libre-échange permet d'obtenir une plus grande quantité de biens à bas prix ce qui stimule la hausse du pouvoir d'achat des consommateurs. Grâce au libre-échange, les consommateurs vont également disposer d'une plus grande variété de produits même si, à la longue, la poursuite de l'objectif de prix bas et de productivité entraîne des marchés oligopolistiques : *in fine*, le libre-échange peut paradoxalement favoriser une uniformisation et une réduction de l'offre. Dans certains secteurs tels que l'agroalimentaire, elles peuvent s'avérer loin d'être anecdotiques. Dénoncées dans le cadre du commerce avec les pays ACP³⁷, cette uniformisation et la réduction de l'offre obéissent à un mécanisme illustré par la récente proposition de règlement sur la production et la mise à disposition sur le marché de matériel de reproduction des végétaux (règlement PRM³⁸ proposé le 6 mai 2014) mais aussi par la jurisprudence Kokopelli³⁹. Celle-ci avait fait l'objet de vives critiques car la CJUE avait validé l'action en concurrence déloyale intentée par la société Baumaux basée sur la réglementation de l'Union : pour favoriser la libre-circulation des marchandises, celle-ci exigeait que les produits agricoles - en l'espèce des semences anciennes - satisfassent aux mêmes exigences commerciales et donc à l'obligation d'inscription aux catalogues officiels et de respect des critères d'admission y afférents. Cela favorisait ainsi les géants de l'agroalimentaire pouvant répondre aux critères de productivité et de rendement établis la directive 2002/55 et par l'article 39, § 1 du TFUE.

De même, l'accroissement général des richesses généré par le libre-échange en ce qu'il permet d'économiser du travail et du capital est largement accepté ; il accroît le profit des entreprises, leur permettant d'investir mais aussi de réduire les salaires nominaux des travailleurs : ceux-ci bénéficient eux-mêmes de la baisse du prix des biens de consommation courante importés de l'étranger. Mais ces avantages sont rediscutés au XXI^e siècle à l'aulne des bouleversements entraînés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication⁴⁰ et des

35. *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817.

36. « Is Free Trade Passe? », *Economic perspectives*, vol. I, n°2, août 1987, n° 1, 1987, p. 131-144.

37. Voir *infra*, p.58-59.

38. 2013:0262:FIN:FR:PDF.

39. CJUE arrêt du 13 VII 2012, Association Kokopelli c. Graines Baumaux, C-59/11, att. 54, *ECLI:EU:C:2012:447*.

40. Jeremy Rifkin montre notamment dans son ouvrage « La fin du travail » que jamais l'économie occidentale ne créera suffisamment d'emplois pour pallier les réductions d'effectifs générées par la « révolution de l'information ».

délocalisations effectuées à la fin du XX^e siècle par des grosses entreprises pour aller chercher dans les pays émergents des coûts salariaux très bas, des normes plus basses et des droits syndicaux faibles⁴¹. Enfin, s'il est accepté que le libre-échange rapproche les peuples et constitue un instrument de pacification des relations internationales, il faut admettre qu'il n'est pas lié à une juste redistribution des richesses et des ressources, elle-même source fréquente de conflits.

En pratique, la libre-échange fut d'abord expérimenté à un échelon local en Europe à partir de 1833 avec le Zollverein - union douanière menée par la Prusse. En 1846, il prit une autre dimension avec l'abrogation des *Corn Laws* britanniques abaissant unilatéralement les droits de douane sur les importations de blé, puis en 1860, avec le traité franco-anglais de Cobden-Chevalier. La généralisation du libre-échange entraîna par la suite une intégration économique des différentes régions d'Europe. Malgré un retour du protectionnisme opéré avec la Grande crise de 1929, le choix en faveur de l'économie de marché s'imposa en Europe de l'Ouest⁴² après la Seconde guerre mondiale, d'autant plus que le nouvel ordre économique mondial émergent des accords de Bretton Woods avait, pour centre de gravité, l'économie américaine.

B - Un choix modelé par la politique des États-Unis

Si le choix en faveur des règles de libre circulation des marchandises et de démantèlement progressif des restrictions douanières était propre aux Européens de l'Ouest, l'influence américaine reste déterminante. Forts de leur modèle économique dominant, les Américains imposèrent en effet les règles de la concurrence contre les cartels et les ententes contenues dans le Sherman Act. Devenues une référence mondiale, elles se retrouveront dans les règles adoptées par la Communauté économique européenne. Ces règles avaient aussi inspiré un chapitre de la Charte de la Havane⁴³, mais celle-ci n'entra jamais en vigueur du fait que le Sénat américain refusa de ratifier la Charte. Cela eut pour conséquence de se priver d'importantes limites à l'économie de marché puisque la Charte établissait un lien entre le commerce et l'emploi ; elle plaçait les relations commerciales des États sous le principe fondamental de l'équilibre des paiements ; elle permettait des restrictions quantitatives à l'importation, le contrôle des investissements étrangers et des régimes spéciaux pour les produits de base, notamment alimentaires. Pour cette raison, ne furent appliqués que les accords du GATT de 1947 mettant en œuvre le simple démantèlement des taxes douanières sur les produits industriels.

Avec le plan Marshall, les États-Unis demandèrent aux Européens de libéraliser leur commerce extérieur pour bénéficier de leur soutien économique, militaire et financier⁴⁴. L'organisation européenne de coopération économique – OEEC – fut créée à cet effet en avril 1948. Refusés par les pays de l'Est soumis à la tutelle soviétique, ces prêts et dons permirent aux Européens de l'Ouest de relever très rapidement leur économie et d'exporter vers les États-Unis. Pour faciliter les règlements financiers internationaux grâce à un système de compensation limitant les besoins en devises, les pays de l'OEEC créèrent l'Union européenne de paiements en septembre 1950, organisation qui fut transformée en Accord monétaire européen en 1955.

41. Voir Paul Krugman, *La mondialisation n'est pas coupable : vertus et limites du libre-échange*, éd. La Découverte, 2000.

42. En 1944, une convention douanière sera à l'origine du Benelux regroupant la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg. Elle supprimera progressivement les droits de douane internes comportant une politique commune de commerce extérieur et autorisant la libre circulation de capitaux.

43. La délégation américaine avait été à l'origine de la rédaction du Chapitre V, Pratiques commerciales restrictives.

44. Après la loi prêt bail du 11 mars 1941 ayant permis de distribuer douze milliards de dollars entre 1945 et 1947, le plan Marshall procura une aide sur quatre ans de dix milliards de dollars, dont 90% de dons. Le discours du général Marshall à l'Université de Harvard avait été tenu le 5 juin 1947 ; le premier envoi d'aides (matières premières, outillages, machines ..) se fait à partir de mai 1948. Dans l'intervalle - dû à la nécessité de faire voter les crédits par le Congrès -, le redressement économique s'est déjà amorcé mais il permet par la suite d'être démultiplié.

Ces aides américaines, qui étaient accompagnées par une présence militaire en Europe de l'Ouest avec le stationnement de centaines de milliers de GI's⁴⁵, étaient conditionnées par l'adoption du modèle libéral et capitaliste américain. Celle-ci a voulu par les pouvoirs publics car, jusqu'au milieu des années 1970, les résistances furent importantes avant que les acteurs privés n'intègrent complètement le modèle proposé⁴⁶. En Allemagne, aucune contestation ne pouvait valablement être formulée : le pays était occupé militairement et la transposition de la législation antitrust américaine avait fait disparaître les Konzern (organisation verticale) et les Kartelle (organisation horizontale). En France, les résistances s'effaçaient face au désir de suivre le modèle américain et au désir de rompre avec la logique des structures économiques et sociales de l'avant-guerre. Aussi, les premières fondations du droit moderne de la concurrence furent posées en 1945⁴⁷ et les communistes furent écartés du pouvoir en 1947⁴⁸. Les produits américains déferlèrent sur le continent mais Washington imposa aussi une certaine vision de la guerre froide effectuant un rappel permanent de la discipline du bloc occidental face aux Soviétiques. Et, si cette américanisation ne fut certes en rien comparable à la soviétisation, elle correspondit à une mise sous tutelle s'accommodant parfaitement des régimes autoritaires : portugais, espagnol, turc ou encore de celui des colonels grecs à la fin des années 1960.

Pour les pays d'Europe de l'Est, l'intégration économique qui s'effectuera au sein du COMECON obéira à un modèle totalement différent. D'un point de vue institutionnel, les États ne devaient consentir aucune délégalation de compétences. Mais le COMECON fonctionnant dans un contexte de domination soviétique, ils étaient obligés de vendre à l'URSS des produits à des prix inférieurs aux cours mondiaux et à lui fournir des quantités supérieures de produits moins chers. Économiquement, l'intégration se faisait par la coordination des plans quinquennaux nationaux – non pas par les marchés – ce qui a paradoxalement abouti à une spécialisation des économies beaucoup plus poussée que dans le cadre de la CEE. De fait, l'intégration économique était, aux yeux des autorités soviétiques « un des moyens pour lutter contre les tendances politiques centrifuges »⁴⁹.

C - Le refus des protectionnismes au sein de la CEE

La mise hors la loi du protectionnisme national constitue la pierre angulaire du droit économique européen. Elle est à la base des quatre libertés de circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes prévues par le traité de Rome. Les Communautés sont en effet fondées sur la conviction que la mise en concurrence des produits aboutit à une meilleure allocation des ressources économiques, la mise en place d'un Marché commun devant permettre à chacun de se spécialiser dans ce qu'il sait mieux faire. La plaisanterie sur le sujet est connue : si l'Europe était un paradis, la police serait anglaise ; les cuisiniers seraient français ; les mécaniciens allemands ; les amants italiens ; le tout organisé par les Suisses. Si l'Europe était un enfer, la police serait allemande ; les cuisiniers seraient anglais ; les mécaniciens français ; les amants suisses ; le tout organisé par les Italiens.

45. En 1962, ils ont atteint un nombre maximum de 462 000.

46. Le développement des écoles de commerce et la diffusion des principes américains en les présentant comme universels, y ont contribué fortement. Marie-Laure Djelic, *Exporting the American Model. The Postwar Transformation of European Business*, Oxford University Press, 1998, http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/marie-laure-djelic-le-capitalisme-americain-est-un-accident-de-l-histoire_1337629.html#5BhItSqSlw36eLHH.99

47. ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix et à la répression des infractions à la législation économique.

48. *Idem*.

49. Nicolas Werth, *Histoire de l'Union Soviétique*, PUF, p. 468.

Les quatre libertés de circulation prévues par le traité de Rome ont pourtant été diversement appliquées. Seule, celle s'appliquant aux marchandises fut rapidement assurée. Les États membres ne pouvaient pas introduire de nouvelles restrictions au commerce intracommunautaire et avaient l'obligation d'éliminer les droits de douane et les taxes d'effet équivalent existant ainsi que les restrictions quantitatives ou les mesures d'effet équivalent. Si quelques dérogations étaient admises par le traité de Rome tenant principalement à la sécurité, à la moralité ou à la santé publique ainsi qu'à l'ordre public, elles ne devaient en aucun cas constituer un prétexte à des restrictions motivées par des considérations économiques et protectionnistes. Ainsi, il n'était toléré aucune discrimination entre les produits nationaux et ceux similaires provenant d'un autre État membre. Appliquées dès l'entrée en vigueur du traité de Rome, ces règles ont été l'objet d'une jurisprudence très abondante marquée par le très fameux arrêt « Cassis de Dijon »⁵⁰. Ce faisant, elles ont suscité des interrogations sur le nivellement par le bas des standards nationaux qui se sont largement avérées infondées. Économiquement, elles ont conduit à une explosion du commerce intra-européen et elles ont conforté le modèle de société américaine fondée sur une consommation de masse.

La deuxième liberté de circulation prévue par le traité de Rome à avoir été intégralement appliquée est celle concernant la libre circulation des capitaux. Cela s'est fait par étape puisque l'arrêt Casati du 11 novembre 1981⁵¹ avait établi que les dispositions sur les transferts et les paiements courants n'étaient directement applicables dans les États membres que dans la mesure où la libéralisation était nécessaire au fonctionnement du Marché commun. Il a ainsi fallu attendre 1984⁵² pour que la Cour interdise de restreindre la circulation intracommunautaire des personnes par des restrictions sur les devises destinées à des paiements courants. Ensuite, en 1988, la directive 88/361/CEE a supprimé les restrictions et les contrôles en matière de change avant qu'un régime de totale liberté ne soit instauré par le traité de Maastricht en 1993. Cette année là, le Marché commun a été renommé Marché unique ou Marché intérieur pour souligner la disparition de toutes les barrières internes même si la libre circulation des personnes et des services n'était toujours pas complète.

Dans les faits, la spécialisation devant résulter de la mise en concurrence au sein du Marché commun/Marché unique ne s'est pas produite ou très peu. Les États cherchent encore à protéger leurs productions et leurs marchés par des réglementations ou des aides nationales. Par dessus tout, ils conservent leurs compétences en matière sociale et fiscale, ce qui se traduit par des distorsions considérables à l'intérieur du Marché unique.

§ 2 - *Les exceptions protectionnistes du droit économique européen*

En cherchant à protéger certains secteurs de leur économie, les Communautés européennes ont généré un conflit entre une conception économique « dirigiste » et une conception plus favorable au « laissez faire » constituant aux yeux de certains économistes, un des majeurs problèmes de la construction européenne⁵³.

50. Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, aff. 120/78, *Rec.* 1979, p.649.

51. Aff. 203/80, *Rec.* 1981 p. 2595.

52. CJCE arrêt du 31 janvier 1984, Graziana Luisi et Giuseppe Carbone c. Ministero del Tesoro, aff. 286/82 et 26/83 , *Rec.* p.377.

53. Alberto Alesina et Roberto Perotti, « The European Union: a politically incorrect view », février 2004. www.cepr.org/meets/wkcn/1/1624/papers/perotti.pdf

A - L'interventionnisme au sein du Marché commun et la préférence communautaire vis à vis des tiers

L'interventionnisme au sein du Marché commun regarde essentiellement les questions agricoles. Historiquement, elles ont toujours entraîné une oscillation entre libre-échangeisme et protectionnisme. L'abrogation des *Corn Laws* avait ainsi soulevé une controverse entre Malthus et Ricardo qui est toujours d'une grande actualité. Elle avait poussé le Royaume-Uni et les États d'Europe du nord à partiellement sacrifier leur agriculture au profit de leur développement industriel mais la France et l'Allemagne avaient toujours gardé une politique agricole très protectionniste qui s'était généralisée à toute l'Europe dans les années 1930. Après la guerre, chaque pays s'était attaché à reconstruire et à soutenir son agriculture ce qui avait conduit en France à des surplus qu'il fallait écouler. Découlant de ces procédures nationales, la politique agricole commune devait tant garantir l'indépendance alimentaire de l'Europe qu'offrir un niveau de vie équitable aux agriculteurs. De ce fait, tout en incorporant l'agriculture dans le Marché commun, la Communauté économique européenne choisit aussi l'interventionnisme public en adoptant une politique de soutien aux marchés.

Dans la pratique, il s'agissait de tendre un filet protecteur en dessous duquel les prix des produits agricoles ne pouvaient descendre. Ainsi, pour chaque produit, était fixé un prix indicatif (de base, d'orientation) correspondant au prix jugé optimal pour les transactions entre opérateurs économiques et pour la réalisation des objectifs de la politique agricole commune. Le prix indicatif retenu déterminait à son tour le prix d'intervention qui, fixé à un niveau inférieur d'environ 20 %, déclenchait les mécanismes d'aide communautaire. L'importance du soutien communautaire dépendait donc de choix politiques : ainsi, pour les céréales, le prix indicatif a d'abord correspondu à celui de Duisbourg dans la Ruhr soit la zone la plus déficitaire de la CEE avant d'être remplacé par celui du marché d'Orléans correspondant à la zone la plus excédentaire de la CEE.

Jusqu'aux années 1980, la Communauté est intervenue de façon permanente et systématique pour soutenir le cours de la majorité des produits agricoles. Ce mécanisme d'intervention a entraîné la formation d'excédents structurels très coûteux puisque la politique européenne poussait certains pays à produire uniquement pour profiter des prix d'intervention. Trop coûteuse pour les finances de la Communauté, la politique agricole commune a été révisée à partir des années 1980.

La politique communautaire de soutien aux revenus des agriculteurs comportait également un volet externe - la « préférence communautaire » - visant à limiter l'importation dans la Communauté de produits agricoles. Pour isoler le Marché commun agricole des autres marchés mondiaux et de leurs fluctuations, était interdite l'importation de produits agricoles dans le Marché commun à un prix inférieur aux prix de seuil fixés par le Conseil qui correspondaient à peu près aux prix indicatifs.

Ce système d'ajustement variable permettait une adaptation permanente aux moindres fluctuations des prix sur le marché mondial empêchant les tiers de tirer un avantage d'une baisse des prix mondiaux pour gagner des parts du marché européen : même si les prix extérieurs étaient moins chers que ceux européens, un agriculteur CEE avait intérêt à s'approvisionner auprès d'un autre agriculteur CEE. D'une redoutable efficacité, ce système a été très mal perçu par les autres pays du monde et, en particulier, par les États-Unis. Il a été utilisé jusqu'à ce que les accords de l'OMC entrent en vigueur et a été maintenu après pour quelques produits.

B - Les montants compensatoires monétaires

Pouvant être qualifié d'aberration la plus grossière du droit économique européen⁵⁴, le

54. Les critiques ont été très nombreuses en France. Voir par exemple Norman Palma, *Réflexions sur l'union monétaire européenne, Analyse de la crise économique actuelle*, Indigo Ediciones, Paris, 1998.

système des montants compensatoires monétaires a été institué à partir de 1969 à la suite de l'importante dévaluation subie par le franc français. Il s'agissait de neutraliser les perturbations introduites par les variations monétaires dans les échanges de produits agricoles et de maintenir le principe d'unité du marché en vertu duquel les pays de la Communauté avaient dû supprimer les droits de douane, les subventions et les entraves à la circulation des produits agricoles. Lorsque la monnaie d'un État membre était dévaluée, les prix garantis des produits agricoles étaient revalorisés d'autant en monnaie nationale sauf pour les exportations agricoles soumises à un montant compensatoire monétaire qui opérait donc comme une taxe à l'exportation et une subvention à l'importation. Compréhensibles au moment de la dévaluation d'une monnaie, ces mécanismes auraient dû être supprimés rapidement mais, au contraire, ils ont généralisés jusqu'à la fin des années 1970.

Ces années-là, l'économie européenne allait en effet être durement secouée par la rupture des accords de Bretton Woods par les Américains en 1971, puis par le premier choc pétrolier de 1973. En septembre 1973, la décision de l'OPEP de déclarer un embargo pétrolier et la vertigineuse augmentation des prix du pétrole qui quadruplèrent en seulement quelques mois créèrent la panique parmi les Européens menaçant l'ensemble de la construction communautaire. Aucune solution politique d'ensemble ne fut trouvée et, plusieurs années furent encore nécessaires pour aboutir à la mise en place du Système monétaire européen. Celui-ci encourut bien des critiques mais, sans commune mesure avec celles touchant aux montants compensatoires monétaires européens. Ignorant l'expérience économique montrant que les pays à monnaie forte sont ceux qui exportent le plus, ils supposaient au contraire qu'il était nécessaire de compenser une dévaluation monétaire et du gain concurrentiel indûment acquis. De plus, les montants compensatoires monétaires, qui ne visaient pas à protéger individuellement les opérateurs économiques mais les organisations communes de marché⁵⁵, étaient d'autant plus inadaptés qu'ils étaient nés dans un système de taux de change fixes et qu'utilisés par la suite dans un système de taux de change flottants, ils se sont révélés impossibles à adapter aux changements exigés par la conjoncture monétaire. Ils ont ainsi été définis comme l'archétype de la réglementation bureaucratique.

Paradoxalement, les montants compensatoires monétaires ont abouti à fractionner le marché en re-nationalisant la PAC. Ils ont favorisé les pays à monnaie forte permettant à l'Allemagne et aux Pays-Bas de développer une agriculture compétitive dans les secteurs à valeur ajoutée élevée. Accentuant l'écart entre les taux de change agricoles et les taux monétaires de marché, ils ont aussi contribué à aligner les prix communs sur la monnaie allemande.

Fortement critiqués, les montants compensatoires monétaires n'ont commencé à être démantelés qu'à partir de mars 1979, lorsque les autorités françaises ont lié la question à l'instauration du Serpent monétaire européen. Le démantèlement n'a cependant été complet que dans les années 1990 avec l'adoption d'un nouveau régime agro-monnaire.

Chapitre II - Mise en concurrence au sein du Marché commun et protection de la concurrence

Inscrit dans le traité de Rome comme un objectif poursuivi par les États justifiant l'établissement de règles communes, le respect d'une concurrence libre et non faussée (I) a constitué la principale limite à l'activité des acteurs économiques du Marché commun. Certains comportements étaient ainsi jugés inadmissibles et passibles de sanctions (II). C'est la raison pour laquelle le droit de la concurrence pose des questions centrales de l'ordre juridique de la Communauté et qu'il a tenu une place primordiale dans la construction communautaire.

55. CJCE 15 octobre 1980, aff. 4/79 Sté Providence agricole de Champagne c. ONIC, *Rec.* p. 2823.

Section I - Une concurrence libre et non faussée

La préservation d'une concurrence libre et non faussée dans le Marché commun a été à l'origine de deux types de règles insérées dans le traité de Rome : d'une part, les règles indirectement applicables aux entreprises concernant les aides d'État ; d'autre part, les règles directement applicables aux entreprises interdisant de conclure des accords ou des ententes faussant la concurrence dans le Marché commun et d'abuser d'une éventuelle position dominante.

Cette concurrence libre et non faussée a été jugée tellement importante pour la réussite de la construction européenne qu'elle avait été placée par le traité de Rome parmi les objectifs de la Communauté (§1). Mais, ses dispositions très vagues ont nécessité de préciser les règles applicables (§2).

§ 1 - Une concurrence non faussée : objectif ou moyen ?

Objectif des Communautés pour le traité de Rome, la concurrence libre et non faussée n'est plus, depuis le traité de Lisbonne, qu'un simple moyen au service d'objectifs plus généraux, comme la croissance ou l'emploi. Les protections communautaires de la libre concurrence restent néanmoins un fondement essentiel des Communautés européennes.

A- L'exigence d'un droit européen de la concurrence

S'inspirant des expériences américaine et allemande pour limiter les abus de puissance économique auxquels conduisait inévitablement le laisser-faire des pouvoirs publics, les rédacteurs du traité de Paris instituant la CECA s'en démarquèrent cependant pour poser les premières bases du droit communautaire de la concurrence. Leur préoccupation était alors d'empêcher les entreprises allemandes de dominer les marchés. Le traité de Paris édictait, en matière d'ententes, des règles nouvelles donnant à la Haute-Autorité des pouvoirs étendus et directement applicables. La démarche s'écartait ainsi des politiques d'avant-guerre qui soumettaient les cartels à une obligation de déclaration pour en contrôler les abus, plutôt que de les interdire. Pour le reste, la démarche fut plus classique.

Si dans la pratique les dispositions de la concurrence du traité CECA furent peu utilisées avant 1957, elles servirent de modèles pour rédiger le traité de Rome. Pour lutter contre le cloisonnement des marchés, il fut interdit certaines ententes, les abus de position dominante et les actions protectionnistes des États membres. La Commission obtint des pouvoirs différents de ceux de la Haute-Autorité puisqu'elle n'avait pas de compétences en matière de fusion. Elle dut attendre 1989 pour s'en voir conférer. Lors de l'écriture des premières règles du droit économique européen, la promotion de l'intégration du marché était un objectif important : le Marché commun restait encore à établir et il était important de laisser le moins de failles possibles. Aussi, sans détailler la signification du concept de concurrence, l'article 3, lettre f du traité de Rome avait-il fixé parmi les buts fixés à la Communauté économique européenne celui d'établir un « régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun ».

Mais, au fur et à mesure que se réalisait l'intégration économique au sein du Marché commun, il n'apparaissait plus utile de promouvoir cet objectif auquel la Cour de justice n'avait plus besoin de faire référence pour affirmer l'importance du droit de la concurrence et sanctionner les comportements aboutissant à un cloisonnement des marchés. En France, l'insertion de la concurrence parmi les objectifs du traité était alors citée en exemple de l'incongruité des règles européennes et de la trop grande attention donnée aux marchés plutôt qu'à la protection sociale et à l'environnement. Avec le traité de Lisbonne, l'objectif d'une concurrence libre et non faussée fut donc transféré de l'article 3 f du traité de Rome vers le protocole additionnel n°17 énonçant que « le

Marché intérieur comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée ». Une telle évolution, qui avait été demandée par le président français N.Sarkozy, s'inscrivait dans un cadre plus large de réécriture des règles, accordant une place plus importante aux préoccupations sociales : l'article 3 § 3 TUE fait état du « développement durable de l'Europe fondé sur (...) une économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social » tandis que l'article 9 TFUE énonce que dans « la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la protection d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'au niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ». La modification des objectifs de l'Union européenne a évidemment soulevé moult interrogations et, en particulier, chez les ordolibéralistes allemands : le droit de la concurrence posant les principes directeurs de la Constitution économique européenne, leur relégation dans un Protocole n'en altérerait-elle pas la substance⁵⁶ ?

B - Les seuils d'application

Les règles en matière de concurrence ne visent que les comportements qui peuvent entraîner une possible affectation du commerce entre États membres : l'article 101 TFUE (ex-art. 85 CEE) interdit les ententes « susceptibles d'affecter le commerce entre États membres » tandis que l'article 102 (ex-art. 86 CEE) réprime les abus de position dominante « dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté ».

Cette exigence commune a été largement interprétée par la Commission et la Cour de justice : dans l'affaire Zoja⁵⁷ le groupe CSC-ICI contestait l'affectation du commerce entre États membres du fait que Zoja écoulait 90 % de sa production en dehors du Marché commun mais, pour la Cour, le comportement litigieux était susceptible d'avoir « des répercussions sur la structure de la concurrence dans le Marché commun ». Depuis cette jurisprudence, peu d'accords échappent désormais au droit communautaire. Dans l'affaire Verbandder Sachversicherer⁵⁸ concernant une recommandation d'augmentation des primes d'assurance-incendie établie par une association de compagnies d'assurance allemandes, la Cour déclare que la recommandation peut avoir pour effet d'entraver le commerce intra-communautaire, du fait qu'elle était applicable par des succursales allemandes contrôlées par des sociétés établies dans d'autres États membres.

Par ailleurs, le droit communautaire ne s'applique qu'en cas de limitation sensible à la concurrence. Ainsi, l'article 102 du TFUE ne réprime l'exploitation dominante que si celle-ci s'exerce « sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». En 1986, la Commission a indiqué qu'elle ne contrôlerait que les accords d'une certaine importance : ceux des entreprises ayant au moins de 5 % des parts du marché et dont le chiffre d'affaires dépassait 200 millions d'écus. Pour les concentrations, deux conditions sont posées pour appliquer le droit communautaire : un chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées d'un montant supérieur à 5 milliards d'écus, un chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux entreprises concernées d'au moins 250 millions d'écus⁵⁹. De plus, le critère « 3+ » donnait une compétence exclusive à la Commission européenne lorsqu'au moins trois pays membres le demandaient.

56. Voir le n° 2011/4 de la Revue internationale de droit économique consacrée à « La constitution économique européenne revisitée » sous la direction de Hans-W.Micklitz. D'autres avaient dénoncé la place accordée à la concurrence. Voir ainsi François Hervouët « La dérive de l'Union européenne : de l'objectif de l'union entre les peuples à celui de la concurrence », *RMCUE*, n°514, janvier 2008, p. 9-13.

57. CJCE arrêt du 6.3.1974, aff. 6 et 7/73, ICI-CSC, *Rec.* 1974, p.223.

58. CJCE arrêt du 27.1.1987, aff. 45/85, *Rec.* 1987, p.447.

59. La fusion peut également être avoir une dimension européenne avec d'autres critères : par exemple, le chiffre d'affaires total mondial par l'ensemble des entreprises concernées atteint 2,5 milliards d'euros.

§ 2 - *Établir des règles juridiques stables sur des concepts économiques mouvants*

Le droit de la concurrence a constitué l'un des rares domaines permettant à une institution européenne de prendre des décisions visant directement les personnes. Il a ainsi été à l'origine de l'affirmation par le juge de principes généraux du droit communautaire⁶⁰.

A - *Les lacunes du droit économique européen*

La formulation des règles de la concurrence et l'attribution à la Commission européenne de pouvoirs d'instruction et de sanction ont posé la question de la prise en compte des droits fondamentaux des entreprises⁶¹ alors que ni le traité de Rome, ni les règlements d'application ne prévoyaient de dispositions à ce sujet.

La Cour de justice a été conduite à faire appel à des règles non écrites du droit communautaire, lequel « issu d'une interpénétration, non seulement économique, mais aussi juridique des États membres, doit tenir compte des principes communs au droit de ces États »⁶².

C'est ainsi que la protection des droits fondamentaux en droit européen a été assurée au fil d'une jurisprudence très étoffée grâce aux principes généraux du droit communautaire que la Cour a affirmés en se référant aux lois constitutionnelles des États membres. Dans l'arrêt *Handelgesllaschft* du 17 décembre 1972, les juges communautaires affirment que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. » Ces principes sont tellement importants qu'ils n'avaient pas besoin d'être inscrits dans les premiers traités formant les Communautés européennes ; ils se constatent par eux-même et sont communs aux États membres. On les retrouve donc sous une forme ou sous une autre dans les lois nationales malgré de possibles différences de portée et de fondements. Constatant l'existence de principes communs, la Cour les transpose et les intègre dans l'ordre juridique communautaire.

Tous les principes généraux du droit communautaire découlent du principe de la légalité. Celui tenant au respect des droits de la défense comprend lui-même le droit de faire entendre ses observations avant qu'une décision ne soit prise à son encontre et les droits en découlant : respect des délais, droit à la communication des griefs, droit à l'accès au dossier, etc...⁶³ Ces droits de la défense s'étendent à la phase d'enquête : après le droit au secret de la correspondance avec l'avocat⁶⁴, le droit à la protection de l'inviolabilité du domicile a été reconnu dans l'affaire *Hoetsch* du 21 septembre 1989⁶⁵. Même si certains États comme l'Irlande ou les Pays-Bas excluent l'application de ce droit aux locaux commerciaux tandis que d'autres conditionnent l'ingérence de l'autorité administrative à la délivrance d'un mandat judiciaire, la Cour constate que « dans tous les systèmes juridiques des États membres, les interventions de la puissance publique dans la sphère d'activité privée de toute personne, qu'elle soit physique ou morale, doivent avoir un fondement légal et être justifiées par les raisons prévues par la loi et que ces systèmes prévoient en conséquence, bien qu'avec des modalités différentes, une protection face à des interventions qui seraient arbitraires ou disproportionnées. L'exigence d'un tel principe doit être reconnue comme un principe général du droit communautaire ». Il en est de même du droit de garder le silence ou de ne

60. Voir sur ces questions ma thèse de Doctorat « *La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence* », Institut universitaire européen de Florence, 27 mai 1992.

61. *La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence*, Nouvelles Éditions Fiduciaires, mars 1993, titre I, p.17-133.

62. CJCE arrêt du 18 mai 1982, aff. AM&S, *Rec.* 1982 p.1575.

63. *Idem*, p.95 à 113.

64. CJCE arrêt du 18 mai 1982, AM&S, *Rec.* 1982 p.1579 et « La protection juridique des entreprises... », *préc. cit.* p.87-88.

65. Aff. 46/87, *Rec.* 1989 (8) p.2919.

pas témoigner contre soi-même qui existe au Royaume-Uni dans les procédures non-pénales⁶⁶. Plus classiquement, figurent parmi les principes généraux du droit communautaire, le principe d'égalité et par extension celui de non-discrimination exigeant que des situations comparables ne soient pas traitées différemment, le principe de proportionnalité issu du droit allemand selon lequel les buts poursuivis doivent être atteints dans les conditions les plus favorables aux assujettis, celui de sécurité juridique qui est une notion cadre recouvrant le principe de non-rétroactivité et le respect des droits acquis...⁶⁷

On constate que les juridictions communautaires ont su veiller à protéger très strictement les droits de la défense même si elles n'ont pu éliminer un problème majeur qui est celui de la durée de la procédure d'application des articles 101 et 102, source d'insécurité juridique pour les entreprises⁶⁸. Les dossiers relevant du règlement des concentrations sont traités dans un délai de un mois ; ceux, qui posent des problèmes sérieux (soit moins de 7 % des dossiers notifiés) font l'objet d'un examen approfondi avec une durée maximale de 5 mois, mais, là encore, le temps écoulé est jugé excessif au regard des contingences de l'activité économique des entreprises⁶⁹.

Ces principes généraux du droit communautaire ne sont pas obligatoirement applicables dans les procédures nationales⁷⁰. Pourtant, il est fréquent que les juges nationaux trouvent dans les règles communautaires les références nécessaires en cas de lacunes des législations nationales⁷¹.

B - Les méthodes d'application de la politique de la concurrence

Le droit communautaire est bâti sur des concepts mouvants : alors qu'un accord sur des termes plus précis aurait été impossible à trouver, on constate comme dans tous les processus d'accords internationaux que, plus le champ d'application géographique et matériel est large, moins la règle adoptée peut être contraignante. De plus, la nature des dispositions, constituant des règles du jeu plutôt que des renoncements à des compétences, nécessite que le sens donné aux termes employés puisse évoluer. Comme la politique de la concurrence obéit à une dialectique des normes très présente - pour ne mentionner que les oppositions les plus évidentes, l'autonomie du droit communautaire se heurte aux souverainetés nationales, les droits de la défense à l'efficacité administrative et aux droits des tiers -, l'évolution des règles applicables se traduit donc par une recherche permanente d'un équilibre entre les diverses catégories d'opérateurs économiques. De plus, le règlement individuel des affaires concernant les ententes et les abus de position dominante suppose d'utiliser une méthodologie adéquate dans ce secteur juridique.

Les méthodes d'appréciation de l'illégalité d'une entente sont presque systématiquement comparées à celles utilisées par les autorités antitrust américaines mais cela reste très surfait. On distingue deux méthodes d'appréciation de l'illégalité d'une convention : le principe de l'interdiction « *per se* » qui procède par présomptions et la règle de raison qui requiert une analyse concrète des effets de chaque convention sur le jeu de la concurrence. Apparemment opposées, ces deux méthodes d'analyse sont souvent difficiles à distinguer clairement. Au départ, la Commission s'est inspirée du modèle allemand de l'interdiction « *per se* » qui se caractérise par son approche

66. CJCE arrêt du 18 octobre 1989, aff. Solvay-Orkem, *Rec.*1989 p.3355 confirmé par l'arrêt du 20 février 2001 Mannesmannrörhen.

67. Voir à ce sujet, « La protection juridique... », *préc. cit.* p.95 et svtes.

68. Le règlement 2988/74 a introduit un délai de prescription de trois ans pour les infractions procédurales et une prescription de cinq ans pour les infractions aux articles 101 et 102 TFUE. La prescription ne joue que pour les sanctions pécuniaires. En théorie, la Commission peut indéfiniment engager la procédure et constater qu'une infraction aux règles du traité a été commise ce qui peut avoir des conséquences en matière civile et commerciale devant les juridictions nationales.

69. Marie-Anne Frison-Roche parle ainsi de « calvaire » des entreprises qui fusionnent, *Les Échos* du 31 août 2004.

70. CJCE arrêt du 17 novembre 1993, Reiff, aff. C-185/91, *Rec.* 1993, p. I-5801

71. « La protection juridique des entreprises... », *préc. cit.* p.188-189.

essentiellement formaliste. Selon elle, en matière d'accords verticaux, toute restriction à la liberté d'action des parties susceptible de restreindre la concurrence ressort de l'interdiction de l'article 101 §1 du TFUE. Un éventuel accroissement net de la concurrence n'est alors pris en compte que pour l'examen des conditions d'exemption. Mais la Cour récuse l'incrimination « per se » de certains accords, comme les licences exclusives de droits de propriété industrielle ou de droits intellectuels, car, dans certaines circonstances que seul un examen économique peut révéler, ces accords peuvent constituer des limitations raisonnables de la concurrence.

Dans l'affaire *Brasserie de Haecht II*⁷², la Cour conclut qu'en « tenant compte de la spécificité des produits en cause, (...) la concession d'une licence exclusive ouverte, c'est à dire d'une licence qui ne vise pas la situation des tiers, tels les importateurs parallèles et les licenciés pour d'autres territoires, n'est pas en soi incompatible avec l'article 85 §1 du traité (art. 101 §1 TFUE) ».

Par ailleurs, la pratique a montré un assouplissement progressif du critère de restriction de la concurrence au sens du paragraphe 1. On en a déduit que le droit communautaire se dotait d'une sorte de « règle de raison » en s'orientant d'abord vers la théorie des restrictions accessoires puis, plus prudemment, vers celle du bilan concurrentiel. Elle a ainsi développé la théorie des restrictions accessoires. Cette théorie consiste à légitimer les engagements qui sont l'accessoire d'une obligation principale dont le caractère licite, à cet égard au moins, est acquis. Dans les arrêts *Metro* du 25 octobre 1977⁷³, puis *Remia* du 11 juillet 1985⁷⁴ et *Pronuptia* du 28 janvier 1986⁷⁵, la Cour avait déterminé les engagements nécessaires à l'accomplissement de l'objet d'une convention qui est en elle-même licite en estimant que, lorsque le système de distribution sélective mis en place n'a pour objet que de définir les critères objectifs et qualitatifs de sélection des revendeurs, il ne tombe pas sous le coup de l'article 101 §1 du TFUE.

La méthode du bilan concurrentiel est tirée du Sherman Act. Il s'agit d'une méthode d'analyse destinée à établir, pour chaque convention située un dans contexte réel, un bilan de ses effets anti et pro-concurrentiels. Si celui-ci révèle un solde positif, du fait que la convention stimule davantage la concurrence qu'elle ne la restreint, l'interdiction n'a pas à s'appliquer. Le mérite de l'application de la règle de raison sous la forme du bilan concurrentiel est attribué à l'arrêt *Nungesser ou Eisele*⁷⁶, concernant une licence exclusive sur une nouvelle semence de maïs : la Cour examine la nature économique et les conséquences des conduites concernées pour déterminer si elles relevaient de l'application de l'article 101 §1 du TFUE ; elle conclut que certaines dispositions contractuelles, conférant une exclusivité territoriale en matière de brevet, favorisent en l'espèce l'introduction et l'exploitation de nouvelles technologies puisque le détenteur du brevet ne courra pas de risques sans s'être assuré de ce degré d'exclusivité.

L'application de la « règle de raison » et l'utilisation de l'analyse économétrique⁷⁷ permettant de « révéler » les principaux déterminants de la concurrence sur les marchés interviennent pour l'exonération de l'article 101 §3 du TFUE⁷⁸ et pour l'appréciation d'une fusion d'entreprises. L'application de la « règle de raison » reste strictement limitée à ces cas de figure⁷⁹.

72. CJCE arrêt du 6 février 1973, *Rec.* 1973 p.77.

73. *Rec.* 1977, p.1975.

74. *Rec.* 1985, p.2566.

75. *Rec.* 1986, p.353.

76. CJCE arrêt du 8 juin 1982, *Rec.* 1982, p.2015.

77. Voir Ermano Fegatilli et Nicholas Petit, « Économétrie du droit de la concurrence. Un essai de conceptualisation », *RIDE* 2009/1, p.67-122.

78. TPI arrêt du 18 septembre 2001, *Metropole Télévision c. Commission*, aff. T-112/99, *Rec.* 2001, p.II-254.

79. CJCE arrêt du 28 janvier 1986, *Pronuptia*, 161/84, *Rec.* 1986 p. 353, point 24, TPI arrêt 15 juillet 1994, *Matra Hachette/Commission*, T-17/93, *Rec.* 1994 p. II-595, point 48.

Section II - Les pratiques interdites par le droit économique européen

L'article 101 du TFUE (ex art. 85 du traité de Rome) vise les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées ; l'article 102 du TFUE (ex art. 86 du traité de Rome) vise l'action unilatérale d'une ou plusieurs entreprises ; l'article 107 du TFUE (ex art. 87 du traité de Rome) interdit les aides d'État faussant la concurrence.

§ 1 - Les ententes anticoncurrentielles

La répression des ententes anticoncurrentielles suppose de déterminer les ententes interdites selon le paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE ce qui entraîne leur nullité au titre du paragraphe 2. Une exonération peut être accordée par application du paragraphe 3.

A - Les ententes visées par l'article 101 du TFUE

L'article 101 du TFUE vise « les accords entre entreprises », les « décisions d'association d'entreprises » et les « pratiques concertées ». Les accords entre entreprises doivent être entendus largement puisque le droit communautaire s'attache au contenu de l'accord, non à sa forme : les accords peuvent être de type horizontal ou vertical ; il peut s'agir de « gentlemen's agreements », d'accords verbaux. La simple mention « exportation interdite » sur une facture constitue une clause faisant partie intégrante de l'accord conclu entre le fabricant et ses clients. Il n'est pas indispensable que le contrat soit effectivement exécuté.

En cas de constitution de filiale commune, il peut se poser un problème de distinction des accords visés par l'article 101 du TFUE et les opérations de concentration. Selon la différenciation établie par la Commission en 1966, « une entente peut être définie comme un accord entre entreprises restant autonomes, en vue d'un comportement déterminé sur le marché ; on parle de concentration lorsque plusieurs entreprises sont regroupées sous une direction économique unique en abandonnant leur autonomie économique ».

L'article 3 du règlement 4064/89 reprend ces critères : il définit la concentration comme la fusion de deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes, ou comme « l'acquisition par deux ou plusieurs entreprises directement ou indirectement, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises ». Ainsi, dans l'affaire Renault-Volvo du 7 novembre 1990, était en jeu un double accord de coopération technique et industrielle dans les secteurs des automobiles et des camions, opérant des échanges d'actions respectivement de 25 et 45 % du capital et instaurant des comités communs. La Commission distingue les deux marchés concernés pour conclure à l'applicabilité de l'article 101 du TFUE à l'accord de production automobile : Celui-ci ne confère pas une influence décisive aux parties ou à l'une d'entre elles. Rien ne les force à prendre des décisions communes ou à intégrer leur production; elles peuvent même en cas de désaccord œuvrer indépendamment. Au contraire, si le même type de clause est inscrit dans l'accord concernant les camions, le niveau d'actions échangées laisse à penser que les parties seront obligées de trouver une solution commune. Par ailleurs, les activités de développement et de production devant être intégrées, les parties ont instauré un processus irréversible de dépendance, rendant excessivement coûteuse toute rupture de l'alliance. Par conséquent, le règlement 4064/89 est applicable à l'accord passé sur ce marché

En ce qui concerne les décisions d'associations d'entreprises, la forme est comme pour les accords entre entreprises, indifférente : dans l'affaire Verbandder Sachversicherer⁸⁰, la Cour constate qu'une simple « recommandation, quel qu'en soit le statut juridique exact, constituait l'expression

80. CJCE arrêt du 27 janvier 1987, *Rec.* 1987 p.405.

fidèle de la volonté de la requérante de coordonner le comportement de ses membres sur le marché » concerné et relevait donc de l'article 101 du TFUE.

Pour les pratiques concertées, la notion est prévue de façon distincte pour empêcher que les entreprises ne contournent l'application de l'article 101 §1 du TFUE en s'informant, par exemple mutuellement à l'avance, de l'attitude envisagée par chacune afin que chacune puisse régler son comportement commercial en sachant que ses concurrents agiront de la même manière⁸¹.

La pratique concertée exigeant un degré de concertation moindre, la preuve s'avère beaucoup plus délicate à établir. Dans l'affaire *Musique Diffusion française*⁸², la Cour a considéré qu'une pratique concertée peut être établie, non seulement par une preuve directe, mais aussi par une preuve circonstancielle, « sur des présomptions et des déductions de faits bruts ». En l'absence de preuve formelle de la pratique concertée, celle-ci sera caractérisée par un faisceau d'indices qui, pris isolément, ne pourraient suffire à identifier l'infraction.

Il reste un problème pour les marchés oligopolistiques : pour les économistes, des comportements parallèles conscients peuvent être le résultat de la seule structure du marché. Chaque entreprise élabore une politique individuelle de prix en prévoyant les réactions anticipées de ses concurrents. Toutefois, une pratique concertée concernant un marché oligopolistique a été sanctionnée dans l'affaire « verre plat »⁸³.

B - L'interdiction et la nullité des ententes faussant la concurrence

L'article 101 §1 du TFUE prohibe les ententes qui restreignent la concurrence en édictant une nullité de plein droit prévue au paragraphe 2. Le paragraphe 1 prohibe les ententes ou pratiques concertées « qui ont pour objet, ou pour effet, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun ». Ces conditions n'étant pas cumulatives mais alternatives, il d'abord faut s'interroger sur le but précis de l'entente dans le contexte économique où elle s'exerce. Pour appliquer « l'article 101 §1, la prise en considération des effets concrets d'accord est superflue dès qu'il a pour objet de restreindre (..) le jeu de la concurrence ».⁸⁴ Si tel n'est pas le cas, il faut alors vérifier que l'accord n'a pas un effet de distorsion sur la concurrence :

L'effet doit être notable mais il peut être seulement potentiel. L'appréciation de la violation de la concurrence impose tout d'abord de délimiter le marché en cause. Ainsi, dans l'affaire *Windsurfing*⁸⁵ concernant un contrat de licence, la requérante contestait l'existence d'un commerce spécifique de composants isolés de planche à voile avant 1981. La Cour reconnaît que la gravité des infractions est diminuée du fait que le marché des composants n'était pas très important par rapport au marché des planches à voile complètes sur la période concernée.

Une fois le marché délimité, plusieurs éléments, que l'on retrouve dans le cadre de l'application de l'article 102 du TFUE, sont pris en compte par la Commission pour apprécier la distorsion d'une entente sur la concurrence. L'article 101 §1 du TFUE énumère à titre indicatif cinq types d'objet, ou d'effet, d'ententes considérées comme particulièrement nocives :

La première catégorie citée vise les accords qui consistent « à fixer, de façon directe ou indirecte, les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ». Ces accords, qui sont applicables par les parties dans les relations qu'elles entretiennent avec les tiers, couvrent les

81. Déc. *Verre plat*, *JOCE* 1989, L.33/44, point n° 63 ; *PEDB*, *JOCE* 1989, L.74/1 ; *Treillis soudés*, *JOCE* 1989, L.260/1.

82. CJCE arrêt du 7 juin 1983, *Rec.* 1983 p.1825.

83. Déc. du 7 décembre 1988, *JOCE* 1989, L.33/44.

84. CJCE arrêts du 13 juillet 1966, aff. 56-58/64, *Grundig-Consten*, *Rec.* 1966, p.429 et du 27 janvier 1987, aff. 45/85, *Assurances-Incendies*, *Rec.* 1987, p.447.

85. CJCE arrêt du 25 février 1986, aff. 193/83, *Rec.* 1986, p.643, att. 12 et 112.

échanges d'information en matière de prix et de conditions commerciales⁸⁶. Ainsi, dans l'affaire du cartel des ascenseurs du 21 février 2007⁸⁷, les entreprises allemande ThyssenKrupp, américaine Otis, suisse Schindler et finlandaise Komé, s'étaient entendues plusieurs années pour s'échanger des informations commerciales et établir les prix des ascenseurs et des escalators. Elles ont été sanctionnées d'une amende totale de un milliard d'euros. La Japonaise Mitsubishi, impliquée uniquement aux Pays-Bas, a dû quant à elle payer 1,8 million d'euros.

L'article 101 du TFUE mentionne ensuite les accords qui consistent à « limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ». On trouve dans ce groupe les diverses fixations de quotas de production, commercialisation, stockage ou importation. De nombreux règlements d'exemptions catégorielles sont désormais applicables.

Le troisième type d'ententes mentionnées à l'article 101 recouvre celles qui tendent à « répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement »⁸⁸. Ces ententes sont considérées comme éminemment nocives. Néanmoins, certaines d'entre elles peuvent s'avérer acceptables sous certaines conditions : c'est le cas des accords de distribution exclusive, des systèmes de distribution sélective inadmissibles quand ils sont fondés sur des critères quantitatifs⁸⁹ mais admissibles quand l'agrément des revendeurs est décerné selon des critères de type qualitatif et objectif⁹⁰ ; il en est de même des contrats de franchise⁹¹ dont certaines clauses peuvent être valides, telles que des clauses de limitation de concurrence à expiration du contrat, à condition qu'elles soient limitées dans le temps et dans l'espace ; c'est enfin le cas des contrats exclusifs d'achat qui sont notamment utilisés dans les secteurs de la distribution des carburants et de la bière « en tenant compte de la spécificité des produits en cause »⁹².

Le quatrième type d'ententes vise celles qui consistent à « appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ». L'affaire des « Carreaux de céramique »⁹³, dans laquelle des fabricants allemands avaient convenu d'appliquer des remises cumulées aux seuls acheteurs allemands et uniquement pour les commandes passées auprès d'eux, en est une bonne illustration. On peut également ranger dans la catégorie, les accords réciproques d'exclusivité par lesquels les fabricants s'engagent à ne livrer qu'à certains types d'acheteurs qui, de leur côté, s'engagent à acheter uniquement auprès de ces fabricants.

Enfin, l'article 101 du TFUE mentionne les clauses visant à « subordonner la conclusion à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ». Ces clauses sont susceptibles de se rencontrer principalement en matière d'accord de licence de brevet, sous forme, par exemple d'obligation de s'approvisionner en certains produits : par exemple, dans l'affaire Tetra Pak II⁹⁴ l'entreprise a eu une amende de 75 millions d'écus car elle obligeait, entre autres, ses clients à utiliser des cartons Tetra Pak sur ses machines.

La nullité prévue par le paragraphe 2 de l'article 101 du TFUE peut même être invoqué par une entreprise « partie à un contrat susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, » sauf si elle a pris une part significative dans la distorsion de la concurrence et en

86. Fixation de tarif en matière de transport aérien, l'aff. 66/86, Amhed Saed, *Rec.* 1989, p.838.

87. Aff. COMP/E-1/38.823, *JOCE* 26 mars 2008 C/75/19.

88. Aff. Ford, *Rec.* 1982, p.3091.

89. CJCE arrêt du 10 juillet 1980, Lancôme. *Rec.* 1980, p.2511.

90. CJCE arrêt du 25 octobre 1983, AEG, *Rec.* 1983 p.3151.

91. Pronuptia, CJCE arrêt du 28 janvier 1986, *Rec.* 1986 p.353.

92. Delimitis-Henninger Braü, du 28 février 1991, *Rec.* 1991 p.I-977.

93. Déc. du 29 décembre 1970, *JOCE* 1971, L.10/15.

94. *JOCE* 1992, L.72/1.

raison des principes nationaux : « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude »⁹⁵.

C - La possibilité d'exemption des ententes

Au titre de l'article 101 §3 du TFUE, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables, à tout accord ou catégorie d'accords, de décisions ou 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 ». L'entente ne doit pas dans le même temps, « imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs » et « donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

La Commission jouit d'un large pouvoir d'appréciation⁹⁶ avec un contrôle juridictionnel limité à l'examen de la matérialité des faits et de la qualification juridique. Elle doit d'abord s'assurer que « l'avantage suffisant » ne peut être obtenu par le seul jeu de la concurrence. Les améliorations apportées doivent être réelles; elles ne doivent pas se circonscrire à l'élimination ou à la réduction des aléas inhérents à toute activité commerciale des entreprises. Elles peuvent consister en un meilleur fonctionnement du marché, tel qu'un approvisionnement plus stable en matière énergétique⁹⁷ ou une meilleure utilisation des capacités de production⁹⁸, en une amélioration de la distribution des produits ou des services comme l'établissement d'un service après-vente plus performant⁹⁹, l'élargissement de la gamme antérieurement offerte par les partenaires¹⁰⁰, la promotion du progrès technique¹⁰¹, l'amélioration du service apporté au client¹⁰². L'emploi est également pris en considération par la Commission pour apprécier les avantages éventuels d'une restructuration. L'avantage doit être imputable à l'entente. La charge de la preuve incombe aux coalisés mais également à la Commission qui doit, par ses propres moyens, concourir à l'établissement des faits et circonstances pertinents. La Commission doit ensuite vérifier que l'avantage est équitablement réparti. Les avantages directs qui découlent des accords passés en matière de recherche et développement, de transfert de technologie ou pour lancer un produit nouveau, sont par leur nature présumés se répercuter sur les tiers.

§ 2 - La régulation des positions dominantes

L'article 102 TFUE, énonce qu'est « incompatible avec le Marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ».

A - La détention d'une position dominante

Une position dominante n'existe pas dans l'abstrait ; elle s'apprécie par rapport à un marché de référence et à travers un certain nombre d'indices.

La délimitation du marché pertinent vise à définir l'espace commercial à l'intérieur duquel il convient d'évaluer les conditions de la concurrence et la puissance de l'entreprise en position

95. CJCE arrêt du 20 septembre 2001, *Courage Ltd / Bernard Crehan*, affaire C-453/99, *Rec.* 2001 I-06297.

96. CJCE arrêt du 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association*, *Rec.* 1974 p.1031.

97. Déc. *Carbon Gas Technologie*, *JOCE* 1983, L.376/17.

98. Déc. *Carslberg*, *JOCE* 1974, L.207/26.

99. Déc. *Saba II*, *JOCE* 1983, L.376/41.

100. Déc. *VW-Man*, *JOCE* 1983, L.376/11.

101. *BP.Kellogs*, *JOCE* 1985, L.369/6.

102. Déc. *Association belge des banques*, *JOCE*, 1987, L.7/27.

dominante sur le marché. La démarche est primordiale car selon que le marché sera évalué de façon plus ou moins étroite, il sera plus ou moins facile d'établir une position dominante¹⁰³. Dans tous les cas, le marché doit être délimité sous un double critère géographique et matériel.

La délimitation matérielle du marché consiste à définir les produits à prendre en considération. Pour former un marché distinct, les produits doivent être particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et seraient peu interchangeables avec d'autres produits. Ils doivent s'individualiser, non seulement par leur utilisation, mais aussi par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination. Le juge communautaire admet ainsi dans l'affaire Hoffmann-La Roche du 13 février 1979¹⁰⁴, que chaque groupe de vitamines constitue un marché particulier ; dans l'affaire Hugin du 31 mai 1979¹⁰⁵, que les pièces de rechange de caisses enregistreuses de la marque Hugin formaient un marché distinct des pièces des autres marques ; dans l'affaire Michelin du 9 novembre 1983¹⁰⁶, que le marché des pneus neufs était dissociable de celui des pneus d'occasion ; dans l'affaire United Brands du 14 février 1978¹⁰⁷, que le marché de la banane ne pouvait être compris dans celui des autres fruits.

Cette affaire United Brands mérite d'être relevée car, dans un arrêt successif du 7 mai 1987 Co-Frutta et Commission/Italie, la Cour parviendra - grâce à de remarquables acrobaties juridiques - à affirmer le contraire en estimant que les consommateurs avaient une alternative entre choisir des bananes ou d'autres fruits. Cela lui permettra ainsi d'affirmer l'illégalité d'une accise italienne au regard de l'article 95§2 du traité de Rome. Or, l'affaire United Brands constitue un arrêt fondamental en matière de position dominante et une référence constante de la matière.¹⁰⁸

Quant à l'assiette géographique du marché, elle ne correspond pas forcément au Marché commun. Un marché géographique n'a pas de frontières clairement définies et, selon les affaires, son assise est plus ou moins aisée à déterminer. La Cour de justice considère que le marché ne peut être délimité « qu'à une zone dans laquelle les conditions objectives de concurrence du produit en cause doivent être similaires pour tous les opérateurs économiques »¹⁰⁹. Le cas le plus facile est certainement celui de l'existence d'un monopole légal¹¹⁰ ou de fait¹¹¹, ou d'un cloisonnement des marchés nationaux provoqué par les comportements restrictifs des entreprises concernées. Mais, le plus souvent, une analyse économique détaillée est nécessaire. Elle sera fondée sur les caractéristiques des produits ou services en cause, les coûts de transport et les obstacles que les concurrents doivent surmonter pour pénétrer dans la zone géographique à l'intérieur de laquelle l'entreprise détient une position dominante.

L'affaire United Brands¹¹² illustre les difficultés : la Commission avait délimité le marché géographique de la banane à l'Allemagne, le Danemark, l'Irlande, les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg, qui constituaient une zone sans barrières économiques significatives risquant de rendre difficile l'importation, le mûrissement et la vente des bananes « Chiquita ». De plus, la société

103. La même démarche s'applique donc pour les contrôles de concentration est également utilisé : le critère d'interchangeabilité du produit a ainsi conduit la Commission dans l'affaire Renault-Volvo à distinguer trois marchés de poids lourds en fonction du tonnage, celui-ci établissant des frontières techniques et commerciales. CJCE arrêts du 5 octobre 1988, *Rec.* 1988, p.6039 et 6211.

104. *Rec.* 1979 p.461.

105. *Rec.* 1979 p.1869.

106. *Rec.* 1983 p. 3461.

107. *Rec.* 1978 p. 207.

108. D'un point de vue économique, l'arrêt est très instructif car il détaille toute l'organisation du marché de la banane lequel n'a pas par hasard été à l'origine de l'appellation « républiques bananières ». Voir « La protection juridique... » p. 170 à 72 et « La confiance dans les lois du marché et la « guerre de la banane »... » , *préc. cités*.

109. CJCE arrêt du 14 février 1978, aff. 27/76, United Brands, *Rec.* 1978, p.207.

110. CJCE arrêt du 18 octobre 1979, aff. Gema, *Rec.* 1979 p.3173.

111. CJCE arrêt du 13 novembre 1975, Général Motors, *Rec.* 1975 p.1367.

112. Aff. 27/76, United Brands, *Rec.* 1978, p.207.

United Brands avait organisé la commercialisation de ses produits à partir de sa filiale de Rotterdam qui constituait un centre unique pour ladite zone. La Commission excluait trois marchés nationaux, l'Italie, la France et le Royaume-Uni où un régime préférentiel était accordé aux producteurs des anciennes colonies, différant ainsi sensiblement du reste de la Communauté. United Brands contesta sans succès cette analyse, en affirmant que les zones retenues présentaient des conditions de concurrence trop dissemblables pour être considérées comme un Marché unique.

La position dominante est, selon les économistes, toujours temporaire car elle crée un tel dommage à l'économie sous forme de stérilisation d'innovation qu'elle entraîne des interventions des autorités publiques avec les règles de la concurrence.

L'article 102 du TFUE ne donne aucune définition de la position dominante et n'établit aucun lien avec le concept de concurrence. En pratique, l'existence d'une position dominante sur un marché est déterminée à partir d'une série d'indices. Le plus important est celui tiré de la part du marché détenue par l'entreprise. Si une part de marché très faible exclut l'existence d'une position dominante, « des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante ».

Mais, la part du marché doit être évaluée en rapport avec le nombre de concurrents, communautaires et extracommunautaires, ainsi qu'à leur capacité concurrentielle aussi bien actuelle que potentielle. Une entreprise peut se trouver en position dominante sur le marché dont elle ne possède pas une part significative (inférieure à 50 %), si ses concurrents sont nombreux et de petite dimension¹¹³.

L'indice tiré de la présence de barrières à l'entrée du marché est également très important. Dans l'affaire United Brands, des investissements exceptionnellement lourds étaient nécessaires pour pouvoir pénétrer le marché bananier. La Cour constate que, si « les concurrents peuvent utiliser les mêmes méthodes de production et de distribution suivies par la requérante, ils rencontrent des obstacles pratiques et financiers quasi-insurmontables qui constituent un facteur caractéristique de la position dominante. » Le fait, qu'une entreprise présente un degré d'intégration verticale très poussé, sera considéré comme un élément caractérisant sa position dominante sur le marché dès lors que cette structure lui permet de contrôler le produit dans chacune des phases de la commercialisation : United Brands disposait de ses propres plantations, de ses propres usines d'emballage et de conditionnement, de ses propres moyens de transport lui permettant de contrôler le stade du murissement et de la distribution.

La position dominante peut également être collective. Dès les premières décisions d'application, la Commission avait condamné solidairement plusieurs sociétés pour abus de position dominante mais il s'agissait de sociétés mères et de filiales constituant une entité économique unique. Le problème se pose avec les critères de distinction d'une position dominante collective d'un simple oligopole. L'arrêt Amhed Saeed¹¹⁴ montre que des entreprises liées par un accord relevant de l'article 101 ne peuvent collectivement abuser d'une position dominante. L'idée d'un lien structurel entre les oligopolistiques comme élément décisif d'une position dominante collective doit être abandonnée. Il faut donc recourir à plusieurs indices qui seront à eux seuls insuffisants. Les plus importants sont le comportement parallèle adopté par les entreprises, le bénéfice qu'elles en tirent et l'absence de concurrence réelle.

B - Les infractions liées à la détention d'une position dominante

L'article 102 du TFUE ne vise pas la position dominante en soi mais l'abus qui en est fait. L'entreprise en position dominante est ainsi dans une position parfaitement légitime. Toutefois, elle

113. CJCE arrêt du 14 février 1978, aff. 27/76, United Brands, Rec. 1978, p.207.

114. CJCE arrêt du 11 avril 1989, Rec. 1989 p.838.

doit pourtant en tenir compte dans son activité car certaines pratiques et comportements, qui seraient licites pour d'autres, seront dans son cas considérés comme illégaux.

Dans l'arrêt Hoffmann-La Roche¹¹⁵, la Cour définit l'abus de position dominante comme une « notion objective qui vise les comportements d'une entreprise qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour objet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence ».

Ainsi, la notion d'abus est indépendante de celle de faute. Le comportement doit être de nature à influencer la structure du marché concerné, c'est à dire le nombre, le degré d'information et la mobilité des vendeurs et des acheteurs, la nature du produit ou du service. Il doit avoir pour effet de restreindre la concurrence, soit en faisant obstacle à son maintien, soit en entravant l'apparition d'une concurrence nouvelle.

C'est pourquoi, dans l'affaire BBC¹¹⁶, l'entreprise se rend coupable d'un abus de position dominante en refusant d'accorder des licences de publication de ses programmes de télévision dont elle a le droit exclusif de reproduction car elle le fait dans le seul but de maintenir sa position de monopole.

L'article 102 du TFUE énumère cinq cas d'exploitation abusive.

Le premier cas vise une entreprise en position dominante qui impose, de façon directe ou indirecte, des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables. Soit l'entreprise exploite sa position dominante en tant que demandeur, impose à ses fournisseurs des prix d'achat inéquitablement bas et se procure, vis à vis de ses concurrents, un avantage compétitif qui tient exclusivement à sa puissance économique ; soit l'entreprise abuse de sa position d'offreur pour imposer des prix de vente inéquitablement bas entraînant une éviction de ses concurrents et dont les consommateurs ne sont susceptibles de tirer profit que sur une période extrêmement limitée. Les prix peuvent au contraire être inéquitablement élevés, ce qui peut bénéficier aux concurrents mais exploite les consommateurs. Ce dernier comportement, qui est d'ailleurs le plus courant, était reproché à la firme United Brands. La Commission, constatant une différence de prix dépassant parfois 100 % à l'égard de clients irlandais, avait enjoint à l'entreprise de réduire ces écarts d'au moins 15 %. La Cour juge que la simple constatation d'écarts importants entre les prix pratiqués pour le même produit dans les États membres ne suffit pas. Une analyse de la « structure des coûts » permet seule « d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé ». En présence d'une telle disproportion excessive, la Commission doit alors examiner « s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents ».

Le second cas vise une entreprise en position dominante qui limite la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs. Les restrictions à la production ont été sanctionnées dans les affaires Renault et Volvo¹¹⁷, ces constructeurs ayant décidé de ne plus produire des pièces de rechange pour un certain modèle de voitures alors qu'il subsistait encore une certaine demande sur le marché. Dans l'affaire BBC¹¹⁸, le Tribunal a considéré que le refus d'accorder des licences de publication de programmes de télévision créait un obstacle à la production et à la commercialisation d'un nouveau produit pour lequel il existait une demande potentielle des consommateurs. Les cas limitant les débouchés sont les plus fréquents puisqu'ils

115. CJCE arrêt du 19 février 1979, *Rec.* 1979 p.461.

116. TPI arrêt du 10 juillet 1991, *Rec.* 1991 p.II-535.

117. CJCE arrêt du 5 octobre 1988, *Rec.* 1988 p.6039.

118. CJCE arrêt du 10 juillet 1991, *Rec.* 1991 p.II-535.

recouvrent toutes les restrictions aux importations et exportations entre les États membres. Il faut rapprocher de ce comportement, le refus de fourniture. Enfin, le cas de limitation du développement technique au préjudice des consommateurs est particulièrement rare. Il pourrait correspondre à l'achat d'un brevet par une entreprise dominante, dans le seul but d'en empêcher l'exploitation par des concurrents.

Le troisième cas d'abus visé par l'article 102 du TFUE consiste à appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence. Ainsi, dans l'affaire Hoffmann-La Roche¹¹⁹, la Cour prend soin de distinguer les systèmes de rabais discriminatoires mis en place de ceux « liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur intéressé » ; elle examine les avantages de prix qui ne sont pas fondés sur des différences de coûts et de charges supportés par le fournisseur en relation avec les quantités vendues mais qui augmentent en fonction du pourcentage de ses propres besoins.

Enfin, l'article 102 §2 du TFUE mentionne l'abus consistant à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. Ce cas assez rare est illustré par l'arrêt Générale Sucrière¹²⁰, dans laquelle une entreprise en position dominante avait étendu « la portée de l'interdiction de concurrence au delà de ce qui correspond à la nature juridique et économique en cause ». Sont également constitutifs d'un abus de position dominante, le fait pour une entreprise d'adresser des menaces de rétorsion commerciale. De même, la pratique de prix prédateurs peut constituer un abus lorsque une entreprise dominante fixe des prix anormalement bas pour évincer un concurrent.

§ 3 - Les aides d'État faussant la concurrence

L'article 107 du TFUE pose le principe de l'incompatibilité avec le Marché commun des aides publiques qui affectent les échanges entre États membres et faussent la concurrence mais une série d'aides compatibles s'avère acceptable.

Il faut d'abord vérifier que le droit communautaire soit applicable et qu'il s'agisse donc bien d'une aide provenant d'un État. Dans l'affaire Stardust Marine de 2002¹²¹, la Commission contestait une aide que l'État français aurait accordée de 1992 à 1997 à l'entreprise de location de voiliers de luxe par le biais de deux filiales du Crédit Lyonnais. La Cour juge que la Commission doit démontrer l'intervention de l'État. Ce n'était pas le cas car les filiales avaient agi en indépendance du Crédit Lyonnais. La Cour considère que le fait qu'« une entreprise publique soit sous contrôle étatique ne suffit pas à imputer des mesures de soutien financier prises par celle-ci à l'État. Il est encore nécessaire d'examiner si les autorités publiques doivent être considérées comme ayant été impliquées, d'une manière ou d'une autre, dans l'adoption de ces mesures ». Dans cette affaire, la Commission n'avait pas démontré en quoi le comportement des filiales n'était pas « avisé » puisque viabilité économique de Stardust Marine était possible

Quant à la forme de l'aide, elle est indifférente. Les aides publiques peuvent être constituées d'aides financières, sous forme de subventions. Les aides peuvent aussi venir de garanties accordées par les pouvoirs publics (garantie de remboursement d'emprunt, de dividende à des apporteurs privés ..). Un des gros problèmes a été constitué par les apports en capital à une entreprise pas forcément publique. La légalité des participations prises par les États dépend des circonstances.

119. CJCE arrêt du 2 mai 1977, *Rec.* 1977 p.957.

120. CJCE arrêt du 15 décembre 1975, *Rec.* 1975 p.1929.

121. CJCE arrêt du 16 mai 2002, *Rec.* 2002, p.I-04397.

Selon la Cour¹²², la prise de participation sera légale si « dans des circonstances similaires, un associé privé, se basant des possibilités de rentabilité prévisibles, aurait procédé à un tel apport en capital ». Les aides ne proviennent pas nécessairement de fonds publics¹²³. Elles peuvent aussi provenir d'allègements de charges sociales : exonération d'impôts, fourniture d'énergie à des tarifs préférentiels, renoncement d'une collectivité publique à sa part de bénéfice...

Les aides d'État sont interdites lorsqu'elles affectent les échanges entre les États membres. Cela est le cas quand elles rendent les importations plus difficiles ou plus chères les importations ou quand elles facilitent les exportations : si elles permettent d'augmenter la production dans un État membre, les entreprises des autres États membres auront plus de mal à exporter vers ce pays¹²⁴. L'affectation peut être potentielle. La Commission doit rapporter la preuve de la possible affectation de la concurrence.

En règle générale, les aides sectorielles sont rarement acceptées. Les États membres ont l'interdiction de maintenir artificiellement à flots des entreprises. Aussi, la Commission peut apparaître comme le fossoyeur d'emplois : quand le Commissaire Karel Van Miert avait bloqué l'aide à la sidérurgie, il a dû bénéficier d'une protection policière. Tout dépend des circonstances comme le montre l'acceptation de l'aide de 4 milliards d'euros de la France à Alstom en septembre 2003. Le droit communautaire reconnaît en effet la compatibilité de certaines aides, certaines de plein droit, d'autres sous conditions. Selon l'article 107§2 du TFUE, sont compatibles de plein droit mais doivent quand même être notifiées au titre de l'article 108 du TFUE : les aides à caractère social octroyées aux consommateurs sans discrimination liée à l'origine du produit ; les aides pour remédier aux calamités naturelles ou à des événements extraordinaires - par exemple, en avril 2006 des aides de 80 millions d'euros ont été apportées par l'État français aux éleveurs de volaille frappés de la grippe aviaire - ; les aides aux régions allemandes affectées par la division de l'Allemagne. L'article 107§ 3 TFUE énonce les aides qui « peuvent être compatibles » : les aides régionales lorsqu'il y a des problèmes de niveau de vie ou de sous-emploi ; les aides pour réaliser un « important projet d'intérêt commun » tel un projet de lutte contre la pollution ou de financement d'une ligne TGV ; les aides pour remédier à un grave problème économique de l'État membre. Le Conseil statuant à la majorité qualifiée a la possibilité de déterminer d'autres catégories d'aides compatibles, la Commission peut en préciser la teneur comme cela a été le cas dans les années 1970 pour les secteurs principalement affectés par la crise économique : sidérurgie, construction navale, textile et habillement.

Chapitre III - Les conséquences de la chute du mur de Berlin sur le droit européen

Qu'elle se soit réalisée par une déliquescence progressive ou par un effondrement immédiat, la chute des régimes communistes d'Europe de l'Est a révolutionné les relations internationales, provoqué d'ultérieurs changements au sein des États européens et nécessité des nouvelles structures pour la construction européenne (I). Pour tenir compte des nouvelles dynamiques, de nombreuses règles européennes ont dû être réécrites ou, à tout le moins, subir des évolutions notables (II) donnant l'impression d'une construction communautaire capable de rebondir aux événements extérieurs, même les plus marquants. Toutefois, la fin de l'URSS n'a incité à aucune réflexion sur la fragilité de certains regroupements d'États ou de nations. Au contraire, pariant sur le caractère inéluctable et triomphant de la construction communautaire, ces évolutions ont été présentées comme les seules possibles et les seules à même de créer de la richesse.

122. CJCE arrêts du 10 juillet 1986 et du 3 octobre 1991.

123. Voir CJCE arrêt du 3 janvier 1985.

124. CJCE arrêt du 13 juillet 1988, France c/ Commission.

Section I - *Les nouvelles structures de l'Europe*

La chute du mur de Berlin a permis l'unification allemande. Imposée par le chancelier Helmut Kohl et largement subie par ses partenaires européens, elle réveillera les nationalismes provoquant la désintégration de l'Union soviétique, des conflits sanglants en Yougoslavie et un divorce pacifique en Tchécoslovaquie.

§ 1 - *L'unification allemande, la création de l'Union européenne et de la monnaie unique*

La chute du mur de Berlin a débouché sur l'unification allemande qui elle-même a accéléré la mise en place de l'Union européenne, du Marché intérieur¹²⁵ et de la monnaie unique.

A – *L'unification allemande*

La chute du mur de Berlin, qui a entraîné la recomposition du monde et de l'Europe en particulier, est le fruit d'un processus long et complexe¹²⁶. Parmi les divers facteurs l'ayant alimentée, l'attrait exercé par la CEE y joua un rôle non négligeable révélant l'échec patent du communisme en matière économique et sociale. D'autres facteurs sont également intervenus, tels la gérontocratie et le développement du népotisme en URSS ainsi que le rôle des Occidentaux (États-Unis mais aussi Pays-Bas, Danemark...) dans les relations Est/Ouest. De même, la crise des euromissiles¹²⁷ accéléra le processus de désintégration du bloc de l'Est en affaiblissant considérablement la position de l'URSS : la détermination des leaders européens - Helmut Schmidt, puis Helmut Kohl, François Mitterrand et Margaret Thatcher - a obligé les Américains à rétablir l'équilibre en mettant fin au pacifisme occidental et à l'ère du chantage de Moscou. L'URSS se révéla incapable de suivre les États-Unis de Ronald Reagan dans la « guerre des étoiles ». Enfin, les événements intervenus en Pologne et la tentative de Mikhaïl Gorbatchev de réformer le communisme portèrent le coup de grâce aux régimes marxistes. Après l'élection d'un pape polonais en 1978, la liberté syndicale obtenue par Solidarnosc grâce aux accords de Gdansk en 1980 permit à une dizaine de millions de travailleurs d'adhérer à ce nouveau syndicat enclenchant un processus de libéralisation irréversible. Le 2 mai 1989, les Hongrois, mettant fin à la domination de Janos Kadar, ouvrirent leur frontière avec l'Autriche permettant à des centaines puis à des milliers d'Allemands de passer à l'Ouest. En RDA, des manifestations entraînèrent la démission des autorités puis le démantèlement du mur de Berlin dans l'enthousiasme populaire.

Bien que prise en compte de longue date, l'unification de l'Allemagne s'avéra ensuite trop rapide pour être bien gérée. Trois traités furent conclus : le premier traité signé à Bonn dès le 18 mai 1990 a réalisé l'union monétaire, économique et sociale sous le signe de la parité monétaire et de l'économie de marché. Mais, s'il satisfaisait les désirs consuméristes immédiats et ménageait les susceptibilités, ce choix porta un tort considérable à l'industrie de l'ex-RDA. Le pays peina ainsi à

125. Les différents secteurs pour lesquels l'ouverture à la concurrence et la libre circulation n'avaient pas été réalisées sont concernés. Outre la réalisation de la libre-circulation des capitaux, on notera le démantèlement des monopoles publics des services de télécommunication. Décidée en 1989, la libéralisation sera principalement réalisée par le « paquet télécom » du 7 mars 2002 révisé en 2009. L'ouverture à la concurrence restera en fait mitigée. Les marchés des télécommunications en Europe s'avèrent toujours « cloisonnés par État membre et régis par des systèmes de numérotation, d'octroi de licences et d'assignation des radiofréquences strictement nationaux plutôt qu'européens ». (Commission, *Une stratégie numérique pour l'Europe*, COM(2010) 245 final/2, p.15).

126. Voir « La construction européenne de l'Antiquité... », *préc. cité*, p.142 et svtes.

127. Depuis les années 1950, des missiles de moyenne portée, d'une précision très relative, étaient installés de part et d'autre du rideau de fer. Dans les années 1970 les Soviétiques installent des SS 20 dotés de trois têtes nucléaires circulant en permanence sur des engins de traction pour rendre leur localisation difficile. Leur précision de tir en fait une menace pour les Européens de l'Ouest.

digérer l'unification et s'enlisa dans un marasme économique profond. L'incompréhension et les désillusions économiques contribuèrent aussi à dresser un nouveau mur entre les populations est et ouest-allemandes. Un second traité, signé à Berlin le 31 août 1990, acheva l'unité politique de l'Allemagne : les cinq Länder de la RDA et le Land de Berlin adhèrent à la RFA, le droit fédéral et le droit communautaire entrant alors en vigueur. Enfin, le traité de Moscou du 12 décembre 1990 vit les Américains, Soviétiques, Britanniques et Français renoncer à leurs droits et responsabilités vis à vis de Berlin et de l'Allemagne. Le pays recouvrit alors sa pleine souveraineté mais renonça en même temps aux armes atomiques, biologiques et chimiques.

B - L'accélération de l'intégration européenne : la création de l'Union européenne et la participation à la monnaie unique

Loin d'être enthousiastes, les dirigeants européens comme Margaret Thatcher ou François Mitterrand se montrèrent au contraire inquiets de la possible unification allemande même si le chancelier Helmut Kohl avait, avant la chute du Mur, répété à l'envi que l'unification devait se faire dans le cadre européen : « l'unité allemande ne peut être réalisée seulement si l'unité de notre vieux continent progresse. La politique allemande et la politique européenne ne peuvent être séparées ; elles sont les deux faces d'une même médaille »¹²⁸ et que le programme en dix points établi en novembre 1989 avait concrétisé. Après avoir accepté la reconnaissance des frontières allemandes établies depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale sur la ligne Oder-Neisse et signé un traité avec la Pologne, l'Allemagne obtint l'intégration des Länder de l'Est dans les trois Communautés.

Celle-ci posait le problème du rééquilibrage des institutions européennes. L'Allemagne devenait le pays le plus peuplé d'Europe avec environ 80 millions d'habitants représentant 23 % de la population des Communautés européennes contre 19 % auparavant. Sa puissance économique se trouvait également renforcée pour représenter 30 % du PNB des Communautés. En 1990, l'Allemagne se contenta de revendiquer des sièges supplémentaires au Parlement européen. Cela avait mis fin à la parité existante entre les grands États de la Communauté mais lorsqu'au Sommet de Nice en 2000, le chancelier Gerhard Schröder avait demandé une meilleure prise en compte du poids démographique de son pays, la France représentée par le couple J.Chirac/L.Jospin s'était arc-boutée sur la parité des voix entre l'Allemagne et la France au sein du Conseil. Cette représentation identique à celles du Royaume-Uni, de la France ou de l'Italie allait contribuer à figer la représentation inégale des États au sein de la construction européenne. Toutefois, l'Allemagne obtint un changement fondamental dans la prise de décisions au sein du Conseil avec l'introduction de ce qui a été appelé le double « filet démocratique » : outre le fait de devoir atteindre la majorité qualifiée pour être adoptée, une décision devait représenter 62 % de la population européenne.

Si elle peut être la source de tensions, l'unification allemande aura donc surtout été porteuse d'une dynamique exceptionnelle pour faire progresser l'intégration européenne. Relançant le tandem franco-allemand, elle aura permis de « transformer l'ensemble des relations entre les États membres en une Union européenne »¹²⁹ de renforcer les pouvoirs du Parlement européen et de créer la citoyenneté européenne conduisant à une « coexistence de l'Union et de la Communauté en tant qu'ordres juridiques intégrés mais distincts »¹³⁰.

L'unification allemande a aussi conditionné les négociations du traité de Maastricht permettant aux Français d'obtenir de l'Allemagne son engagement à participer à la monnaie unique. Celle-ci était en chantier depuis les désordres monétaires qui allaient conduire les Américains à ne plus respecter les accords de Bretton Woods. Du Sommet de La Haye en 1969 à la création du

128. Marie-Thérèse Bitsch, *La construction européenne: enjeux politiques et choix institutionnels*, Peter Lang, 2007, p.263.

129. Déclaration conjointe de François Mitterrand et Helmut Kohl du 19 avril 1990.

130. CJCE GC 3 septembre 2008, C-402/05, Yassin Abdullah Kadi c. Conseil et Commission, *Rec. I-06351*, att. 202.

Système monétaire européen dix ans plus tard, il avait été posé les premières fondations de l'union monétaire sans jamais la réaliser. En 1992, les Français imposèrent trois étapes rapprochées pour instaurer l'euro et des échéances précises en imposant les thèses dites monétaristes selon lesquelles la monnaie était un moyen pour obtenir une convergence des économies. Toutefois, les Allemands purent faire adopter des critères de convergence économique à respecter appliquant les thèses économistes dites aussi du « couronnement » selon lesquelles l'union monétaire aurait été la cerise sur le gâteau de l'unification économique¹³¹.

§ 2 - Les vicissitudes politiques italiennes et la procédure de suspension

A- Le changement de régime en Italie

En Italie, le pouvoir était exercé depuis 1946 par la Démocratie chrétienne, lequel parti demeurait l'élément central de toutes les coalitions gouvernementales. Soumise à la crispation institutionnelle dictée par l'antagonisme est/ouest, la gauche italienne ne pouvait arriver au gouvernement, la CIA ayant notamment favorisé des attentats provoquant des réactions sécuritaires favorables aux conservateurs. L'historien Alexandre Adler a également montré dans un chapitre intitulé « le retournement des années de plomb » survenu dans les années 1970-1985 que, tandis que l'Europe de l'Ouest parvenait encore à exporter des idées démocratiques dans les années 1960, par la suite, les mécanismes de connivence entre l'est et l'Ouest se sont inversés et c'était l'Europe de l'Ouest qui connaissait une « régression vers les années stalinienne les plus funestes ». Tandis qu'aux extrêmes, certaines composantes du KGB apportaient leur soutien aux mouvements terroristes occidentaux - les Brigades rouges italiennes bénéficiaient de l'aide de la Derjavna Sigournost bulgare -¹³², les gauches européennes s'étaient elles-mêmes « radicalisées, jusqu'à porter sur l'Union soviétique sénescence un regard de complaisance que même les communistes les plus réformistes de l'est, encore dominés par leurs appareils, n'osaient plus porter. (...) Elles ont freiné, et de plus en plus fort, les retrouvailles avec une Europe de l'Est qui se libérait, en fait, progressivement de la totalité de son système social verrouillé ».¹³³

L'écroulement du mur de Berlin et la dissolution du bloc de l'Est ont donc constitué un cataclysme pour le régime politique italien¹³⁴. L'Italie, qui avait été incapable de connaître une véritable alternance politique, a connu après la disparition de la logique des blocs de si importantes réformes constitutionnelles qu'elles questionnaient sur un éventuel changement de république alors amorcé et favorisé par les différents scandales de « tangentopoli ». De nouvelles règles d'élection des parlementaires furent instaurées grâce à l'utilisation de procédures référendaires d'initiative populaire en 1991 et 1993. De plus, une moralisation de la vie publique s'annonçait, concrétisée par des mesures changeant les règles de financement des campagnes électorales et des partis politiques, introduisant une limitation de la propagande électorale, mettant fin à l'impunité des élus et fixant de nouvelles règles d'immunité parlementaire. Mais, l'entrée en politique de Silvio Berlusconi et ses vingt années de « télécratie » allaient se révéler bien pire que la sclérose institutionnelle mâtinée de « trasformismo »¹³⁵. Sans équivalent dans les autres pays d'Europe occidentale, la mise à sac des

131. Sur l'établissement de l'UEM, voir Régis Chemain, *L'Union économique et monétaire. Aspects juridiques et institutionnels*, Pédone, Collection études internationales, n°10, 1996.

132. Ainsi que l'a montré l'ouverture des archives des services de sécurité de l'ex-Union soviétique, Voir Alexandre Adler, *Berlin 9 novembre 1989 : la chute*, xoéditions 2009, p.121.

133. Alexandre Adler, *op. cit.* p.188-189.

134. « Italie : l'hypothétique changement de République », *RDP*, 1-1996, p.97-142.

135. Terme désignant le fait que les politiques, à peine élus, changent radicalement et transforment leurs engagements électoraux selon les intérêts tenant à leur carrière politique.

fondements de la démocratie comprit la domination des moyens d'information, la non-résolution des conflits d'intérêts, le vote de lois « *ad personam* »¹³⁶, le dénigrement des adversaires politiques, la promotion de personnalités à des mandats politiques pour les indemniser de faveurs personnelles si ce n'est sexuelles concédées au président du Conseil¹³⁷, les attaques aux institutions notamment au président de la République Giorgio Napolitano et aux juges accusés d'être communistes et instrumentalisés¹³⁸. Pourtant, la chute du gouvernement Berlusconi en novembre 2011 et son remplacement par le gouvernement technique de Mario Monti furent principalement dus à des facteurs externes¹³⁹ : les marchés financiers qui imposaient des taux d'intérêts supérieurs à 7 % pour les emprunts publics italiens étaient si élevés qu'ils en étaient insupportables.

B - La procédure de suspension

Les vicissitudes politiques italiennes n'ont pas été un épiphénomène des conséquences de la chute du mur de Berlin puisqu'elles ont eu des répercussions sur le droit européen¹⁴⁰. Le caractère démocratique du régime politique des États membres a en effet constitué dès l'origine une règle non écrite mais incontournable de l'adhésion aux Communautés. Pour cette raison, la Grèce, l'Espagne et le Portugal avaient dû attendre d'être débarrassés de leur dictature pour rejoindre la construction communautaire. Outre les effets d'une dictature sur les citoyens de ces pays, il est établi que les structures internes des États constituent un élément important des relations internationales : une démocratie et un régime dictatorial n'ont pas le même type de comportement, la démocratie se révélant généralement moins agressive dans ses relations avec les autres États. Aussi, l'entrée en 1994 d'un parti néo-fasciste « *Alleanza nazionale* » dans le premier gouvernement de Silvio Berlusconi a-t-il fait l'effet d'un électrochoc au niveau de l'Union européenne.

Une procédure de suspension a été introduite en 1997 par le traité d'Amsterdam qui prévoit la saisine du Conseil européen par un tiers des États membres ou par la Commission. Ceux-ci peuvent lui demander de constater, à l'unanimité moins l'État concerné, l'existence « d'une violation grave et persistante » des principes sur lesquels est fondée l'Union c'est à dire la démocratie, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'État de droit. Le Conseil européen invite alors le gouvernement de l'État membre visé à présenter ses observations ; il recueille l'avis conforme du Parlement statuant à la majorité des deux-tiers des voix exprimées représentant une majorité de ses membres. Si la violation est constatée, le Conseil des ministres des Affaires étrangères peut prononcer - à la majorité qualifiée sans tenir compte des voix de l'État membre en cause - la suspension de certains droits découlant de l'application du traité, notamment le droit de vote et les dotations budgétaires¹⁴¹.

Cette procédure de sanctions adoptée sur proposition italo-autrichienne¹⁴² visait les cas de réversibilité démocratique qui auraient pu se poser avec l'arrivée des pays d'Europe de l'Est. Mais,

136. Ces lois devaient bloquer les procédures judiciaires contre S.Berlusconi. L'une d'elles supprimer même du code pénal le faux en écriture. Décret-loi 61/2002 du 11 avril 2002, *Gazzetta ufficiale* n. 88 du 15 avril 2002.

137. Établissement des listes électorales pour les élections au Parlement européen en 2009 avec des « *Veline* » qui a été bloquée par l'intervention de l'épouse du président du Conseil peu avant leur divorce.

138. Voir en particulier les réactions de S.Berlusconi après que la Cour constitutionnelle ait déclaré illégal le projet de loi « *Alfano* » sur l'immunité juridictionnelle des quatre plus hauts représentants de l'État. *La Repubblica* du 8 octobre 2009 et suivant.

139. S.Berlusconi ne pouvait procéder aux hausses d'impôts réclamées alors que leur baisse était à la base de ses promesses électorales. Les hausses ont ensuite réalisés par le gouvernement Monti.

140. La structure et la nature du régime politique interne d'un État ont également des répercussions sur les politiques communes européennes : la neutralité de certains États a des répercussions pour élaborer la politique européenne et de sécurité commune ; de même, la structure fédérale d'États comme l'Allemagne oblige à prendre cette particularité en compte lors des négociations des politiques communes de santé ou d'éducation.

141. Voir « *La construction européenne...* », *préc. cit.* p. 176 et 177.

142. La coalition de droite de S.Berlusconi ne dirigeait alors plus le pays.

ils ne seront pas concernés lorsque la procédure sera utilisée. En février 2000, c'est l'arrivée au pouvoir en Autriche de l'extrême droite de Wolfgang Schüssel qui fera souffler un vent de panique sur l'Union européenne. Sans même que l'Autriche ait violé les « valeurs de l'Union », les quatorze États membres adopteront quelques sanctions politico-diplomatiques telles que le non soutien des candidats autrichiens à des postes dans les organisations internationales¹⁴³. Ces sanctions seront levées six mois plus tard. Sans aucune efficacité, elles auront néanmoins laissé des traces en Autriche. Demeurant largement tabou, elles ont laissé un sentiment d'humiliation nourrissant l'euroscpticisme.

§ 2 - *La recomposition de l'Europe*

Dès son origine, la construction communautaire avait vocation à regrouper d'autres États européens partageant les mêmes idéaux. Après la chute du mur de Berlin et la conversion à l'économie de marché des États sortis du joug soviétique, elle est passée de quinze à 25, puis 27 et 28 États membres déplaçant à l'est le centre de gravité de l'Union européenne et l'éloignant de l'espace méditerranéen et du continent africain.

A - L'économie de marché : un nouveau critère d'adhésion

En dehors de la demande d'adhésion, seul un critère géographique était à l'origine inscrit dans les traités : « tout État européen peut demander à devenir membre de la Communauté ». Mais ce critère n'a jamais été défini et on ne sait toujours pas où s'arrêtent les frontières de l'Europe. Il n'a pas été pris en compte dans la pratique : Chypre a intégré l'Union européenne en 2004 alors que cette île est considérée comme asiatique par les géographes.

D'autres critères ont en fait été exigés : tout d'abord, le critère de démocratie pluraliste de l'État et du respect des Droits de l'homme retardant la candidature de la Grèce des colonels, de l'Espagne de Franco et du Portugal de Salazar. Ensuite, l'expérience anglaise a imposé celui de l'acceptation de la finalité des traités et de l'acquis communautaire. Cela a rendu l'adhésion de plus en plus difficile puisque l'acquis communautaire augmente année après année : calculé en nombre de pages, il en représentait environ 80 000 en 2004. Le droit communautaire doit être appliqué par les États membres qui doivent ainsi « accepter sans réserve les traités et leurs finalités politiques, les décisions de toute nature intervenues depuis l'entrée en vigueur des traités et les options prises dans le domaine du développement et du renforcement des Communautés ». Dans l'arrêt Hurd/Jones du 15 janvier 1986¹⁴⁴, la Cour a en effet rappelé que les nouveaux États membres ont les mêmes obligations que les autres même si des actes communautaires ont été adoptés hors de leur présence. Toute autre solution reviendrait en effet à nier l'égalité entre les États et entre leurs ressortissants, de même que l'application uniforme et continue du droit communautaire. Les normes communautaires deviennent ainsi partie du droit positif des États et les juges nationaux ont donc l'obligation de les appliquer. Les derniers élargissements de l'Union européenne montrent à ce sujet qu'il y a de moins en moins de dérogations qui sont accordées par rapport à l'acquis communautaire. Tandis que les pays du nord en avaient obtenu de nombreuses, les derniers entrants ont dû accepter les dispositions de la monnaie unique et de l'espace Schengen même s'ils en sont encore écartés. De même, ces États ont dû respecter les règles de concurrence et de libre circulation sans bénéficier à part entière des aides agricoles et régionales. Enfin, le droit communautaire est appliqué dans les États membres car la qualité de membre confère des droits directement applicables aux individus : ceux-ci peuvent se réclamer d'une disposition communautaire devant les autorités et juridictions nationales. Ces droits ont été renforcés par le traité de Maastricht avec la citoyenneté de l'Union conférée aux nationaux

143. Tanguy de Wilde d'Estmael, « Les sanctions contre l'Autriche : motifs, objectifs, issues », in *Critique internationale*, Vol. 8. 2000. pp. 6-12.

144. Aff. 44/84, Rec. 1986, p.29.

des États membres. Les États membres s'exposent aux risques d'une procédure en manquement et à des sanctions s'ils violent le droit communautaire.

Après la chute du mur de Berlin, les critères d'adhésion ont encore été renforcés. Les candidats à l'adhésion doivent désormais remplir les critères adoptés par le Conseil européen de Copenhague en 1993 tenant aux exigences d'une économie de marché. Introduisant une référence à ces nouveaux critères, le traité de Lisbonne mentionne : la démocratie, l'économie de marché viable, la capacité à assumer les obligations qu'entraîne l'appartenance à l'Union, et la « capacité de l'Union à assimiler de nouveaux membres tout en maintenant l'élan de l'intégration européenne ». Par contre, il n'a pas repris les critères plus précis prévus par le projet de traité constitutionnel à savoir : les droits des personnes appartenant à des minorités, le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. Aucun critère culturel n'a jamais été inséré mais des exigences spécifiques à chaque candidat peuvent être fixées tel l'engagement de fermer leur centrale nucléaire de type Tchernobyl pour la République tchèque, la Lituanie et la Slovaquie. Au nom du respect des droits de l'homme, la Croatie a dû coopérer avec le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en lui livrant les criminels de guerre recherchés. Par contre, aucune obligation n'a été imposée à la Turquie en ce qui concerne la reconnaissance de sa responsabilité dans le génocide arménien.

La procédure d'adhésion nécessite en pratique plusieurs années et le traité final doit être ratifié par tous les États membres et le candidat : la demande d'adhésion est d'abord examinée par le Conseil, la Commission et le Parlement qui doivent donner leur accord. Puis, des conférences sont organisées avec l'État candidat ce qui constitue un processus très long. C'est donc pour l'accélérer que s'était formé en 1991, le Groupe de Visegrád regroupant la Hongrie, la Slovaquie, la République tchèque et la Pologne. Finalement, en décembre 1997, le Conseil européen a autorisé l'ouverture de négociations avec ces quatre pays, la Slovénie, l'Estonie et Chypre. Ces négociations avaient été étendues en 1999 à la Lettonie, la Lituanie, la Slovaquie, à Malte puis à la Bulgarie et à la Roumanie. En 2002, l'entrée des dix premiers États fut acceptée au sommet de Copenhague permettant la signature du traité d'adhésion à Athènes le 16 avril 2003. Il est entré en vigueur le 1^{er} mai 2004. Les traités d'adhésion de la Roumanie et de la Bulgarie ont été signés le 25 avril 2005 du fait des profondes difficultés économiques les affectant ce qui ne les a pas empêché de rejoindre l'Union dès 2007. Au 1^{er} juillet 2013, soit dix années après le dépôt de sa demande d'adhésion, la Croatie est devenue à son tour un État membre de l'Union.

B - Le morcellement nationaliste

Dans les Balkans et dans le Caucase, les nationalismes entretiennent les vestiges du passé ottoman qui, d'une part, n'avait pas donné aux individus le sentiment d'appartenir à un État – pour les monarques, un royaume ne comprenant qu'un peuple, une langue ne pouvait être qu'un petit État – et qui, d'autre part, avait cultivé les rivalités collectives : les minorités n'avaient pas été intégrées mais ravalées au rang de protégés-tolérés, cataloguées selon leur rite religieux, leur langue, et utilisées à tous les niveaux de la hiérarchie. Il s'en était suivi des phénomènes de jalousies entre communautés qui s'étaient aggravés avec l'islamisation de l'Empire – citadins convertis à l'islam, paysannerie dans les montagnes restée chrétienne. On retrouve donc au XXI^e siècle le fait que chaque État comprend une opinion publique qui voudrait libérer des compatriotes se trouvant dans d'autres États ou récupérer des territoires perdus. Ainsi les Serbes et les Albanais se disputent-ils le Kosovo ; les Hongrois et les Roumains, la Transylvanie ; les Arméniens et les Azerbaïdjanais, le Haut-Karabakh, etc...

Certes, des idéologies supra-nationales avaient bien tenté de gommer les clivages locaux. Dès le XV^e siècle, un philosophe croate avait préconisé l'union politique des différents peuples slaves sous l'égide de la Russie. Le panslavisme avait ensuite été développé par le philosophe russe

N. I. Danilevski (1822-1885) alors que l'Empire russe s'employait à russifier la Finlande, la Pologne, l'Arménie et les pays baltes occupés. Par la suite, le marxisme niant toute idéologie nationale, le régime soviétique avait imposé une fausse symbiose supra-nationale mettant en sourdine toutes les considérations et polémiques nationales. Seuls deux États de type national/communiste, la Roumanie et la Yougoslavie, avaient montré des résistances même si des frustrations couvaient. Ainsi, chaque République de la Fédération yougoslave y disposait du même nombre de voix alors que le Monténégro n'avait que 600 000 habitants contre dix millions d'habitants pour la Serbie et cette dernière était encore pénalisée par la politique de redistribution des richesses.

Après la chute du mur de Berlin¹⁴⁵, les nationalismes ont ressurgi pour aménager les États-nations d'Europe centrale ou pour réagir, comme en Russie, au sentiment de honte lié à la perte du statut d'Empire. Des mouvements radicaux surgirent, tels ceux réclamant une « Grande Roumanie » s'étendant sur tout le bassin du Danube, ceux en Estonie et en Lettonie qui cherchaient une revanche sur les populations russophones, ceux xénophobes et racistes qui s'en prenaient à l'immigration en Russie et cultivaient les symboles du passé tsariste, en effectuant un retour à la tradition et à la religion orthodoxe. Ces mouvements affichaient aussi une volonté de puissance sur les voisins proches.

Si en Tchécoslovaquie, la partition en deux États se fit paisiblement au lendemain de la révolution de velours, en Yougoslavie, elle entraîna deux guerres successives. Celles-ci constituent un sérieux avertissement pour la construction communautaire car elle cumule deux des défauts majeurs de l'ex-Yougoslavie : d'une part le poids démographique des États y est très imparfaitement pris en compte, d'autre part des entités ethniques sont ignorées (Corses, Bretons, Écossais..) alors que certaines bénéficient d'une reconnaissance linguistique et étatique (Maltais, Chypriotes ..). Comme dans le cas de l'ex-Yougoslavie, ces inégalités s'accompagnent en outre d'une politique régionale de redistribution des richesses vers les régions les plus pauvres.

Quant à la désintégration de l'URSS¹⁴⁶, elle eut des conséquences directes pour l'Union européenne avec l'adhésion en 2004 des trois États baltes. Aujourd'hui encore, la fin de l'URSS laisse des traces puisqu'elle conditionne les relations problématiques de la Russie avec l'Ukraine et la Géorgie¹⁴⁷. Selon le politologue américain George Friedman¹⁴⁸, la Russie cherchera à reconstituer son empire perdu entraînant une seconde guerre froide, beaucoup moins effrayante et mondialisée que la précédente dont Moscou sortira perdante. La Russie connaîtra en effet un tel déclin démographique, de tels problèmes intérieurs s'ajoutant à des infrastructures médiocres qu'elle sera même menacée de disparition.

145. Déjà, lors de l'été 1989, la Bulgarie communiste avait chassé quelques 300 000 musulmans vers la Turquie lorsque ceux-ci s'étaient rebellés contre le « processus de renaissance » initié dans les années 1980. Cette politique nationaliste devait leur faire retrouver leurs origines slaves « oubliées » et comportait la suppression de tous les signes extérieurs datant de la domination ottomane : substitution des noms à consonance turque, interdiction de l'habit traditionnel, transformation de mosquées en musées ou en restaurants, etc...

146. Juridiquement, elle a posé le problème de la répartition de ses biens publics à l'étranger et de la notion juridique d'État continuateur. Aucun traité international ne s'appliquait et, dans la pratique, la Russie usa de sa puissance pour s'affirmer en tant qu'État continuateur et prendre à son compte tout le passif et tout l'actif de l'Union soviétique. « Les problèmes des biens publics de l'ex-URSS à l'étranger », *RGDIP*, 1997/4, p.87-1010.

147. « La répartition des pouvoirs en Russie et en Asie centrale » in « Relations internationales », *préc. cité*, p.328-341.

148. Son ouvrage, *The next 100 years : a forecast for the 21st Century*, 2010 brosse un scénario apocalyptique pour les relations internationales du futur. Selon lui, le XXI^e siècle sera centré autour des États-Unis et de leur lutte contre les coalitions les menaçant ce qui aboutira à une 3^e guerre mondiale après des bouleversements : outre le Japon, la Turquie et le Mexique, la Pologne retrouvera le statut de grande puissance qu'elle avait perdu au XVI^e siècle: elle tirera profit du déclin de l'Allemagne et, subissant la pression de la Russie, elle bénéficiera d'une aide massive, technique et économique, des États-Unis.

C - Les nouvelles frontières de l'Europe

La frontière est un élément central du droit international général lequel, étant un droit de protection de la souveraineté, lui confère un rôle de sécurité politique en délimitant la sphère imperméable des États. Au contraire, le droit international économique, en qualité de droit d'expansion, considère la frontière comme une entrave à la coopération économique. Il cherche alors à la rendre de plus en plus perméable. C'est ce qu'a fait le droit économique européen en affaiblissant les frontières intérieures pour réaliser la libre circulation des marchandises, des capitaux, des personnes et des services. Ce processus, qui sera jalonné par l'établissement du Marché intérieur, de l'espace Schengen et de la monnaie unique, était alors strictement encadré par la division est/ouest.

L'affaiblissement des frontières de l'Europe s'est trouvé conjugué avec le bouleversement entraîné par la fin du monde bipolaire : la frontière étanche séparant Berlin disparaissait ; de nouvelles frontières étaient établies pour délimiter les États nés de la désintégration de l'URSS, de la Yougoslavie et de la Tchécoslovaquie. Les frontières de l'Union européenne étaient déplacées à l'est avec l'adhésion des PECO en 2004 qui, annoncée dès la chute du mur de Berlin, allait entraîner un désintérêt de l'Union pour l'espace méditerranéen.

Après 1989, l'extension vers l'est de la construction européenne a été présentée comme inéluctable. Une des raisons était que l'Europe avait été artificiellement divisée pendant soixante-dix ans et que l'élargissement allait lui permettre de retrouver ses « frontières naturelles ». Notons que « la « frontière artificielle » suppose un mauvais tracé, le plus souvent imposé de l'extérieur à des populations vaincues, un tracé répréhensible parce qu'il ne « tient pas compte des héritages historiques et culturels ». La suppression de la « mauvaise » frontière séparant l'Europe de l'Est de l'Europe de l'Ouest allait donc de soi ; l'adhésion de nouveaux candidats ne pouvait qu'être accueillie favorablement.

Ce type d'argument n'est pas étonnant si l'on considère que, même dans la littérature scientifique, la notion de frontière est fréquemment tronquée¹⁴⁹ : des auteurs distinguent en effet entre les frontières naturelles établies par la présence d'une mer, d'un fleuve ou d'une montagne et les frontières artificielles établies par des accords bilatéraux ou multilatéraux entre les États transfrontaliers. Cette classification simpliste était déjà dénoncée en 1928 par Paul de Lapradelle qui écrivait : l'habitude de diviser les limites des États en deux catégories, naturelle et artificielle, « s'est transmise jusqu'à nous dans la doctrine, comme une clause de style. Certains auteurs se contentent même de renfermer dans cet énoncé toute leur théorie des frontières »¹⁵⁰ par besoin de fonctionner selon un système binaire basique et parce que les « frontières naturelles » sont profondément ancrées dans l'imaginaire collectif prolongeant le plus souvent des dogmes scolaires, des politiques d'hégémonie linguistique¹⁵¹ et d'histoire tronquée.

La persistance de la distinction entre les frontières naturelles et artificielles est particulièrement troublante car elle signifie que les discours sur les nations développés au XIX^e siècle n'ont jamais été véritablement dépassés. Lorsque Ernest Renan s'interrogeait à ce propos, il ne réfutait pas seulement la conception des nations se fondant sur les races, les langues et les religions, il ajoutait que l'homme n'était esclave « ni du cours des fleuves, ni de la direction des chaînes de montagnes »¹⁵². Et, en s'interrogeant sur leur droit à « s'adjuger ce qui est nécessaire pour arrondir certains contours, pour atteindre telle montagne, telle rivière à laquelle on prête une sorte de faculté

149. « Droit et frontières - Aux confins de la pensée juridique », *Scientia Juris* 20011, p. 144-158.

150. *La frontière*, Les Éditions internationales, 1928, p. 174.

151. En France, à partir de la Révolution de 1789. Auparavant, l'imprimerie a fait plus que l'État pour imposer le français. G.Hermet, *Histoire des nations et des nationalismes en Europe*, Éditions du Seuil 1996, p.84 ; voir également Morvan Lebesque, *Comment peut-on être breton ? Essai sur la démocratie française*, Seuil 1970, Collection Points Actuels, p.85-126.

152. *Idem.* p. 34.

limitante *a priori* », il concluait « je ne connais pas de doctrine plus arbitraire, ni plus funeste. Avec cela, on justifie toute les violences ».¹⁵³

La qualification « naturelle » ou « artificielle » à propos de la frontière¹⁵⁴ et les jugements de valeur qui lui sont attachés ont largement utilisés lors de l'élargissement de l'Union européenne après la chute du mur de Berlin. Ils sont par contre délaissés à propos de l'adhésion des pays balkaniques : leur existence rappelle suffisamment les aléas de l'histoire tandis que le scepticisme demeure quant à leur vocation européenne et quant à la volonté de l'Europe de les accueillir. Pourtant, la Macédoine a accédé au statut de « candidat potentiel » au titre d'un accord de stabilisation et d'association conclu le 9 avril 2001. Cet accord a été élargi lors du Sommet de Copenhague de 2002 à l'Albanie, à la Bosnie-Herzégovine, à la Serbie ainsi qu'à la Croatie. En dehors de ce dernier pays dont l'adhésion est envisagée rapidement, l'intégration de ces États s'avère très difficile. Pour la Biélorussie, la Géorgie la Moldavie et l'Ukraine, le voisinage de la Russie agit comme une sphère d'attraction politique, économique, culturelle rendant conflictuel le positionnement avec l'Union européenne. Le partenariat oriental¹⁵⁵ proposé par celle-ci en 2009 a ainsi déchainé des questions identitaires et d'options géo-politiques face à l'Union eurasiatique projetée par la Russie.

Section II - La réécriture des règles

L'élargissement d'une dizaine d'États d'Europe de l'Est a généré de nouvelles dynamiques européennes (§ 1) déplaçant le centre de l'Union et la coupant davantage de l'espace méditerranéen. Marquant le triomphe de l'économie de marché dans tous les pays européens (§ 2), cet élargissement aura éprouvé la rénitence du droit économique européen. Sans bouleverser les règles de fond, il entrainera la réécriture des procédures du droit de la concurrence (§ 3).

§ 1 - Les nouvelles dynamiques européennes

A - Le recentrage à l'est et la coupure d'avec l'espace méditerranéen

Après la chute du mur de Berlin en novembre 1989, l'ouverture de la construction européenne vers l'est n'est pas même questionnée. Présentée comme « naturelle », elle répare aussi une blessure historique. En novembre 1963, soit environ deux ans après la construction du mur de Berlin, Robert Schuman déclarait ainsi : « Nous devons faire l'Europe non seulement dans l'intérêt des peuples libres, mais aussi pour pouvoir y accueillir les peuples de l'Est qui, délivrés des sujétions qu'ils ont subies jusqu'à présent, nous demanderaient leur adhésion et leur appui moral. Depuis de longues années, nous avons douloureusement ressenti la ligne de démarcation idéologique qui coupe l'Europe en deux. Elle a été imposée par la violence. Puisse-t-elle s'effacer dans la liberté. ».

153. *Qu'est-ce qu'une nation ?*, conférence prononcée en Sorbonne le 11 mars 1882, Mille et une nuits, n°178, 1997, p.29.

154. Frontières séculaires dans le cas de la France - à l'exception de l'Algérie qui était un département français jusqu'en 1962 -, frontières récentes pour l'Afrique, frontières en évolution pour l'Europe, l'inscription d'une frontière dans la longue durée modifie la représentation que les populations et les gouvernements se font de son tracé. Toute représentation est datée ; elle est construite par la population ou par certaines de ses composantes, mais parfois aussi par ses représentants, qui peuvent alors instrumentaliser la représentation dans un projet politique. La stabilité des frontières forge peu à peu l'idée que celles-ci vont de soi, sont incontestables, voire « naturelles ». La variabilité de la perception de la frontière est un argument de plus qui souligne l'absence de qualités politiques ou humaines intrinsèques de la frontière : une frontière jugée arbitraire lors de son tracé pourra, avec le temps, être acceptée par les populations locales à mesure de son inscription dans l'espace.

155. Il a été accompagné d'une aide de 600 millions d'euros dérisoire au regard des enjeux puisque le budget de l'Ukraine en 2012 était de 45 milliards d'euros.

Pourtant, l'ouverture à l'est coupe l'Europe de la Méditerranée et pose l'importante question du positionnement de l'Union européenne .

Présidant le 8 novembre 1989 un colloque sur l'Euroméditerranée organisé à Barcelone, Simone Veil relate ainsi qu'à la lecture d'un télégramme annonçant que les Allemands de l'Est auraient ouvert le mur le lendemain, les « réactions ont été impressionnantes ; tous les Européens présents, pour la plupart membres du Parlement, pleuraient de joie et d'émotion, tandis que les Africains restaient assis sans parvenir à cacher leur inquiétude. Ils avaient immédiatement compris la portée des changements qui allaient se produire. Désormais l'intérêt et l'aide que l'Europe apportait au Sud se reporteraient sur les pays de l'ancien bloc soviétique. Il y avait quelque chose de fascinant à voir ainsi, en direct, exploser l'espérance des uns et la crainte des autres devant les difficultés à venir. »¹⁵⁶

Cette rupture de l'Europe et du Sud rappelle la fin du « *mare nostrum* » résultant des invasions des Vandales en Afrique à partir du III^e siècle. À l'époque, les provinces maghrébines jouaient un rôle essentiel, celui de grenier à blé de l'Empire lui permettant de nourrir sans trop de difficultés son armée et sa population. Rome réussissait en effet à garantir l'imposition d'un prix du blé abordable ou à procéder à des distributions gratuites en cas de disette. L'Afrique du Nord était alors latinisée et christianisée comme en témoignent l'empereur Sévère (146-211), originaire de l'actuelle Libye et premier empereur romain sans ascendances italiennes, et Saint-Augustin (354-430), Berbère originaire de Numidie, dont l'œuvre occupera une place considérable dans l'histoire de l'Église. En 476, la chute de Rome avait confirmé la fin de l'unité méditerranéenne¹⁵⁷.

La fin du « *mare nostrum* » allait faire de la Méditerranée la frontière qu'elle incarne encore aujourd'hui : la colonisation de l'Afrique ne lui avait pas permis de redevenir le lieu de liaison efficace entre les peuples qui la bordaient ; l'abandon du Sud par la construction européenne n'a pas été comblé par le Programme Tempus Meda décidé à la conférence de Barcelone des 27-28 novembre 1995 entre les quinze pays membres de l'Union européenne et leurs voisins.

Certes, après l'élargissement de 2004, l'Union a lancé une politique européenne de voisinage (PEV) constatant que l'Union se rapprochait tant au Sud qu'à l'Est de nouveaux pays voisins pouvant être une source d'instabilité générale à ses frontières et que, difficilement, elle pourrait intégrer de nouveaux membres. Elle a donc proposé cette politique de voisinage constituant « Moins que l'adhésion, mais plus qu'un partenariat » à six voisins orientaux - Arménie, Azerbaïdjan, Biélorussie, Géorgie, Moldavie, Ukraine - et à dix pays méditerranéens - Algérie, Autorité palestinienne, Égypte, Israël, Jordanie, Liban, Libye, Maroc, Syrie, Tunisie.

En 2007, le président français N.Sarkozy a lancé l'initiative ayant abouti à la création de l'Union pour la Méditerranée (UpM). La région méditerranéenne appellerait en effet des réponses collectives car elle souffre de graves problèmes de flux migratoires incontrôlés, de mauvaise gouvernance, de pollution. Alors que les pays de la région de la mer Baltique se sont regroupés, à partir de la Convention d'Helsinki signée en 1974 puis du processus d'intégration européenne, pour rechercher des solutions aux graves problèmes de pollution, les six accords de ce type signés en Méditerranée, soit ne sont pas entrés en vigueur, soit n'ont pas donné de résultats. L'idée d'un regroupement des pays de la Méditerranée était de le centrer sur le co-développement et non sur le libre-échange et de suivre le modèle institutionnel du Conseil de l'Europe avant d'aboutir à des institutions communes avec l'Union européenne. Mais le projet, initialement prévu en tant qu'« Union méditerranéenne », a dû être recomposé et formalisé le 13 juillet 2008 dans le cadre du processus communautaire de Barcelone. L'Union pour la Méditerranée devait se consacrer à la dépollution, aux routes maritimes, à la protection civile, aux énergies alternatives, à l'éducation et au soutien aux entreprises.

156. Simone Veil, *Une vie*, le Livre de Poche, août 2009, p.219.

157. « La construction européenne... », préc. cit. p.19-20.

Mais la seule définition des États parties a constitué une difficulté quasi-insurmontable : l'UPM réunit 44 membres associant finalement tous les États de l'UE ainsi que l'Albanie, l'Algérie, la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, le Maroc, la Mauritanie, Monaco, le Monténégro, l'Autorité palestinienne, la Syrie, la Tunisie, la Turquie, et la Ligue arabe. La formule du « bloc latin » réunissant seulement quelques membres de l'Union européenne ayant des attaches méditerranéennes a donc été abandonnée. Aussi la réunion de pays comme la Suède et la Finlande et l'exclusion de pays comme le Yémen ou Oman fait débat : n'y aurait-il pas une volonté de diviser les pays arabes entre la péninsule arabique et la région du Golfe persique qui seraient le domaine des États-Unis, et entre l'Afrique du Nord et le Proche-Orient qui seraient celui de l'Union européenne. Reste que l'UpM est paralysée par l'absence de volonté de coopérer entre les États du sud et de l'est de la Méditerranée : la participation d'Israël, les conflits entre Arabes comme en Syrie ou de différends frontaliers comme en Algérie et au Maroc.

Les problèmes financiers restaient également cruciaux en raison des déséquilibres économiques présents de part et d'autre de la Méditerranée. Les Français avaient donc besoin de l'Allemagne pour faire vivre l'UpM : l'Union européenne avait consacré 20 milliards d'euros pour le processus de Barcelone de 1995 à 2005. Ce sont ces problèmes de financement, ainsi que les inquiétudes de l'Allemagne et de la Commission européenne quant au risque d'affaiblissement de l'Union européenne, qui ont finalement eu raison d'une coopération méditerranéenne autonome de l'Union européenne. Ainsi, parmi les six projets prioritaires dégagés par l'UpM ayant réuni des financements, on retrouve le projet allemand Desertec concernant l'énergie solaire produite au Sahara et destinée à l'Europe. Il a ainsi pu bien progresser en 2009 alors que, pour d'autres projets dépourvus de volet commercial, l'UpM a décidé de s'adresser aux pays du Golfe persique.

L'implication des pays méditerranéens a ensuite permis de rendre opérationnelles les institutions de l'UpM en janvier 2010. Leur agencement aurait dû permettre un dialogue politique de haut niveau distinguant l'Union pour la Méditerranée du processus de Barcelone. Mais la survenue des révolutions arabes et les conflits qui en ont découlé ont mis un terme à ces possibilités.

B - L'affaiblissement du tandem franco-allemand

À l'origine de la création des trois Communautés européennes et de leur transformation en Union européenne, le tandem franco-allemand n'était pourtant pas perçu favorablement par les autres États membres de la construction communautaire. Ceux-ci le ressentaient en effet comme une sorte de directoire mené par le général de Gaulle ce qui les amenèrent à soutenir fortement le renouvellement de la demande d'adhésion le Royaume-Uni à la CEE à partir de 1967. L'intégration de Londres était alors considérée comme un contrepois à l'axe Paris-Berlin, renforçant du même coup l'influence américaine ce qui rassurait en période de guerre froide

Après 1990 et l'unification allemande, les rapports du tandem franco-allemand se trouvent totalement bouleversés. Alors que la France avait déjà perdu tout cap économique se contentant de se rallier tardivement aux politiques économique et monétaire allemande, l'Allemagne ne devait plus apparaître comme le partenaire accommodant qu'il avait été jusque lors. Au contraire, elle voit « ressurgir un sentiment oublié, celui d'une normalité nationale-étatique allemande »¹⁵⁸. Elle s'affirme sur le plan international, choisissant ainsi de reconnaître unilatéralement l'indépendance de la Croatie et de la Slovénie. Pourtant, le Conseil européen avait émis un avis négatif afin d'éviter l'éclatement de la Yougoslavie et la possibilité d'une guerre civile. Au plan européen, elle revendique, obtenant que le siège de la Banque centrale européenne soit établie à Francfort et, à défaut d'un rééquilibrage de la pondération des voix au sein du Conseil, la modification de la procédure décisionnelle. L'adoption du double « filet démocratique » donnait un avantage à l'Allemagne en tant qu'État le plus peuplé de l'Union.

158. Jürgen Habermas, *Le Monde*, 23 février 2014.

En 2010, la crise grecque a brièvement remis à l'honneur le tandem franco-allemand alors perçu comme le seul pôle de stabilité capable d'assurer la destinée de la monnaie unique¹⁵⁹. Sauf qu'après une période de concertation sur les mesures communes à adopter, le gouvernement allemand a rejeté toutes les modalités de soutien européen à la Grèce présentées par la France, dont la création d'un Fonds monétaire européen. Pire, la ministre française de l'Économie, Christine Lagarde, se mettait à accuser l'Allemagne de saper les bases de la monnaie unique en faisant passer ses propres exportations avant les intérêts communs et en sacrifiant la demande intérieure au profit de ses excédents commerciaux¹⁶⁰ alors que son homologue allemand défendait la rigueur, le respect des règles communautaires, l'orthodoxie budgétaire, la sacralisation de la monnaie¹⁶¹. Mais cela revient aussi à faire valoir, de façon tout à fait vigoureuse, la position semi-hégémonique de l'Allemagne en Europe à l'origine d'« un effet déflagrant dans la politique intérieure européenne, qu'aucune rhétorique de l'apaisement ne vient juguler »¹⁶².

C- Négociateur et commercer encore pour surmonter le passé

Murant et accueillant de nouveaux membres, la construction communautaire fait preuve de sa capacité à pacifier des relations grevées de lourds antagonistes historiques. Après la réconciliation franco-allemande déjà évoquée, la construction communautaire produit ses effets sur les liens entre Londres et Dublin. Comme l'a souligné le président irlandais Michael Higgins lors de son discours prononcé devant le Parlement britannique le avril 2014 : « *our European identity (...) is an identification we proudly claim today, an identification we share with the United Kingdom, with whom we have sat around the negotiating table in Europe for over 40 years. We recognise that it has been in that European context of mutuality and interdependence that we took the most significant steps towards each other* ».

De même, la construction communautaire réconcilie l'Allemagne et la Pologne dont les rapports restent très marqués par le souvenir des atrocités nazies. Si leur rapprochement avait commencé en 1969 avec l'Ostpolitik du chancelier ouest-allemand Willy Brandt et sa visite au mémorial du ghetto de Varsovie en 1970, il a véritablement démarré avec la reconnaissance de la ligne Oder-Neisse comme frontière définitive avec la Pologne en 1990. Même s'il restait en suspens la question des millions d'Allemands expulsés vers l'Ouest du fait du redécoupage territorial de l'après-guerre, l'appui de l'Allemagne à l'élargissement vers l'est et les investissements économiques massifs réalisés en Pologne ont encore allégé les griefs historiques.

La proximité entre les deux pays est plus marquée depuis la crise de l'euro en 2010. Le ministre polonais des Affaires étrangères, Radek Sikorski affirmait ainsi à Berlin en novembre 2011 : « Je redoute moins la puissance allemande que je ne commence à redouter l'inaction allemande ». Cela reflétait une évolution générale de l'opinion publique polonaise : selon une enquête du German Marshall Fund effectuée en 2012, 57 % des Polonais approuvaient alors la gestion de la crise de l'euro par Angela Merkel et seulement 45 % d'entre eux considéraient l'Otan essentielle pour la sécurité nationale.

Ce rapprochement entre Allemands et Polonais ouvre de nouveaux équilibres en Europe mais ceux-ci restent très souples contrairement à ce qu'avait pu faire croire l'hypothèse de la constitution de ce qui que l'on a appelé le Triangle de Weimar¹⁶³ c'est à dire une extension du tandem franco-

159. Arnaud Leparmentier et Philippe Ricard « Le pari de l'Europe pour rassurer les marchés », *Le Monde* du 12 février 2010.

160. *Financial Times* du 15 mars 2010.

161. « Pourquoi la France attaque-t-elle si violemment l'Allemagne ? Jusqu'où ira-t-on ? », demandait Joschka Fischer, ancien ministre des Affaires étrangères du chancelier Gerhard Schröder. « La relation franco-allemande mise à l'épreuve par la crise financière grecque » *Le Monde* du 19 mars 2010.

162. Jürgen Habermas, *Le Monde* 23 février 2014.

163. Cette appellation tient à ce que leur première réunion a eu lieu à Weimar.

allemand avec Varsovie. Après l'élargissement à 25 États membres, l'axe entre Berlin et Paris ne représentaient plus que 30 % de la population européenne et 55 % du PIB. Mais, Varsovie partage la vision britannique de la construction européenne c'est à dire souverainiste, pro-atlantiste et ultra libérale qui avait conduit à mettre en minorité le couple franco-allemand lors de la crise irakienne.

§ 2 – Une Europe unifiée sous le signe de l'économie de marché

A - L'accompagnement de la réorientation des économies des PECO par les Communautés

À la suite de la désintégration du bloc soviétique, tous les pays de l'Est ont abandonné le système de planification pratiqué jusqu'à lors et entrepris des réformes orientées vers le marché. Ils ont ainsi adopté la libéralisation du régime de change, la déréglementation des prix, la privatisation des entreprises d'État, l'ouverture de l'économie aux investissements étrangers, l'assouplissement ou la suppression des restrictions au commerce extérieur. Or, comme le relevait J. de Larosière¹⁶⁴ « On avait beaucoup écrit sur la façon dont le communisme s'était instauré. Mais on n'avait que peu de notions sur la manière de le démanteler ». Et, tandis que le processus de libéralisation allait être accompagné par l'Union européenne pour les États candidats à l'adhésion¹⁶⁵, il allait se faire rapidement et sans règles préparatoires ni amortissements en Russie provoquant une crise économique catastrophique pour le pays.

En 1995, la Russie se retrouva ainsi dans un état de quasi-banqueroute. Ayant dû recourir à l'aide du FMI, celui-ci lui imposa la privatisation très rapide des entreprises publiques sans attendre l'établissement de règles aptes à canaliser ces changements. Des monopoles privés se constituèrent tandis que la libéralisation tout aussi rapide des marchés financiers favorisa les investisseurs étrangers et permit aux nouveaux enrichis russes de faire sortir leurs capitaux. La politique de soutien des taux monétaires imposée par le FMI endetta le pays tout en garantissant un taux de change intéressant à ceux qui faisaient sortir leurs capitaux jusqu'à ce que la Russie ne puisse plus soutenir les taux de change et soit obligée de dévaluer. Le pays se retrouva alors doublement endetté, les emprunts inutiles effectués auprès du FMI¹⁶⁶ devant désormais être remboursés avec une monnaie plus faible. Les retraites ne furent plus payées mais les oligarques russes exilés à Londres purent racheter des clubs de foot britanniques.

L'accompagnement de la transition économique des pays d'Europe centrale par l'Union européenne a permis dans leur cas de ne pas en arriver à une telle situation. Centré sur la future adhésion de ces États à l'Union européenne, cet accompagnement est allé au delà des stratégies de pré-élargissement rodées par le passé qui avaient conduit la Grèce à conclure un accord d'association en 1962, la Turquie en 1963, Malte en 1970 et Chypre en 1972. Dans le cas de l'élargissement aux PECO, la transposition de l'acquis communautaire posait en effet de telles difficultés que des mesures supplémentaires étaient nécessaires.

Des accords d'association ont été conclus mais sans condition de réciprocité immédiate. En plus de ces accords asymétriques, la Communauté a incité les PECO à créer entre eux une zone de libre-échange. Surtout, elle transféré d'importantes ressources dans le cadre du programme PHARE

164. Jacques de Larosière, « L'Europe et la BERD », *Studia diplomatica*. 1996, n° 1. Vol. 49. Bruxelles, Institut royal des relations internationales.

165. Voir sur la question *Les perspectives d'intégration des Pays d'Europe centrale et orientale aux institutions de l'Europe occidentale*, Patrick Daillier et Péter Kovacs (dir.), Cahiers du CEDIN, Vol. 13, 1998, Montchrestien.

166. En 1998, il apparut que l'argent du FMI versé à la Russie avait été détourné, les sommes ayant été placées dans le paradis fiscal de Jersey. Il ne donna lieu qu'à un rapport établi par un Cabinet d'audit dont la Banque centrale russe était un fidèle client et, à l'été 1999, le FMI repris ses versements à la Russie pour un total de 150 millions de dollars. Quelques années plus tard, les exportations d'hydrocarbures permettront à Moscou de rembourser par anticipation ses dettes extérieures et de connaître une croissance de 6,4 % en 2005. Toutefois, en 2006, 14 % de la population restait en dessous du seuil de pauvreté.

(Pologne, Hongrie : assistance à la reconstruction économique)¹⁶⁷. Mis en place dès 1989, il a été étendu à la Bulgarie, aux républiques baltes, à la République tchèque, à la Roumanie, à la Slovaquie, à la Slovénie et à la Croatie. Le programme PHARE a été renforcé par l'action de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) dont la création avait été décidée en mai 1990 sur une initiative de François Mitterrand. Établie à Londres, la BERD, qui a plusieurs fois été épinglée par les médias pour ses dépenses somptuaires, constitue à la fois une banque d'affaires et une banque de développement. Devant promouvoir l'investissement et l'initiative privés, elle est intervenue sous forme de prêts ou de prises de participations dans des projets qui devaient être commercialement viables.

Grâce à ce soutien, la transition vers l'économie de marché des PECO s'est réalisée sans crise majeure mais elle a été loin d'être idyllique et elle n'est pas encore achevée. Dans le domaine de l'énergie, les économies de l'ex-bloc soviétique dépendent encore lourdement du charbon. C'est pourquoi ils se sont opposés aux objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre que la Commission européenne proposait. En janvier 2014, celui de les réduire de 40 % à horizon 2030 était encore jugé beaucoup trop coûteux par le groupe de Visegrad qui affichait par ailleurs sa volonté de développer le gaz de schiste. Les éléments les plus durs de la transition économique restent donc à venir. Le montant déjà payé est cependant important. En Pologne, la transition à l'économie de marché a ainsi obligé le pays à absorber très rapidement toutes les réformes subies par l'agriculture occidentale¹⁶⁸. Le secteur agricole qui représentait, avant l'adhésion, deux millions d'agriculteurs et 23 % de la population active a ainsi subi en cinq années une diminution de 36 % : la moitié des exploitations agricoles polonaises faisant moins de 5 hectares, représentait un modèle non viable pour la politique agricole commune. De plus, la transition économique n'a pas éliminé certaines séquelles de l'héritage communiste telles la mal-gouvernance et la corruption. La Roumanie est particulièrement touchée, de même que la Bulgarie : l'économie souterraine y présente le plus haut niveau atteint en Europe en se situant à près de 32,3 % du PIB (contre 11 % en France et 8 % au Luxembourg)¹⁶⁹.

Après la crise économique internationale de 2008, ces difficultés se sont encore aggravées et, parmi les pays de l'Est, ce sont ceux ayant intégré l'Union qui voient leurs indicateurs économiques se dégrader de la façon la plus marquée. Selon les dernières estimations de la BERD¹⁷⁰, ces pays devraient seulement atteindre ou dépasser le seuil de 60 % de la moyenne des revenus de l'Europe des 15 dans les vingt prochaines années.

B - L'uniformisation de la pensée et des modèles économiques

Intervenant après l'adoption du modèle économique capitaliste par la Chine de Deng Xiaoping à partir de 1978-1979, l'écroulement de l'ex-URSS et du modèle communiste en 1991 a entraîné l'adoption universelle de l'économie de marché. Le néolibéralisme est en effet venu occuper le vide laissé par la disparition de l'empire soviétique. Aucune autre offre idéologique n'a pu s'imposer car tout projet collectif s'est bientôt trouvé associé au goulag. La débâcle du marxisme n'a donc pas seulement emporté le communisme et le socialisme, la social-démocratie a également été touchée. C'est pourquoi, d'une certaine manière, nous vivrions toujours dans l'après-1989¹⁷¹.

167. Ont également été utilisés après 2000 l'instrument structurel de préadhésion (ISPA) et l'instrument agricole de préadhésion (SAPARD) remplacés à partir de 2007 par l'instrument d'aide de préadhésion (IAP).

168. Lors du dernier recensement de 2010, la France comptait 490 000 exploitations agricoles, soit 174 000 de moins qu'en 2000.

169. Friedrich Schneider, *The Shadow Economy in Europe*, A.T. Kearney, 2011.

170. BERD, *Transition Report 2013*, 20 novembre 2013, ISBN 9781898802402.

171. Prof. Ian Buruma, *Le Monde* du 2 mai 2014.

Après la chute du mur de Berlin et de l'Empire soviétique, les règles du libéralisme et de la libre circulation des biens et des services sont devenues planétaires. Si cela n'excluait pas une certaine dose d'interventionnisme étatique variable d'une région à une autre, le choix du (néo)-libéralisme devenait indiscutable comme le soulignait la formule de Margaret Thatcher : « TINA » = « *There is no alternative* ». Dans le cadre de l'Union européenne, cela a conduit à ériger en règle scientifique indiscutable les limites fixées par le traité de Maastricht et le Pacte de stabilité pour participer à la monnaie unique avec un maximum de 3 % du produit intérieur brut pour le déficit public et de 60 % pour l'endettement. La « troïka » formée par la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international rejoint par là-même l'hypothèse sur laquelle se fondent les mouvements populistes selon laquelle une seule et unique politique est possible¹⁷². Or, ces limites, établies pour des raisons conjoncturelles sur des prévisions de croissance très optimistes, se sont révélées impraticables après la crise économique de 2008. Au niveau mondial, cela a conduit à diaboliser toute mesure protectionniste alors que les théoriciens du libéralisme économique étaient eux-même loin d'avoir une attitude aussi tranchée. Adam Smith n'était ainsi pas contraire aux droits de douane lorsqu'il s'agissait d'industries stratégiques pour la défense nationale ou de répliquer à des taxations opérées par des pays sur les exportations nationales. Friederich List (1789-1846) est resté également célèbre pour avoir dénoncé le libre-échange en ce qu'il favorisait la domination de la Grande-Bretagne. Il prônait un protectionnisme temporaire, le temps de protéger les industries dans l'enfance avant d'atteindre le même niveau de développement que les États avec qui se mettre en concurrence. De même exclure des mesures protectionnistes dans certains domaines comme la culture ou la santé mérite d'être discuté ce que refusent les tenants du libéralisme le plus dur. Cela est d'autant plus paradoxal que le succès du libéralisme basé sur le dynamisme du marché suppose un minimum de règles de droit pour l'encadrer et lui permettre de se développer: la reconnaissance des droits de propriété et de la liberté contractuelle. Tout en réclamant plus de dérégulation et de libertés, les multinationales ont ainsi transformé la législation sur les brevets en armes juridiques pour protéger leur position dominante¹⁷³.

Un des problèmes posés par cette uniformité en faveur du libéralisme économique radical est qu'il excluait toute autre voie que celle de la libéralisation et de la dérèglementation des marchés. Ces deux axes se justifiaient scientifiquement car, comme l'enseignait le professeur Pascal Salin¹⁷⁴, « l'économie est une science ; son objet est de distinguer entre les bonnes et les mauvaises politiques ». Selon lui, « la création de marchés financiers complexes a conduit à des progrès économiques véritables. Cette sophistication financière a facilité la répartition mondiale des risques, permettant ainsi un plus grand nombre de prises de risques, ce qui amplifie l'innovation. »

Désormais unanimement dénoncé, cet aveuglement des économistes avait été souligné par la reine d'Angleterre lors d'une visite à la London School of Economics effectuée fin 2008 au plus fort de la crise économique « Comment se fait-il que personne ne l'ait prévue ? »¹⁷⁵. Si, comme le soulignait Francis Fukuyama, on pouvait y voir « l'intérêt personnel de nombreux économistes et

172. Les leaders populistes affirmant pour leur part qu'il n'y a qu'une volonté populaire véritable et qu'ils en sont l'unique interprète. Prof. Jan-Werner Müller, *Le Monde* du 2 mai 2014.

173. Ces batailles juridiques ont fait réagir le Commissaire chargé de la concurrence, Joaquin Almunia : « La protection de la propriété intellectuelle est certes une pierre angulaire de l'innovation et de la croissance ... Mais il en va de même d'une concurrence équitable. Les entreprises, à mon sens, devraient s'employer à innover et à se livrer concurrence par les mérites des produits qu'elles offrent au lieu d'utiliser de façon abusive leurs droits de propriété intellectuelle pour tenir à distance leurs concurrents, au détriment de l'innovation et du choix des consommateurs.», 13 mai 2013, <http://www.epochtimes.fr/front/13/5/12/n3508331p.htm>.

174. *L'économie ne ment pas*, Fayard, 2008. Apôtre du libéralisme, à une époque où « le marxisme était la pensée dominante », Pascal Salin est professeur émérite de Paris-Dauphine.

175. *Le Monde* du 4 septembre 2009. Voir aussi André Orléan, « À quoi servent les économistes... surtout s'ils pensent tous la même chose ? » *Le Monde* du 13 février 2010.

professeurs de finances de *business schools* dans le succès du secteur financier qui n'est compensé par aucune incitation à penser que le secteur, dans son ensemble, détruisait davantage de valeur qu'il n'en créait »¹⁷⁶, on peut aussi y relever les effets du « mythe pervers de l'autorégulation » magnifié par Ronald Reagan et Margaret Thatcher¹⁷⁷. Joseph E. Stiglitz estimait ainsi que ce que la chute du mur de Berlin a été au communisme, la crise de septembre 2008 l'a sans doute été au fondamentalisme du marché.

§ 3 - *Les conséquences sur le droit européen*

A – La capacité d'intégration des PECO par l'Union européenne

L'élargissement de 2004 a posé la question de la réforme du fonctionnement de l'Union européenne avec l'arrivée dans l'Union de nombreux petits et moyens États et celle du financement des politiques communes du fait de leur moindre capacité contributive. Les contributeurs importants comme l'Allemagne redoutaient une explosion des dépenses ; d'autres - notamment la France qui bénéficie de la PAC - craignaient les effets défavorables d'une nouvelle ventilation des crédits communautaires.

Ces problèmes n'étaient pas inconnus puisqu'ils avaient déjà été posés à l'occasion de l'adhésion par le passé de pays plus pauvres que la moyenne communautaire. Mais l'adhésion massive des PECO en 2004 changeait radicalement la dimension des problèmes conduisant le Parlement à s'interroger en 2006 sur l'opportunité de modifier les critères d'adhésion. Comme le notait un diplomate belge, on a alors ressorti des placards le vieux critère de « la capacité d'absorption » que la Commission avait déjà utilisé en 1976 à propos de la future adhésion de la Grèce¹⁷⁸. Les critères de Copenhague fixés en juin 1993 l'avaient aussi évoqué en prévoyant que « la capacité de l'Union à assimiler de nouveaux membres tout en maintenant l'élan de l'intégration, constitue également un élément important répondant à l'intérêt général aussi bien de l'Union que des pays candidats ». Reformulé par la Commission qui trouvait l'expression trop agressive en « capacité d'intégration »¹⁷⁹, l'élément ne revêt aucune force juridique. Il intervient seulement pour l'évaluation politique des candidatures. Ce critère de capacité d'intégration de l'Union européenne revenait également à admettre que la qualité d'État européen ne conduisait pas inéluctablement à intégrer les institutions de l'Union européenne et donc à distinguer l'Union européenne de l'Europe.

La capacité d'intégration économique des Communautés avait déjà conduit à adapter le droit économique européen. L'adhésion britannique en 1975 avait entraîné la création du Fonds Européen de Développement Régional, celle de l'Espagne et du Portugal en 1986 avait motivé les premières dérogations communautaires concernant principalement la pêche et à créer, sous l'impulsion de Jacques Delors, les fonds structurels. Avec l'arrivée des dix nouveaux États en juillet 2004, la capacité d'intégration a principalement été utilisée pour limiter les subventions aux pays candidats à 4 % de leur PIB¹⁸⁰.

176. *Le Monde* du 4 septembre 2009.

177. *Le triomphe de la cupidité*, Les liens qui libèrent, févr. 2010, p.59.

178. Adrien Hassin, « La Capacité d'intégration de l'UE : prérequis politique ou alibi technique ? », *Notre Europe*, janvier 2007, n°6.

179. Commission européenne, *Rapport spécial sur la capacité de l'Union européenne à intégrer de nouveaux membres*, novembre 2006.

180. L'accroissement des charges de fonctionnement s'est également posé. Le passage de 11 langues à 21 officielles a conduit à adopter des langues pivots (français, allemand, anglais) et à utiliser davantage l'anglais.

B - La mise en concurrence d'économies inégales et la question du dumping social

L'élargissement aux PECO quinze ans après la chute du mur de Berlin a eu pour résultat de mettre en concurrence des économies inégales. Au départ, seuls des problèmes de financement et de redistribution des politiques communes ont été perçus. La politique agricole commune était la politique qui posait le plus de problème, l'adhésion de la Pologne faisant doubler le nombre d'agriculteurs européens et augmenter de 50 % la superficie des terres arables de la Communauté. Britanniques, Suédois, Allemands et Néerlandais refusaient d'accorder aux paysans de l'Est les mêmes droits qu'à ceux de l'Ouest. Un accord est intervenu début 2004 avant que les Polonais n'intègrent l'Europe établissant que les aides seraient versées intégralement en 2013 mais qu'il y aurait une phase d'échelonnement. Le motif du non-versement des aides agricoles directes était justifié par le fait qu'il s'agit d'aides compensatoires à des baisses de prix non subies par les agriculteurs de l'Est. Cela a nécessité de découpler partiellement le versement des aides de la production créant un choc parmi les agriculteurs de l'Ouest. Il faut cependant noter que ce choix avait été précédemment effectué par les Américains qui, après avoir opté pour l'interventionnisme depuis les années 1920, avaient, à partir de 1996, déconnecté leurs aides de la production agricole avec le *Federal Agriculture Improvement and Reform Act*. Pour les agriculteurs de l'Est, l'adhésion de leurs pays à l'Union a réalisé en quelques années l'évolution observée durant des décennies à l'Ouest. La modernisation accélérée a entraîné un regroupement des exploitations et l'hémorragie du secteur avec des pertes d'emploi extrêmement importantes.

Le problème de la mise en concurrence d'économies disparates, dont les conséquences à plus long terme n'avaient pas été immédiatement perçues, était celui de la libre circulation des travailleurs. Certes, les anciens pays membres de l'union avaient pu choisir de retarder un peu l'entrée en vigueur des dispositions à ce propos. Mais ils n'avaient pu s'y opposer davantage puisque les Communautés étaient basées sur l'absence d'entrave aux libertés de circulation.

Dans la pratique, cela a conduit à détourner, à une large échelle, la directive 96/71 du 12 décembre 1996 relative aux services dans le Marché intérieur. Prévue pour intégrer les travailleurs de pays où le coût du travail était peu élevé - l'Espagne, la Grèce et le Portugal -, la directive permet à des entreprises de détacher temporairement dans un autre pays de l'Union un salarié qui travaille habituellement dans le pays d'origine de l'entreprise. Le salarié détaché doit bénéficier des mêmes conditions de travail du pays d'accueil (salaire minimum, congé...) tandis que le régime de protection social et les cotisations liées restent ceux du pays d'origine. En 2003/2006, alors que des problèmes avaient déjà été soulevés par les syndicats de travailleurs, la Commission soutenait une proposition de directive relative aux services dans le Marché intérieur dite directive « Bolkestein » devant compléter la directive 96/71 pour créer le Marché unique des services : la directive aurait permis à un non salarié « de passage » d'aller travailler dans un autre pays selon la législation en vigueur dans son pays. Mais, devant le risque de concurrence entre systèmes sociaux non harmonisés, il n'y a pas eu de codécision du Parlement et du Conseil et la directive n'avait finalement pu être adoptée qu'en renonçant au principe du pays d'origine.

Avec l'explosion de la fraude au détachement qui concernerait en France quelque 170 000 travailleurs détachés dans le secteur du bâtiment, un compromis ne s'appliquant qu'au secteur du bâtiment fut trouvé le 9 décembre 2013. Pour faire taire les discours de fermeture des frontières et de préférence nationale, il admet d'une part que chaque pays peut déterminer lui-même les contrôles nécessaires sur la situation des « travailleurs détachés » sur son territoire et, d'autre part, que l'entreprise donneuse d'ordre peut être solidairement tenue responsable avec ses sous-traitants. Cela ne désamorce en rien la « bombe qui remonte en France sur la directive des travailleurs détachés » mais pour Pascal Lamy, « la remettre à plat, serait une remise en cause de l'acquis communautaire ».¹⁸¹ La question de l'Europe sociale reste donc posée ainsi que celle de la mise en

181. Pascal Lamy, intervention devant le Comité européen d'orientation de Notre Europe - Institut Jacques Delors, 29

concurrence des économies disparates.

C - Les conséquences sur le droit de la concurrence : décentralisation et fin de la notification obligatoire

L'ouverture de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et l'élargissement à dix nouveaux États membres auraient signifié la congestion totale du système d'application du droit de la concurrence : la Commission européenne était, depuis le traité de Rome, l'unique arbitre chargé de veiller au respect du droit de la concurrence, l'application des articles 101 et 102 du TFUE étant confiée à la direction générale de la concurrence (autrefois DG IV), le contrôle des concentrations étant attribué lorsqu'il fut mis en place à la *Merger Task Force*. Dès 1962, la Commission recevait, outre les notifications d'aides d'État, les demandes d'exemption individuelle et, à partir de 1989, des fusions. Elle peut demander des renseignements et effectuer des vérifications sur place. Ce système très centralisé au profit de la Commission européenne comportait seulement, pour le règlement formel des affaires, un avis du Comité consultatif des États membres.

En mai 2004¹⁸², une telle centralisation a été abandonnée au profit d'un système de partage des compétences entre la Commission et les autorités nationales. Le « réseau européen de la concurrence » qui est mis en place renforce le rôle des autorités nationales¹⁸³ pour appliquer leur propre législation de la concurrence ainsi que le droit communautaire. La Commission perd le monopole concernant l'octroi aux entreprises du bénéfice de l'exonération prévue à l'article 101 §3 du TFUE. Toutefois, les autorités de concurrence des États membres sont automatiquement dessaisies lorsque la Commission intente une procédure. Les affaires peuvent être traitées par une seule ou par plusieurs autorités nationales de concurrence agissant en parallèle ou par la Commission. Généralement, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office restera en charge de l'affaire s'il y a un rapport étroit entre l'infraction et le territoire de l'État membre duquel elle dépend. Le règlement 1/2003 prévoit également l'échange d'informations entre l'autorité européenne et les autorités nationales. Celles-ci doivent informer la Commission dès qu'elles agissent en vertu de l'article 101 ou 102 du TFUE. En cas de saisines de plusieurs autorités de contrôle de la concurrence, l'article 13 du règlement 1/2003 permet la suspension de la procédure ou le rejet de la plainte du fait qu'une autre autorité traite ou a traité l'affaire.

La fin de la centralisation du contrôle de la concurrence en 2004 s'est accompagnée d'une réforme du contrôle des concentrations entre entreprises¹⁸⁴. Elle a aussi entraîné l'abandon de la notification obligatoire pour obtenir l'exemption individuelle. Il s'agit d'une réforme fondamentale pour les opérateurs économiques confrontés à la question. Le droit communautaire de la concurrence prévoyait en effet à l'origine l'obligation pour les entreprises voulant bénéficier de l'exemption prévue à l'article 101 §3 du TFUE de notifier leur entente à la Commission. Cela avait provoqué, lors de la mise en place du système en 1962, l'afflux devant la Commission de quelque 35 000 notifications pour obtenir une exemption ou une autorisation négative. Devant l'impossibilité d'y faire face, le Conseil avait délégué à la Commission en 1965 le pouvoir d'émettre une réglementation fixant des normes objectives d'application générale en matière d'exemption : des règlements d'exemption par catégorie. Malgré cette délégation de pouvoir alors unique en droit économique européen, le système de notification restait insatisfaisant dans son principe puisqu'il plaçait les opérateurs économiques devant un choix délicat : choisir de signaler soi-même un

novembre 2013.

182. Règlement (CE) n° 1/2003, JOCE L 1 du 4 janvier 2003.

183. Outre les juridictions nationales, il s'agit de l'Autorité de la concurrence en France, de l'*Office of Fair trading* au Royaume-Uni, du *Bundeskartellamt* en Allemagne...

184. Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, voir ci-après Titre II, ch.II, Section I, §1, B.

comportement susceptible d'être jugé illégal avec une procédure longue, coûteuse et incertaine ou prendre le risque de renoncer à une potentielle exonération d'une entente. Dans la pratique, il était aussi inadapté et avait dû être petit à petit assoupli. En effet, les difficultés économiques que les Communautés européennes avaient dû affronter à partir des années 1970 avait conduit à assouplir la politique communautaire de la concurrence pour la rendre plus favorable à la coopération entre entreprises dans le domaine de la recherche et du développement. La Commission avait ainsi promulgué une vaste série de règlements d'exemption par catégorie (en matière de transports aériens, maritimes, d'assurances...) qui avaient de fait éliminé une grande partie des problèmes liés à la centralisation. Avec l'élargissement à 25, ces problèmes se posaient de nouveau et devenaient ingérables. La réforme de 2004 permet de les éviter : les notifications ne restent obligatoires que pour les fusions et les aides d'État.

Titre II - Réformer le droit économique européen pour s'adapter à la mondialisation et à un monde multipolaire

Même si la réalité d'un monde multipolaire était encore contestée vingt années après la chute du mur de Berlin¹⁸⁵, l'émergence de nouveaux pôles de puissance s'affirmait marquant la fin de la suprématie occidentale et celle du monde bipolaire existant depuis la fin de la Seconde guerre mondiale. Cette indéniable multipolarisation de la société internationale favorisait elle-même un phénomène d'ouverture des économies nationales se traduisant par un accroissement des échanges. Désigné sous le terme de mondialisation, cette réorganisation de la société internationale s'est accélérée au cours de la décennie 1990 revêtant une dimension culturelle et politique nouvelle. La création de l'OMC et l'abaissement des barrières étatiques au commerce mondial, la diminution du coût des transports et, surtout le développement des technologies de l'information et des télécommunications (TIC) ont dessiné un nouvel ordre économique mondial pour le XXI^e siècle ce qui a obligé les pays européens à adapter leurs règles de droit économique (I).

Mais, peinant à s'affirmer politiquement sur la scène mondiale, l'Union européenne pâtit du double jeu économique mené par les Américains et les Chinois. Leurs règles et pratiques éprouvent le modèle européen. Certes, la puissance normative européenne reste loin d'être insignifiante et le renforcement des règles du droit de la concurrence est loin d'être négligeable donnant des outils sérieux pour résister aux influx négatifs de la mondialisation. Mais, cela apparaît insuffisant pour juguler les méfaits du « capitalisme total » au sein même de l'union européenne. Le droit économique européen pourrait-il alors « civiliser » la mondialisation en corrigeant les aspects les plus négatifs ? Peut-il s'adapter aux pressions extérieures et maintenir l'identité européenne ?

Chapitre I - Les aménagements du droit économique européen imposés par la mondialisation

Depuis les années 1990, un nouvel ordre économique mondial s'est peu à peu mis en place caractérisé par une plus grande ouverture des économies nationales au commerce mondial (I). Si l'Union européenne a participé activement à ces transformations, elle les a aussi subies tant les dynamiques les sous-tendant s'avèrent peu intelligibles et capables d'ébranler l'ensemble des relations inter-étatiques.

Se trouvant à accueillir des firmes d'envergure mondiale pas toujours enclines à respecter les règles communautaires, fragilisée par son absence de poids politique sur la scène internationale,

185. Selon Pascal Boniface, « La chute du mur de Berlin, symbole de la fin du monde bipolaire », *Le Monde* du 11 novembre 2009, on ne pouvait encore parler de multipolarisme.

L'Union européenne bénéficie toutefois d'une puissance normative non négligeable au niveau mondial. Forte du Marché intérieur mis en place en 1993 pour diminuer le poids de la contrainte extérieure et augmenter son autonomie en matière de politique économique, l'Union européenne a renforcé ses outils juridiques tant au plan interne que vis à vis des tiers (II).

Section I - Le nouvel ordre économique mondial du XXI^e siècle

Bouleversé à la fin du XX^e siècle par un troisième mouvement de mondialisation (§1), l'ordre économique mondial voit l'interdépendance des économies nationales renforcée. La société internationale devient multipolaire mais elle se structure aussi sur l'accumulation des déficits américains et la thésaurisation chinoise. Prise en étau entre ces deux puissances mondiales, l'Europe perd aussi l'exclusivité de ses liens avec ses anciennes colonies sans parvenir à établir de nouvelles règles convenables pour remplacer l'ordre ancien (§2).

§ 1 - La mondialisation

A - Les trois piliers de la mondialisation

La mondialisation se définit comme un phénomène d'ouverture des économies nationales sur un marché mondial, lié aux progrès des communications et des transports ainsi qu'au démantèlement des barrières douanières. Bien que correspondant à un phénomène ancien, le terme « mondialisation »¹⁸⁶ n'est lui-même apparu que dans les années 1980 aux États-Unis avant d'être généralisé durant la décennie suivante par des mouvements anti-mondialistes et altermondialistes à partir des thèses de Herbert Marshall McLuhan (1911-1980). Ce sociologue canadien avait lancé l'idée d'un « village planétaire » engendré par les progrès des médias. Avant lui, le père jésuite Pierre Teilhard de Chardin (1881-1955) parlait de « planétarisation humaine » et Fernand Braudel d'économie-monde, concept ne correspondant pas à l'économie mondiale mais en une économie constituant un monde en soi, un espace économique cohérent.

Entraînant une interdépendance croissante des pays, la mondialisation se caractérise principalement par l'augmentation des échanges commerciaux – 1^{er} pilier – et des investissements directs internationaux – 2^e pilier. Le processus de mondialisation est à la base déclenché par une amélioration des moyens de communication (caravelle au XV^e siècle, chemin de fer et *clipper* à la fin du XIX^e, internet et transport *low cost* à la fin du XX^e) et par la hausse du niveau de vie des populations qui débouche elle-même sur une hausse de la demande de biens et de services. La déréglementation mondiale accompagne alors le processus qui conduit à une explosion du commerce international et des investissements directs étrangers. Les entreprises effectuent des choix stratégiques à l'échelle mondiale selon les règles fiscales ou sociales de chaque État : dans les années 1980, les firmes automobiles japonaises ont ainsi privilégié les investissements directs en Europe et aux États-Unis pour contourner leurs barrières douanières élevées tandis qu'à partir des années 1990, les multinationales se sont mises à privilégier les pays pratiquant des tarifs douaniers bas pour les utiliser comme des plates-formes de ré-exportation.

Les migrations humaines constitueraient selon la Banque mondiale le 3^e pilier de la mondialisation. Elles vont s'accroître¹⁸⁷ en provenance d'Asie et d'Afrique du fait de

186. En français, le terme « mondialisation » traduit de l'anglais (*globalization*) est utilisé indistinctement avec l'emploi du terme « globalisation ». Voir « L'avenir de la mondialisation » in « Relations internationales », *préc. cité*, p.150-170.

187. Le nombre de migrants est encore relativement stable : en 2010, ils étaient 214 millions dont 49 % de femmes, contre 191 millions en 2005. Cela représente environ 3 % de la population mondiale. 10 à 15 % d'entre eux se trouvaient en situation illégale. *Rapport 2010 sur l'état de la migration dans le monde* de l'Organisation internationale pour les migrations et *rapport Migreuropa 2011*.

l'impressionnante augmentation de leurs populations. Principalement dirigées vers les pays de l'OCDE, ces migrations concerneront de plus en plus les femmes, les travailleurs qualifiés, ceux cherchant un travail temporaire et les étudiants. Les pays riches seront marqués par le vieillissement de leur population tandis que les pays émergents seront confrontés à un surplus de jeunes privés de débouchés économiques. Ces mouvements de population ne seront plus réductibles au couple immigration/émigration mais se rapprocheront d'un modèle de grande mobilité aboutissant à un remodelage géographique : des pôles urbains reliés entre eux par des moyens de transport rapides ou peu coûteux qui seront de plus en plus détachés du monde rural. De plus, la nature des migrations internationales n'est plus comparable à celle du XX^e siècle du fait d'une moindre homogénéité culturelle et religieuse. Cela rend plus difficile le *melting pot* et avantage au contraire les communautarismes. Attisant les sentiments nationaux des communautés d'accueil et pouvant provoquer de fortes réactions xénophobes, ces migrations génèrent des politiques souvent chaotiques dans les pays d'accueil.

Les pressions générées vont s'accroître : selon le 4^e rapport du « *National Intelligence Council* » paru fin 2008, l'Europe de l'Ouest connaîtra un flux annuel d'au moins un million d'immigrants entraînant la présence de 35 millions de natifs d'autres pays et principalement d'origine musulmane. Même si la majorité d'entre eux sera bien intégrée, une partie vivra en vase clos générant des problématiques concernant la relation entre l'État et la religion. Les partis politiques de droite en sortiraient renforcés tandis que les coalitions de partis de gauche risqueraient la fragmentation. La menace majeure proviendrait des organisations criminelles transnationales qui pourraient mettre sous coupe un ou plusieurs gouvernements d'Europe de l'Est. C'est ainsi qu'au printemps 2010, le démantèlement de clans maffieux ayant fait du Monténégro un narco-État aux portes de l'Union européenne rappelait l'acuité du péril.

B - La 3^e mondialisation entre mythes et réalités

Aux XV^e et XVI^e siècles, la 1^{ère} mondialisation avait vu la colonisation de l'Amérique et la création d'empires à l'échelle du monde par l'Espagne et le Portugal. Les puissances de l'Europe atlantique en furent les grandes bénéficiaires, mettant en place les premières entreprises multinationales, ce qui leur permit de développer un commerce triangulaire avec l'Afrique et les Amériques. Celui-ci prospéra du fait de l'augmentation de la demande en sucre, devenu un élément important de l'alimentation des Européens au XVI^e siècle, donnant au siècle suivant des proportions terribles à la traite transatlantique et à l'esclavage.

La 2^e mondialisation eut quant à elle lieu au XIX^e siècle avec une nouvelle révolution des transports et l'abaissement des droits de douane. Le développement du commerce entraîna alors une intégration économique des différentes régions d'Europe et promut l'idée d'une économie-monde centrée sur le continent américain. La 2^e mondialisation fut également marquée par l'émergence des puissances russe et américaine comme Alexis de Tocqueville l'écrivait en 1834 : « Il y a aujourd'hui sur la terre deux grands peuples qui, partis de points différents, semblent avancer vers le même but ; ce sont les Russes et les Anglo-américains... Ils sont placés tout à coup au premier rang des nations et le monde a appris presque en même temps leur naissance et leur grandeur. » À l'époque, l'Europe assurait encore les deux tiers des échanges internationaux, l'ouverture forcée de nouveaux marchés - Égypte, Chine, Japon - lui ayant encore permis de profiter d'une expansion vertigineuse du commerce. De plus, l'essor du capitalisme entre 1850 et 1880 avait permis d'organiser un système industriel au sein d'une économie de marché couvrant une bonne partie de l'Europe occidentale. La révolution des transports, notamment ferroviaires bouleversant à son tour les pratiques commerciales, s'accompagnait de la circulation, désormais massive et rapide, des capitaux. L'invention du *clipper* et la baisse du coût du transport permirent ensuite à l'Amérique de vendre

son blé en Europe.

Quant à la 3^e mondialisation, elle résulte des nouvelles technologies de l'information et communication qui, dans les années 1980, favorisèrent la croissance économique et la constitution d'un marché mondial intégré des capitaux. Ronald Reagan et Margaret Thatcher se firent les chantres du libéralisme économique et la conversion des pays communistes à l'économie de marché unifia l'économie du monde sous le signe du libéralisme. En 1994, lorsque furent signés les accords de Marrakech intégrant les accords du GATT dans une Organisation Mondiale du Commerce, l'OMC, la mondialisation était devenue un thème très mobilisateur pour les opinions publiques. Cela aboutit à multiplier les acteurs intervenant sur la question même si, ce qui réduirait le monde à la dimension d'un « village planétaire », aurait dans les faits été largement surévalué : selon Daniel Cohen – paraphrasant le prix Nobel d'économie Robert Solow – elle se verrait ainsi partout sauf dans les statistiques.

Toutefois, l'influence des multinationales sur l'économie s'avère considérable d'autant que celle-ci est caractérisée par le passage d'une société industrielle à une société post-industrielle. La « nouvelle économie » se caractérise désormais par une structure du coût totalement atypique basée sur la première unité fabriquée : les coûts fixes sont très importants alors que les coûts de fabrication et de commercialisation sont faibles, voir inexistants pour les logiciels. Elle est aussi conditionnée par l'usage des TIC. Ainsi, les transactions effectuées sur le site d'ebay entre deux résidents français permettent à cette société californienne d'encaisser une commission. Plus généralement, les TIC favorisent les multinationales qui peuvent s'organiser au niveau planétaire pour réaliser des économies d'échelle en répartissant leurs coûts de recherche et de développement et en sous-traitant la fabrication des produits à l'étranger.

De la même façon, on a tendance à confondre la mondialisation et la régionalisation. Or, le commerce international qui constitue le 1^{er} pilier de la mondialisation, portait il y a un siècle essentiellement sur des produits lointains provenant de pays très différents : par exemple, l'Angleterre importait du thé d'Asie et exportait des textiles. Aujourd'hui, la mondialisation concerne principalement les pays riches et voisins dont les consommateurs ont des goûts similaires. L'Union européenne représente à elle seule plus de 40 % du commerce mondial et 65 % du commerce extérieur français. De plus, les échanges portent essentiellement sur des produits de la même nature (voitures, vêtements griffés...). Quant au 2^e pilier de la mondialisation, les investissements directs étrangers, on constate, en dépit de la circulation massive de capitaux, dans toutes les positions et les transactions financières, ce qu'on appelle un « biais domestique » c'est à dire une proximité géographique atteignant jusqu'à 93 % pour la composition des portefeuilles d'investissements institutionnels grecs. Dans certains pays, notamment asiatiques, il augmente avec le renforcement du capitalisme d'État. Enfin, les migrations humaines – 3^e pilier de la mondialisation – seraient en réalité statistiquement trois fois moins importantes aujourd'hui qu'au début du XX^e siècle : en 1913, 10 % de la population mondiale était formée d'immigrés contre 3 % en 2007. Mais, même si les phénomènes de mondialisation peuvent s'avérer surestimés, ils n'en demeurent pas moins décisifs : remettant en question la souveraineté des États et la représentation de la légitimité politique, ils ébranlent l'ensemble des relations internationales¹⁸⁸.

C - L'économie européenne dans l'état des puissances américaine et chinoise

Autrefois soumise à l'antagonisme des puissances soviétique et américaine, la construction européenne et la monnaie unique se trouvent aujourd'hui principalement confrontées aux règles mises en place au sein de l'OMC mais aussi aux effets des politiques économiques et monétaires américaines et chinoises. Avec son capitalisme brutal encouragé par une dictature féroce, l'Empire du milieu remplace l'épouvantail soviétique tandis que le géant américain bénéficie des règles

188. Voir Pierre de Senarclens, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Armand Collin, 4^e éd. 2005.

mondiales taillées pour son hyper-puissance. En effet, la monnaie américaine occupe une position privilégiée depuis les accords de Bretton Woods de 1944 qui en avaient fait l'étalon monétaire international à charge pour les Américains d'assurer la convertibilité de leur monnaie en or : une once d'or équivalait à 35 dollars. Dans les faits, les États firent du dollar leur monnaie de réserve et d'intervention, rôle que les États-Unis favorisèrent car il les affranchissait de toute discipline monétaire. L'économiste Jacques Rueff plaida sans succès pour un strict retour de l'étalon-or « *gold exchange standard* », démontrant dès 1961 que la pratique instaurée impliquait le déficit de la balance des paiements des États-Unis.

Cela conduisit les États-Unis à mettre fin aux accords de Bretton Woods en 1971 : ils n'assureraient plus la convertibilité du dollar en or car leurs réserves monétaires, qui correspondaient en 1944 à 75 % des réserves d'or mondiales, avaient été largement entamées en raison de la reprise économique européenne mais surtout de la nécessité de financer la guerre du Viêt Nam. Les Américains allaient donc laisser flotter leur monnaie : « *the dollar is our currency but it's your problem* » selon la formule attribuée au secrétaire américain au Trésor de l'époque, John Connolly. Le dollar devint alors l'unique monnaie dont la valeur ne dépendait plus de ses réserves monétaires mais de la confiance accordée par le reste du monde. Reposant en grande partie sur un sentiment de transparence de la gestion de l'économie et de la monnaie, la confiance accordée est immense comme le montre le fait qu'en 2005, près des deux tiers des dollars en circulation, équivalant à près de 700 milliards de dollars, se trouvaient hors des États-Unis. Depuis mars 2006, la « Fed » ne publie cependant plus de données (M3) ce qui met fin à la transparence de la politique monétaire des États-Unis. Les acteurs économiques mondiaux doivent ainsi les croire sur parole quant à la valeur de leur monnaie. Leur discrédit au niveau international fait donc du dollar le facteur principal d'une éventuelle crise globale. En dépit de cela, le dollar reste la 1^{ère} monnaie de placement : 65 % des réserves de change des banques centrales dans le monde sont constituées en dollars contre 25 % en euros. La raison tient au fait que la puissance politique des États-Unis apporte une garantie qui n'existe pas pour la monnaie européenne. Toutefois, le dollar a perdu en 2007 sa place de 1^{ère} monnaie de paiement au monde, passant derrière l'euro¹⁸⁹. Les déficits jumeaux américains sont en effet l'objet de préoccupations croissantes. Ne relevant pas les impôts et ne réduisant pas les dépenses, la politique américaine permet à la Federal Reserve d'augmenter la masse monétaire. Faute d'accord, l'État fédéral en est réduit à fermer ses services, en mettant au chômage technique quelque 800 000 fonctionnaires, en suspendant toutes activités diplomatiques, de coopération internationale, de recherche... Son coût en 2011 aurait atteint jusqu'à 0,6 % du PIB brut corrigé. Laissant des traces durables, le « *shutdown* » s'est répété en 2013. De plus, le déficit de la balance commerciale s'est aggravé constamment de 1985 à 2007 à tel point qu'il est devenu un élément structurel de l'économie américaine. Les plus gros débiteurs de la planète bénéficient d'un traitement de choix car ils entraîneraient de graves problèmes pour leurs créanciers en cas d'aggravation de leur situation.

La suprématie du dollar, garantie par la place particulière que lui ménage le système monétaire international, a été remise en cause au G8/G13 tenu du 8 au 10 juillet 2009 à Aquila (Italie). Mais ceux qui la contestent sont les mêmes qui accumulent des réserves de change en monnaie américaine. Or, remplacer le statut de monnaie de réserve du dollar par des droits de tirage spéciaux gérés par le FMI supposerait d'immenses bouleversements. En 2009, Pékin a commencé à promouvoir l'utilisation du yuan dans le commerce et dans la finance internationale en créant une plateforme d'échange à Hongkong et en concluant des accords de compensation directe (*swap*). En octobre 2013, la BCE et la banque centrale chinoise ont conclu un tel accord d'échange pour un montant 45 milliards d'euros sur une période de trois ans. Cet accord, intervenu quelques mois après ceux signés par Londres et Zurich, permet de faciliter le commerce et les investissements entre les

189. Swift, communiqué de presse du 25 avril 2013.

deux régions économiques. Ceci est particulièrement vrai pour les entreprises européennes, car, malgré une libéralisation croissante, l'accès aux yuans restait complexe et coûteux. Il contribue aussi à remettre en cause la suprématie du dollar même si celle-ci ne devrait pas être menacée avant une dizaine d'années¹⁹⁰.

§ 2 - *La remise en cause des liens exclusifs Europe/ACP*

A - L'Europe redimensionnée et la fin des liens privilégiés issus de la période coloniale

De 1800 à 1880, l'émigration de quatorze millions et demi d'Européens - Français en Algérie, Hollandais et Britanniques en Afrique du Sud... - avait abouti à la constitution de sociétés d'origine européenne aussi lointaines que l'Australie ou la Nouvelle-Zélande. Ce mouvement de colonisation fut surtout dicté par des considérations économiques et les conquêtes coloniales furent avant tout voulues par les industriels, les négociants et les armateurs. Pour les États européens, le gain économique de la colonisation fut loin d'être évident et les historiens discutent encore de son coût même si la spoliation des ressources humaines et économiques des pays conquis par un nombre très restreint de colons ou sociétés métropolitaines, est indéniable. De même, son imprégnation de la philosophie d'inégalité raciale de l'époque ne fait pas de doute : si les Européens étaient persuadés d'apporter le progrès en inculquant leur propre religion et le bénéfice d'infrastructures modernes concernant la santé ou les transports, dans la pratique, la supériorité militaire occidentale s'est avérée décisive et les peuples colonisés furent traités en citoyens de deuxième zone¹⁹¹.

Cela a laissé des traces durables après les indépendances obtenues au XX^e siècle mais n'empêcha pas le maintien de nombreux liens, culturels, linguistiques, juridiques, économiques, parfois institutionnalisés de façon durable avec le *Commonwealth of nations*¹⁹², ou de façon éphémère avec l'Union et les Communauté françaises¹⁹³. Dans tous les cas, les anciennes puissances coloniales se sont attachées à maintenir des rapports de domination à l'égard des jeunes États. Ainsi, après le refus de la Guinée d'intégrer la Communauté française proposée par le général de Gaulle en 1958, la France avait cherché par tous les moyens à déstabiliser le jeune État devenu indépendant : rappel immédiatement des coopérants, émission de fausse monnaie, organisation de coups d'état contre Sékou Touré (1922-1984)¹⁹⁴. Ce néocolonialisme des Européens¹⁹⁵ est officiellement abandonné mais les réseaux privés sont restés en place¹⁹⁶ et le paternalisme méprisant reste

190. En 2009, le président de la Banque Mondiale, Robert Zoellick, estimait que le yuan pourrait menacer la suprématie du dollar d'ici « 10-15 ans ».

191. Ils purent même être exterminés comme le peuple Hereros en Namibie au début du XX^e siècle.

192. Cette association d'États indépendants très spécifique au regard du droit international regroupe près d'une cinquantaine d'États parfois microscopiques, aussi divers que le Canada, le Pakistan, le Zimbabwe, Chypre, Malte...

193. Avant 1939, l'ensemble des colonies françaises étaient placées sous la souveraineté de la métropole dans le cadre d'un État unitaire. À la conférence de Brazzaville en 1944, il n'était pas encore question de « self-governments ». Ce n'est qu'à partir de 1946 que l'Union française a évolué vers une organisation de type confédéral avant sa transformation en Communauté française avec la constitution de la V^e République. À partir de 1986, se sont tenus des sommets de chefs d'État et de gouvernement ayant en commun l'usage du français. L'institutionnalisation - limitée- de la francophonie date de 1987.

194. « L'Afrique, 1960. La décolonisation douce ? » dossier de l'Histoire n° T1842, février 2010, p.40 à 65.

195. Dans le cas de la France, le terme « Françafrique » – forgé dans un sens positif par le président de la Côte d'Ivoire Félix Houphouët-Boigny – avait été repris par le journaliste François-Xavier Verschave pour critiquer la politique française en Afrique : la « France à fric » qui contribuait à détourner les richesses de l'Afrique en recourant, si besoin en était, à des coups de main militaires réalisés par des mercenaires. Jacques Foccart, responsable pour l'Afrique de 1960 à 1974, était le principal accusé. Voir « L'Afrique sub-saharienne. Entre espoir et désespoir » in « Relations internationales », *préc. cité* p.265.

196. En 1997, la société Elf-Erap aurait ainsi financé une guerre privée au Congo-Brazzaville pour renverser le président Pascal Lissouba. *Le Monde diplomatique*, janvier 2001.

profondément enraciné¹⁹⁷.

Dans le cadre de la construction communautaire, la question coloniale s'est donc immédiatement posée. La prise en compte de l'Union française avait été un élément important de la négociation du traité de Rome. Paris voulait en effet que l'Afrique française, les territoires d'Outre-Mer et l'Algérie fassent partie de l'espace douanier du Marché commun et bénéficient d'une politique européenne d'investissement. Avec les événements d'Algérie qui se transformaient en véritable guerre et l'agitation qui commençait à se manifester en Afrique noire, l'Union française allait nécessiter pour survivre d'investissements considérables nécessitant des partenaires européens. Les Belges, les Italiens étaient également concernés avec le Congo belge, le Rwanda-Urundi, la Somalie... L'objectif du développement africain perdra de son importance au fur et à mesure des mouvements de décolonisation tandis que celui du maintien des liens économiques avec ses anciennes colonies deviendra plus sérieux.

En 1957, le traité de Rome convenait ainsi « d'associer à la Communauté les pays et territoires non européens entretenant avec la Belgique, la France, l'Italie, et les Pays-Bas des relations particulières »¹⁹⁸, disposant que « les États membres contribuent aux investissements que demande le développement progressif de ces pays et territoires »¹⁹⁹. Il accordait un régime douanier préférentiel aux pays ACP (Afrique, Caraïbes, Pacifique) afin de leur garantir l'écoulement vers l'Europe de leurs productions qui avaient été largement façonnées lors des colonisations par les besoins des métropoles. Il était ainsi prévu que « les importations originaires des pays et territoires bénéficient à leur entrée dans les États membres de l'élimination totale des droits de douane... ». Les droits de douane dans ces territoires devaient être progressivement supprimés sauf pour les « droits de douane qui répondent aux nécessités de leur développement et aux besoins de leur industrialisation ou qui, de caractère fiscal, ont pour but d'alimenter leur budget »²⁰⁰. Ces règles, fondées sur le libre-échange mais établissant des relations asymétriques pour garantir le développement des partenaires, sont reprises dans les programmes communautaires des accords de coopération dits de Yaoundé et de Lomé²⁰¹ avec les pays ACP.

B - La révision des règles douanières européennes

Avec la mondialisation et la multiplication des accords commerciaux, le droit économique européen est entré en conflit avec d'autres groupes de normes entraînant parfois de très graves conséquences sociales et environnementales. Ces problèmes peuvent être illustrés avec les règles s'appliquant au marché de la banane²⁰², objet d'une guerre commerciale déclenchée par des grands

197. En témoigne le discours prononcé par Nicholas Sarkozy à Dakar le 26 juillet 2007 : tout en dénonçant l'esclavage et les effets pervers de la colonisation, le président français s'est livré, selon bon nombre d'analystes comme Doudou Diène du Conseil des droits de l'homme de Genève, à une « légitimation intellectuelle du racisme » digne de l'époque coloniale en affirmant que le « drame de l'Afrique, c'est que l'homme africain n'est pas assez entré dans l'Histoire » et que « jamais il ne s'élance vers l'avenir ».

198. Article 131 TCE.

199. Article 132 §3 TCE.

200. Article 133 TCE.

201. Ces accords avaient été inclus dans l'organisation commune du marché de la banane (OCMB) instaurée en 1993 pour remplacer les règles nationales : ce règlement a établi un système de délivrance de certificats d'importation permettant à 12 pays ACP « traditionnels » de bénéficier de contingents d'exportation non taxés tandis que les bananes en provenance de la zone latino-américaine faisaient l'objet de contingents tarifaires. Les résultats de l'application de ce système n'ont pas été probants bien que considérés encore trop importants par les tenants de la « banane dollar » : tandis que les multinationales de la banane encaissaient plus de 8 milliards de dollars, les revenus à l'exportation des bananes de l'ensemble des pays ACP atteignaient à peine 4 % des ventes de bananes des multinationales.

202. Voir « La confiance dans les lois du marché et la « guerre de la banane » : quelques réflexions sur les conflits de lois », *Colloque la Confiance et le conflit, École doctorale de sciences sociales de l'Université Paris VIII, Nouvelle*

producteurs d'Amérique latine auxquels se sont joints les États-Unis. Visant la réglementation européenne, cette guerre s'est attisée avec l'instauration du Marché unique en 1993. Avec les accords de Marrakech de 1994 instaurant l'organisation mondiale du commerce (OMC), les producteurs américains ont pu saisir l'Organe de règlement des différends (ORD) qui les a autorisés en 1997 et 1999 à imposer des droits de douane sur certains produits européens à hauteur de 191,4 millions de dollars par an.

En 2000, la réforme des conventions de Lomé devait satisfaire une préoccupation majeure, à savoir la conformité avec les règles de l'OMC. Toutefois, elle n'a pas mis un terme à la « guerre de la banane ». Après le règlement intervenu entre l'Union européenne et les États-Unis en avril 2001 qui a conduit ceux-ci à lever leurs sanctions, l'Union européenne s'est engagée trois mois plus tard à remplacer son système de contingents tarifaires par un régime composé exclusivement de droit de douane au 1^{er} janvier 2006²⁰³. Le montant de ce droit de douane a évidemment été très discuté, opposant d'une part les pays européens producteurs de banane et les ACP aux coûts de production importants et, d'autre part, les pays importateurs ou producteurs des bananes dollar. Lors des négociations, la Communauté a encore été mise en échec : le 1^{er} août et 27 octobre 2005, l'Organe de règlement des différends de l'OMC a considéré que la taxe proposée par la Communauté ne permettait pas un approvisionnement correct en bananes dollars. De ce fait, les pays producteurs d'Amérique latine et l'Union européenne ont conclu un nouvel accord le 15 décembre 2009²⁰⁴ : les pays latino-américains producteurs de bananes ont accepté la proposition européenne de baisser de 62 dollars par tonne des taxes sur les importations de bananes selon un calendrier de huit ans ; ils s'engagent en outre à ne demander aucun changement au régime des taxes à l'importation de bananes en Europe durant le cycle de négociations de Doha engagé en 2001.

Le principe de réciprocité imposé par les accords du GATT et de l'OMC a permis de dénoncer à bon compte, outre les aides aux producteurs européens et « latifundistes békés » pour la France, les régimes de droit à l'importation. Mais ce volet de la PAC participe à la solidarité à l'égard des régions ultrapériphériques de la Communauté et forme une part notable de la politique de coopération. Après le verdict de l'ORD condamnant l'Europe en 1997, le président des planteurs de bananes de Sainte-Lucie (Antilles) déclarait à propos de l'application implacable du traité de l'OMC : « Vous menez la pire des guerres (...) Vous nous prenez nos bananes et vous nous laissez dans la misère, les conflits et la souffrance ». De fait le nombre de planteurs et la production des îles du Vent ont diminué des deux tiers de 1993 à 2001. Or, dans ces régions insulaires, la banane est la seule à assumer une fonction économique vitale : elle n'est pas substituable par une autre culture et emploie une main-d'œuvre nombreuse. Aussi, comme le constatait Joseph E. Stiglitz²⁰⁵, les règles mondiales de libre-échange ont beau aider certaines économies des pays émergents à réduire la pauvreté, elles appauvrissent certains parmi les plus pauvres. La mondialisation et l'ouverture du marché de la banane conduisent en effet à une concentration toujours plus importante des exploitations au détriment d'une agriculture familiale²⁰⁶. Ce modèle productiviste s'impose au détriment de l'environnement, de la santé des travailleurs et de leurs familles²⁰⁷ ; il conduit à une

Université Bulgare Sofia, 15-16 février 2008.

203. Voir *Le commerce international de la banane. Entre évolution et révolution*, Fondation pour l'agriculture et la ruralité dans le monde, nov. 2005.

204. *Le Monde* du 16 décembre 2009.

205. *La Grande Désillusion*, Fayard, collection poche, 2002. Voir également Jean Ziegler, *Les nouveaux maîtres du monde*, Fayard, Points, 2002.

206. La Dole Food Company emploie 72 000 travailleurs, Chiquita Brands 14 000 pour 15 000 hectares cultivés.

207. En l'absence de normes environnementales mondiales, l'épandage des pesticides peut atteindre 44 kg ha/an en Amérique centrale contre 2,7 kg ha/an en Europe. Le « désastre sanitaire et agricole » constaté en Martinique relève de la même logique productive ; l'interdiction du chlordécone utilisé contre le charançon de la banane - aux États-Unis en 1976 et en France en 1993 - n'a pas été respectée, et la bioaccumulation des organochlorés constatée en 2007 en Martinique peut représenter 120 kg/ha.

standardisation des bananes sur la variété Cavendish ce qui menace la biodiversité.

Le démantèlement du régime des importations de bananes en faveur de ses anciennes colonies européennes pour satisfaire aux règles de l'OMC a entraîné des difficultés graves pour les pays qui en bénéficiaient d'autant que les négociations entre l'Union européenne et les pays d'Amérique latine ont conduit à des accords d'association affectant ultérieurement la « banane dollar ».

C - L'Angola Gate et la difficile renégociation des accords de Cotonou imposée par les règles de l'OMC

La mondialisation et à la multipolarisation de la société internationale ont remis en cause le caractère exclusif des relations entre les pays autrefois liés par des statuts coloniaux : elles sont concurrencées par de nouveaux acteurs commerciaux mondiaux. La percée chinoise en Afrique s'avère en effet spectaculaire depuis la fin des années 1990 même si elle n'exclue pas celles de l'Inde et du Brésil qui mènent beaucoup d'offensives selon le même processus. Surnommé « Angola mode » parce que c'est dans ce pays qu'il a démarré, celui-ci consiste à se procurer à grande échelle des matières premières ou/et des denrées consommables en échange d'une aide financière et d'une assistance technique : construction d'écoles, d'hôpitaux, invitation d'étudiants africains et envoi de médecins et d'enseignants. Outre l'écoulement de ses produits, la Chine réalise des opérations de grande envergure. Ainsi, ce sont les Chinois qui ont lancé un satellite pour le compte du Nigeria en 2007. La position des pays de l'Union européenne reste encore importante puisqu'ils sont encore les premiers partenaires économiques de l'Afrique sub-saharienne mais les liens sont ébranlés.

Bénéficiant de nouvelles opportunités mondiales et ne pouvant plus prétendre aux statuts douaniers privilégiés prévus par le droit économique européen puisqu'ils avaient été jugés illégaux par l'organe de règlement des différends de l'OMC, les dirigeants africains se sont alors montrés beaucoup plus regardants pour négocier les termes du renouvellement de l'accord de Cotonou lequel n'est pas en lui-même un accord commercial mais un engagement à s'accorder sur la négociation d'accords postérieurs. Après la fin des dérogations aux règles de l'OMC en 2006, ils n'ont pas accepté la fin des régimes d'importation avantageux accordés aux États ACP²⁰⁸ et les nouvelles propositions « d'égal à égal » faites par Bruxelles. Pour se conformer aux préceptes du GATT exigeant l'élimination des entraves pour l'essentiel des échanges des parties à un accord de libre-échange ou d'union douanière, la Commission européenne projetait de libéraliser progressivement plus de 80 % des échanges. Cherchant à exploiter au maximum les marges de flexibilité laissées par l'OMC et faisant preuve d'une très grande souplesse dans l'application du concept de réciprocité asymétrique en faveur des pays en développement²⁰⁹, elle a aussi cherché à enfermer les pays ACP dans des liens d'exclusivité en prévoyant qu'ils étendraient à l'Union le bénéfice de toute condition plus favorable accordée à un partenaire commercial majeur. Celui-ci aurait ainsi été dissuadé à ouvrir son marché aux ACP alors que le commerce Sud-Sud est en progression constante. Aucune des quatre sous-régions africaines de l'ACP n'a donc signé en bloc les accords négociés par l'Union. Même l'Afrique du Sud craignait l'ouverture des marchés. Le président sénégalais, Abdoulaye Wade, considérait ainsi en 2007 que les nouveaux accords de partenariat économique aboutissaient à « consacrer et accentuer un déséquilibre de fait et à livrer totalement les marchés africains aux

208. Déjà, entre 1960 et 2002, la part des exportations en provenance d'Afrique dans le commerce mondial (excepté l'Afrique du Sud) était tombée de 0,9 % à 0,3 %. Les accords de Lomé de 1975 signés avec la CEE avaient bien mis en place un système de stabilisation des exportations (Stabex), qui a fonctionné jusqu'en 2000 de même qu'une réglementation avantageuse sur le sucre ou la banane. Le Stabex a été supprimé par l'accord de Cotonou de 2000 tandis que les régimes préférentiels ont dû être revus du fait des règles de l'OMC.

209. Joël Lebullenger et Stéphane Perrin, « Les accords de partenariat économique – Un nouveau modèle pour les relations commerciales avec les ACP », *RMCUE* n°522, oct.-nov. 2008, p.615.

produits européens subventionnés »²¹⁰.

Les Africains se montraient inquiets pour leur agriculture et leurs industries qui ne peuvent encore concurrencer les produits étrangers ; ils craignaient en outre de perdre une grande partie des recettes budgétaires provenant des taxes prélevées sur les importations originaires d'Europe. Les pays ACP à revenus intermédiaires – Côte d'Ivoire, Cameroun, Ghana – se voyaient, à défaut de finaliser un traité régional, imposer des droits de douane dès le 1^{er} janvier 2008 ce qui les a poussés à négocier des accords bilatéraux. Les PMA, qui bénéficiaient du régime dit « *tout sauf les armes* » leur permettant d'exporter vers l'Union européenne sans droits de douane, ni quotas, n'avaient pas d'intérêt à signer des accords les obligeant à la réciprocité. Ces différences de traitement ont compliqué les négociations – les pays à revenus intermédiaires accusant l'Union européenne de diviser pour mieux régner. La Commission s'est contentée de signer des accords intermédiaires sur les marchandises avec onze États africains et de reporter les négociations sur d'autres sujets sensibles, comme les services. Les négociations n'ont donc abouti qu'à la signature d'accords partiels : en dehors des Caraïbes, aucune région ACP n'a signé un accord de partenariat économique complet et, de toutes les régions africaines, seule la Communauté de l'Afrique de l'Est a paraphé un APE régional.

Section II - La place du droit économique européen

L'Union européenne se retrouve exposée à la majeure interdépendance des économies (§1). La récente crise américaine des *subprimes* démarrée en février 2007 s'est mondialisée en septembre 2008 et a touché les pays de l'Union européenne entraînant la violation de certaines règles du droit économique européen. Leur révision a donc ensuite été recherchée.

La capacité de l'Union à mener les réformes adéquates est toutefois incertaine. L'Union européenne présente certes des faiblesses qui majorent son exposition aux chocs extérieurs, elle n'a présente pas la force du fédéralisme américain même si elle constitue le regroupement régional le plus avancé au monde et un marché fort de 500 millions de consommateurs à fort potentiel d'achats. Elle serait capable d'imposer certaines de ses normes à un niveau planétaire si la volonté politique de les appliquer ne faisait pas souvent défaut (§2).

§ 1 - L'exposition de l'Union européenne au poids de la contrainte extérieure

A - Le poids de la politique américaine et la crise des subprimes

L'accroissement du commerce international, la recherche d'économies d'échelle, la spécialisation des économies et la division internationale du travail ont conduit à un processus de mondialisation très difficilement réversible qui conduit à une majeure interdépendance des économies. La déréglementation de l'économie et de la finance²¹¹ et la recherche sans frein du profit ont conduit à une crise économique mondiale qui a accéléré la remise en cause de la façon dont était gérée la mondialisation. La seule façon pour les États d'accroître leur autonomie en matière de politique économique est de s'associer à d'autres dont les industries sont complémentaires et avec lesquels un maximum d'échanges sont réalisés. C'était l'objectif de la réalisation du Marché commun puis de l'Union économique et monétaire en 1993. Mais les avancées de la mondialisation ont encore réduit la possibilité pour un État, ou un groupe d'États, de mener une politique

210. Déclaration téléchargeable sur le site de l'*International Centre for Trade and Sustainable Development* : <http://www.ictsd.org/bridges-news/passerelles/news/ape-le-s%C3%A9n%C3%A9gal-ne-signera-pas-lape-avec-lue>

211. Commencée sous Reagan en 1980-1982, la déréglementation s'est poursuivie sous la présidence de Bill Clinton avec l'abrogation en 1999 du *Glass Steagall Act (Banking Act de 1933)* qui opérait une séparation entre les banques de dépôt et les banques d'investissement.

économique autonome. Cette perte d'autonomie - contrainte extérieure - se manifeste pour l'Europe par le fait qu'elle se retrouve dépendre des choix politiques américains qui se retrouvent eux-même de plus en plus conditionnés par leur position débitrice à l'égard des Chinois.

La situation est d'autant plus problématique pour les Européens que les choix de politique économique effectués par les Américains ces vingt dernières années ont été catastrophiques et que loin de les contrecarrer, ils les ont avalisés : les « dérives ont été non seulement tolérées, mais souvent encouragées par les pouvoirs publics : absence de discipline des changes, bas taux d'intérêt, irresponsabilité budgétaire, sous-évaluation des risques, déreglementation motivée par la croyance implicite en la rationalité des marchés, faiblesse de la supervision financière, rémunérations exagérées... »²¹². Depuis, on est revenu à la conviction qu'il faut des « mécanismes de régulation et de contrôle, pour éviter que la spéculation et la recherche de profits conduisent à prendre trop de risques »²¹³. Nombreux sont les économistes²¹⁴ qui constatent aujourd'hui que les politiques économiques, notamment américaines, ont démolé tous les outils de régulation à partir de la présidence Reagan : les tenants de la politique néolibérale américaine ont ainsi converti le marché en « véritable boussole » de l'action publique²¹⁵.

En 2007, le défaut d'épargne des Américains et l'emballement du crédit ont conduit à la crise des *subprimes*, puis un an plus tard à la crise financière internationale dont le monde entier a ressenti les effets. Rappelant le succès remporté par les prêts « Ninja » (*no income, no job and no assets*) accordés aux candidats ne disposant ni de revenu, ni de travail, ni d'apport personnel, C. Lequesne-Roth souligne, dans son « autopsie d'une déraison d'État », la responsabilité des pouvoirs publics américains qui ont encouragé de longue date « le capitalisme consumériste en véhiculant en modèle bientôt converti en idéologie d'une *ownership society*²¹⁶. Ce capitalisme consumériste²¹⁷, qui remplace le capitalisme productiviste, traduit une importante régression culturelle et ce, alors que l'Amérique reste un empire d'influence dont le mode de vie inspire toute la planète. Le mécanisme de déclenchement et de mondialisation de la crise financière américaine démarrée en 2007 est connu. La titrisation des prêts américains consentis en dehors de toutes règles prudentielles, et la revente de ces nouveaux produits financiers complexes aux banques étrangères, notamment européennes, ont provoqué, lorsque la bulle immobilière américaine a éclaté, la perte de confiance qui est à la base des systèmes bancaires. Cela a fait périr les marchés mondiaux du crédit²¹⁸ et entraîné la perte de quelque 34 millions d'emplois à travers le monde²¹⁹. Dans de nombreux États européens, les faillites bancaires n'ont pu être empêchées qu'avec des interventions

212. Jacques de la Rosière, ancien gouverneur de la Banque de France, *Le Nouvel Observateur* n° 2479, 10 mai 2012.

213. Amartya Sen, Prix Nobel d'économie en 1998, « *The Idea of Justice* », Allen Lane, 2009. Sur les autorités de régulation et le Système européen de surveillance financière instaurée en Europe après la crise de 2008, voir François Lafarge « Les autorités européennes de surveillance, la régulation financière et l'union bancaire européennes », *Annales de la régulation de Paris 1* n°3 (dir. A. Delion et L. Vidal), avril 2013, p.199-240, téléchargeable sur <http://ssrn.com/abstract=2261114>

214. De même que Amartya Sen, Joseph E. Stiglitz, *préc. cit.*, a été l'un des rares à mettre en garde depuis plusieurs années contre les dangers encourus.

215. Caroline Lequesne-Roth « Retour sur la crise des « subprimes » - Autopsie d'une déraison d'État », *RIDE*, 2009/2, p.219.

216. société de propriétaires. Bill Clinton affirmait en 1998 que « la propriété résidentielle a toujours été le fondement du rêve américain... Le partenariat entre le gouvernement fédéral et le secteur privé durant ce siècle est parvenu à rapprocher ce rêve de la réalité pour tous nos citoyens », C. Lequesne-Roth, *op. cit.*, p.224.

217. La consommation devient un moteur essentiel, si ce n'est unique, de croissance à tel point qu'en déclarant sa « guerre au terrorisme » au lendemain des attentats du 11 septembre 2009, George W. Bush avait essentiellement exhorté les Américains à poursuivre leurs achats. C. Lesquesne-Roth, *op. cit.* p. 227 et I. Warde « faillite de la science du management. M. G. W. Bush, président MBA », *Le Monde diplomatique*, février 2008, p.3.

218. Voir sur le mécanisme, J.E. Stiglitz, *Le triomphe ...*, *préc. cité*, p. 37-38.

219. « Ma i signori del credito globale sono uniti contro la ri-regulation », *La Repubblica Affari & Finanza*, 1^{er} février 2010, p.7.

massives de la puissance publique. Dans ceux dont la monnaie était faible (Hongrie, Lettonie, Islande...), les conséquences ont été d'autant plus lourdes pour les emprunteurs que les crédits étaient libellés dans des devises fortes comme l'euro. Ces prêts étrangers n'ont plus pu être remboursés lorsque les monnaies nationales ont été dévaluées provoquant ainsi des situations dramatiques.

B - S'affranchir ou non de l'aide du FMI

Imposée par les critiques de plus en plus nombreuses, la réorientation des politiques du FMI a été initiée sous le houlette de D. Strauss-Khan et de son économiste en chef Olivier Blanchard. Il était temps car les initiatives régionales tendant à court-circuiter l'institution se multipliaient. Après la création en 2005 par les membres de l'ASEAN + 3 d'un réseau d'échanges de devises, les pays d'Amérique latine avaient affiché en 2009 leur intention de fonder la Banque du Sud. Même en Europe, la création du Fonds européen de stabilité financière (FESF) en 2010 aurait dû se faire sans la contribution du FMI. Cela n'a finalement pas été le cas : le FESF fut adossé au FMI car la question faisait l'objet d'oppositions au sein des pays membres de la zone euro alors que l'urgence de la situation appelait des solutions immédiates. La crise de la dette souveraine faisait craindre pour l'existence même de la monnaie unique engendrant une défiance croissante vis-à-vis de l'Union monétaire. Il n'était pas non plus évident que les problèmes rencontrés au sein de la zone euro puissent être réglés sans intervention extérieure. La Chine intervint d'ailleurs pour « recapitaliser » la Grèce, l'Espagne, le Portugal et participa à la première émission obligataire du Fonds européen de stabilité financière.

De plus, l'appui du FMI aux mécanismes européens s'avérait moins problématique du fait que l'organisation avait entrepris de modifier sa politique d'aide conditionnelle. Résultant du « consensus de Washington », cette politique était fondée sur le postulat que les marchés sont capables d'agir immédiatement pour répondre aux besoins économiques. Elle imposait ainsi aux pays « clients » des recettes libérales tirées des expériences d'Amérique latine des années 1970, obsolètes et inadaptées. Appliquée aux pays pauvres qui n'avaient pas la capacité de résister aux conditions exigées par le FMI, elle avait entraîné des conséquences néfastes telles que la progression des inégalités, la régression des protections sociales et de l'éducation. On a même pu la retenir responsable du recul de l'espérance de vie de certaines populations²²⁰. La modification de la politique du Fonds monétaire international se fit sur la bases des préceptes économiques de Keynes qui avait participé à la conception de l'organisation. Celle-ci fut renflouée en 2009 et 2012 afin de lui permettre d'aider les pays mis en difficulté par la crise économique mondiale dont, en Europe, la Hongrie, l'Ukraine, la Lettonie, la Roumanie. Le FMI a aussi lancé un vaste plan d'aide destiné aux pays les plus pauvres, dont les 2/3 sont africains, par l'octroi de prêts supplémentaires présentant des conditions très souples : dispense de paiement des intérêts, prêts de précaution *stand by* payables uniquement en cas d'utilisation, prêts d'urgence, abandon des conditions de politique monétaire et d'inflation observées par le passé. Cette nouvelle politique a été contestée par les milieux conservateurs pour qui le FMI délaisse son rôle de gardien de la stabilité économique et financière mondiale pour empiéter sur les compétences de la Banque mondiale et des banques régionales de développement. D'autres remarquent que cette action portant sur l'octroi de 17 milliards de dollars supplémentaires pour les 80 PMA ne représente qu'une goutte d'eau dans l'activité du FMI : à lui seul, le prêt consenti à l'Ukraine en novembre 2008 représentait 16,4 milliards.

Tirant en 2010 les leçons de la crise financière de 2008/2009 et de ce que les représentants du G20²²¹ voulaient lui faire jouer un rôle d'alerte avancée sur les risques macro-économiques

220. Voir « Relations internationales », *préc. cité*, p.105 à 123.

221. Sur le rôle propre du G20, voir Régis Chemain « Vers une meilleure coordination internationale des politiques économiques ? Le cadre du G20 pour une croissance forte, durable, et équilibrée », in *La refondation du système*

mondiaux, le FMI a décidé de procéder de façon quinquennale à des contrôles obligatoires des secteurs financiers de 25 pays d'importance systémique et non plus de le faire sur la base du volontariat. Les 25 pays sélectionnés en septembre 2010, comprenant 15 des membres du G20, représentent presque 90 % du système financier mondial²²² et 80 % de l'activité économique planétaire. Mais le résultat des évaluations reste délicat à manier : si le Fonds rend publics les dangers qui menacent un pays, il peut en déstabiliser le gouvernement ; s'il se contente de n'alerter que celui-ci, on lui reprochera de ne pas jouer son rôle de vigie. Enfin, la question de transformer le FMI en arbitre des conflits monétaires entre ses membres les plus importants reste latente. Les pays accusés de manipuler les taux de change comme la Chine dénoncent une manœuvre politique des Américains. Une plus grande liberté d'action lui a certes déjà été donnée pour surveiller les politiques de taux de change mais ses capacités s'avèrent limitées²²³.

C - La progressive marginalisation des Européens sur la scène internationale

Quel que soit le secteur juridique concerné, la domination américaine apparaît indiscutable. Cela est vrai pour les domaines nouveaux comme la gestion du cœur du réseau internet. Pour ne pas en être le régulateur exclusif, le gouvernement américain a confié en 1998 à une organisation privée à but non lucratif basée en Californie, l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), la charge de la gestion du système de noms de domaine. Le changement des nouvelles générations de normes internet conditionnant la gestion et le contrôle de la Toile avait poussé les Européens à réclamer la transformation de l'ICANN en une organisation intergouvernementale et les Chinois et les Russes à militer en faveur d'un contrôle national. En 2009, le gouvernement américain avait renoncé à sa tutelle et, en mars 2014, il a encore annoncé qu'il faciliterait la création d'une organisation internationale à la place de l'ICANN. Mais, dans les faits, il n'apparaît pas intentionné à abandonner sa suprématie et son contrôle permettant de privilégier les intérêts américains. Ainsi, le projet d'un nouveau cadre réglementaire annoncé en avril 2014 par la Federal Communication Commission (FCC) remet en cause la neutralité de l'internet. Il permettrait aux fournisseurs d'accès à l'internet de facturer un « traitement préférentiel » c'est à dire une connexion optimale ce qui favorisera les grandes sociétés américaines du web et handicapera les nouveaux entrants²²⁴. En Europe, ce principe a au contraire été inscrit dans la proposition de règlement « marché unique des communications électroniques » de 2014²²⁵.

Au sein des organisations mondiales existantes, la domination américaine est également éclatante même si les Européens bénéficient encore d'une sur-représentation due au fait que les pays émergents n'avaient aucun poids lors de la mise en place de ces institutions. Pour l'instant, la pratique instaurée veut que le directeur de la Banque mondiale soit un Américain et celui du FMI, un Européen. La démission en 2011 de Dominique Strauss-Kahn aurait pu être l'occasion de voir cette règle évoluer mais c'est la Française Christine Lagarde qui a été nommée directrice générale du FMI en bénéficiant de l'appui de pays tels que la Chine, la Russie ou le Brésil. Par ailleurs, la nomination des 24 administrateurs avantage toujours les Occidentaux. Comme il s'agit des ministres de l'Économie et des Finances au FMI, des gouverneurs des banques centrales à la BM, des

monétaire et financier international. Évolutions réglementaires et institutionnelles, R.Chemain (dir.), Cahiers internationaux n°25, Éd. Pédone, CEDIN, 2011, p.87-114.

222. Sur l'existence même d'un système financier international, voir Jean.-Marc Thouvenin « Les objectifs du "système monétaire et financier international" : stabilité du cadre et croissance de l'économie mondiale », in *La refondation du système monétaire et financier international. Évolutions réglementaires et institutionnelles*, R.Chemain (dir.), Cahiers internationaux n°25, Éd. Pédone, CEDIN, 2011, p.18-21.

223. Sur le renforcement du rôle du FMI et de la coordination des politiques économiques, voir Régis Chemain, « La consolidation du système monétaire international : quelles perspectives ? » in *La refondation du système monétaire et financier international*, (R.Chemain dir.), CEDIN, Cahiers internationaux n°25, 2011, p.49 et 50.

224. *Le Monde* 24 avril 2014.

225. (COM(2013)0627) amendée par le Parlement (T7-0281/2014)).

ministres du Commerce à l'OMC, chacun défend les intérêts de ses politiques. Les institutions de Bretton Woods s'avèrent donc dominées par les Américains et les Européens et par les intérêts commerciaux et financiers. De plus, les organes directeurs de ces organisations ne jouent souvent que le rôle de chambre d'enregistrement d'accords extérieurs.

Le fonctionnement des conseils et l'attribution des droits de vote sont également critiqués. La Banque mondiale et le FMI sont fréquemment présentés comme étant l'émanation de l'impérialisme américain plutôt que des organisations indépendantes. La réalité est peut-être plus nuancée mais, de fait, seuls les États-Unis disposent d'un droit de veto au sein du FMI : ils détiennent 16,74 % du total des voix attribuées alors que les décisions importantes nécessitent une majorité de 85 % des voix. De leur côté, les Européens sont sur-représentés. Cela apparaît de moins en moins justifié si l'on considère que « le critère de l'influence, c'est la performance économique et sociale »²²⁶. Fin 2010, en pleine crise de la monnaie unique, une réforme a été approuvée au sein du FMI mais elle doit encore être ratifiée par tous les États membres. À l'occasion du doublement des quotes-parts du Fonds (à environ 750 milliards de dollars), 6 % des droits de vote des pays industrialisés ou producteurs de pétrole devraient être transférés aux pays en développement. Les États-Unis auront 17,41 % des quotes-parts, le Japon 6,46 %, la Chine 6,07 % contre 3,65 % précédemment, l'Allemagne 5,59 %, la France et le Royaume-Uni 4,23% chacun. La réforme supprime en outre le « G5 » (États-Unis, Japon, Allemagne, France et Royaume-Uni), ces pays qui avaient statutairement le droit à un siège pour eux seuls au conseil d'administration. Il s'ouvre aux pays émergents mais ceux-ci sont divisés. Toutefois, le Congrès américain bloque la réforme, les Républicains refusant d'augmenter les ressources du FMI, et de renforcer les quotas des pays émergents. À la BIRD, le rééquilibrage résulte d'une augmentation de capital décidée en avril 2010 – la 1^{ère} depuis 20 ans – qui a été couplée à une modification des droits de vote permettant aux pays en développement d'en détenir 47,19 %. La Chine se hisse à la 3^e place avec 4,42 % des voix après les États-Unis (15,85 %) et le Japon (6,84 %). Les pays européens arrivent derrière, la France détenant 3,75 % des voix contre 4,17 % auparavant.

§ 2 - Les assises imparfaites des normes économiques européennes

Les normes du droit économique européen sont souvent très contestées à l'intérieur de l'Union. Cela affaiblit leur portée au niveau international du fait des difficultés à les élaborer et à dégager une volonté pour les appliquer.

A - Des normes contestées à l'intérieur de l'Union européenne

Depuis sa création, le regroupement communautaire a souffert d'un « défaut de fabrication » puisque la structure originellement mise en place était fort peu démocratique. Ce n'est qu'à partir du traité de Luxembourg du 22 avril 1970, et du traité de Bruxelles du 22 juillet 1975, que le Parlement européen se sera vu accorder certains pouvoirs budgétaires et il faudra attendre l'acte du 20 septembre 1976 pour son élection au suffrage universel direct. Au début, ce déficit démocratique ne choquait pas, au moins sur le continent car l'enrichissement général des populations d'Europe de l'Ouest faisait oublier cette particularité. Jean Monnet, qui dans l'entre-deux-guerres avait été banquier d'affaires aux États-Unis, penchait lui-même pour une certaine limitation de la souveraineté populaire du fait de la capacité de la démocratie à créer du désordre, à se laisser

226. Pascal Lamy, intervention devant le Comité européen d'orientation de Notre Europe - Institut Jacques Delors, 29 novembre 2013 : « Aujourd'hui, les classes moyennes représentent deux milliards de personnes dans le monde, concentrées en Occident et au Japon. Il y en aura bientôt trois milliards de plus, dont deux milliards en Asie, le reste entre l'Amérique latine et l'Afrique. Dans ce nouveau monde, le critère de l'influence, ce n'est ni la bombe atomique, ni un siège permanent au conseil de sécurité de l'ONU, c'est la performance économique et sociale, c'est : "qu'est-ce que votre pays fait pour ses classes moyennes ?" ».

corrompre, à éterniser les débats plutôt qu'à agir²²⁷. Ce sont les Britanniques qui feront bouger les choses ainsi que les critiques grandissantes touchant la construction européenne. L'instabilité monétaire et les chocs pétroliers soulevaient en effet des problèmes d'inflation et de chômage qui modifiaient la perception des bénéfices du processus communautaire : celui-ci devenait pour beaucoup une menace.

Cette perception n'a pas disparu par la suite car, lorsqu'elle a eu lieu, la démocratisation de la construction communautaire s'est faite en augmentant les pouvoirs des autorités européennes et en minant la souveraineté des gouvernements nationaux démocratiquement élus. De plus, les élargissements jusqu'à 28 États membres ont obéi à une logique diplomatique et non démocratique ; les autorités ont choisi d'ignorer le résultat négatif des référendums sur le projet de constitution européenne organisés en 2005 par la France et les Pays-Bas ; l'Union a très mal géré les tensions suscitées par l'immigration alors que les élites européennes avaient principalement vanté les mérites de l'immigration, de l'économie de marché et de l'intérêt du post-nationalisme incarné par la construction européenne.

C'est pourquoi l'Union européenne a elle-même pu alimenter les populismes, c'est à dire de mouvements ayant la prétention d'être les seuls à pouvoir représenter le peuple véritable et qui donc n'acceptent pas véritablement le pluralisme. Or, leur montée en puissance est jugée suffisamment inquiétante pour menacer le fonctionnement des institutions. Car, la « technocratie arrogante » de Bruxelles n'est plus simplement dénoncée par les laissés-pour-compte de la société libérale. Elle l'est aussi par une nouvelle classe d'entrepreneurs pour qui « l'Etat social est un frein pour leurs affaires créé par ces technocrates éclairés qui les méprisent » et par les analystes politiques les plus reconnus²²⁸.

La conséquence est que les règles juridiques élaborées ne sont plus perçues comme légitimes mais comme un carcan utile aux seuls intérêts de la classe dirigeante. Or, les règles du droit économique européen devraient répondre aux espoirs et attentes de l'ensemble de la communauté. Cela n'est pas le cas puisqu'au contraire, elles suscitent la méfiance. Les critiques nées des négociations actuellement menées par l'Union et les États-Unis pour le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP ou TAFTA) illustrent bien la perte de confiance affectant le législateur européen et la règle européenne.

B - La faiblesse de l'Union dans le processus de normalisation mondiale

La mondialisation et le développement des télécommunications ont relancé l'intérêt pour la fixation de standards, c'est à dire de règles techniques fixées pour définir ou évaluer un produit, une méthode de travail. Ceux qui exercent un rayonnement à un niveau mondial s'imposent et ne sont pas ensuite modifiés. L'exemple du clavier de machine à écrire QWERTY ou AZERTY est le plus connu : même quand les difficultés techniques l'ayant généré ont disparu, la norme est restée. Cela n'est donc pas la meilleure solution technique qui s'imposera et qu'il s'agira d'obtenir. L'important est d'être à l'origine de la norme qui pourra s'imposer comme le standard mondial et de pouvoir en retirer les bénéfices.

Or, depuis le traité de Rome, il s'agit d'une gageure pour l'Europe qui pâtit d'un processus de normalisation fragmenté : malgré des progrès notables, seulement 20 % des normes utilisées sont des normes européennes harmonisées. L'Union européenne a privilégié la voie réglementaire plutôt que privée (par le marché ou par coopération entre les firmes) ce qui a été source de quelques choix technologiques inefficaces et de lenteurs. De ce fait, les Européens se retrouvent à faire appel à des standards établis par des officines privées qui sont très influencées par les acteurs et les intérêts de

227. Prof. Ian Buruma, *Le Monde* du 2 mai 2014.

228. Ian Buruma, l'expression « technocratie arrogante de Bruxelles » est de lui, *Le Monde* du 2 mai 2014.

la classe dirigeante américaine²²⁹ quand ils ne doivent pas appliquer les standards établis par les industries américaines à qui ils procurent donc un avantage supplémentaire. Certes, la Commission pourra dans certains cas appliquer l'article 102 TFUE et sanctionner les abus de position dominante si ces entreprises profitent de façon abusive de la position dominante qui pourrait en résulter mais, comme le montrent les affaires Microsoft²³⁰, cette action *a posteriori* n'est qu'un palliatif. Un nouveau cadre législatif a donc été établi avec le règlement 1025/2012/UE²³¹. S'appliquant aux services, il renforce la coordination entre les organismes de normalisation, nationaux et européens ; il permet d'apporter un soutien financier aux acteurs privés de la normalisation européenne et il habilite la Commission à confier des mandats spécifiques au Comité européen de normalisation. Ce règlement facilite l'intégration de normes et de standards privés dans le droit de l'Union en cherchant à la rendre plus favorable pour les entreprises européennes.

Une telle intégration recherchée en matière de télécommunication avait déjà été acceptée dans le domaine de la comptabilité²³² mais ses modalités et ses conséquences sont encore discutées²³³. En visant des objectifs importants – en l'espèce de rendre effective la liberté de circulation des capitaux dans le cadre du Marché intérieur –, l'Union ne se préoccupe pas des pré-requis techniques, ou au contraire, cherche à les dépasser en faisant le pari que les difficultés techniques s'aplaniront d'elles-mêmes lorsque la pratique l'imposera. La comptabilité se veut en effet l'image fidèle de l'activité des entreprises, le diagnostic de leur santé présente et à venir. Elle influe donc sur les décisions de leurs dirigeants, mais aussi sur celles des investisseurs, des salariés, des décideurs politiques et façonne en partie la réalité économique et les idéologies²³⁴. Aussi, comme le relèvent les rapporteurs de la Commission des finances de l'Assemblée nationale en 2009, « l'échec de la normalisation comptable européenne est un exemple à méditer »²³⁵. De par sa structure, l'Union européenne a en effet recherché un consensus qui n'a pu être atteint du fait de l'unanimité requise et du biais souverainiste des États-membres. Finalement, l'adoption du règlement européen 1606/2002 directement applicable aux 7 000 entreprises cotées en bourse²³⁶ a délégué la totalité de la production normative obligatoire à un organisme privé sur lequel l'union n'exerçait aucun contrôle.

Les normes choisies sont les normes internationales d'information financière - *International Financial and Reporting Standards* (IFRS) - élaborées par un organisme privé, l'International Accounting Standard Board (IASB). Même si elles ont été préférées aux normes américaines, il était clairement établi qu'il s'agissait de converger à terme avec ces normes américaines. Dès l'adoption du règlement 2002/1606 du 19 juillet 2002, l'IASB a conclu avec le Comité des normes comptables et financières - Financial Accounting Standards Board (FASB) - les « accords de

229. En dehors de l'Organisation internationale de normalisation tel l'ISO, il existe des organismes paneuropéens de droit privé que l'Union finance et dans lesquels la Commission a un statut d'observateur tel le Comité européen de normalisation (CEN) créé en 1961, le CENELEC (électrotechnique) créé en 1962, l'Institut européen des normes des télécommunications (ETSI) créé en 1988.

230. Pour un compte-rendu et une analyse de ces affaires, voir Jean-Marc Thouvenin « Le calvaire et la capitulation de Microsoft ou la confirmation de la "puissance globale" du gendarme européen de la concurrence », *RMCUE* n°535, février 2010, p.7678.

231. *JOUE* 2012 L316, p.12.

232. Un autre secteur important est celui des télécommunications car il a fait converger, avec les avancées technologiques, le secteur naissant de l'informatique et celui ancien et ultra-réglémenté de la téléphonie.

233. La mission confiée par Michel Barnier en mars 2013 sur les moyens de renforcer la contribution de l'Union européenne aux IFRS et d'améliorer la gouvernance des organes européens qui participent à leur élaboration, a été prolongée en février 2014, *IP/14/110*.

234. Jacques Richard, Christine Collette, Didier Bensadon, Nadine Jaudet, *Comptabilité financière. Normes IFRS versus normes françaises*, 9^e édition, Dunod, 2011, p.5.

235. Assemblée Nationale, *Rapport d'information relatif aux enjeux des nouvelles normes comptables*, Commission

des finances, de l'économie générale et du plan, n° 1508, 2009, p. 5.

236. Règlement du 19 juillet 2002, *JOCE* du 11 septembre 2002.

Norwalk » en octobre 2002 et, en février 2006, un accord-cadre fixant la feuille de route pour la convergence entre les IFRS et les US GAAP. Approuvé par la Commission européenne et par la SEC, le processus de convergence transatlantique des normes comptables a ensuite validé, sans véritable débat, en avril 2007 par le Georges W. Bush, Angela Merkel et José Manuel Barroso.

En soi, la convergence entre les IFRS et les principes comptables généralement admis aux États-Unis (US GAAP) est bien vue car elle participe à l'émergence d'un référentiel comptable mondial ; elle arrange les 200 groupes européens cotés Outre-Atlantique ; elle est encouragée par les financiers américains qui appréhendent le manque d'attractivité des marchés américains pour les sociétés étrangères. Mais la crainte est que la convergence se fasse uniquement vers le modèle américain car l'IASB est un organisme récent réunissant plusieurs traditions comptables tandis que le FASB américain est bien établi et est appuyé par le plus puissant régulateur de marché du monde : la SEC²³⁷. Les nouvelles normes IFRS reprennent souvent les normes américaines au détriment de la qualité de la norme IFRS. L'IASB lui-même est dominé par les cabinets d'audit américains et, avant la crise de 2008, par l'idéologie de la financiarisation à outrance de l'économie. Il adhère ainsi implicitement à la conception développée par l'économiste ultralibéral Milton Friedman²³⁸, selon laquelle l'entreprise n'a de comptes à rendre qu'à ses actionnaires.

De fait, les IFRS reflètent ces vues néo-libérales en imposant un changement de paradigme comptable qui positionne l'investisseur comme principal destinataire des états financiers : les actifs des entreprises sont donc fixés à leur « valeur de marché » et non à leur valeur historique, c'est à dire à la valeur d'achat amortie avec le temps : les IFRS ne représentent plus la valeur des actifs de l'entreprise, mais celle des capitaux investis²³⁹. Le choix en faveur de normes privées est également critiqué. Personne n'est pour un retour aux normes nationales²⁴⁰ mais la méthode de comptabilisation anglo-saxonne basée sur la valeur de marché est très décriée : le choix en sa faveur tiendrait donc plus de « questions sordides de profits et de dividendes »²⁴¹ car le système de la juste valeur, parfois présenté comme une « comptabilité Enron », permet une apparition rapide des profits. De plus, le système introduit une volatilité excessive de la valeur des bilans et des résultats des entreprises, en particulier ceux des établissements financiers. Il a donc été accusé d'avoir amplifié la crise de 2008 et d'avoir accéléré sa propagation en obligeant les banques à afficher des pertes colossales, menaçant d'effondrement du système financier mondial²⁴².

Le choix d'appliquer le référentiel IFRS n'est pourtant plus critiqué car, même si les normes IFRS sont largement influencées par la culture comptable anglo-saxonne orientée par la pratique, elles tiennent compte de la culture comptable continentale basée sur la réglementation ou la loi. De plus, les groupes européens n'auraient plus la tentation de se faire coter aux États-Unis et, surtout, l'Union pourrait influencer sur les futures normes mondiales.

Ce qui reste critiqué, c'est le fait que l'Union n'avait pas négocié l'adoption des normes IFRS contre un certain contrôle de l'IASB. Même si elle a montré que, « dans un certain contexte socio-politique, elle pouvait influencer l'IASB »²⁴³ et qu'elle lui a imposé la suspension, puis la révision de

237. La *Securities and Exchange Commission* est l'organisme fédéral américain de réglementation et de contrôle des marchés financiers.

238. Milton Friedman (1912-2006) a été « prix Nobel d'économie » en 1976.

239. Prof. Yvonne Muller, *Le Monde* 26 novembre 2012.

240. Assemblée Nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du plan, *Rapport d'information relatif aux enjeux des nouvelles normes comptables*, n°1508, 2009.

241. Jacques Richard, Christine Collette, Didier Bensadon, Nadine Jaudet, *préc. cit.*, p.5-6.

242. Ces critiques ont été largement relayées (Commission des finances du Sénat, audition le 30 septembre 2008 de Christine Lagarde, ministre de l'Économie, de l'industrie et de l'emploi) et montrent que les normes IFRS rendent incompréhensibles la réalité économique de l'entreprise. Pour d'autres (René Ricol, *Rapport sur la crise financière au Président de la République*), les IFRS ont au contraire favorisé un diagnostic précoce des problèmes financiers.

243. À propos de son refus en juillet 2003 de l'adoption de deux normes approuvées par l'EFPAG (European Financial Reporting Advisory Group). Ce comité consultatif de droit privé a été créé en 2001. La Commission n'y a qu'un rôle d'observateur.

certaines normes (évaluation et dépréciation des instruments financiers, IFRS pour les PME), l'influence de l'Union européenne dans la normalisation comptable internationale s'avère réduite. Les normes IFRS ne sont pas adaptables – elles sont adoptées ou rejetées – et, du fait de ses dissensions internes, l'Union s'avère très peu réactive et largement indifférente.

L'importance du positionnement de l'Union européenne dans la processus de normalisation mondiale est également au cœur des négociations du traité de libre-échange transatlantique²⁴⁴ entre la Commission européenne et les autorités américaines. Même si celui-ci est présenté comme le moyen de faire gagner à l'Union quelque 119 milliards d'euros par an²⁴⁵, l'intérêt réel est celui d'établir des standards communs qui s'imposeraient en fait à un niveau mondial. Mais, l'Union a beau être forte de ses excédents commerciaux pour négocier la reconnaissance de ses propres standards, la crainte est que cette volonté de standardisation transatlantique ne débouche sur un alignement sur les normes américaines.

C - Le droit économique européen : une résonance mondiale très mesurée

L'influence du droit économique européen dans le processus mondial de normalisation est très variable. Dans le domaine environnemental et de la santé publique, l'Union européenne a adopté une position d'avant-garde lui conférant un caractère exemplaire alors qu'il s'agit de répondre à des enjeux fondamentaux à un niveau aussi bien mondial que local. La France est par exemple le 3^e utilisateur mondial de pesticides au monde ; elle détient le 1^{er} parc européen d'incinérateurs de déchets et les plus importants stocks de déchets nucléaires ; elle présente aussi un des taux de cancer le plus élevé chez l'homme en Europe. L'action de l'Union est connue en matière de réduction de gaz à effet de serre. Mais sa force normative est mieux illustrée par le règlement européen REACH²⁴⁶ (*Registration, Evaluation, Authorization of Chemicals* ou Système d'enregistrement, d'évaluation et d'autorisation des produits chimiques) adopté en décembre 2006 après des années de discussion. Ce règlement oblige les industriels à rassembler progressivement les données requises sur leurs produits et à les enregistrer dans une base de données centrale gérée par l'Agence européenne des produits chimiques créée en Finlande. Celle-ci doit coordonner l'évaluation des substances dangereuses afin d'amener les entreprises à les remplacer progressivement. Le règlement REACH commence à entraîner une nouvelle formulation de produits chimiques à une échelle mondiale. Lors de son adoption, il avait été fortement combattu par l'administration et par l'industrie américaines. Mais, du fait qu'il innove et qu'il s'impose à tous ceux qui veulent avoir accès au marché européen, les opérateurs économiques des pays tiers l'adoptent et transforment la norme européenne en une norme mondiale.

Mais, si le règlement REACH illustre l'impact non négligeable que peut avoir le droit économique européen au niveau mondial²⁴⁷, il demeure qu'en règle générale, ce droit pâtit de la faiblesse politique de l'Union européenne. Comme le relève Jean-Paul Fitoussi, « les institutions européennes qui disposent des instruments (la monnaie, le change, la politique de la concurrence et la surveillance budgétaire), n'ont pas la légitimité politique pour les utiliser discrétionnairement, au-delà de ce qui est consenti par les traités internationaux. Il en résulte un déficit de puissance, reflet du déficit démocratique de l'Europe : d'un côté, une légitimité sans instruments, de l'autre des instruments sans légitimité. Les pays membres de la zone euro se retrouvent dans la situation d'États

244. *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*

245. Soit 545 € par ménage européen gagné par le biais d'achats de biens ou de services moins chers selon le Commissaire européen au commerce Karel De Gucht, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/questions-and-answers/#whose-idea>, 10 mai 2014.

246. Règlement n°1907/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2006, JO L 396 du 30 décembre 2006, p.1 ; rectifié au JO L 136 du 29 mai 2007, p.3.

247. Olivier Van Stratum et André J. Lecloux, « L'enregistrement des substances chimiques sous REACH et ses implications sur les échanges entre l'Europe et ses partenaires commerciaux », RMCUE, n°517, 2008, p.245-249.

fédérés orphelins d'un État fédéral »²⁴⁸. De fait, ce sont moins les règles édictées qui importent que la détermination pour les appliquer. Le Prof. Guy Carcassonne rappelait ainsi que, plutôt que de pester contre les règles européennes, il fallait mieux prendre la mesure de l'atrophie inévitable de la volonté politique²⁴⁹.

Ce déficit de puissance de la loi européenne est particulièrement flagrant si l'on se réfère aux lois extra-territoriales américaines qui utilisent l'arme économique à des fins politiques²⁵⁰. Celles-ci constituant de flagrantes violations du droit international²⁵¹, il ne saurait être question pour le droit économique européen de les reprendre mais cela doit faire débat. Jusqu'en octobre 2000, les lois Torricelli et Helms-Burton prises respectivement en 1992 et 1996 ont permis aux États-Unis d'interdire au reste du monde de commercer avec Cuba si ces activités touchaient même de très loin aux biens américains nationalisés par le régime de Castro. De même, la loi d'Amato-Kennedy a interdit d'effectuer certains investissements en Iran et en Libye. Ces lois ont une portée excessivement large et prévoient des sanctions extrêmement sévères. En particulier, la loi Helms-Burton interdisait à n'importe quelle personne ou entreprise dans le monde de commercer lorsqu'il y a un rapport même très lointain avec des biens américains nationalisés durant les années 1959-1961 par Fidel Castro. La loi autorisait tous les ressortissants américains, y compris les immigrés cubains naturalisés à saisir les tribunaux américains et interdisait l'entrée sur le territoire américain de toutes les personnes, « y compris les directeurs et actionnaires de sociétés ainsi que leurs femmes et leurs enfants mineurs » s'étant livré à de telles activités. Au contraire, l'United States Export Administration Act de 1979 interdit aux nationaux ou aux sociétés américaines de se soumettre à un boycottage décrété par un autre État.

L'Union européenne a réagi en adoptant une action commune et le règlement 2271/96²⁵² refusant de reconnaître sur le territoire communautaire les jugements étrangers qui appliqueraient la législation extraterritoriale contestée. Mais la protection européenne s'avère très limitée car la force de la législation américaine tient surtout dans la capacité de l'administration américaine à négocier des arrangements amiables sans qu'un jugement soit prononcé. Depuis cinq ans, une quinzaine d'entreprises ont ainsi accepté de verser environ sept milliards de dollars sans que leur culpabilité ait jamais été établie par un tribunal²⁵³. L'administration Obama a en effet choisi une politique de force et adopté des décrets prévoyant que toute opération en dollars doit être conforme aux réglementations américaines. Les enjeux financiers augmentent car ce sont les établissements financiers qui sont particulièrement visés. Pour la violation des sanctions décidées par les États-Unis, les autorités américaines ont ainsi infligé une amende de 619 millions de dollars à ING, une de 298 millions de dollars à Standard Chartered ; en 2014, la BNP Paribas a accepté de payer une amende de 8,9 milliards de dollars. Mais, cela n'est pas tant le montant des amendes qui a jusqu'à présent été le plus efficace que la crainte d'être évincé du marché américain. Dans le scandale du Libor éclaté en juin 2012, les banques concernées se sont ainsi montrées beaucoup plus propices à négocier avec l'administration américaine qu'avec la Commission européenne²⁵⁴.

248. « La marge de manœuvre des États. Des démocraties sans souveraineté ? », *Pouvoirs*, 2012/3 n°142, p. 64.

249. Intervention du Prof. Guy Carcassonne le 5 déc. 2012 dans le cadre de la Table ronde « La définition des politiques budgétaires : quelle autonomie des États ? », in *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?* Travaux du CEDIN, préc. cit. p.67.

250. Comme le montre la déclaration du secrétaire d'État américain, les objectifs peuvent aussi être économiques : « La compagnie Total a essentiellement pris la place de Conoco (entreprise américaine), et décroché un contrat qui aurait été très profitable pour Conoco. Nous voulons punir les entreprises qui auront ce genre d'attitude à l'avenir ».

251. Brigitte Stern, *Les lois Helms-Burton et D'Amato: une analyse politique et juridique*, Europa-Inst., 1997.

252. Règlement du 22 novembre 1996, *JOCE* 1996, n° L 309/1.

253. Astrid Mignon Colombet, « La self defense des entreprises », in *Deals of Justice. Le marché mondial de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.

254. Les amendes infligées par la Commission européenne (1,7 milliard d'euros en décembre 2013 à huit banques (dont 725 millions d'euros pour la Deutsche bank) se sont révélées moins lourdes qu'aux États-Unis (1,53 milliard de

Chapitre II - Le droit économique européen sous pression

Déjà par le passé, les lois antitrust américaines²⁵⁵ avaient domestiqué un capitalisme qualifié de brutal en limitant la puissance des grandes entreprises. Celle-ci était devenue une menace pour la démocratie américaine : « Si nous refusons qu'un roi gouverne notre pays, nous ne pouvons accepter qu'un roi gouverne notre production, nos transports ou la vente de nos produits »²⁵⁶. Aujourd'hui, « Civiliser la mondialisation »²⁵⁷ serait la mission qui incomberait au droit européen : « Le monde est dans une phase rapide de globalisation... Il a besoin d'une Europe porteuse d'une option civilisée »²⁵⁸ car « ce qui caractérise la civilisation européenne par rapport aux autres, c'est une grande intolérance à l'inégalité, (...) l'identité européenne est d'ordre social ».

En fait, il serait demandé aux Européens de travailler à l'établissement d'une « Constitution économique mondiale »²⁵⁹ qui corrigerait les excès de puissance et de position dominante des multinationales et les excès de la finance. Cela nécessite d'utiliser les règles du droit de la concurrence (Section I) et de se doter de règles nouvelles (Section II). Juridiquement, l'Union en aurait les moyens puisque, au nom de l'indépendance de l'Union face aux contraintes internationales, la Cour se reconnaît le droit de censurer toute « remise en cause des principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire, parmi lesquels celui de la protection des droits fondamentaux »²⁶⁰. Mais, dans les faits, les pressions exercées au niveau mondial restent phénoménales et, constatant l'important coût social supporté par l'Allemagne et l'Espagne pour restaurer leur compétitivité, Pascal Lamy conclue lui-même que « si cela dure encore dix ou quinze ans, il n'y aura plus de civilisation européenne sur cette planète ! »²⁶¹.

Section I - La montée en puissance du droit de la concurrence

Peu à peu, tous les États se dotent d'autorités de la concurrence²⁶² mais aucune règle n'existe à un niveau global²⁶³. De fait, « le meneur de jeu actuel de la mondialisation – les États-

dollars et 1,07 milliard de dollars pour Rabobank). Début 2014, l'Union européenne a adopté la directive 2014/76/CE qui entrera en vigueur d'ici 2016, prévoyant des peines de prison d'au moins quatre ans pour les formes les plus graves de manipulation de taux ou de délits d'initiés.

255. Sherman Anti-Trust Act du 2 juillet 1890 et Clayton Antitrust Act de 1914. Ernest Wolf, « La Législation antitrust des États-Unis et ses effets internationaux », *RIDC*, 1950, Vol. 2, n°3, pp. 440-477.

256. Propos du Sénateur John Sherman qui a laissé son nom à la loi de 1890. Était en particulier visée la Standard Oil Company qui détenait 84 % des parts de marché du brut traité aux États-Unis à la fin du XIX^e siècle. En 1911, le démantèlement du groupe est ordonné donnant naissance à une dizaine de compagnies pétrolières intégrées parmi les plus puissantes du monde (Exon, Esso...).

257. Propos d'un diplomate asiatique rapporté par Pascal Lamy, Présentation au débat du Conseil de l'avenir de l'Europe, Madrid, 27 février 2014.

258. Pascal Lamy, intervention devant le Comité européen d'orientation de Notre Europe - Institut Jacques Delors, 29 novembre 2013.

259. Josef Drexl « La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE* 2011/4, p. 451.

260. CJCE GC 3 septembre 2008, C-402/05 P, Yassin Abdullah Kadi c. Conseil et Commission, *Rec. I*-06351, att. 304.

261. *Idem*. Jürgen Habermas relève de même que « Le modèle de société européen déploré par tant de monde repose sur le rapport interne de l'Etat social et de la démocratie. Si la progression permanente, depuis deux décennies, de l'inégalité sociale (une tendance empiriquement prouvée pour les pays industriels), ne se laisse pas inverser, ce rapport se déchirera ». *Le Monde* 23 février 2014.

262. Il existe 115 autorités antitrust dans le monde. En 2012, la fusion de Sun Microsystems et Oracle avait ainsi dû être notifiée à 28 autorités de la concurrence. Allen & Overy, *Global Trends in Antitrust 2013*, p. 12.

263. Des auteurs regrettent l'absence non pas d'un « droit de la concurrence de style OMC » mais d'un « système d'actions concertée de l'ensemble des États pour protéger la concurrence sur les marchés pertinents transfrontaliers », Josef Drexl « La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE* 2011/4, p. 451.

Unis –, n'a aucun intérêt à la création d'un droit international de la concurrence (...) car nous le savons, ce qui compte dans ce droit ce ne sont pas les normes mais les autorités chargées de les appliquer ou de les dégager. Ce sont les États-Unis qui sont, à l'heure actuelle, à l'origine de la plupart des positions dominantes... »²⁶⁴. Celles-ci ont obligé l'Union européenne à repenser la politique de la concurrence jusque là adoptée (§1). La Commission européenne a peu à peu appris à utiliser tout le potentiel de ses pouvoirs et a obtenu que ceux-ci soient renforcés (§2). Elle peut en effet obliger des entreprises étrangères opérant dans le Marché unique à se restructurer ou à modifier leurs conditions de vente. Avec la globalisation des marchés, le droit de la concurrence prend une dimension mondiale devant s'appliquer à des opérateurs économiques opérant désormais à une échelle planétaire (§3).

§ 1 - L'adaptation du droit européen de la concurrence aux marchés oligopolistiques mondiaux

La mondialisation et la diffusion du modèle libéral aboutissent à l'établissement à l'échelle planétaire de marchés oligopolistiques dominés par quelques acteurs - bien souvent américains -, obligeant à des adaptations des règles de la concurrence.

A - Transférer à la Commission européenne le contrôle des fusions d'entreprises

La constitution de groupes de dimension mondiale a rendu indispensable l'adaptation du droit européen de la concurrence. La Commission avait présenté un projet de règlement pour contrôler les fusions à un niveau communautaire dès 1973 mais elle n'avait pas obtenu gain de cause. Il ne s'agissait pourtant pas même d'une modification du traité trop compliquée à obtenir dans ce domaine²⁶⁵. En effet, les réticences étaient trop nombreuses du fait des implications politiques et sociales de la matière. Pour les pays du Sud de l'Europe, l'idée dominante était que les firmes n'atteignaient pas une dimension suffisante pour lutter contre la concurrence étrangère. Aujourd'hui, les raisons d'une intervention en matière de fusions ne sont plus de défendre les petites entreprises contre des concurrentes plus efficaces mais d'éviter qu'un prix oligopolistique soit fixé à travers des concentrations ou que se réalisent d'autres formes de coalition. On considère en effet qu'un taux élevé de concentration favorise des comportements parallèles conscients dans le domaine des prix et des objectifs de production et constitue par conséquent un facteur de non concurrence.

Plus le temps passait, plus l'inadéquation des articles 85 et 86 du traité de Rome (101 et 102 TFUE) au contrôle des concentrations devenait patente. L'article 86 CEE avait en effet été appliqué à plusieurs reprises à des opérations de concentration : cela a été fait pour la première fois en 1972 dans l'affaire Continental-Can²⁶⁶ en se limitant aux concentrations réalisées par des entreprises détenant déjà une position dominante. Par contre, la Commission concluait à la quasi-inapplicabilité de l'article 85 à ce type d'opérations.

En 1987, la Commission modifia sa position et appliqua l'article 85 CEE à une acquisition de part minoritaire dans l'affaire Philip Morris²⁶⁷. Deux ans plus tard, le règlement de contrôle des opérations de concentration fut adopté car la Commission menaçait d'appliquer de plus en plus largement l'article 85 CEE en matière de concentrations. Elle dut accepter de faire d'importantes

264. Gérard Farjat, « Observation sur la dynamique du droit de la concurrence », in *La modernisation du droit de la concurrence*, G.Canivet (dir.), LGDJ, 2006, p. 3.

265. Du fait que c'est un règlement qui donne compétence à la Commission pour contrôler les fusions, les articles 101 et 102 TFUE continuent de s'appliquer aux opérations de concentration mais ils se trouvent dépourvus de règlement d'application.

266. Aff. 6/72R, Rec. 1972, p.157.

267. CJCE arrêt du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds, Rec. 1987, p.4566.

concessions mais, avec l'échéance d'un marché unifié qui se profilait pour 1993, l'Europe allait connaître un accroissement déjà sensible des concentrations transnationales.

Le règlement 4064/89 énonce en son article 2 §3, « les opérations de concentration, qui créent ou renforcent une position dominante ayant pour conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le Marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, doivent être déclarées incompatibles avec le Marché commun ». Il impose à la Commission de tenir compte : « a/ de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le Marché commun au vu, notamment, de la structure de tous les marchés en cause et de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur de la Communauté ; b/ de la position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière, des possibilités de choix des fournisseurs et utilisateurs, de leur accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, de l'existence en droit ou en fait de barrières d'entrée, de l'évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, des intérêts des consommateurs intermédiaires et finals ainsi que de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence. »

Le règlement 4064/89 étend l'interdiction prévue par l'article 86 CEE (102 TFUE) aux créations ou aux renforcements de position dominante incompatibles avec la concurrence dans le Marché commun. Il dispose que la Commission refuse ou autorise l'opération. Cela constitue une différence importante avec la procédure américaine qui prévoit que le Département de justice se contente de dire qu'il n'a pas d'objections à un rapprochement mais lui donne la possibilité de changer d'avis en sanctionnant plus tard un abus de position dominante ; il n'est pas soumis à des délais. Les procédures européennes, qui obligent ainsi les autorités à adopter des décisions formelles, donnent une plus grande sécurité juridique aux entreprises mais elles sont aussi plus lourdes. C'est pourquoi, en 2013, la Commission a lancé une consultation publique²⁶⁸ qui a abouti à simplifier les formulaires de notification des concentrations et la procédure décisionnelle²⁶⁹.

Dans la pratique, 2 100 fusions ont été examinées de 1989 à 2002, et seules 18 ont été interdites. La fréquence des véto est assez stable par rapport au nombre de fusions : 3 sur 130 en 1996 contre 5 sur 300 en 2001. Parmi les refus de fusions, outre la première interdiction qui était celle du canadien De Havilland avec Aérospatiale-Alenia en 1991, on citera celle opposée en 2000, à la fusion de Péchiney, du Canadien Alcan et du Suisse Algroup dans l'aluminium, celle de Volvo et Scania concernant le marché de poids lourds et des autobus car elle aboutissait à une position dominante en Europe du Nord. En 2001, la fusion d'entreprises américaines MCI WorldCom et Sprint a été rejetée car elle aurait conféré une position dominante sur le marché de la fourniture de la connectivité Internet²⁷⁰. Les interdictions de fusion concernent 1% des fusions notifiées mais de nombreux aménagements sont demandés : par exemple, Exxon et Mobile ont dû s'engager à désinvestir dans la distribution d'essence dans six États membres. Cela pose un problème au niveau des droits de la défense sur la réalité du 2^e tour offert aux entreprises : la Commission a ainsi été sanctionnée dans l'affaire Scheider Electric/Legrand²⁷¹ du fait des très brefs délais et des conditions posées aux entreprises. En 2002, le Tribunal de première instance a annulé quatre décisions de la Commission dont celles concernant le voyageur britannique Airtours-First Choice²⁷², celle entre les Français Schneider et Legrand ainsi que celle de Sidel et Tetra Laval²⁷³. Il s'est agi d'un camouflet

268. Commission européenne - IP/13/288 du 27 mars 2013.

269. Communication de la Commission relative à une procédure simplifiée du traitement de certains opérations de concentration, 2013/C 366/04, *JOUE* du 14 déc. 2013, C 366/5.

270. Le 8 juillet 1998 (IP/98/639), la fusion entre MCI et WorldCom avait elle-même été autorisée sous conditions.

271. TPI arrêt du 10 octobre 2002, *Rec.* 2002, p.II-4071.

272. TPI arrêt du 6 juin 2002, *Rec.* 2002, p.II-2585.

273. TPI arrêt du 25 octobre 2002, *Rec.* 2002, p.II-4381.

pour la Commission mais les conséquences sont très pesantes pour les entreprises : le montage de la fusion entre Schneider et Legrand avait coûté aux entreprises 2 millions d'euros ; en mars 2001, Tetra avait bouclé son offre publique d'achat à 1,7 milliards d'euros et les 95 % du capital obtenus avaient été conservés dans une structure *ad hoc* dans l'attente du verdict judiciaire intervenu en octobre 2002²⁷⁴. Dans les deux cas de figure, le Tribunal avait estimé que la Commission n'avait pas suffisamment démontré les effets anticoncurrentiels de la fusion.

B - Garantir la concurrence intra-européenne au détriment de la compétitivité mondiale des entreprises européennes ?

Dès la première décision rendue par la Commission interdisant en 1991 la concentration projetée entre Aérospatiale-Alenia et de Havilland²⁷⁵, de vives critiques sur l'insuffisance de l'analyse effectuée ont remis en cause les méthodes d'appréciation appliquées par l'administration communautaire. La question très politique, qui a perduré pendant une décennie, sous-tendait en fait la question de la légitimité de la Commission sur des dossiers stratégiques pour l'industrie européenne. Même si les Commissaires des directions générales concernées, notamment celles chargées de la politique industrielle et des transports, peuvent demander une réunion avec le Commissaire responsable de la concurrence, même si les projets de conclusion des enquêtes sont soumis à l'avis des autres directions intéressées, il était reproché à la Commission de faire passer la concurrence en Europe avant le développement des grands groupes européens et d'apprécier les distorsions de la concurrence au niveau mondial ou européen.

La Commission était ainsi critiquée pour le fait de penser européen avant de penser mondial alors même que les entreprises de l'Union voient leur taille obérée par le cloisonnement persistant de différents marchés au sein de l'Union : les marchés des médicaments, de l'armement, des télécommunications... En particulier, elle est critiquée pour avoir toujours refusé d'utiliser le règlement sur les concentrations comme un moyen d'imposer une politique industrielle en Europe²⁷⁶. Ainsi, dans l'affaire Volvo Scania, elle a refusé la fusion alors que qu'elle entraînait une position dominante limitée à la Scandinavie et, dans l'affaire Schneider Legrand, les restrictions de la concurrence ne se vérifiaient qu'en France et en Italie. Dans cette affaire concernant l'équipement électrique et électronique, le veto imposé par la Commission résultait au surplus d'un découpage erroné des marchés nationaux qu'elle avait extrapolé à un niveau général. Or, la démonstration des effets anticoncurrentiels doit s'appliquer à l'ensemble du marché européen. C'était donc le cas de la fusion des groupes énergétiques portugais EDP et GDP et le tribunal de première instance a donc confirmé que « la concentration ferait disparaître un concurrent potentiel important (c'est-à-dire GDP) sur tous les marchés d'électricité »²⁷⁷.

Qualifiée de dogmatique, la pratique de la Commission pour refuser des fusions susceptibles d'affecter le Marché unique européen fut durement remise en question en 2002 avec l'annulation par les juges communautaires de quatre veto de la Commission. L'un des motifs fut qu'elle se refusait à tort de prendre en compte les synergies et les économies qui pouvaient être réalisées avec les fusions et profiter ultérieurement aux consommateurs. Cela correspond à une attitude très différente de celle des États-Unis qui ne voient pas la taille comme un élément suspect. Tandis que la Commission européenne cherche à maintenir une concurrence sur le marché, les Américains

274. Elle a été condamnée le 11 juillet 2007 par le TPI à indemniser partiellement le groupe Schneider pour avoir empêché à tort sa fusion avec la société Legrand.

275. Voir sur les critiques, questions orales au Sénat, *JO Sénat* du 24 octobre 1991, p. 2297 à propos du « mauvais coup à l'industrie européenne des avions court-courriers » et de « personnalités éminentes, parmi lesquelles des ministres, ont jugé scandaleux que des intérêts européens majeurs et évidents soient violés par ceux-là mêmes qui sont chargés de les défendre ».

276. Tony Prosser, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, Oxford University Press, 2005.

277. TPI arrêt du 21 septembre 2005, T-87/05, *Rec.* 2005 p.II-03745.

acceptent une limitation de la concurrence si une fusion permet de dégager des synergies et des effets d'échelle ou de créer des nouveaux marchés, autant d'effets induits retenus *in fine* favorables pour le consommateur américain. La Commission a rejeté ces critiques en citant l'affaire BASF, dans laquelle l'entreprise allemande avait été autorisée en 2001 à racheter deux entreprises en dépôt de bilan parce que le consommateur avait plus avantage à subir un monopole plutôt qu'une pénurie²⁷⁸. Mais, à propos de la fusion du français Sidel et Tetra Laval, leader mondial de l'emballage pour boisson en carton²⁷⁹, le tribunal a considéré que la Commission ne démontrait pas que l'entité créée aurait pu s'appuyer sur sa position dominante pour acquérir une position dominante dans le plastique. L'effet de levier a été jugé « surestimé » sur les marchés identifiés par la Commission selon le Tribunal de première instance. Pourtant, il accepte le principe d'un contrôle de « l'effet de conglomerat ». De même, les juges communautaires admettent le refus de fusion dans le cas d'une position dominante collective comme dans l'affaire Kali und Salz²⁸⁰. Toutefois, il faut que la Commission délimite parfaitement l'oligopole ce qui n'a pas été le cas dans les affaires Airtours (devenu MyTravel) et First choice²⁸¹.

Après ces ratés et pour tenir compte des concentrations réalisées dans le cadre de structures de marché oligopolistiques pour lesquels les juridictions communautaires n'avaient pas « expressément interprété le règlement (CEE) n° 4064/89 comme exigeant que soient déclarées incompatibles avec le marché commun les concentrations donnant lieu à des effets non coordonnés » anticoncurrentiels, un nouveau règlement a été édicté en 2004²⁸². Par « souci de sécurité juridique », il précise que « toute concentration qui entraverait de manière significative une concurrence effective, dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, devrait être déclarée incompatible avec le marché commun ». La notion d'« entrave significative à une concurrence effective » devrait être interprétée comme s'étendant, au-delà du concept de dominance, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration résultant du comportement non coordonné d'entreprises qui n'auraient pas une position dominante sur le marché concerné.

La nouvelle réglementation adopte ainsi le test américain tenant compte de « l'affectation substantielle de la concurrence », et écarte le test de la position dominante défendu par l'Allemagne : « les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun »²⁸³.

Le règlement 139/2004 assouplit également le système de coexistence des procédures nationales et européennes en facilitant la coordination²⁸⁴ mais, dix ans après, de nouvelles modifications devraient être apportées. Toutes les difficultés n'ont pas été écartées et des notifications multiples sont encore pratiquées. Il faudrait ainsi revoir le système de renvoi entre la Commission et les autorités nationales de la concurrence²⁸⁵.

278. Reprise d'Eurodiol et de Pantochim par BASF autorisée le 11 juillet 2001, *IP/01/984*.

279. TPI arrêt du 25 octobre 2002, *Rec.* 2002 p.II-4519 confirmé par la CJCE le 15 février 2005.

280. Déc. du 14 décembre 1993, arrêt de la CJCE du 31 mars 1998, C-68/94 et C-30/95, *Rec.* 1998, p.I-1375

281. TPI arrêt du 6 juin 2002, T-342/99, *Rec.* p.II-2585.

282. Règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, considérant n°25, *JO* n° L 024 du 29/ janvier 2004.

283. Art. 2 §3.

284. L'article 21 §4 du règlement 139/2004 prévoit notamment que « les États membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le présent règlement et compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire ». Cela pourra être la protection de la sécurité publique, la pluralité des médias, les règles prudentielles. La protection de l'emploi n'aurait jamais été invoquée comme le regrette Pablo González Pérez, « Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique », Collège d'Europe, *Research Paper in Law*, juin 2013.

285. COM(2009) 281 final, *Rapport sur le fonctionnement du règlement n° 139/2004*, 18 juin 2009.

C - Des aides publiques canalisées

Si les premières décennies d'application du traité de Rome n'avaient pas affecté les services publics dans les États membres, la définition même des aides publiques établie par la jurisprudence posait un problème : si on l'interprétait très strictement, toute prestation sociale pouvait devenir une aide d'État. Aussi, l'extension de la notion d'aides publiques pouvait menacer à terme les services publics. De fait, il existera toujours une entreprise privée pour se sentir lésée par les conditions de son accomplissement et qui invoquera le droit européen de la concurrence pour mettre fin à cette situation. Or, la mise en concurrence et la gestion de services publics par le secteur privé peuvent aboutir à des résultats catastrophiques comme l'a montré la nécessité pour l'État britannique de reprendre le contrôle de la maintenance des infrastructures des chemins de fer privatisés après des dysfonctionnements graves. De plus, les difficultés à concilier le droit communautaire et les services publics avaient donné lieu à une jurisprudence fluctuante au début des années 1990²⁸⁶. La pression d'États membres attachés à la notion s'était alors renforcée, bénéficiant aussi de la perspective de l'adhésion d'États ayant connu une économie planifiée de type communiste. En 1997, la légitimité des services d'intérêt général au sein de l'Union fit l'objet d'une première reconnaissance par le traité d'Amsterdam (article 16). En 2007, elle a été confirmée par le traité de Lisbonne (article 16 TFUE) et le protocole additionnel n°9 qui lui était consacré : « les dispositions du présent article ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général. » La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne indiquait quant à elle que « l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services économiques d'intérêt général ». Un premier léger assouplissement de la politique de la concurrence en découla. La Commission dut par exemple admettre que des allègements fiscaux consentis à La Poste étaient conformes au droit communautaire dans la mesure où ils ne dépassaient pas ce qui était strictement nécessaire pour permettre à l'opérateur d'assurer le service d'intérêt général qui lui était confié²⁸⁷. Mais les nouvelles dispositions législatives n'éliminaient pas une incertitude juridique : le simple fait qu'il y ait un financement public exigeait qu'il y ait au moins une investigation et une notification d'aide.

L'arrêt *Ferring c/ ACOSS* du 22 novembre 2001^{a288} a écarté cette menace. Le droit de la concurrence avait été invoqué par *Ferring* pour contester la légalité d'une taxe de 2,5 % sur son chiffre d'affaires contrairement aux répartiteurs pharmaceutiques. Constatant que la loi française leur imposait d'entretenir un stock de médicaments pour faire face à la demande, la CJCE jugea que l'exonération de taxe « ne constitue pas une aide d'État aux grossistes répartiteurs que dans la mesure où l'avantage qu'ils tirent du non assujettissement (...) excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement de leur mission de service public ». Quelques mois plus tard, lors de l'examen du financement d'une aide de 9 milliards d'euros de l'Italie aux postes italiennes entre 1994 et 1999, la Commission fit application de la jurisprudence *Ferring* : elle décida sur intervention de la Commissaire aux transports Loyola de Palacio qu'il n'y avait tout simplement pas eu d'aide. De même, concernant l'autorisation donnée à la création d'une banque de services universels destinés aux six millions de Britanniques non bancarisés, la Commission a estimé qu'il n'y avait pas d'aide

286. Trois arrêts très restrictifs étaient intervenus en 1991 (ERT du 18 juin 1991, *Merci convenzionali – porto di Genova* du 10 décembre 1991 et GB *Inno* du 13 décembre 1991), les arrêts *Corbeau* du 19 mai 1993 et *Commune d'Almeno* du 27 avril 1994 s'étaient ensuite montrés beaucoup plus conciliants à l'égard des services publics et à la conception française de ceux-ci.

Sur la situation des services publics à l'heure de la libéralisation et de l'établissement du Marché intérieur, voir Renan Le Mestre, *Droit du service public*, Gualino, 2005, p. 60 et svtes et Gilles Guglielmi et Geneviève Koubi, *Droit du service public*, Montchrestien, oct. 2011.

287. L'analyse a été confirmée par la CJCE : ord. du 25 mars 1998, aff. C-174/97 *FFSA*, *Rec.* 1998 p.1303.

288. Aff. C-53/00, *Rec.* 2001, p.I-9067.

d'État. La Commission se montrait par contre toujours intransigeante dès qu'il s'agissait d'un avantage non strictement justifié par le service public. Ainsi, la Régie des postes en Belgique rendant un service d'intérêt économique général pouvait bénéficier d'une situation de monopole mais cela ne pouvait être le cas pour les prestations supplémentaires au service postal. Pour les mêmes raisons, la Commission avait aussi obligé la France à ôter à la Poste son monopole sur les livrets A et, fin 2001, la Commission lui avait infligé une sanction du fait qu'elle permettait encore au Crédit mutuel d'être le distributeur exclusif du livret bleu. La DG de la concurrence estimait qu'il pouvait constituer un produit d'appel pour d'autres produits commerciaux²⁸⁹.

En 2003 et 2005, l'arrêt *Altmark*²⁹⁰ et ce qui fut surnommé le « paquet *Altmark* »²⁹¹, précisèrent les conditions²⁹² à respecter pour que des compensations de service public soient exclues des aides d'État. La Commission ne put mener à bien la vaste réforme qu'elle proposait du fait de l'opposition manifestée par les gouvernements français, allemand, britannique et autrichien. Depuis, elle cherche à réduire les aides accordées par les États en les limitant aux domaines où elle les juge nécessaires : innovation, recherche et régions en retard de développement. Par exemple, elle a récemment permis aux États d'accorder des concessions durables aux investisseurs privés afin de trouver les 270 milliards d'euros jugés nécessaires d'ici 2020 pour rattraper le retard européen en matière de fibre optique et mettre en place les réseaux transeuropéens de communication décidés par le traité de Maastricht²⁹³. De plus, la crise économique mondiale de 2008/2009 a obligé la Commission à assouplir l'application des règles de la concurrence. Les gouvernements avaient mis sur pied des plans de sauvetage de divers secteurs économiques et avaient donc été amenés à multiplier les aides d'État. Même si la Commission a exigé leur notification et a examiné leur teneur à l'aune des règles des articles 107 à 109 TFUE, elle a assoupli ses critères d'examen.

Les subventions versées lors de la crise ont évidemment concerné les banques²⁹⁴ mais aussi d'autres secteurs économiques comme celui de l'agriculture. Les aides versées par la France en décembre 2009 avaient fait l'objet d'annonces gouvernementales dès l'automne et la Commission avait regretté d'en avoir été informée par la presse. Elle avait seulement attiré l'attention du gouvernement français sur la nécessité de procéder à leur notification. Finalement, les aides d'un montant de 700 millions d'euros attribuées sous forme « de subventions directes, de bonifications d'intérêts, de prêts bonifiés, ainsi que d'aides aux paiements des cotisations de sécurité sociale » ont été approuvées par la Commission européenne le 2 décembre 2009. L'aide française est jugée compatible pour autant que les agriculteurs ne fussent pas en difficulté à la date du 1^{er} juillet 2008 (c'est-à-dire avant le début de la crise) et que l'aide fût limitée au 31 décembre 2010. La Commission considère que l'aide est compatible car la France a démontré que son plan était « nécessaire, proportionnel et approprié pour faire face à la sérieuse crise de l'économie française »²⁹⁵.

289. Décision de la Commission du 24 mai 2011 concernant l'aide d'État n° C 88/1997, C(2011)3436 final .

290. CJCE arrêt du 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Rec.* 2003 I P7747

291. Comprenant la décision de la Commission 25005/842/CE du 28 novembre 2005, la directive 2005/81/CE et

l'encadrement des aides d'État sous forme de compensation de service public, JOUE C297/4 du 29 novembre 2005.

292. Les obligations de service imposées à l'entreprise doivent être clairement définies ; les paramètres de calcul de la compensation doivent être clairs et transparents ; la compensation ne peut être supérieure aux coûts occasionnés par l'exécution du service public ; si le service public n'est pas exécuté sur un appel d'offre, le calcul de la compensation doit correspondre à ceux d'une « entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée ».

293. 1 % en Europe en 2012 contre 12 % au Japon, Commission, Document du 19 octobre 2011, 2011/0299 (COD).

Voir B.Beauchesne « La télé-administration : un rouage économique et démocratique pour l'Union européenne ? », *RFAP* n°146, 2013, p.287.

294. Ces aides seront évoquées à propos du surendettement des États au Titre II, ch. II, S. II, §1, B.

295. *La Tribune* du 2 décembre 2009.

§ 2 - *Le durcissement des règles applicables aux entreprises*

L'équilibre entre les pouvoirs de la Commission européenne et les droits de la défense des entreprises dans la politique de la concurrence représente encore un sujet fondamental du droit communautaire. Les géants de l'énergie ou des télécommunications disposent de telles ressources en personnel, en ressources financières et techniques que se pose la question des moyens dont disposent face à eux les pouvoirs publics européens²⁹⁶.

A - L'application des règles européennes aux entreprises étrangères

Les articles 101 §1 et 102 du TFUE interdisent des comportements anticoncurrentiels adoptés par des « entreprises » qui peuvent être aussi bien des personnes morales privées ou publiques que des particuliers. La définition de l'entreprise, non précisée par les traités, a en effet été clarifiée par les juges communautaires pour qui il s'agit d'une organisation unitaire d'éléments matériels et immatériels poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé. En 1972, l'affaire des matières colorantes²⁹⁷ avait définitivement fait primer le concept d'entité économique : des sociétés juridiquement distinctes peuvent constituer une entreprise en droit communautaire de la concurrence si elles ne disposent pas d'indépendance d'action. Cela conduit à imputer à la société mère les agissements de sa filiale même si celle-ci a sa propre personnalité juridique, si elle ne sert que d'intermédiaire aux instructions imparties par la société mère en ne déterminant pas son comportement sur le marché²⁹⁸. Cette conception objective de l'entreprise communautaire permet, en cas de reprise, d'imputer à une entreprise, le comportement de ses prédécesseurs économiques ou légaux, du fait de la continuité économique et fonctionnelle qui existait entre l'entreprise initiale et son successeur²⁹⁹.

En dépit de cette jurisprudence ancienne sans grandes évolutions, les analyses juridiques sur « l'activité économique » tentent de se renouveler³⁰⁰. Mais la question s'avère au demeurant plus politique que juridique car la difficulté consistait pour la Commission à utiliser pleinement les pouvoirs qui lui avaient été confiés. Le tournant eut lieu à la fin des années 1980 lorsqu'elle a commencé - alors très timidement - à sanctionner des entreprises étrangères. Dans l'affaire des « entreprises de pâte de bois »³⁰¹, la Cour admit que les règles communautaires de la concurrence s'appliquaient à des entreprises situées en dehors du Marché commun dès lors que les ententes avaient été mises en œuvre à l'intérieur de celui-ci.

Depuis, de nombreuses procédures ont concerné des entreprises étrangères (Microsoft, Nintendo...), les sanctionnant d'autant plus durement qu'il s'agissait de multinationales coupables de très graves infractions à la concurrence. Le 3 juillet 2001, la Commission a même interdit une fusion de deux entreprises américaines, General Electric et Honeywell. La Commission a constaté que General Electric occupait déjà à elle seule une position dominante sur les marchés des réacteurs pour avions commerciaux de grande capacité et pour gros porteurs régionaux. Elle a relevé la puissance financière du groupe, le risque d'éliminer la concurrence. De ce fait, la Commission avait demandé à General Electric de céder certaines activités dans le secteur aéronautique mais elle avait essuyé un refus. La décision a soulevé de très vives critiques aux États-Unis car les autorités américaines ne s'étaient pas opposées à la fusion. En octobre 2002, cela avait conduit les autorités

296. La question se pose aussi dans les États membres. « Antitrust, authority low cost. Quelle multe troppo basse che non spaventano nessuno », *La Repubblica Affari & Finanza*, 1^{er} février 2010, p.10-11.

297. CJCE 14 juillet 1972, aff. 54/69, *Rec.* 1972 p. 851.

298. CJCE 21 février 1973, « Continental Can », aff. 6/72, *Rec.* 1973 p.215.

299. CJCE 16 décembre 1975, « Suiker Unie », aff. 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Rec.* 1975 p. 1663.

300. Elsa Bernard « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, *RIDE* 2009/3 p. 353-385.

301. CJCE arrêt du 27 septembre 1988, *Rec.* 1988, p.5223.

américaine et européenne à conclure un accord pour renforcer la collaboration démarrée en 1991. Depuis, les plus importantes affaires du droit de la concurrence concernent des entreprises étrangères d'envergure planétaire³⁰². Leurs implications parfois stratégiques demandent toujours une volonté d'application des règles de la part de la Commission.

B - Un outil de défense du faible contre le puissant ?

L'application des règles antitrust américaines a souvent été discutée dans la course pour la présidence des États-Unis³⁰³. Définissant les règles de la concurrence comme le mode américain de faire fonctionner le capitalisme pour les consommateurs, le Président B.Obama avait fait la promesse en 2008 de les renforcer³⁰⁴ en dénonçant la faiblesse de l'équipe de G.W.Bush face aux cartels³⁰⁵. En Europe, le sujet du droit de la concurrence n'est pas abordé en dehors de cercles restreints car il n'est jamais perçu comme un outil de défense du faible contre le puissant. Aussi, le fait que le traité de Lisbonne ait supprimé les règles de la concurrence des buts poursuivis par les États³⁰⁶ avait été perçu par le grand public – au moins en France – comme la suppression d'une anomalie honteuse.

Or, si le protectionnisme est souvent considéré une source d'avantages pour les producteurs qui réduit la satisfaction des consommateurs, *a contrario*, ceux-ci sont favorisés par la mise en concurrence des producteurs. On a en effet tendance à l'oublier mais le droit de la concurrence s'intéresse avant tout aux intérêts du consommateur : il lui assure de bénéficier de la gamme de produits la plus large possible et la plus avantageuse possible. C'est ce que montre, par de bien curieux truchements, l'application des règles communautaires de la concurrence dans le domaine du crédit à la consommation. L'exposé des motifs de la directive n° 87/102 du Conseil du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, souligne ainsi que les disparités de réglementation, susceptibles « d'entraîner des distorsions de concurrence entre les prêteurs dans le Marché commun, influent sur la libre circulation des biens et des services susceptibles d'être affectés d'un crédit et ont ainsi un impact direct sur le fonctionnement du Marché commun » et que « les consommateurs, les prêteurs, les fabricants, les grossistes et les détaillants, ainsi que les prestataires de services tireraient tous profit de la création d'un Marché commun du crédit à la consommation ». Ces aspirations s'inscrivaient en fait dans un objectif beaucoup plus large que la seule protection du consommateur, celle de la « volonté d'encadrer une activité au sein du marché »³⁰⁷. La Cour de justice des Communautés européennes relevait quant à elle que « la directive poursuivait un double objectif, assurer, d'une part, la création d'un Marché commun du crédit à la consommation, et, d'autre part, la protection des consommateurs ayant souscrit de tels crédits³⁰⁸ ».

Transcrivant la législation communautaire, le législateur français³⁰⁹ rappelait également que « la consommation constitue (...) la finalité de toute notre organisation économique. Un des

302. Voir ci-après §3. B.

303. Neal R. Stoll et Shepard Goldfein, « President Obama's Centrist Antitrust Enforcement », *New York Law Journal*, V.240 n°97, 18 novembre 2008, http://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications1564_0.pdf.

304. « Obama eyes media with promise of antitrust push », <http://uk.reuters.com/article/2008/05/18/us-usa-politics-obama-antitrust-idUKN1849107920080518>.

305. « Antitrust is the American way to make capitalism work for consumers...The [Bush] administration has what may be the weakest record of antitrust enforcement of any administration in the last half century ». Toutefois, la faiblesse ainsi dénoncée reste sujette à débats.

306. Voir *infra* Titre I, ch. II, sec. 1, §1 A.

307. Voir Philippe Flores et Gérard Biardeaud, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *Recueil Dalloz* 2009 p. 2227.

308. CJCE arrêt du 4 octobre 2007, *Rampion*, att. 59, aff. C-429/05, D. 2008. Jur. 458, note H. Claret.

309. Exposé de Luc Chatel, rapporteur à la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005.

objectifs majeurs de nos concitoyens est de pouvoir consommer mieux et davantage. (...) Il est aujourd'hui temps d'ajouter une nouvelle pierre à cet édifice pour prendre en compte un contexte économique et social en plein bouleversement au cours de la dernière décennie. L'objectif de la proposition de loi est donc de redonner confiance au consommateur pour que, demain, sa contribution à la croissance soit encore plus déterminante... ».

En réalité, cette prise en compte du consommateur français s'est faite grâce au droit communautaire et à la volonté d'assurer un fonctionnement non faussé du Marché commun. Dans son livre « D'autres vies que la mienne »³¹⁰, Emmanuel Carrère raconte ainsi la bataille de deux « juges boiteux » au tribunal d'instance de Vienne qui, emboîtant le pas à leur collègue de Niort, Philippe Florès, appliquèrent à la lettre la loi Scrivner de 1978 afin de limiter les excès des crédits à la consommation aboutissant à un sur-endettement d'un nombre important d'individus. Soulevant d'office des clauses de contrat non conformes à la loi, leurs jugements conduisaient à exiger du débiteur le seul remboursement du capital et non des intérêts et pénalités demandés. Faisant des émules parmi les juges, ces jugements ont été contestés devant la Cour de cassation, qui les cassa en se basant sur la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Elle établit ainsi un délai de forclusion pour soulever les irrégularités des contrats de crédit à la consommation et interdit aux juges de soulever d'office les irrégularités du contrat. La Cour de cassation juge la notion d'ordre public de protection³¹¹ insuffisante à fonder à elle seule l'office du juge : la méconnaissance des dispositions relatives au crédit à la consommation ne pouvait être invoquée par le juge mais devait obligatoirement l'être par le débiteur.

Intervient alors l'arrêt Océano de la CJCE du 27 juin 2000³¹² établissant « qu'une protection efficace du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause ». S'y référant, un des juges « boiteux de Vienne » posa à la CJCE une question préjudicielle conduisant les magistrats européens à établir, dans l'arrêt Cofidis contre Fredout³¹³, que « la protection, que la directive (93/13/CEE³¹⁴) assure aux consommateurs, s'oppose à une réglementation interne qui, dans une action intentée par un professionnel à l'encontre d'un consommateur et fondée sur un contrat conclu entre eux, interdit au juge national à l'expiration d'un délai de forclusion de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par le consommateur, le caractère abusif d'une clause insérée dans ledit contrat »³¹⁵. Pour sauvegarder la concurrence entre établissements financiers, cette jurisprudence, qui européenise en outre le droit privé, bouleverse la protection du consommateur en matière de crédit lui offrant des sauvegardes que le droit national lui déniait.

De la sorte, le droit économique européen, élaboré sur des principes libéraux poussant à l'ouverture des marchés et à la mise en compétition des acteurs économiques, se retrouve à défendre le faible contre la puissance économique, se révélant quelques fois infiniment plus vertueux que ceux qui souvent le pourfendent.

310. *P.O.L. Éditeur*, avril 2009.

311. Civ. 1^{ère}, 15 févr. 2000, *Bull. civ.* I, n° 49 ; CCC 2000, comm. 116, obs. G. Raymond ; *JCP G* 2001. II. 10477, note O. Gout ; D. 2000. AJ. 275, obs. C. Rondey ; *RTD com.* 2000. 705, obs. B. Bouloc.

312. Aff. Océano Grupo Editorial SA et autres c/ Murciano Quintero et autres C-240/98, *Rec.* 2000 p.I-04941.

313. CJCE arrêt du 21 novembre 2002, aff. C-473/00, *Rec.* 2002, p.-10875.

314. Directive du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

315. *Préc. cité*, att. 38.

C - Le renforcement des pouvoirs d'enquête et l'incitation à la dénonciation des infractions

Les pouvoirs d'enquête³¹⁶ de la Commission sont assortis de la possibilité d'infliger des amendes et des astreintes allant jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires des entreprises en cas de non respect de la procédure. Dès l'origine, ces pouvoirs d'enquête permettaient à la Commission de demander des renseignements et de faire des vérifications dans les locaux des entreprises. En contre-partie, elle a été tenue par la jurisprudence de la Cour de respecter les droits des entreprises : confidentialité des informations, droit de ne pas s'auto-incriminer, inviolabilité du domicile...

Au fil des années, il est apparu que les entreprises commettaient des infractions de plus en plus graves et qu'elles les dissimulaient de mieux en mieux. Aussi il a été nécessaire de renforcer les pouvoirs de la Commission.

Tout d'abord, pour favoriser l'efficacité des enquêtes, deux règlements de clémence surnommés d'incitation à la délation ont été adoptés en 1996 et 1999³¹⁷. Du point de vue de l'administration, les programmes de clémence se sont rapidement révélés un outil très efficace de détection des ententes même s'ils ne se révèlent pas être dissuasifs au niveau de la commission des infractions. Ils incitent les entreprises à collaborer avec la Commission en prévoyant des réductions ou des exonérations de sanction en cas de dénonciation ou d'apport de preuves. Cela permet l'exonération totale à l'entreprise qui apporte « toutes » les preuves en sa possession et « une coopération totale et permanente ». Le « délateur » est désormais informé par une lettre de l'immunité accordée par la Commission. Les entreprises, qui n'ont pas été les premières à dénoncer l'entente, peuvent avoir des réductions d'amende (30 à 50 % pour la première entreprise, de 20 à 30 pour la 2^e entreprise, et jusqu'à 20 % pour les suivantes). L'idée était de créer un climat de suspicion parmi les partenaires à l'entente.

Toutefois, ces programmes de clémence posent, du point de vue des entreprises, un problème de sécurité juridique. Dans l'arrêt *Pfleiderer*, la Cour considère qu'en l'absence de législation européenne en la matière, il appartient au juge national de déterminer au cas par cas et selon le droit national, les conditions dans lesquelles la divulgation de documents liés à la procédure de clémence aux victimes d'une infraction au droit de la concurrence doit être autorisée ou refusée. Une proposition de directive³¹⁸ en cours d'adoption sur les droits des victimes de pratiques anticoncurrentielles prévoit ainsi que tous les États membres devront accorder un accès effectif minimal aux éléments de preuve dont les victimes ont besoin pour démontrer le bien-fondé de leur demande de dommages et intérêts pour infraction aux pratiques anticoncurrentielles. De plus, ces programmes de clémence sont beaucoup plus proches de la culture juridique anglo-saxonne que de la culture juridique latine et continentale ce qui place les entreprises dans une certaine inégalité juridique à leur égard. Tandis que des « programmes de mise en conformité » ont été adoptés par les opérateurs économiques depuis les débuts de la législation antitrust aux États-Unis, ils n'ont fait leur apparition en France que depuis une dizaine d'années. Ils ont un objectif préventif de ne pas se mettre en infraction mais ils visent aussi à en atténuer les conséquences si une procédure d'enquête est ouverte à leur rencontre. Cette préparation permet aux entreprises d'être plus réactives comme le montre l'affaire des manipulations du Libor (cartels des produits dérivés de taux d'intérêt) ayant conduit au prononcé d'amendes pour plus de 1,7 milliard d'euros. Les banques britanniques

316. Voir « La protection des informations des entreprises lors d'une enquête de la Commission des CE », *L'actualité fiduciaire*, n° 764, juin 1993, p.14 à 21.

317. Laurence Idot, Catherine Prieto, Céline Gauer, Bernard Amory, Francesca Marchini Càmia, Jean-Christophe Roda, Christophe Lemaire, Marie-Barde Girard « Les politiques de clémence en Europe » *Concurrences* N° 3-2005, p.12 à 27 et François Lévêque, « L'efficacité des programmes de clémence », *Concurrences* n° 4-2006, p.31 à 36.

318. Proposition du 11 juin 2013, 2013/0185 (COD) suite au *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM/2008/0165 final.

Barclays et Royal Bank of Scotland avaient ainsi bénéficié des principales remises³¹⁹.

Enfin, le règlement 1/2003, qui reprend tous les pouvoirs conférés en 1962 (autosaisine, demandes de renseignements, enquête par secteurs), réforme les pouvoirs de vérification appelés désormais pouvoirs d'inspection. En plus des contrôles pouvant être effectués dans les locaux des entreprises, le règlement 1/2003 permet aux agents de la Commission de procéder, après autorisation éventuelle d'un magistrat national, à des perquisitions au domicile privé des dirigeants et collaborateurs d'entreprise ; elle a la possibilité d'apposer des scellés.

Ces pouvoirs d'inspection sont les plus redoutés des entreprises et ce sont ceux qui ont fait l'objet de plus commentaires. L'étendue du contrôle que peut exercer le juge national se limite à la légalité de la décision ordonnant le contrôle, non à son opportunité³²⁰. Le juge communautaire a pourtant admis, à la suite de la jurisprudence extensive de l'article 8 de la CESDH par la Cour européenne des droits de l'homme³²¹, que la Commission ne pouvait faire une inspection à un domicile privé que s'il existait « un soupçon raisonnable » d'y trouver la preuve d'une « violation grave » au traité communautaire.

§ 3 - La montée en puissance du droit de la concurrence

La globalisation et la propagation du modèle libéral américain aboutissent à des marchés oligopolistiques mondiaux. Leur fonctionnement a des conséquences sur les relations internationales et touchent des intérêts nationaux et géo-politiques essentiels. L'application de sanctions exceptionnelles demande alors une réelle volonté politique.

A - L'aggravation des sanctions et la réforme des actions en dommages et intérêts

En 1998, le législateur américain a modifié le maximum des peines encourues en cas de violation des règles du droit de la concurrence les faisant passer d'un maximum de trois ans de prison à dix ans de prison et l'amende maximum de 10 millions à 100 millions de dollars³²². Le droit européen n'a quant à lui pas été modifié mais sa formulation permet une adaptation à la nouvelle réalité économique mondiale. Les décisions d'application des articles 101 et 102³²³ TFUE en cessation ou d'incompatibilité obligent les entreprises à modifier leurs pratiques commerciales. Elles peuvent comporter des amendes allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires de la compagnie. Aussi, malgré l'application possible des règlements de 1996 et 1999 sur la clémence, le montant des amendes infligées a augmenté car la puissance des entreprises a également augmenté d'autant que d'importantes opérations de fusion acquisition ont été, depuis les années 1980, à l'origine de la constitution de grands groupes économiques privés.

Par le passé, les amendes les plus élevées s'élevaient à 10 millions pour Pioneer en 1979, 295 millions d'euros pour Cartel cement et 120 millions pour le Cardboard Cartel en 1994, 102 millions d'euros pour un abus de position dominante manifesté par un refus de vente à des européens non résidents à Volkswagen en 1998, 70 millions d'euros pour une entente sur les prix de conduite de chauffage urbain suédois ABB en 2000, 110 millions d'euros pour les amendes cumulées par cinq sociétés coupables d'entente sur le prix de la lysine en juin 2000. En novembre 2001, un cartel des vitamines avait cumulé 855 millions d'euros d'amende ; en février 2007, un cartel d'ascenseurs 1

319. Commission européenne, IP/13/1208 du 4 décembre 2013.

320. Voir CJCE arrêt Roquette du 22 octobre 2002, *Rec.* 2002, p. I-9011.

321. Aff. Niemetz c. Allemagne du 16 décembre 1992, série n°251-A, note F. Rigaux.

322. *Antitrust Criminal Penalty Enforcement and Reform Act* de 2004, Pub. L. n°108-237, § 215, 118 Stat. 661, 668 (2004), codifié à 15 U.S.C. §§ 1-3.

323. À tout moment, il peut y avoir un règlement amiable des affaires par le biais de lettres de classement. La Commission peut également clôturer une affaire en délivrant une exemption individuelle, une attestation négative ou une décision de compatibilité.

milliard d'euros. En décembre 2013, une entente illicite de huit institutions financières internationales sur les marchés des produits dérivés financiers³²⁴ avait été sanctionnée par des amendes totalisant 1,7 milliard d'euros.

Cette montée en puissance des entreprises et des infractions à la concurrence est également à l'origine de l'adoption du règlement 596/2014 et de la directive 2014/57/UE visant à renforcer la législation pénale des États membres³²⁵, ceux-ci devant notamment prévoir d'ici 2016 des peines d'emprisonnement d'un maximum de quatre ans de prison pour manipulation des marchés.

Le prononcé de sanctions de plus en plus lourdes, qui en 2009 ont représenté près de 1 % du budget de l'Union européenne, ne suffit pas à dissuader des entreprises de plus en plus puissantes à violer le droit européen de la concurrence. Aussi, une proposition de directive sur les actions en dommages et intérêts est en cours d'adoption³²⁶ car, en dépit de la jurisprudence européenne³²⁷ établissant que toute personne doit pouvoir demander réparation des préjudices, la Commission constatait que, sur la période 2008-2012, seulement 25 % de ses décisions étaient suivies d'actions intentées par les victimes de ces infractions et que ces actions étaient principalement concentrées dans trois États membres : l'Allemagne, le Royaume-uni et les Pays-Bas³²⁸. Diverses améliorations ont donc été recherchées telles que la mise en place d'un « recours collectif », la facilitation de la preuve de l'existence de l'infraction, la garantie de délais de prescription minima, la facilitation des indemnisations amiables, la fourniture par la Commission européenne d'éléments de quantification du préjudice causé par des pratiques anticoncurrentielles. Elles signifient aussi que la Commission se décharge d'une certaine façon sur les entreprises plaignantes tout en conservant une place centrale de régulateur économique.

B - Les affaires Microsoft et Intel

Les affaires concernant l'entreprise Microsoft³²⁹, qui produit les systèmes d'exploitation et applications bureautiques équipant plus de 90 % des PC de la planète³³⁰, sont importantes à plus d'un titre. Elles concernaient l'imposition d'un navigateur sur lequel des centaines de millions d'utilisateurs se connectent ; elles ont pour la première fois conduit la Commission à infliger une amende pour non-respect d'une décision en matière d'ententes³³¹ ; elles illustrent les différences approches entre les autorités antitrust : tandis que, dans les années 1980, le Département du Commerce américain menaçait Microsoft de démantèlement pour cause de monopole avant d'abandonner ses poursuites, la Commission réussissait au bout d'un long bras de fer à contraindre la firme à modifier ses pratiques pour les rendre compatibles avec le droit européen de la concurrence. Elle a sanctionné Microsoft dans deux cas d'abus de position dominante lui infligeant

324. Commission européenne - IP/13/1208 04/12/2013. Ces manipulations sont connues comme le scandale du Libor et de l'Euribor qui servent de référence pour fixer le taux d'intérêt de produits financiers. Une nouvelle affaire concernant HSBC, JP Morgan Chase et le Crédit agricole a fait l'objet d'une communication des griefs (14/166) le 20 mai 2014.

325. La Commission avait proposé dès septembre 2011 d'ériger les opérations d'initiés et les manipulations de marché en infractions pénales, avant d'inclure en juillet 2012 la manipulation des taux interbancaires. Tous deux adoptés le 16 avril 2014, la directive 2014/57/UE sur les sanctions pénales complète le règlement sur les abus de marché 596/2014 qui renforce les sanctions (amende jusqu'à 15 % du chiffre d'affaires annuel pour une entreprise, interdiction d'exercer ou amende jusqu'à 5 millions d'euros pour un particulier). *JOUE* du 12 juin 2014, L173/79 et L173/1.

326. Proposition de la Commission européenne du 11 juin 2013 (2013/0185 (COD)) , amendée par le Parlement le 9 avril 2014 (A7-0089/2014).

327. CJCE arrêt du 20 septembre 2001, Courage Ltd et Bernard Creham, aff. C-453-99, *Rec.* 2001 I-06297 .

328. Commission européenne, Joaquín Almunia, « Antitrust damages in EU law and policy », *Speech* n°13/887 du 7 novembre 2013.

329. Pour un compte-rendu et une analyse de ces affaires, voir J.-M.Thouvenin « Le calvaire ... », *préc. cit.*

330. Contre 7,5 % pour l'OS X d'Apple et 1,49 % pour Linux (TNW, mars 2014).

331. Déclaration de la Commissaire européenne Neelie Kroes.

en dix ans des amendes représentant un total de 1,676 milliard d'euros. Il lui a été notamment reproché de lier la vente de son navigateur Internet Explorer à ses systèmes d'exploitation et de ne pas mettre à disposition des tiers, à des prix raisonnables, des informations techniques destinées à assurer l'interopérabilité entre les systèmes d'exploitation et les programmes développés par ces tiers. En décembre 2009, la Commission européenne a clôturé les procédures contre Microsoft mais constatant que celle-ci « ne changera ses pratiques qu'avec des obligations très claires suivies d'une vérification stricte »³³², elle a indiqué que de nouvelles procédures pourraient être ouvertes.

Une 2^e affaire symptomatique des énormes enjeux de ces batailles juridiques globales est celle d'Intel. Cette entreprise américaine détient environ 80 % du marché mondial des microprocesseurs d'unités centrales (*central processing unit* ou CPU) d'ordinateurs personnels et plus de la moitié du marché des puces graphiques (*graphic processing unit* ou GPU) utilisées dans la vidéo et l'imagerie numérique. En mai 2009, après plusieurs années d'enquête et de procédure, la société a été sanctionnée pour abus de position dominante sur le marché des microprocesseurs CPU par la Commission européenne qui lui a imposé une amende de 1,06 milliard d'euros confirmée par le Tribunal de l'Union³³³. Fin 2009, l'entreprise a clos par un accord amiable un litige avec le plaignant AMD, en lui versant 1,25 milliard de dollars. Les pratiques d'Intel, qui lui permettaient de réduire la compétition et renforcer son monopole et aboutissaient à maintenir les prix de ses produits artificiellement hauts et à bloquer les innovations échappant à son contrôle, ont également été à l'origine de procédures au Japon, en Corée du Sud³³⁴. De plus, la procédure européenne a décidé la Commission fédérale américaine du commerce (FTC) à conclure les enquêtes menées depuis 1993 contre Intel : en décembre 2009, elle a officiellement engagé des poursuites pour abus de position dominante contre la société³³⁵. L'affaire a finalement abouti en septembre 2010 à un arrangement amiable. Elle montre un infléchissement de la politique antitrust américaine pour se rapprocher des mesures prises par la Commission européenne obligeant Intel à modifier ses pratiques pour échapper à des sanctions³³⁶.

C - La dimension géo-politique du droit européen de la concurrence : les affaires Gazprom et Google

Exemplaires de la montée en puissance des règles de la concurrence, les affaires Gazprom et Google sont également exemplaires de la dimension géo-politique du droit européen de la concurrence. Celle-ci est très visible avec la société russe Gazprom qui occupe une position de quasi-monopole sur une partie du marché de la fourniture de gaz naturel de l'Union européenne. Décrite comme l'affrontement de la décennie, l'affaire est à ses débuts après l'ouverture d'une procédure formelle en septembre 2012³³⁷ mais elle découle d'enquêtes plus larges menées par la Commission à la fin des années 1990 dans le secteur de la fourniture d'énergie en Europe. Sa relance est due aux pressions exercées tant par les conservateurs³³⁸ que par certains États membres d'Europe de l'Est : la Lituanie, l'Estonie, la Bulgarie, la République tchèque, la Hongrie, la Lettonie,

332. Ecis Association veillant au respect de la concurrence dans l'informatique, *Le Figaro entreprises* du 17 décembre 2009 p.21.

333. Intel a fait appel de la sanction qui a été confirmée par le Tribunal de l'UE (7^e ch. élargie) le 12 juin 2014, T-286/09, *ECLI:EU:T:2014:547*.

334. D'autres procédures du même ordre sont ouverts aux États-Unis dans l'État de New-York où Intel est accusé de « *subornation* » et de « *coercition* ».

335. *Le Figaro entreprises*, 17 décembre 2009, p.21 et Sylvain Cypel, *Le Monde* du 19 décembre 2009.

336. <http://www.mayerbrown.com/publications/The-Intel-Antitrust-Litigation-and-What-It-Means-for-Competition-Policy-11-11-2010/#one>

337. Alan Riley, « Commission v. Gazprom: The Antitrust Clash of the Decade », in *CEPS Policy Briefs*, n° 285, 31 octobre 2012, <http://www.ceps.eu/node/743>.

338. Voir la question de Christopher Beazley (PPE-DE) à la Commission du 2 août 2007.

la Slovaquie et la Pologne. Gazprom se voit principalement reprocher de fractionner le marché gazier en entravant la libre circulation du gaz entre États européens par l'imposition de « clauses de destination » empêchant les acheteurs d'écouler le gaz excédentaire sur d'autres marchés de l'Union européenne. En outre, Gazprom empêcherait la diversification de la distribution de gaz et imposerait des prix non équitables à ses clients en établissant un lien entre le prix du gaz et celui du pétrole.

L'affaire Gazprom revêt un caractère éminemment politique d'autant que l'objectif de la Commission est de libéraliser le marché européen du gaz³³⁹. Elle n'a pas encore dépassé le stade de la communication des griefs mais, à terme, elle pourrait aboutir à des sanctions financières européennes de plus d'un milliard d'euros. Elle pourrait aussi entraîner l'ouverture de procédures nationales dans les pays intéressés comme en Lituanie : Gazprom avait menacé la république balte de hausses de prix considérables après que celle-ci ait annoncé son intention de se doter d'un distributeur de gaz indépendant. Pour les Russes, l'affaire Gazprom a une telle dimension politique, qu'après l'ouverture d'enquête par la Commission, un décret présidentiel russe a interdit à la société de fournir aucune information à la Commission sans autorisation expresse du gouvernement. La question est d'autant plus sensible pour Moscou que la Russie a perdu la suprématie gazière et le quasi-monopole sur l'évacuation du pétrole de la Caspienne. De plus, la compagnie fait l'objet un audit de la Cour des comptes russe alors que ses actifs appartiennent à des proches de V.Poutine. Pour les Européens, l'affaire met en relief l'absence politique énergétique commune : les firmes française EDF, italienne ENI et allemande Wintershall avaient ainsi décidé de s'associer au gazoduc South stream de Gazprom³⁴⁰ ce qui avait contribué à couler le projet alternatif européen Nabucco³⁴¹.

Dans un tout autre registre, la récente affaire Google, qui contrôle environ 70 % du marché de la recherche et de la publicité sur l'internet, a également une dimension politique très marquée. Présentant de multiples facettes et implications, l'affaire remonte à 2007 lorsque Google Street View a été accusé de violer la vie privée des personnes ; en 2010, Google a été suspecté d'abus de position dominante par la Commission pour l'utilisation de son système d'exploitation pour mobiles Android et, en avril 2013, une plainte a été déposée pour ce motif par une coalition de 17 sociétés dont Nokia, Expedia, TripAdvisor. L'affaire Google a marqué un tournant lorsque, deux mois plus tard, ont éclaté les révélations d'Edward Snowden. En particulier, la mise sur écoute du téléphone de la Chancelière allemande Angela Merkel a profondément interpellé les opinions Outre-Rhin. La coupure s'est radicalisée entre, d'une part, ceux qui sont partisans d'un règlement amiable et, d'autre part, ceux prônant une application rigoureuse des règles du droit de la concurrence ainsi que l'adoption de nouvelles règles de protection de la vie privée.

De fait, le droit européen est très limité sur la question. Tout en communautarisant certains principes sur le traitement des données personnelles, la directive 95/46/CE laisse les États libres des sanctions encourues sur leur territoire. Le Contrôleur européen de la protection des données³⁴² ne veille qu'aux données traitées par les institutions ou organes communautaires et il est donc incompétent pour la plupart des données figurant dans des fichiers qui restent avant tout nationaux (système informatique de Schengen, système VIS sur les visas...) et pour les infractions de dimension communautaire : les États membres et la Commission avaient ainsi dû mandater la CNIL

339. Nicolò Sartori « The European Commission vs. Gazprom: An Issue of Fair Competition or a Foreign Policy Quarrel ? », *Istituto Affari Internazionali, IAI Working Papers* 13/03, janvier 2013.

340. Le gazoduc passe par la mer Noire. Sa construction a démarré fin 2012 et devrait s'achever fin 2015.

341. Ce projet projetait la construction d'un gazoduc partant de l'Azerbaïdjan et traversant la Turquie sans toucher le territoire russe. Défendu par la Commission européenne et par le gouvernement américain depuis 2004, il a été enterré en décembre 2011. Toutefois, la Turquie et l'Azerbaïdjan ont pu s'accorder sur la construction d'un gazoduc traversant l'Anatolie et, en juin 2013, le norvégien Statoil, le groupe suisse Axpo et l'allemand E.ON ont convenu d'un projet alternatif : le gazoduc transadriatique – TAP.

342. Règlement 45/2001/CE du 18 décembre 2000, JO L 8 du 12.1.2001.

française pour enquêter sur les pratiques de Google et négocier avec la firme³⁴³. Mais, les projets de règlement et de directive en matière policière et pénale le 25 janvier 2012³⁴⁴ prêtent à discussion car ils renforcent surtout la marge de manœuvre laissée à la Commission européenne. Cela inquiète car la pratique passée montre sa propension à accepter des transferts massifs et répétés d'informations vers les États tiers. L'actuelle législation en interdit le principe mais elle permet des dérogations si l'entreprise destinataire des données ou le pays de destination offre un niveau de protection « adéquat ». Ce niveau est examiné au cas par cas par la Commission. Elle négocie ainsi depuis 2008 avec les autorités américaines pour leur donner l'accès aux fichiers du système de Schengen. Or, les critères qu'elle retient peuvent s'éloigner de ceux jugés adéquats par le Parlement européen. Fin 2009, elle avait ainsi temporairement concédé aux États-Unis l'accès aux données des transferts électroniques de valeurs effectués par la société belge Swift (Society for Worldwide Interbank). Le Parlement avait jugé que le manque de protection des données et l'absence de recours judiciaires n'étaient pas justifiés par les besoins de la lutte anti-terroriste. L'accord avait été renégocié et finalement approuvé en juillet 2010³⁴⁵.

Section II - Comblers les insuffisances du droit économique européen

La déréglementation des marchés financiers a abouti, à partir des années 1980, à des mutations du capitalisme entraînant tant des violations du droit économique européen que des comportements jugés immoraux mais parfaitement légaux (§1). Cela a fini par entraîner une réaction de la société internationale et un ajustement du droit économique européen (§2).

§ 1 - Les insuffisances du droit européen face au « capitalisme total »

Face aux mutations enregistrées par le capitalisme financier aux États-Unis dans les années 1980, l'Union européenne n'a pas su imposer les limites nécessaires, elles-mêmes absentes des règles du droit international public³⁴⁶. Elle s'est contentée de suivre le mouvement.

A - Les mutations du capitalisme financier et l'oxymore de la « moralisation du capitalisme »

Le recyclage des pétrodollars dans les années 1970/80 est considéré comme le début de la globalisation financière avec l'afflux massif de capitaux résultant de la très forte augmentation des bénéfices des pays producteurs de pétrole. Particulièrement instables, ces flux alimentent alors la spéculation tandis que, pour financer leurs déficits budgétaires croissants et drainer l'épargne mondiale, les Américains et les pays européens dérèglent leurs systèmes financiers³⁴⁷. La libre circulation des capitaux est mise en œuvre au sein du Marché commun. Prévue par le traité de Rome (articles 67 à 73), elle a d'abord

343. Faute d'accord, les autorités nationales ont procédé ensuite indépendamment. Par exemple, l'autorité italienne de protection des données personnelles a infligé une sanction d'un million d'euros : *Ordinanza di ingiunzione nei confronti di Google Inc.* - 18 décembre 2013 [2954309].

344. 2012/0011 (COD) et 2012/0010 (COD). Amendées par le Parlement, les propositions sont toujours en cours de discussion.

345. Voir B.Beauchesne, « La télé-administration : un rouage économique et démocratique pour l'Union européenne ? », *RFDA*, 2013/2 (n° 146), p.285-297.

346. Le droit international public encadre très peu le système financier international. Voir sur la question Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *op. cit.*, p. 1207 et svtes.

347. Au Royaume-Uni, les charges d'agents de change ont ainsi été libéralisées en 1987 et ont dû ouvrir leur capital à des investisseurs nationaux ou étrangers. Le London Stock Exchange devient l'International Stock Exchange et l'une des principales places financières dans le monde. Les autres Bourses de Paris ou de Francfort suivent l'exemple britannique pour rester concurrentielles et dérèglent leurs activités.

concerné les paiements courants avant d'être étendue aux transferts visant les placements ou les investissements. La jurisprudence a joué un rôle important³⁴⁸ avant que la directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 ne donne une dimension financière au Marché commun en obligeant les États membres à totalement supprimer les restrictions et les contrôles en matière de changes³⁴⁹. La liberté de circulation des capitaux au sein du Marché intérieur, qui s'étend aux rapports avec les opérateurs des pays tiers, sera donc totalement effective en 1993.

Cette mobilité accrue des capitaux s'était déjà révélée problématique du fait des règles du Système monétaire européen imposant la stabilité des taux de change. Engendrant des spéculations monétaires de nature à fragiliser le SME, elle imposera aux États membres de renoncer à l'autonomie de leur politique monétaire et fera douter de la pertinence des politiques européennes. Les clauses de sauvegardes prévues par le traité de Rome seront pourtant restreintes. Le traité de Maastricht interdira ainsi aux États de limiter les mouvements de capitaux sans y être autorisés par la Commission européenne et à la seule condition que ces mouvements s'avèrent susceptibles de compromettre le fonctionnement du Marché intérieur ou la réalisation progressive de la politique commerciale commune. En dernier recours, la Commission pouvait autoriser l'État membre à déroger au traité mais dans les conditions qu'elle avait fixées. À la même époque, la titrisation des dettes souveraines prend une ampleur jusqu'à lors inconnue. Avec le plan Brady³⁵⁰ conçu pour sortir de la crise mexicaine de 1982, les créances bancaires furent converties en titres obligataires garantis après avoir subi une décote alimentant la constitution d'un marché secondaire des créances étatiques. Les crises monétaires et financières se multiplient alors dans les États émergents (Mexique en 1994-1995, pays du Sud-Est asiatique en 1997, Argentine en 2001...) et en Russie en 1998.

Tous ces éléments ont développé un capitalisme financier qui, qualifié de « capitalisme total »³⁵¹, est caractérisé par la domination exercée par les actionnaires et par ceux qui les représentent : fonds de pension, Sicav, fonds de placement. Ses conséquences sont pesantes et, comme le rappelle Jürgen Habermas³⁵², « il n'est nul besoin de partager les prérequis marxistes pour reconnaître dans le déchaînement du capitalisme des marchés financiers l'une des causes décisives » de l'inégalité sociale se combinant à une paralysie politique croissante et à un désintérêt prononcé des électeurs vis-à-vis de l'Union. En effet, recherchant la rentabilité à tout prix, les actionnaires ou leurs représentants prétendent pouvoir vendre leurs actions à tout moment. Contre des salaires importants et l'attribution de *stock-options*, les grands patrons servent les intérêts des actionnaires en voulant assurer une rentabilité élevée entraînant la hausse des dividendes. Ces comportements liés aux *stock-options* ont permis aux grands patrons de s'enrichir. Ils ont de plus bénéficié des règles fiscales qui imposent davantage les salaires que les plus-values réalisées grâce à la vente de titres financiers. Les fusions d'entreprises ont par ailleurs poussé les salaires à la hausse,

348. Il s'agit des transferts de devises constituant la contre-prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente. Outre deux directives de 1963, ont été particulièrement importants les arrêts de la CJCE du 11 nov. 1981, procédure pénale c. G.Casati, aff. 203/80, *Rec.* 1981 p. 2595 et du 31 janv. 1984, G.Luisi et G.Carbone c. Ministero del Tesoro, aff. 286/82 et 26/83, *Rec.* 1984 p.377.

349. La France avait levé les contrôles en 1984.

350. Portant le nom du secrétaire d'État aux Finances des États-Unis, le plan date de 1989.

351. Jean Peyrelevade, ancien patron du Crédit lyonnais, décrivant l'évolution suivie depuis plus de vingt ans, *Le Capitalisme total*, Le Seuil, 2005. Toutefois, l'opposition au capitalisme rhénan qu'il effectue n'aurait plus vraiment de sens : depuis 1945 celui-ci est devenu « une hybridation des principes américains » et « pour retrouver de véritables différences, il faudrait revenir avant la Seconde Guerre mondiale » au « capitalisme d'entreprises familiales et individuelles dans lesquelles propriété et gestion sont liées », Marie-Laure Djelic, *Exporting the American Model. The Postwar Transformation of European Business*, Oxford University Press, 1998, http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/marie-laure-djelic-le-capitalisme-americain-est-un-accident-de-l-histoire_1337629.html#5BhItSqSlw36eLHH.99.

352. *Le Monde* 23 février 2014.

aboutissant à des rémunérations astronomiques aux États-Unis où les émoluments des grands patrons ont été multipliés par six entre 1980 et 2003 (soit dans la même proportion que la capitalisation boursière des groupes). De plus, la transparence sur les rémunérations et les avantages en nature des patrons des sociétés américaines cotées en bourse, rendue obligatoire dès 1983, a permis aux dirigeants européens de comparer leurs rémunérations à celles pratiquées Outre-Atlantique. Sans atteindre les mêmes niveaux, elle a favorisé une hausse de leurs salaires³⁵³.

Cette évolution a permis la banalisation de ce que le philosophe André Comte-Sponville³⁵⁴ a qualifié de spectre du « salaud légaliste », c'est à dire d'hommes d'affaires ou de banquiers ayant des comportements que la morale réproouve mais que la loi autorise et qu'elle peut même protéger. En dépit de quelques scandales³⁵⁵, ce type de personnes n'attirait pas trop l'attention jusqu'à ce que, fin 2008, l'aggravation de la crise financière internationale modifie la perception des responsabilités : les « 99 % » de la population n'acceptaient plus de supporter les aberrations d'un système profitant à la petite minorité de 1 % de très riches. Devenu extrêmement sensible dans l'opinion publique, le sujet devenu encore plus brûlant au début 2010 lorsqu'avaient été publiés les nouveaux bonus versés par les banques à leur personnel pour l'année 2009³⁵⁶. Le cas des rémunérations pharaoniques de l'ancien président de la Royal Bank of Scotland, Fred Goodwin, a interpellé non seulement Outre-Manche mais aussi dans de nombreux États³⁵⁷.

L'éthique, qui avait longtemps été écartée des relations internationales, est alors devenue un thème sociétal majeur concernant aussi l'Union européenne. L'introduction de « normes de conduite éthique » a alors été discutée tant par ceux qui diabolisaient les établissements financiers et leurs dirigeants³⁵⁸ que par les tenants d'un discours néolibéral les exonérant encore largement de leurs responsabilités. Ces normes pouvaient-elles avoir des effets préventifs et encourager des comportements de bonne gouvernance ? Au-delà, fallait-il plafonner les rémunérations des dirigeants d'entreprises, notamment bancaires et changer les règles, ne plus tolérer les paradis fiscaux pour lutter contre l'évasion fiscale ? Un consensus s'est dégagé le 2 avril 2009 lors de la réunion à Londres des pays du G20, du FMI, de la Banque mondiale et de la Banque centrale européenne pour « restaurer l'éthique dans le monde financier » selon la formule utilisée par le pape Benoît XVI à la veille du Sommet. Il s'est confirmé lors du G8 tenu à Aquila en juillet 2009.

353. En France aussi : la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001 a prévu que les rémunérations individuelles devaient être publiées. Auparavant, l'obligation portait sur la globalité des revenus d'un groupe de dirigeants. Les salaires des grands patrons ont alors crû en moyenne dix fois plus vite que ceux de leurs collaborateurs proches. Voir Patrick Bonazza, *Les Goinfres. Enquête sur l'argent des grands patrons français*, Flammarion, 2007.

354. *Le capitalisme est-il moral ?*, Le Livre de Poche, 2006.

355. En 1999 le PDG de Elf, Philippe Jaffré, qui avait échoué à racheter Total tandis que Elf était au contraire absorbé par cette dernière, bénéficia d'un « parachute doré » de 10 millions d'euros. Après de nombreuses autres affaires, en 2006, le scandale Forgeard, l'ancien coprésident d'EADS, qui avait perçu des indemnités de départ de 8,5 millions d'euros alors qu'Airbus était en grande difficulté, avait mis en évidence les dérives des rémunérations de certains grands patrons français qui touchent en moyenne 2,2 millions d'euros par an de salaire, sans compter les *stock-options*, les retraites chapeaux ou les actions gratuites.

356. « Ma i signori del credito globale sono uniti contro la ri-regulation », *La Repubblica Affari & Finanza*, 1^{er} février 2010, p.7.

357. Pour éviter la faillite de la banque, le Trésor britannique avait dû verser 45 milliards de livres sterling. Fred Goodwin avait été fait chevalier en 2004 pour « services rendus à la banque ». En octobre 2008, lors de son départ de la Royal Bank of Scotland, une pension annuelle 700 000 livres lui avait été accordée. F. Goodwin avait refusé d'y renoncer malgré le scandale.

358. Après la révélation des déficits publics abyssaux de la Grèce, l'euro a fait l'objet de spéculations sur le marché des changes. Visant les fonds spéculatifs, le président de l'Autorité des marchés financiers, Jean-Pierre Jouyet, a déclaré : « Objectivement, c'est plus immoral qu'illégal, c'est un des problèmes et une des lacunes qu'il faudra combler dans les futures réunions du G20 », *Le Monde* du 10 février 2010.

Toutefois, même si elle reste très discutée³⁵⁹, l'introduction de « normes de conduite éthique » ne faisait pas illusion. Des listes blanche, grise, noire avaient été établies par l'OCDE sur trois critères - fiscalité insignifiante ou nulle, absence de transparence et fortes réticences à communiquer des renseignements fiscaux aux administrations de pays tiers - mais les quelques pays inscrits sur la liste noire en avaient rapidement été retirés sans que leurs pratiques aient changé. Au sein même de l'Union, l'Autriche, le Luxembourg, Chypre et le Royaume-Uni avec Jersey et Guernesey étaient pointés du doigt. L'idée d'une réglementation internationale a cependant progressé car les prolongements de la crise économique mondiale conduisaient à multiplier les hausses d'impôts dans les États de l'OCDE. Les mouvements de protestation se multipliaient avec les « Indignés » en Europe ou « Occupy Wall Street » aux États-Unis. S'y ajoutant, les révélations de l'Offshore Leaks³⁶⁰ en 2013 et l'issue du référendum tenu en Suisse sur le plafonnement des salaires des grands patrons ont donc amené un début d'évolution de la législation³⁶¹.

B – Les violations du droit économique européen et le surendettement des États

Avec la crise des subprimes de 2007, la crise du marché interbancaire, la crise bancaire, la crise boursière et économique, les États européens se sont lourdement endettés pour limiter des dégâts économiques qui étaient dus tant à l'irresponsabilité des banquiers qu'à un aveuglement collectif³⁶². Ils ont, ce faisant, violé plusieurs règles du droit européen.

La première violation résulte des entorses faites au droit de la concurrence³⁶³, la Commission devant « sauver les meubles en n'écartant pas totalement l'application des principes du Marché commun »³⁶⁴. Elle mit donc de côté les trois règles – « *one time, last time* », aide limitée au strict minimum, durée inférieure à six mois qui étaient devenues presque dérisoires face aux risques systémiques des défaillances du système bancaire européen. La Commission fit application de l'article 107 §3b TFUE permettant aux États membres de « remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre » et de distribuer 212,2 milliards d'euros aux établissements financiers en 2008, soit 1,7 % du PIB de l'UE³⁶⁵ pour que les entreprises aient accès aux crédits et éviter ainsi toute contagion de la crise aux autres secteurs de l'économie. La Commission accepta aussi de recevoir la notification des aides alors que celles-ci avaient déjà fait l'objet d'annonce dans les médias nationaux sans céder sur le fait que les aides ne pouvaient être mises en œuvre sans avoir reçu son aval³⁶⁶.

La deuxième violation, beaucoup plus grave, concernait l'endettement des États qui est encadré par le pacte de stabilité décidé au Conseil européen de Dublin en 1996. Même si celui-ci a

359. Par exemple pour Marie-Laure Djelic, « on va progressivement passer d'une logique d'autorité l'application de la loi à une logique de contrôle sur la base de normes autoadministrées, établies entre les entreprises, les associations de consommateurs et les différents lobbys. Ces règles seront internalisées par les entreprises, et non plus encadrées par un gendarme », *Exporting the American Model. The Postwar Transformation of European Business*, préc. cit.

360. Après qu'un informaticien D.O'Huiginn ait facilité l'accès au registre du commerce du Panama répertoriant 600 000 sociétés, la presse a relayé les informations rendues accessibles.

361. Voir ci-après §2 A.

362. La Grèce avait ainsi pu manipuler impunément ses statistiques.

363. B.Beauchesne, « Forces du marché ou inadéquation de la supervision prudentielle ? Les ajustements au régime communautaire des aides d'État après la crise financière de 2008 », *Современная юридическая наука и правоприменение, Académie de droit de Saratov* 3-4 juin 2010, p.296-288.

364. Michelle Lenoir, « La réponse de l'Europe face à la crise financière. L'exemple des aides d'État accordées aux établissements financiers », *HEC European Executive Campus*, Bruxelles, février 2009. Voir également A.Bomhoff, A.Jarosz-Friiz et N.Pesaresi, « Restructuring banks in crisis – overview of applicable State aid rules », *Competition Policy newsletter*, 2009/3, p.1-7.

365. *COM/2009/0661 final*.

366. À moins qu'elles soient couvertes par le règlement 1998/2006 « *de minimis* » ou par un règlement d'exemption par catégorie. Sur une aide mise en œuvre sans l'accord de la Commission et le recours à l'article 108 du TFUE, voir par exemple l'affaire ABN Amro aux Pays-Bas, C11/09, *JOUE* 2010 C95/10.

été assoupli par le Conseil européen en mars 2005 pour faire prévaloir une interprétation plus politique des critères de discipline budgétaire permettant la prise en compte de « facteurs pertinents », aucun de ces critères n'ont été respectés durant la crise économique de 2008/2009 : les déficits publics de certains États de la zone euro ont atteint des niveaux inimaginables il y a quelques années. Les PIGS (Portugal, Irlande, Grèce et Espagne), également surnommés « Club Med » en substituant l'Irlande catholique par la guère plus vertueuse Italie, présentaient en 2009 des déficits de 8 % à 13 % et des endettements publics allant de 56 à 106 % du PIB³⁶⁷. Le Pacte de stabilité, qui fixait un plafond de 3 % du PIB pour le déficit annuel et de 60 % pour l'endettement public, a été totalement remis en question. En 2013, le déficit public s'est réduit mais dix États membres ont encore affiché un déficit supérieur à 3 % du PIB³⁶⁸ et seize ont présenté un endettement public supérieur à 60 % du PIB³⁶⁹. Outre des dimensions morales qui ne peuvent être oubliées³⁷⁰, ces données interpellent quant à la pertinence de certaines règles fondamentales de l'Union européenne et quant à sa capacité de l'Union de les faire respecter. Le surendettement des États ont rendu les États de plus en plus dépendants des marchés financiers. Il a été aggravé suite à la crise économique mondiale de 2008 et la nécessité de sauver les banques.

La troisième violation du droit économique européen tient au programme de rachat des dettes publiques lancé par la BCE en septembre 2012. En principe interdite par les traités, la manœuvre avait été justifiée par la nécessité de préserver le crédit. Saisie de la question, les juges de Karlsruhe ont pour la première fois, décidé de former un renvoi préjudiciel devant la CJUE³⁷¹. Comme il est fort peu probable que la Cour juge que la BCE a « outrepassé » le mandat fixé par les traités, les requérants veulent obtenir le signal que la supposée rationalité économique ne peut tout autoriser ainsi que des mesures internes car, comme le souligne l'économiste ordolibéral Hans-Werner Sinn, « L'Europe n'a pas à respecter la Constitution allemande. L'Allemagne, si ». Toutefois l'extrême flexibilité de la norme économique européenne déjà constatée par le passé³⁷² deviendra plus visible et risque d'avoir des répercussions sur sa légitimité.

367. En 2009, le déficit français atteignait 7,5 % du PIB (Eurostat).

368. la Slovénie (- 14,7 %), la Grèce (- 12,7 %), l'Irlande (- 7,2 %), l'Espagne (- 7,1 %), le Royaume-Uni (- 5,8 %), Chypre (- 5,4 %), la Croatie et le Portugal (- 4,9 % chacun), la France et la Pologne (- 4,3 % chacun), données Eurostat, avril 2014.

369. la Grèce (175,1 %), l'Italie (132,6 %), le Portugal (129 %), l'Irlande (123,7 %), Chypre (111,7 %), la Belgique (101,5 %), données Eurostat, avril 2014. Les réductions réalisées par les pays européens sont très inférieures à celles des pays émergents : l'Indonésie est ainsi passée d'un endettement de 95 % de son PIB en 2000 à 27 % en 2011.

370. Les banques commerciales à l'origine de la crise ont ensuite acheté en très grande quantité les obligations émises par les États en empruntant des fonds auprès des banques centrales à des taux proches de 0 %, elles ont acquis des obligations du Trésor leur procurant des rendements nettement supérieurs et leur permettant de réaliser des profits substantiels. Pierre-Antoine Delhommis « Quand les banques sauvent les États », *Le Monde* du 27 février 2010.

371. Le recours a été formé par 43 000 ressortissants allemands regroupés au sein du Comité « plus de démocratie ». Le renvoi préjudiciel date du 7 février 2014.

372. Dans deux arrêts rendus le 7 mai 1987 *Co-Frutta* et *Commission c. Italie*, la CJCE avait dû se livrer à de singulières acrobaties juridiques pour faire prévaloir les principes communautaires sans contredire l'arrêt *United Brands* du 14 février 1978 sur la concurrence : si elle répéta que les bananes se différencient des autres fruits de table en raison de leurs qualités organoleptiques et de leurs aptitudes à répondre aux besoins des consommateurs, la Cour affirma qu'ils se trouvaient dans un rapport de concurrence partielle car les consommateurs avaient une alternative entre choisir des bananes ou d'autres fruits. Voir B. Beauchesne, *La confiance dans les lois du marché et la « guerre de la banane »* : quelques réflexions sur les conflits de lois, *Colloque la Confiance et le conflit, École doctorale de sciences sociales de l'Université Paris VIII*, Nouvelle Université Bulgare Sofia, 15-16 février 2008.

§ 2 – De nouvelles règles économiques européennes

S'ajoutant à la réforme des règles de procédure en matière d'aides d'État lancée en mai 2012 afin d'accélérer le traitement des dossiers par la Commission³⁷³, d'importantes dispositions ont été adoptées pour remédier aux violations du droit communautaire commises durant la crise économique et financière de 2008.

A – Des règles fiscales et une union bancaire sous la pression populaire

Alors que des règles internationales commencent seulement à être formulées en matière financière, l'établissement d'un droit financier européen est également très peu avancé faute de transfert de compétences fiscales à l'Union européenne du fait de l'opposition d'États comme le Royaume-Uni, l'Irlande, la Suède. Certes, l'encadrement de la fiscalité indirecte a largement progressé mais, à l'exception de la suppression des entraves fiscales et des doubles impositions à l'échelle de l'Union européenne, il a très peu de règles communes en matière de fiscalité directe. Il existe donc d'énormes disparités entre les États membres: la France applique un taux d'imposition de 36,1 % sur les revenus des sociétés (le taux réel serait de l'ordre de 28 %) suivie par Malte (35 %), la Belgique (34 %)... jusqu'au Royaume-Uni (23 %), l'Irlande (12,5 %), la Bulgarie et Chypre (10 % chacun). L'impôt sur les sociétés est devenu, en particulier pour les petits États, un moyen de favoriser l'implantation d'entreprises. Ce dumping fiscal est même favorisé par les règles du droit économique européen : les règles de libre circulation des services et des capitaux s'opposent à ce que les États puissent limiter les transferts d'entreprises à des fins fiscales. Or les dysfonctionnements sont patents permettant aux multinationales de pratiquer l'optimisation fiscale pour échapper au paiement de l'impôt. Le cas du « *Double Irish Dutch Sandwich* » à propos de Google a ainsi été repris par le FMI pour illustrer le propos reconnaissant que cela aboutissait à exonérer le capital et les plus riches et que les inégalités se renforçaient. Celles-ci deviennent un sujet de réflexion mondiale comme le montre le succès mondial rencontré par l'étude de l'économiste Thomas Piketty, « *Le capital au XXI^e siècle* »³⁷⁴. Sans entrer dans le débat³⁷⁵, le FMI lui-même en arrive lui-même à prôner l'adoucissement des politiques d'austérité source d'inégalités et de pauvreté dans les pays occidentaux, le relèvement des taux d'imposition des tranches supérieures de l'impôt et la création d'un impôt d'une seule tranche sur le capital.

Un tel consensus était nécessaire pour modifier les règles en vigueur car aucun pays ou regroupement régional ne veut courir le risque de faire le premier pas en l'absence d'harmonisation à un niveau mondial. Dans le cadre de l'OCDE, des standards ont été établis pour instaurer un échange de renseignements automatique, y compris bancaires ou fiduciaires. Ces normes mondiales d'échange s'inspirent du *Foreign Account Tax Compliance Act*³⁷⁶ américain de 2010 qui oblige les banques des pays ayant conclu un accord avec les États-Unis à communiquer au Trésor américain tous les comptes détenus par des citoyens américains. La France, l'Allemagne, le royaume-Uni, l'Espagne et l'Italie avaient été les principaux porteurs de projet parmi les Européens. Désormais,

373. Communication sur le modernisation de la politique de l'UE en matière d'aides d'État (plaintes), IP/12/458, et règlement 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 « aides de minimis » JOUE 24 décembre 2013, L352/1.

374. Il note que « la politique pragmatique qui a suivi la crise de 2008 (...) n'a pas véritablement apporté de réponse durable aux problèmes structurels qui l'ont rendue possible, en particulier le manque criant de transparence financière et la montée des inégalités », *op. cit.* p.754.

375. « *Without entering into the question of whether the rich should pay more taxes—views on which will reflect ethical positions on which reasonable people can differ—the aim here is to identify the trade-offs and practical issues that arise in taxing the rich* », *Taxing times*, World Economic and Financial Surveys, Fiscal Monitor, octobre 2013, p.34 et svtes. Téléchargeable sur <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fm/2013/02/pdf/fm1302.pdf>.

376. La loi est controversée aux États-Unis et fait l'objet d'un recours judiciaire pour violation de la constitution.

quarante pays ont accepté de respecter les standards de l'OCDE y compris, depuis mai 2014, la Suisse et Singapour.

En dehors de cet embryon de règles fiscales mondiales et européennes, des règles concernant la solidité du secteur bancaire en matière ont également été élaborées. Elles aussi, doivent beaucoup aux mouvements de protestation des indignés et aux règles adoptées aux États-Unis. Au niveau international, les accords de Bâle, qui établissent une réglementation bancaire obligeant les banques à disposer d'un certain niveau de fonds propres nécessaire à leur sécurité financière, progressent lentement. Plusieurs années seront encore nécessaires pour que les accords de Bâle III ne soient appliqués par les banques mais leur transcription par directives dans le cadre du droit économique européen dessine une « union bancaire ». Ces directives s'ajoutent à des règles, très difficilement adoptées, qui avaient confié la supervision des banques de la zone euro à la Banque centrale européenne et avaient instauré une Autorité bancaire européenne³⁷⁷. La centralisation au niveau européen de la supervision bancaire intervient cinq ans après la faillite aux États-Unis de Lehman Brothers (septembre 2008). Ce Mécanisme de supervision unique (MSU) correspond à l'acceptation d'une proposition italienne qui avait d'abord été rejetée par la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni ainsi que par les pays d'Europe de l'Est. Il est ouvert aux États non membres de la zone euro.

En avril 2014, un accord a été trouvé au sein du Coreper pour édicter une nouvelle directive instaurant un Mécanisme de résolution unique (MRU) des faillites bancaires. Il prévoit un fonds de résolution de la liquidation des banques géré par un Conseil spécifique et pourvu d'une dotation de 55 milliards d'euros qui devra être réunie en huit ans. Mais, représentant moins de 500 fois le montant total des actifs des banques de la zone euro, ce montant est jugé insuffisant. Un autre regret tient au fait que l'accord sur le MRU ne traite pas des liens entre banques et dettes souveraines alors que les établissements financiers de la zone euro détiennent environ 1750 milliards d'euros de dettes gouvernementales³⁷⁸. Combinées aux incitations réglementaires en faveur des dettes souveraines, ces créances permettent aux grandes banques d'exercer une « pression morale », c'est à dire « une influence indue sur leurs gouvernements à travers l'achat des titres de dette de ce dernier »³⁷⁹. Pourtant, le projet de directive est salué par tous – à l'exception de banquiers qui dénoncent les risques systémiques qu'il fait courir³⁸⁰ – car il impose le principe du renflouement interne. Déjà appliqué lors de la crise des banques chypriotes, ce principe met à contribution les créanciers et les actionnaires – donc les investisseurs obligataires ordinaires et les déposants au delà du montant garanti de 100 000 euros³⁸¹ – plutôt que les deniers publics. Le président du Parlement Martin Schulz y voit donc « un mécanisme juste, efficace, rapide et véritablement européen ».

377. Respectivement, règlement du Conseil 1024/2013 et règlement du Parlement et du Conseil 1022/2013, *JOUE* 29 octobre 2013 L 287.

378. « Eurozone banks' sovereign exposure hits new high », Reuters, 10 mars 2014, <http://www.reuters.com/article/2014/03/10/eurozone-banks-idUSL6N0M717020140310>

379. Thierry Philipponnat, « Europe's banking trilemma » - a report on Banking Union and bank structure reform, Finance Watch, septembre 2013.

380. Jean-Michel Naulot, « Le compromis sur l'union bancaire a créé une machine inutile et dangereuse », *Le Monde* du 14 avril 2014.

381. La garantie des dépôts à hauteur de 100 000 euros maximum a été imposée par la directive 2009/14/CE, *JOUE* 2009 L 68/3. Elle se retrouve dans la législation américaine qui offre la même garantie à hauteur de 100 000 \$. Avant 2009, la couverture minimale de 20 000 euros par déposant était aggravée par des mécanismes nationaux d'indemnisation totalement différents. La nouvelle directive avait été adoptée dans l'urgence le 11 mars 2009. Les délais de remboursement, qui pouvaient aller jusqu'à neuf mois, avaient été réduits à trois semaines. La dernière directive les raccourcit encore à sept jours ouvrés.

B - La difficile instauration d'une gouvernance économique européenne

Comme le déclarait José Manuel Barroso le 12 mai 2010, si les États « ne veulent pas d'une union économique, alors il faut oublier l'union monétaire ». De nouvelles normes ont finalement été adoptées aboutissant à une esquisse de gouvernance économique de l'eurozone avec la mise en place de façon provisoire en mai 2010 d'un Fonds européen de stabilité financière (FESF) avant qu'en décembre 2010, les États membres se mettent d'accord pour compléter l'article 136 TFUE de façon à permettre la création d'un Mécanisme européen de stabilité (MES)³⁸². Devenu opérationnel en octobre 2012, celui-ci doit permettre le soutien des pays³⁸³ de la zone euro en les faisant bénéficier d'une aide financière grâce à un fonds de 120 milliards d'euros. Le traité instaurant le Mécanisme européen de stabilité oblige également les États parties à systématiser les clauses d'action collective (CAC)³⁸⁴. Cette mesure qui avait été préconisée dès 2002 par le Groupe de travail mis en place par le G10 de Halifax³⁸⁵ et par l'Institut de la finance internationale³⁸⁶, avait été utilisée dès 2003 par le Mexique. Les clauses d'action collective permettent aux détenteurs d'obligations d'un émetteur donné de prendre collectivement des décisions à la majorité qualifiée³⁸⁷ dans le cadre de leurs négociations avec l'État concerné. Elles forcent ainsi les créanciers à accepter une restructuration décidée à la majorité qualifiée et leur interdit de chercher une issue plus favorable en tentant un recours isolé.

La gouvernance économique de la zone euro ressort surtout du traité signé le 2 mars 2012, le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) qui lie tous les États membres de l'Union sauf le Royaume-Uni et la République tchèque : ce nouveau pacte de discipline budgétaire oblige les États signataires à insérer dans leur droit national des « dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles... » pour garantir le principe de l'équilibre budgétaire ou de l'excédent budgétaire des administrations publiques. Techniquement, le déficit structurel annuel doit pas être supérieur à 0,5 % du PIB en euros courants si la dette publique est supérieure à 60 % du PIB. Le pays défaillant s'engage à réduire son déficit au rythme d'un vingtième par an. Si cette « règle d'or »³⁸⁸ de l'équilibre budgétaire n'est pas respectée et si les réformes structurelles proposées ne sont pas effectives, la Cour de Justice européenne peut être saisie par un des pays signataires et infliger une sanction allant jusqu'à 1 % du PIB du pays en défaut.

Décrit par J. Habermas comme un étrange traité et « un pur produit de la méfiance allemande »³⁸⁹, le TSCG pose divers problèmes. Le premier tient au bien-fondé même de ces règles qui est très contesté parmi les économistes³⁹⁰. Voulu par la Commission européenne et le

382. Un traité fut signé en ce sens le 11 juillet 2011 puis le 2 février 2012 pour intégrer diverses adaptations techniques. Téléchargeable sur le site http://www.european-council.europa.eu/media/582863/06-tesm2_fr12.pdf.

383. En fait, ceux qui auront ratifié le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG). Voir ci-après.

384. Mathias Audit « Les clauses d'action collective comme remède à la crise souveraine de la zone euro » in *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?*, J.-M.Sorel et R.Chemain (dir.), Éd. Pédone, IREDIES & CEDIN, 2013, p.123-142.

385. « Report of the G-10 Working Group on Contractual Clauses », 26 septembre 2002, téléchargeable sur le site de la Banque des Règlements Internationaux : <http://www.bis.org/publ/gten08.htm>

386. L'IFI est une association mondiale de grandes banques créée en 1983. L'IFI a été chargé de négocier la restructuration de la dette grecque en 2010.

387. Cette majorité des trois quarts est proposée pour les domaines les plus importants, dits « réservés », concernant en particulier les paiements tandis qu'une majorité des deux tiers est préconisée pour les autres décisions, telle l'élection du négociateur.

388. Voir sur la question, François Lafarge « Les nouveaux instruments relatifs à la discipline budgétaire des États membres et leur mise en oeuvre » in « Chroniques de l'administration européenne », RFAP n°146, 2013, p.527-529 et Arnaud Sée « Une nouvelle "discipline" budgétaire ? Les sanctions des politiques budgétaires "indisciplinées" dans l'union européenne » in *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?*, J.-M.Sorel et R.Chemain (dir.), Cahiers internationaux n° 30, Éd. Pédone, IREDIES & CEDIN, 2013, p.143-159.

389. *Le Monde* 23 février 2014.

390. Raoul Marc Jennar, « Deux traités pour un coup d'État européen », *Le Monde diplomatique* juin 2012 qui dénonce

gouvernement d'Angela Merkel qui regrettent « les erreurs » commises lors de l'établissement des règles de participation à la monnaie unique puis, en 2005, lorsque la France et l'Allemagne avaient violé le Pacte de stabilité³⁹¹, ces règles sont très loin de faire l'unanimité parmi les économistes³⁹². Les inscrire dans les traités n'apparaît donc pas résolutif des problèmes passés car, comme le souligne le professeur Dani Rodrik (Harvard), « tout raisonnement économique est contextuel, avec autant de conclusions que de potentielles circonstances du monde réel. Toutes les propositions économiques sont de type "if-then". Par conséquent, déterminer quel remède est le mieux adapté à un contexte particulier est davantage un art plutôt qu'une science »³⁹³.

Un autre problème autant préoccupant est celui du rôle confié tant à la Commission qu'à la Cour de justice c'est à dire à des organes de l'Union n'ayant aucune légitimité démocratique³⁹⁴. C'est le problème le plus délicat sans même considérer les difficultés d'organisation : « lorsque les décideurs politiques prennent des décisions qui donnent de nouvelles compétences aux juridictions, leur choix n'est basé sur aucun élément de réflexion sur l'impact de leur décision sur le contentieux qui en découlera et surtout sur les moyens des juridictions concernées »³⁹⁵. L'établissement du budget de l'État ou la restructuration de ses dettes revêt une dimension éminemment politique. Or, « c'est une incongruité de prétendre qu'une telle intrusion de la Commission dans le droit budgétaire des parlements nationaux ne touche pas aux accords européens et n'aggraverait pas d'une manière inédite le déficit démocratique européen, qui ne date pas d'hier »³⁹⁶. Cela conforte la théorie du « coup d'État européen » dénoncé par certains analystes³⁹⁷ mais n'établit pas la pertinence de la création d'une instance *ad hoc* pour contrôler la conformité des budgets nationaux aux critères fixés par le TSCG alors même que les « eurotechnocrates manifestent, à l'instar des leaders populistes, un égal rejet du débat lié au pluralisme démocratique »³⁹⁸.

C- Légitimer le droit économique européen

Imposant des cahiers des charges contestés aux gouvernements nationaux, l'Union européenne « traite les citoyens d'une communauté démocratique comme des mineurs

l'enferment juridique opéré par le traité : Si le terme « gouverner » a un sens, il ne peut se réduire à l'application systématique de règles immuables. Voir aussi pour une plus large couverture, le magazine *Marianne* du 2 mai 2014 qui se livre à une dénonciation radicale de ces « totems de la pensée unique ».

391. *Le Figaro* du 10 décembre 2011.

392. Il s'agit en particulier la remarquable étude de Carmen Reinhart et Kenneth Rogoff (tous deux de Harvard), *Cette fois-ci, c'est différent. Huit siècles de folie financière*, Pearson, 2010, dont les résultats avaient ensuite été remis en cause par trois économistes de l'Université du Massachusetts à Amherst du fait des données et de la méthode utilisées pour ces travaux.

393. auteur de « Nations et mondialisation : Les stratégies de développement dans un monde globalisé », *La Tribune* du 16 mai 2013.

394. Considérations faites par Gilles de Margerie et Hubert de Vauplane, « Les défauts du défaut. Quelques clefs pour comprendre la crise de la dette souveraine », *En Temps Réel*, Cahier n°48, novembre 2011, www.entempsreel.com, à propos de l'International Accounting Standards Board (IASB) ou des Derivatives Determinations Committees créés par l'International Swaps and Derivatives Association (ISDA), *op. cit.* p. 17.

395. Propos tenus par le président du Tribunal de l'Union européenne, Marc Jaeger, à l'occasion de la présentation du Rapport d'activité 2010, <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2011/03/cjue-rapport-2010/index.html>.

396. Jürgen Habermas, *Die Zeit*, *Le Courrier international*, 27 mai 2010.

397. Raoul Marc Jennar, « Deux traités pour un coup d'Etat européen », *Le monde diplomatique*, juin 2012.

398. Pour le prof. Jan-Werner Müller, « aujourd'hui, la Commission européenne peut rappeler à l'ordre les États membres et leur dire ce qu'ils doivent faire sur le plan économique ou politique. Si l'on politise davantage la Commission, une autre instance devra jouer ce rôle, sans quoi ses mises en garde seront perçues comme un geste à visée politique. Les populistes s'opposeront sans doute à cette nouvelle instance, mais c'est le prix à payer pour renforcer cette démocratie ». Il émet ainsi l'hypothèse que le discours technocratique et le populisme se renforcent l'un l'autre. *Le Monde*, 2 mai 2014.

irresponsables »³⁹⁹. De fait, le déficit démocratique dénoncé dans les années 1970 n'a toujours pas été rattrapé malgré l'élection du Parlement européen au suffrage universel depuis 1976 et l'extension de ses pouvoirs à partir de 1992. L'abstentionnisme devient ainsi de plus en plus important, aggravant même le « déficit de démocratie structurel » de l'Union selon la formule utilisée par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe dans son arrêt du 30 juin 2009 consacré au traité de Lisbonne. Comment pourrait-il en être autrement alors qu'à l'occasion des rares référendums tenus pour ratifier de nouveaux traités, les choix populaires ne sont pas pris en compte ? D'une part, le rejet du projet de traité constitutionnel par les Français et les Hollandais au printemps 2005 a été contourné par la présentation d'un nouveau traité très proche du précédent ; d'autre part, le nouveau traité a été approuvé par un vote parlementaire partout à l'exception de l'Irlande ; enfin, le « non » danois au traité de Maastricht et les « non » irlandais aux traités de Nice et de Lisbonne ont abouti à des nouveaux référendums après des modifications de détail. De plus, l'Europe reste marquée par l'absence d'un programme politique clair. Les élections parlementaires ont régulièrement abouti à un « accord technique » réalisé entre les libéraux et les socialistes afin de se partager la présidence de l'hémicycle. Cela avait encore été le cas en 2009 pour l'élection sur un demi-mandat du conservateur Jerzy Buzek, remplacé par le socialiste Martin Schulz en 2012. Cet accord de réciprocité entre les deux principaux groupes de l'institution les a aussi conduits à renouveler le mandat de José Barroso à la tête de la Commission européenne en septembre 2009.

Dans ces conditions, même si elle ont été présentées comme de solides outils démocratiques, les réformes adoptées pour remédier à ce déficit démocratique n'ont berné personne. Il s'agit principalement de l'initiative européenne citoyenne (ICE) qui a été introduite en 2011. Pour la Commission⁴⁰⁰, il s'agissait du « premier instrument de démocratie participative à l'échelle transnationale. L'ICE devait renforcer les fondations démocratiques de l'UE et la rapprocher de ses citoyens en offrant à ceux-ci un moyen direct de faire entendre leur voix auprès des institutions ». Pourtant, son co-rapporteur Alain Lamassoure la définissait lui-même comme une « immense boîte à idées », un « quatrième pouvoir d'initiative ... qui n'est pas de décider, mais de proposer »⁴⁰¹. Malgré ses effets très limités puisque la Commission n'est pas obligée de transformer l'initiative en un projet de réglementation, l'ICE est pourtant soumis à un encadrement juridique très strict⁴⁰². Aussi, même si les nouveaux mécanismes introduits par l'Union devaient mettre en place une gouvernance électronique, ils n'ont pas de réelle portée démocratique. Ils tombent dans les mêmes travers que les procédures papiers avec des résultats très limités : des quelque mille pétitions adressées chaque année au Parlement, un quart débouche sur des recours en manquement. Non informés de leurs suites, les parlementaires eux-mêmes les considèrent comme des « indicateurs permettant de constater qu'un État membre renâcle à appliquer une mesure juridique »⁴⁰³, la Commission des pétitions étant elle-même une simple « commission d'enquête et non une commission législative », utile pour « réconcilier l'Europe avec ses citoyens et renforcer la légitimité et la responsabilité démocratiques du processus décisionnel de l'Union européenne »⁴⁰⁴. Suivant la même approche, Viviane Reding, Commissaire en charge de l'e-participation en 2010, s'enthousiasmait du fait que l'ICE donnerait aux citoyens le « besoin de se sentir bien par rapport à l'UE, d'être fiers d'être Européens et qu'ils soient capables de rêver d'une Europe meilleure »⁴⁰⁵.

Si l'avancée aux élections de mai 2014 des mouvements populistes et anti-européens a clairement douché ces espoirs en remportant un cinquième des sièges au Parlement européen, le

399. Jürgen Habermas, *Le Monde* 23 février 2014.

400. Commission européenne, Šeřčovič Maroš, *Guide de l'initiative citoyenne*, 2011, p.1.

401. *Le Monde* du 29 mars 2012.

402. Règlements 211/2011 du Parlement européen et du Conseil et 1179/2011 de la Commission, *JOUE* L65/1 du 11 mars 2011 et L301/3 du 18 novembre 2011.

403. Parlement européen, 2011, 2010/2295(INI).

404. <http://www.europarl.europa.eu/committees/fr/peti/home.html>

405. Communication interne du 12 février 2010, Euroactiv.

développement des technologies de l'information et de la communication devrait quand même entraîner des changements considérables quant aux rôles et aux responsabilités traditionnels des administrations publiques⁴⁰⁶. Mais il n'entraînera pas dans l'immédiat la « nouvelle forme de gouvernement » annoncée par la Commission⁴⁰⁷. En effet, on touche à un des aspects les plus négatifs de la rénitence du droit économique européen car le législateur européens ne semble pas tenir compte des pressions exercées par les citoyens européens. Quelles qu'elles soient, celui-ci continuera d'imposer une politique d'intégration économique basée sur un modèle libéral privilégiant les grosses entreprises et la rigueur budgétaire.

Dans l'immédiat, la « parlementarisation » du régime politique de l'Union européenne et de l'europanisation des élections parlementaires pourrait apporter quelques changements. En effet, outre la capacité du Parlement européen de rejeter le budget et de co-décider de la loi européenne dans 86 matières, il doit, depuis 2009, élire le président de la Commission européenne sur la proposition de candidats effectuée par le Conseil européen qui doit lui-même tenir compte du résultat des élections européennes. Le 4 juillet 2013⁴⁰⁸, le Parlement européen avait adopté une résolution pour europaniser la future campagne électorale et « transnationaliser » les débats en invitant les partis à désigner eux-mêmes le candidat à la présidence de la Commission. Mais un obstacle incontournable se pose : plus le fonctionnement des institutions européennes est rendu démocratique, plus on va vers une majeure intégration politique et plus la souveraineté nationale de chaque État membre se trouve réduite. Cela risque de provoquer ou d'accélérer la sortie du Royaume-Uni de l'Union selon le scénario hypothéqué en janvier 2013 par le Premier ministre conservateur David Cameron. La légitimation du législateur européen et, par là, des normes de droit économique qu'il édicte, suppose ainsi une remise en cause de toute la construction européenne.

406. Joint Research Center, *Envisioning Digital Europe 2030: Scenarios for ICT in Future Governance and Policy Modelling*, 2010, p.10.

407. Commission européenne, Vassiliadis Theodore, DG Informatique (2006), *Enabling efficiency and transparency (in the European Commission) through IT governance*, Tampere, 4th quality conference, p.8.

408. Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2013 sur l'amélioration des modalités pratiques d'organisation des élections européennes de 2014 (2013/2102(INI)).

Conclusion

Comportant aussi bien des aspects positifs que négatifs, la rénitence du droit économique européen lui a permis, dans un contexte international parfois extrêmement difficile, de se consolider tout en gardant le cap du libéralisme économique et de l'intégration économique des États européens. En soi, le processus n'aurait rien d'exceptionnel puisque tout système de droit international se développe pour répondre à des nécessités politiques mais, dans le cas de la construction communautaire, ce processus a régulièrement demandé des transferts de compétences nationales au profit des autorités européennes et cela reste extraordinaire.

Cela l'est d'autant plus que ce processus est à l'origine de l'affirmation par la Cour de justice d'une constitution économique européenne alors qu'il manque totalement de visibilité et n'a pas de limites clairement établies. D'une part, le partage des compétences entre États membres et autorités européennes est continuellement remis en cause et il est peu lisible pour les non spécialistes ; d'autre part, ce qui constitue aujourd'hui le territoire et la population de l'Union ne sera peut-être plus valable demain puisque les élargissements se poursuivent sans qu'aucune définition de l'identité européenne ne soit donnée. Les accords de voisinage et même les adhésions sont négociés sans publicité ; ils ne représentent plus un rattachement à un projet commun et à des valeurs partagées mais des aides et des avantages économiques obtenus en échange de l'ouverture des marchés et d'accords de réadmission.

En outre, comme tout droit, le droit économique européen est en permanence soumis à de nouvelles interprétations et formulations de son application par la Commission et par la Cour de justice. Ses normes font preuve d'une grande flexibilité puisque la Cour parvient à justifier juridiquement les contradictions dans l'application de ces normes au nom de leur « effet utile » et de l'intégration économique recherchée par la Communauté. Des violations du droit communautaire peuvent même être commises comme cela a été le cas pour répondre aux défis posés par les crises financières et piloter la monnaie unique. Le recours préjudiciel formé par la Cour de Karlsruhe le 7 février dernier porte ainsi sur la licéité du programme de rachat des dettes publiques lancé par la Banque centrale européenne en septembre 2012.

Quels que soient les considérants qui seront adoptés par la Cour de justice, restera la question de la légitimité des méthodes et des choix adoptés par le législateur. Or celle-ci est particulièrement sensible car les changements politiques n'ont pas semblé avoir de réelles incidences sur les règles de l'Union européenne. Le législateur européen se permet donc « d'asséner juridiquement et d'appliquer sur le mode technocratique le modèle politique de la consolidation »⁴⁰⁹.

C'est donc de façon très paradoxale que la question de la légitimité du processus normatif de l'Union met en lumière la très forte interaction du droit économique européen avec la politique : comme pour le droit international en général, qu'Edward Carr décrivait comme le plus politique des droits, les normes du droit économique européen résultent de compromis entre des États-nations divisés. Elles ne présentent donc pas nécessairement les effets les plus bénéfiques au système de valeurs voulu par les Européens.

La rénitence du droit économique européen devient alors problématique. Les traités européens sont en effet porteurs d'un grand nombre de droits et d'obligations pour les personnes et sont à l'origine d'une abondante jurisprudence de la Cour de justice. Ils doivent de fait répondre à une attente et à une surveillance des populations que l'on ne retrouve pas pour les habituels traités internationaux. Or, faute d'une force suffisante pour les anticiper, moult règles du droit économique européen sont édictées dans l'urgence pour répondre à des défis posés par l'environnement extérieur. Ensuite, elles peuvent difficilement être modifiées car elles correspondent à des compromis très difficilement atteints surtout lorsqu'elles s'avèrent très lourdes de conséquences. Les règles posées

409. J. Habermas, *Le Monde* du 24 février 2014.

en matière de déficit et d'endettement demandent ainsi à certaines catégories de population – classes moyennes urbaines en Grèce, en Espagne... – des sacrifices très douloureux alors que leur pertinence est largement contestée. Et, l'Union européenne est loin d'être irréprochable quant à ses choix comme le rappellent les montants compensatoires monétaires qui avaient été instaurés à partir de 1969.

Enfin, la rénitence reflète autant une impression qu'une réelle capacité d'opposition. Même si juridiquement la Cour de justice⁴¹⁰ affirme que l'indépendance de la Communauté face à l'ordre international confère à ses principes fondateurs une force supérieure à toute autre règle, dans les faits, le droit économique européen s'avère très perméable à l'influence de la puissance dominante mondiale des États-Unis. En règle générale, le droit économique européen s'est beaucoup construit en imitation du modèle américain et il a en a accepté toutes les dérives néo-libérales. Aussi, même si la création de richesses est le domaine où l'Union européenne apparaît en moindre position de faiblesse, la question de son positionnement vis à vis des États-Unis et de ses multinationales reste toujours compliquée. Car, comme le rappellent la présence des Britanniques au sein de l'Union et les actuels projets d'un partenariat transatlantique de commerce et d'investissement, elle suscite toujours autant de divisions et de préoccupations internes.

La rénitence du droit économique européen reflète ainsi la complexité de la construction communautaire donnant l'apparence, parfois réelle, parfois trompeuse, de résister aux pressions extérieures et de fournir les clés nécessaires pour sortir des crises. On en revient ainsi à l'ambivalence fondamentale des sociétés démocratiques contemporaines, à la force et à la fragilité de l'Union européenne.

Paris, le 15 octobre 2014.

410. CJCE GC 3 septembre 2008, C-402/05 P et C-415/05 P Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission, *Rec.* I-06351.

Bibliographie

Ce mémoire étant essentiellement rédigé à partir de mes propres recherches – avec certaines remontant aux années 1990 –, tous les travaux en ayant constitué les sources ne sont pas cités. Il est donc nécessaire de s'y reporter pour compléter les références indiquées ci-dessous.

- Adler, Alexandre, *Berlin 9 novembre 1989 : la chute*, xoeditions 2009
- Alesina, Alberto et Perotti, Roberto, « The European Union: a politically incorrect view », février 2004. www.cepr.org/meets/wkcn/1/1624/papers/perotti.pdf
- Assemblée Nationale, Commission des finances, de l'économie générale et du plan, *Rapport d'information relatif aux enjeux des nouvelles normes comptables*, n° 1508, 2009
- Audit, Mathias « Les clauses d'action collective comme remède à la crise souveraine de la zone euro » in *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?*, J.-M.Sorel et R.Chemain (dir.), Éd. Pédone, IREDIES & CEDIN, 2013, p.123-142
- Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), *Transition Report 2013*, 20 novembre 2013, ISBN 9781898802402
- Banque des Règlements Internationaux (BRI), « Report of the G-10 Working Group on Contractual Clauses », 26 septembre 2002
- Beauchesne Bénédicte, « Le modèle européen de télé-administration: un rouage économique et démocratique pour l'Union européenne ? », *Revue Française de Droit administratif*, 2013/2 (n° 146), p.285-297
- *Relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2015, 5^e édition mise à jour, août 2014
- « Quel rôle pour le Fonds monétaire international dans la « guerre des monnaies » ? », in *La guerre des monnaies*, (coord. A.Nonjon), Ellipses, octobre 2011, p.13-22
- « Adapter les institutions européennes pour piloter l'euro » in *La guerre des monnaies*, (coord. A.Nonjon), Ellipses, octobre 2011, p.23-31
- « Quelques questions macro-économiques et juridiques posées par la monnaie électronique » in *La guerre des monnaies*, (coord. A.Nonjon), Ellipses, octobre 2011, p.101-109
- « Les mécanismes de soutien financier aux États membres de la zone euro », colloque Académie de droit de Saratov, *Институциональные проблемы современного финансового права*, Académie de droit de Saratov 2 juin 2011, p.296-288 ; International Public and Private Law, *Международное публичное и частное право* n°6 (63) 2011, p.10-12.
- « Droit et frontières - Aux confins de la pensée juridique », *Scientia Juris* 2011, p. 144-158
- « Forces du marché ou inadéquation de la supervision prudentielle ? Les ajustements au régime communautaire des aides d'État après la crise financière de 2008 », *Современная юридическая наука и правоприменение*, Académie de droit de Saratov 3-4 juin 2010, p.296-288
- « La finance internationale confrontée au spectre du "salaud légaliste" : éthique, *shaming* et sanctions », *Финансово-правовые и экономические проблемы в условиях ение мирового кризиса*, Académie de droit de Saratov, 27 mai 2009, p.94-100
- La confiance dans les lois du marché et la « guerre de la banane » : quelques réflexions sur les conflits de lois, *Colloque la Confiance et le conflit*, École doctorale de sciences sociales de l'Université Paris VIII, Nouvelle Université Bulgare Sofia, 15-16 février 2008
- *La construction européenne de l'Antiquité à nos jours*, Ellipses, juin 2006

- « La forme de gouvernement sous la Ve République » et « Le contrôle de constitutionnalité sous la V^e République », *IusEuropea.org* - 2000/2001
- « Les problèmes des biens publics de l'ex-URSS à l'étranger », *Revue Générale de Droit International Public*, 1997/4, p. 987-1010
- « Italie : l'hypothétique changement de République », *Revue du Droit public*, 1-1996, p.97-142
- « La protection des informations des entreprises lors d'une enquête de la Commission des CE », *L'actualité fiduciaire*, n°764, juin 1993, p. 14- 21
- *La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence*, Nouvelles Éditions Fiduciaires, Collection "Europe-Entreprise", mars 1993
- Beaud, Olivier, *Théorie de la Fédération*, PUF, coll. « Léviathan », 2007
- Bernard, Elsa, « L'« activité économique », un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation, *RIDE* 2009/3 p. 353-385
- Bitsch, Marie-Thérèse, *La construction européenne: enjeux politiques et choix institutionnels*, Peter Lang, 2007
- Bomhoff A., Jarosz-Friiz A. et Pesaresi N., « Restructuring banks in crisis – overview of applicable State aid rules », *Competition Policy newsletter*, 2009/3, p.1-7
- Bonazza, Patrick, *Les Goinfres. Enquête sur l'argent des grands patrons français*, Flammarion, 2007
- Carcassonne, Guy, intervention du 5 décembre 2012 dans le cadre de la Table ronde « La définition des politiques budgétaires : quelle autonomie des États ? », in *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?*, J.-M.Sorel et R.Chemain (dir.), Cahiers internationaux n° 30, Éd. Pédone, IREDIES & CEDIN, 2013, p.67-72
- Carrère, Emmanuel, « D'autres vies que la mienne », *P.O.L. Éditeur*, avril 2009
- Chemain, Régis, « La consolidation du système monétaire international : quelles perspectives ? » in *La refondation du système monétaire et financier international*, R.Chemain (dir.), Éd. Pédone, CEDIN, Cahiers internationaux n°25, 2011, p.39-50.
- « Vers une meilleure coordination internationale des politiques économiques ? Le cadre du G20 pour une croissance forte, durable, et équilibrée », in *La refondation du système monétaire et financier international. Évolutions réglementaires et institutionnelles*, R.Chemain (dir.), Éd. Pédone, CEDIN, Cahiers internationaux n°25, 2011, p.87-114
- *L'Union économique et monétaire. Aspects juridiques et institutionnels*, Pédone, Collection Études Internationales, n°10, 1996
- Commission européenne, Joint Research Center, *Envisioning Digital Europe 2030: Scenarios for ICT in Future Governance and Policy Modelling*, 2010
- Commission européenne, *Une stratégie numérique pour l'Europe*, COM(2010) 245 final/2
- Commission européenne, Vassiliadis Theodore, DG Informatique, *Enabling efficiency and transparency (in the European Commission) through IT governance*, Tampere, 4th quality conference, 2006
- Commission européenne, Šefčovič Maroš, *Guide de l'initiative citoyenne*, 2011
- Comte-Sponville, André, *Le capitalisme est-il moral ?*, Le Livre de Poche, 2006.
- Daillier, Patrick, de La Pradelle, Géraud et Ghérari, Habib, *Droit international de l'économie*, Pedone, 2004.
- Daillier Patrick, Forteau Mathias, Pellet Alain, *Droit international public*, LGDJ, 8^e éd. 2009.
- Daillier, Patrick et Kovacs, Péter (dir.) *Les perspectives d'intégration des Pays d'Europe centrale et orientale aux institutions de l'Europe occidentale*, Cahiers du CEDIN, Vol. 13, 1998, Montchrestien, 380 p.
- de Margerie, Gilles, et de Vauplane, Hubert, « Les défauts du défaut. Quelques clefs pour comprendre la crise de la dette souveraine », *En Temps Réel*, Cahier n°48, novembre 2011

- de Larosière, Jacques, « L'Europe et la BERD », *Studia diplomatica*. 1996, n° 1. Vol. 49. Bruxelles, Institut royal des relations internationales
- de Senarclens, Pierre, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Armand Collin, 4^e éd. 2005
- de Wilde d'Estmael, Tanguy, « Les sanctions contre l'Autriche : motifs, objectifs, issues », in *Critique internationale*, Vol. 8. 2000. pp. 6-12.
- Dehousse, Renaud, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », in *Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg*, Pouvoirs n° 96, janvier 2001
- Djelic, Marie-Laure, *Exporting the American Model. The Postwar Transformation of European Business*, Oxford University Press, 1998.
- Drexl, Josef, « La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral », *RIDE* 2011/4, p.419-454.
- Farjat, Gérard « Observation sur la dynamique du droit de la concurrence », in *La modernisation du droit de la concurrence*, G.Canivet (dir.), LGDJ, 2006
- Fitoussi, Jean-Paul, « La marge de manœuvre des États. Des démocraties sans souveraineté ? », *Pouvoirs*, 2012/3 n°142
- Flores, Philippe et Biardeaud, Gérard, « L'office du juge et le crédit à la consommation », *Recueil Dalloz* 2009
- Fiedman, George, *The next 100 years : a forecast for the 21st Century*, 2010
- Fonds Monétaire International,, *Fiscal Monitor, Taxing times*, World Economic and Financial Surveys, octobre 2013, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fm/2013/02/pdf/fm1302.pdf>
- González Pérez, Pablo « Le contrôle européen des concentrations et les leçons à tirer de la crise financière et économique », Collège d'Europe, *Research Paper in Law*, juin 2013
- Guglielmi, Gilles et Koubi, Geneviève, *Droit du service public*, Montchrestien, octobre 2011, 2^e éd.
- Hassin, Adrien, « La Capacité d'intégration de l'UE : prérequis politique ou alibi technique ? », *Notre Europe*, janvier 2007, n°6
- Habermas, Jürgen, *Le Monde*, 23 février 2014
- Hermet, Guy, *Histoire des nations et des nationalismes en Europe*, Éditions du Seuil 1996
- Hervouët, François, « La dérive de l'Union européenne : de l'objectif de l'union entre les peuples à celui de la concurrence », *RMCUE*, n°514, janvier 2008, p. 9-13.
- Idot Laurence, Prieto Catherine, Gauer Céline, Amory Bernard, Marchini Càmia Francesca, Roda
- Jennar, Raoul Marc, « Deux traités pour un coup d'État européen », *Le Monde diplomatique* juin 2012
- Joerges, Christian, « Sur la légitimité d'européaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *Revue Internationale de Droit Économique* 2004, p. 133-170
- Krugman, Paul, « Is Free Trade Passe? », *Economic perspectives*, vol. I, n°2, août 1987, n°1,1987, p. 131-144
- *La mondialisation n'est pas coupable : vertus et limites du libre-échange*, éd. La Découverte, 2000
- Lafarge, François, « Les nouveaux instruments relatifs à la discipline budgétaire des États membres et leur mise en œuvre » in « Chroniques de l'administration européenne », *RFAP* n°146, 2013, p.527-529
- « Les autorités européennes de surveillance, la régulation financière et l'union bancaire européennes », *Annales de la régulation de Paris 1* n°3 (dir. A. Delion et L. Vidal), avril 2013, p.199-240, téléchargeable sur <http://ssrn.com/abstract=2261114>
- Lamy, Pascal, Présentation au débat du Conseil de l'avenir de l'Europe, Madrid, 27 février 2014
- Lebesque, Morvan, *Comment peut-on être breton ? Essai sur la démocratie française*, Seuil 1970
- Lemaire, Christophe et Girard, Marie-Barde « Les politiques de clémence en Europe », *Concurrences* n°3-2005, p.12 à 27

- Lenoir, Michelle, « La réponse de l'Europe face à la crise financière. L'exemple des aides d'État accordées aux établissements financiers », *HEC European Executive Campus*, Bruxelles, février 2009
- Lequesne-Roth, Caroline, « Retour sur la crise des « subprimes » - Autopsie d'une déraison d'État », *Revue internationale de droit économique*, 2009/2
- Lebullenger, Joël et Perrin Stéphane, « Les accords de partenariat économique. Un nouveau modèle pour les relations commerciales avec les ACP », *RMCUE* n°522, octobre-novembre 2008, p. 609-617
- Le Mestre, Renan, *Droit du service public*, Gualino, 2005
- Lévêque, François, « L'efficacité des programmes de clémence », *Concurrences* n° 4-2006, p.31-36
- Mignon Colombet, Astrid, « La self defense des entreprises », in *Deals of Justice. Le marché mondial de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013.
- Montesquieu (Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu), *De l'Esprit des Lois*, tome 1, 1758
- Organisation internationale pour les migrations, *Rapport 2010 sur l'état de la migration dans le monde*
- Peyrelevade, Jean, *Le Capitalisme total*, Le Seuil, 2005
- Philipponnat, Thierry, *Europe's banking trilemma" - a report on Banking Union and bank structure reform*, Finance Watch, septembre 2013
- Piketty, Thomas, *Le capital au XXI^e siècle*, Seuil, 2014
- Prosser, Tony, *The Limits of Competition Law: Markets and Public Services*, Oxford University Press, 2005
- Reinhart, Carmen et Rogoff, Kenneth, *Cette fois-ci, c'est différent. Huit siècles de folie financière*, Pearson, 2010
- Renan, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, conférence prononcée en Sorbonne le 11 mars 1882, Mille et une nuits, n°178, 1997
- Richard, Jacques, Collette, Christine, Bensadon, Didier et Jaudet, Nadine, *Comptabilité financière. Normes IFRS versus normes françaises*, 9^e édition, Dunod, 2011
- Riley, Alan « Commission v. Gazprom: The Antitrust Clash of the Decade », in *CEPS Policy Briefs*, n° 285, 31 octobre 2012
- Rodrik, Dani, « Nations et mondialisation : Les stratégies de développement dans un monde globalisé », *La Tribune* du 16 mai 2013
- Salin, Pascal, *L'économie ne ment pas*, Fayard, 2008
- Schneider, Friedrich, *The Shadow Economy in Europe*, A.T. Kearney, 2011
- Sée, Arnaud « Une nouvelle "discipline" budgétaire ? Les sanctions des politiques budgétaires "indisciplinées" dans l'union européenne » in *Quelle souveraineté budgétaire pour les États ?*, J.-M.Sorel et R.Chemain (dir.), Cahiers internationaux n° 30, Éd. Pédone, IREDIES & CEDIN, 2013, p.143-159
- Sen, Amartya, « *The Idea of Justice* », Allen Lane, 2009
- Soutou, Georges-Henri « Les problèmes de sécurité dans les rapports franco-allemands de 1956 à 1963 », *Relations Internationales*, n° 58, 1989
- Stern, Brigitte, *Les lois Helms-Burton et D'Amato: une analyse politique et juridique*, Europa-Inst., 1997
- Stiglitz Joseph, *La grande désillusion*, Le Livre de poche, Fayard, 2006
- Sartori, Nicolò « The European Commission vs. Gazprom: An Issue of Fair Competition or a Foreign Policy Quarrel ? », Istituto Affari Internazionali, *IAI Working Papers* 13/03, janvier 2013
- Stoll, Neal R. et Goldfein, Shepard, « President Obama's Centrist Antitrust Enforcement », *New York Law Journal*, V.240 n°97, 18 novembre 2008

- Thouvenin Jean-Marc, « Les objectifs du "système monétaire et financier international" : stabilité du cadre et croissance de l'économie mondiale », in *La refondation du système monétaire et financier international. Évolutions réglementaires et institutionnelles*, R.Chemain (dir.), Cahiers internationaux n°25, Éd. Pédone, CEDIN, 2011, p.15-29
- « Le calvaire et la capitulation de Microsoft ou la confirmation de la "puissance globale" du gendarme européen de la concurrence », *RMCUE* n°535, février 2010, p.7678
- « Le droit communautaire, le droit international et l'arrêt Kadi du 3 septembre 2008 » *RMCUE*, n°523, décembre 2008, p.653-656
- Tribunal de l'Union européenne, Marc Jaeger, présentation du Rapport d'activité 2010, <http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2011/03/cjue-rapport-2010/index.html>
- Van Stratum, Olivier et Lecloux, André J. , « L'enregistrement des substances chimiques sous REACH et ses implications sur les échanges entre l'Europe et ses partenaires commerciaux », *RMCUE*, n°517, avril 2008, p.245-249.
- Veil, Simone, *Une vie*, le Livre de Poche, août 2009
- Vilanova Pere, *op. cit.*, p. 116
- Werth, Nicolas, *Histoire de l'Union Soviétique*, PUF
- Ziegler, Jean, *Les nouveaux maîtres du monde*, Fayard, Points, 2002

Ile partie du volume de synthèse : Curriculum vitae

Bénédicte BEAUCHESNE

mél : Benedicte.Beauchesne@iedparis8.net

née le 11 novembre 1962, mariée, deux enfants

Maître de conférences en droit public, Université Paris VIII
Chercheur au Centre de droit international de Nanterre (CEDIN)

Formation :

- bénéficiaire d'un congé pour recherches ou conversions thématiques au titre du CNU, 2012-2013.
- qualification aux fonctions de maître de conférences -section 02-, 26 mars 1993
- Doctorat en Sciences juridiques de l'Institut Universitaire Européen, 27 mai 1992. En raison de la diversité des systèmes universitaires européens, le Conseil académique de l'IUE a décidé que le doctorat est délivré sans mention, ni rapport de soutenance. Cependant, le jury a estimé à l'unanimité que la thèse constitue un travail d'une qualité exceptionnelle ; il a adressé ses plus vives félicitations à la candidate et attribué un prix de publication.
- Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat (CAPA) Paris 1985 et admission dans les Centres de Formation Professionnelle d'Avocats, Université Paris X Nanterre, 1984
- DEUG, Licence et Maîtrise de Droit, Université Paris X, Nanterre, 1981-1983.

Expérience d'enseignement :

- depuis septembre 1995 : maître de conférences en droit public à l'*Université Paris VIII Vincennes à Saint-Denis* ;
 - cours magistraux en Licence :
 - relations internationales depuis 1995
 - institutions européennes depuis 2004
 - institutions et systèmes politiques (1995-2004)
 - libertés publiques (1995-2001)
 - droit de l'Union européenne depuis 2012
 - en Master 1 :
 - politiques communes européennes depuis
 - droit économique européen ,
 - droit de l'environnement de 1998 à 2001,
 - droit constitutionnel comparé (1999-2001),
- de 1997 à 2011 : professeur invitée
 - *Université de Varsovie – Faculté de Droit* (2011) : « la réception du droit communautaire par les administrations et les juridictions nationales »
 - *Université de Padoue - Faculté de science politique* (2009) : séminaire en langue italienne sur la citoyenneté européenne et sur le droit de la concurrence
 - *Université Roma Tre - Faculté de science politique* (2010, 2008) : séminaires en langue italienne sur l'éthique dans les relations internationales, sur la construction européenne, sur la politique monétaire de l'Union européenne
 - *Université Roma Tre - Faculté de droit* (de 1997 à 2007) : séminaires en langue italienne en Licence, master et doctorat sur la séparation des pouvoirs, sur le contrôle de constitutionnalité sous la V^e République, sur le droit des femmes en France et en Europe, sur l'éthique dans les relations internationales, sur la construction européenne, sur la politique

monétaire de l'Union européenne.

- de 1993 à 1995 : Attachée Temporaire d'Etudes et de Recherches à l'*Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, chargée de travaux dirigés en droit constitutionnel et en relations publiques internationales ;

Autre expérience professionnelle :

- 1991 et 1992, consultations en droit français et en droit international pour le *Studio D' Olivieri* (Florence).

- de 1990 à 1992, recherches sous la direction du Professeur Jürgen Schwarze pour la Commission CEE sur l'exécution des directives européennes ;

- de janvier 1986 à août 1988 et de octobre 1992 à février 1993 : exercice de la profession d'avocat en droit international, droit de la concurrence et droit des affaires (*Cabinets Thieffry et associés, Cremezi-Wisenberg et Cohen-Seat, Leenknecht*) ;

Langues :

Anglais et italien : courant

russe : 1^{ère} langue vivante, sept années d'études

Travaux et publications

- commentaire de l'arrêt du 11 février 2009 sur l'immunité juridictionnelle des organisations internationales, Ccass. Soc., de Beaugrenier c.Unesco, n°07-44240, ss la dir. de A.Pellet, à paraître 2015 in *Grandes décisions de la jurisprudence française du droit international*, Dalloz, collection grands arrêts.

- « La télé-administration : un rouage économique et démocratique pour l'Union européenne ? », *Revue Française de Droit administratif*, 2013/2 (n° 146), p.285-297.

- « Vers un mécanisme international de règlement des dettes souveraines ? » in *Международная финансовая система вызовы XXI века*, M.Shapovalov (coord.), Moscou 2013, p.156-167.

- *Les relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2013-2014, 4^e éd. mise à jour, décembre 2012, 432 p.

- *Les relations internationales en QCM*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2013-2014, 3^e éd. mise à jour, décembre 2011, 224 p.

- « La télé-administration : un rouage économique et démocratique pour l'Union européenne ? », intervention au *Colloque sur les téléservices et la modernisation des relations administratives*, CERSA, Université Paris II, CNRS, 15-16 novembre 2012.

- *Les relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2012-2013, 3^e édition mise à jour, décembre 2011, 429 p.

- *Les relations internationales en QCM*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2012-2013, 2^e édition mise à jour, décembre 2011, 218 p.

contributions à l'ouvrage collectif *La guerre des monnaies*, sous la coordination de A.Nonjon, Ellipses, octobre 2011 :

- « Quel rôle pour le Fonds monétaire international dans la "guerre des monnaies" ? », p.13-22 ;

- « Adapter les institutions européennes pour piloter l'euro » p.23-31 ;

- « Des projets d'intégration monétaire en Asie de l'Est et du Sud-Est ? » p.33-39 ;

- « Quelques questions macro-économiques et juridiques posées par la monnaie électronique » p.101-109.

- « Les mécanismes de soutien financier aux États membres de la zone euro », colloque Académie de droit de Saratov, *Институциональные проблемы современного финансового права*, Académie de droit de Saratov 2 juin 2011, p.286-288 ; International Public and Private Law, *Международное публичное и частное право* n°6 (63) 2011, p.10-12.

- « Droit et frontières - Aux confins de la pensée juridique », *Scientia Juris* 2011, p. 144-158.
- *Les relations internationales en QCM*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2011-2012, décembre 2010, 188 p.
- *Les relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2011-2012, décembre 2010, 432 p.
- « Forces du marché ou inadéquation de la supervision prudentielle ? Les ajustements au régime communautaire des aides d'État après la crise financière de 2008 », *Современная юридическая наука и правоприменение*, Académie de droit de Saratov 3-4 juin 2010, p.286-288.
- *Thèmes essentiels d'actualité 2010-2011*, avec Jean-Philippe Cavaillé (coord.), Éric Jeanneau, Jean-Paul Lebel, Alain Nabat, Marc Pelletier, Philippe Solal, Ellipses, coll. Actu' Concours, janvier 2010, p. 392-541.
- « La finance internationale confrontée au spectre du "salaud légaliste" : éthique, *shaming* et sanctions », *Финансово-правовые и экономические проблемы в условиях ение мирового кризиса*, Académie de droit de Saratov, 27 mai 2009, p.94-100.
- *Les relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2009-2010, août 2008, 380 p.
- La confiance dans les lois du marché et la « guerre de la banane » : quelques réflexions sur les conflits de lois, *Colloque la Confiance et le conflit*, École doctorale de sciences sociales de l'Université Paris VIII, Nouvelle Université Bulgare Sofia, 15-16 février 2008, p.3-6.
- *La construction européenne de l'Antiquité à nos jours*, Ellipses, juin 2006, 255 p.
- « La forme de gouvernement sous la Ve République » et « Le contrôle de constitutionnalité sous la V^e République », *IusEuropea.org* - 2000/2001.
- « Les problèmes des biens publics de l'ex-URSS à l'étranger », *Revue Générale de Droit International Public*, 1997/4, p. 987-1010.
- « Italie : l'hypothétique changement de République », *Revue du Droit public*, 1-1996, p.97-142.
- « La protection des informations des entreprises lors d'une enquête de la Commission des CE », *L'actualité fiduciaire*, n°764, juin 1993, p. 14- 21.
- *La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence*, Nouvelles Éditions Fiduciaires, Collection "Europe-Entreprise", mars 1993, 366 p.
- Thèse de Doctorat *La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence* dirigée par M. le Professeur Jürgen Schwarze (I.U.E. de Florence - Université de Fribourg), soutenue à l'Institut universitaire européen de Florence (Italie) le 27 mai 1992, 600 p.

Activités administratives et pédagogiques

- depuis 1996, responsable de la mobilité étudiants/enseignants pour le Département de droit de l'université Paris 8 ;
- 1996-2011, responsable des relations internationales pour le Département de droit ;
- mise en place pour l'UFR Droit du programme ECTS ; lancement des échanges Erasmus (avec l'Espagne, l'Italie, l'Allemagne, le Portugal, la Finlande et la Norvège) et responsabilité des plans d'étude des étudiants Erasmus ; démarrage du programme de mobilité des enseignants TS que je coordonne depuis lors ;
- membre titulaire de l'Instance consultative des relations et de la coopération internationales de Paris 8 (ICRECI) de 1996 à 2007 ;
- 1997/2000 : coordinatrice d'un projet européen de développement de programmes, niveau intermédiaire portant sur le droit public économique et réalisé avec les universités Ramon Llull de Barcelone et Roma Tre. Obtention et gestion d'un financement de l'Union européenne d'un montant tri-annuel de 40 000 €.
- 2000/2001 : coordinatrice d'un *projet européen de diffusion du programme* de droit public économique. Le projet financé par la Commission de l'Union européenne a été réalisé avec les universités Roma Tre et Kaunas (Lituanie).

- 2000/2001 : coordinatrice d'un second *programme européen de diffusion* avec Roma Tre, Kaunas et l'Université de Varsovie ;
- évaluation des Socrates-Erasmus Curriculum Development projects 1997-2001, DG Education et culture, unité B-4, Bruxelles 14-15 octobre 2004 ;
- 2005/2007 : coordinatrice d'un programme Jean Monnet sur la construction européenne ; obtention et gestion d'un financement européen de 11 000 €.
- membre titulaire de la Commission de spécialistes de droit public 1999/2002, membre suppléante de la Commission 2006-2010.
- co-directrice de la thèse « *La natura del lotto rituale nel diritto italiano e della sentenza arbitrale nel diritto francese* », soutenue à l'Université La Sapienza, le 29 novembre 2007 par Giovanni Bonato (MCF Université Paris X)
- 2012 : membre du Comité de sélection Poste UPX MCF 0258 (Droit de l'UE et Droit européen), Université Paris X

Divers

- financement des études : emploi mi-temps à la FNAC Wagram de 1981 à 1984.
- allocataire de la Bourse Lavoisier pour la fréquentation des cours de l'Institut universitaire européen de 1988 à 1991

III^e partie du volume de synthèse : Parcours

Après l'obtention en 1983 d'une maîtrise de droit privé à l'Université Paris X Nanterre, j'ai réussi le concours d'entrée au Barreau et obtenu, après une année au Centre de Formation Professionnelle d'Avocats de Paris, le Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat (CAPA). J'ai interrompu l'exercice de la profession d'avocat à Paris de 1986 à 1989 pour reprendre une formation universitaire bénéficiant pour cela d'une bourse Lavoisier accordée par le ministère des Affaires étrangères pour la fréquentation des cours de l'Institut universitaire européen (Florence, Italie). Rédigée sous la direction du Prof. Jürgen Schwarze, ma thèse de Doctorat a été consacrée aux règles communautaires directement applicables aux entreprises en cas d'ententes ou d'abus de position dominante. Sa problématique portait sur l'équilibre entre les pouvoirs de la Commission européenne et le respect des droits fondamentaux des entreprises. Les règles de la concurrence forment une branche du droit économique public occupant une place centrale dans la construction européenne, cela m'a conduit à approfondir mes recherches en droit institutionnel de l'Union. S'agissant du domaine juridique constituant la principale voie de recours direct devant la Cour de Luxembourg, il a permis, en puisant dans les traditions constitutionnelles des États membres, la reconnaissance des droits fondamentaux dans les Communautés. Ma thèse explore cette dimension tout en examinant les apports respectifs des droits de la concurrence français, allemand et britannique. Évaluant l'équilibre entre les moyens donnés aux institutions européennes pour réguler la concurrence et les droits fondamentaux des entreprises, ma thèse a constitué une étude complète de cette branche du droit et a été distinguée par un prix pour sa publication. Celle-ci a pris la forme d'une version écourtée et ajournée à destination des praticiens.

Après l'obtention du doctorat en 1992 et la brève poursuite de la carrière d'avocat en Italie et à Paris principalement dans le domaine du droit international privé, j'ai été qualifiée aux fonctions de maître de conférences. De 1993 à 1995, j'ai été ATER à Paris I où j'ai enseigné le droit constitutionnel (L1) et les relations internationales (L1) dans les équipes des professeurs Jean-Claude Colliard et Jean-Pierre Quéneudec. Sous leur direction, j'ai mené des recherches sur « Les problèmes des biens publics de l'ex-URSS à l'étranger » (*Revue Générale de Droit International Public*, 1997/4, p. 987-1010) et sur l'« Italie : l'hypothétique changement de République » (*Revue du Droit public*, 1-1996, p.97-142).

En 1995, j'ai été classée sur deux postes à Paris VIII où j'exerce depuis en qualité de maître de conférences en droit public. J'y ai enseigné durant quelques années les « Institutions et systèmes politiques » et « la construction européenne ». Depuis 1996, j'y donne des cours en L1 de relations internationales et, depuis 2005, un cours d'institutions européennes. En L3, j'ai enseigné les libertés publiques de 1995 à 2000, puis le droit de l'Union européenne depuis 2013. En M1 Master de Droit comparé, j'ai enseigné le droit constitutionnel comparé de 1998 à 2000, le droit de l'environnement de 1998 à 2001, le droit économique européen de 2003 à 2011 et les politiques communes de l'Union européenne depuis 2001.

En tant que professeur invitée à la Faculté de Droit et à la Faculté de Science politique de l'Université Roma Tre, à la Faculté de Droit et à la Faculté de Science politique de l'Université de Padoue, chaque année entre 1997 et 2011, j'ai donné des différents cours ou séminaires en langue italienne de la L2 à l'École doctorale sur le droit de l'Union européenne, sur l'éthique dans les relations internationales, sur le droit des femmes en France et en Europe.

Chargée de prendre en charge les relations internationales, j'ai mis en place à partir de 1996 les programmes de mobilité pour les étudiants et les enseignants qui n'existaient pas alors au Département de droit. J'ai monté successivement un programme européen de développement de cursus commun – CDI – de trois ans, puis deux programmes de diffusion d'un an chacun. J'ai coordonné l'exécution de ces programmes : gestion des financements européens que j'avais obtenus, planification des interventions, des travaux et de la mobilité, supervision de la création puis gestion

d'un site internet dédié au droit public européen qui proposait aux étudiants ou plus largement aux internautes, l'accès aux travaux de dix universitaires issus de cinq établissements en droit constitutionnel, en droit administratif, en finances publiques et en histoire du droit dans le cadre de trois programmes européens (développement de cursus commun et diffusion), rédaction des rapports didactiques et financiers... La mise en place de ces programmes a également débouché sur un réseau d'échanges et de recherches avec l'Université Roma Tre, l'Université Ramon Llull (Barcelone), l'Université de Varsovie, Kaunas University of Technology (Lituanie).

Pour l'Institut d'études à distance qui ouvrait une formation en Droit, j'ai réalisé en 2005 un nouveau programme européen – module Jean Monnet – et obtenu son financement par l'Union européenne. Celui-ci a permis le développement du matériel pédagogique pour le cours d'institutions européennes en ligne (quiz interactifs et illustrés) tout en nécessitant de réaliser des développements informatiques, de la recherche documentaire, des démarches regardant la propriété intellectuelle pour l'utilisation des documents. En 2004, j'ai été appelée en tant qu'expert pour l'évaluation des programmes CDI Socrates-Erasmus, *Curriculum Development projects* 1997-2001 auprès de la Commission européenne.

Après l'exécution de ces programmes européens et tout en restant chargée de la mobilité enseignante et étudiante pour le Département de droit, j'ai pu me consacrer à la recherche avec, pour axe général, la régulation économique. Sujet de ma thèse, le droit de la concurrence trouve régulièrement sa place dans mes recherches ultérieures, comme celles présentées en 2008 à un colloque sur « la confiance et le conflit » portant sur les conflits de lois entre normes européennes et les normes mondiales ou nationales régulant le marché de la banane. Étant à l'origine d'arrêts contradictoires de la CJCE, ce marché a aussi constitué l'un des plus importants contentieux porté devant l'OMC. Pas encore véritablement réglé, il a entraîné la modification des politiques agricole et commerciale communes. De même, les recherches menées sur les conséquences de la crise financière de 2008 ont pu intégrer les modifications apportées au droit communautaire de la concurrence : l'assouplissement des pratiques de la Commission en matière d'aide d'État a accompagné un bouleversement – au moins temporaire – des rapports de la Commission et des gouvernements des États membres. Ces analyses ont été présentées dans le cadre d'une collaboration pluriannuelle avec l'Académie de droit de Saratov (Russie).

Les recherches sur la régulation économique étant souvent dictées par l'actualité, je me suis intéressée en 2009 aux questions d'éthique posées par la crise financière internationale. Celle-ci appelait une régulation du comportement des acteurs financiers et comportait de graves répercussions sociales mais elles étaient totalement négligées par les juristes de droit privé. J'ai également mené des recherches sur les adaptations de la politique monétaire européenne et des institutions européennes qu'il s'agisse d'adaptations techniques apportées au Système Européen des Banques Centrales ou de la modification de l'article 136 TFUE. Ces recherches d'actualité liées à la monnaie ou aux dettes souveraines m'avaient conduite à anticiper la restructuration de la dette grecque. Elles attiraient également l'attention des conséquences pour les institutions monétaires de l'émergence de la monnaie électronique et ce, bien avant les interrogations posées par Bitcoin. Elles m'ont en outre conduite à proposer, dans le cadre de publications traduites en russe, un mécanisme régional de règlement des différends générés par les dettes souveraines. N'existant pas à l'heure actuelle, il permettrait de réduire l'aléa moral, de ne pas agir sous le spectre du chaos généralisé et des récessions subséquentes. Il clarifierait également les politiques redistributives mises en œuvre ainsi que les coûts supportés par les États et leurs diverses populations.

De la même façon, je me suis consacrée à des recherches concernant de nouveaux domaines du droit directement liés aux activités économiques dans l'Union européenne : concernant à la fois le droit européen, le droit administratif et les technologies de l'information, ma contribution sur la télé-administration européenne en 2012 explorait un domaine n'ayant pas fait l'objet de publication juridique.

Lorsque je m'éloigne de l'axe de recherche sur la régulation économique européenne ou internationale, il s'agit presque toujours de domaines faisant sens avec celui-ci. Ainsi, l'ouvrage consacré à la « construction européenne » constitue ainsi un socle général permettant de mieux situer et comprendre les droits institutionnel et matériel de l'Union. Étendant l'étude aux autres organisations européennes, j'ai également traité de ce que W. Churchill qualifiait d'Europe d'avant l'Europe. Cet ouvrage constitue de ce fait un outil très utile pour les étudiants n'ayant pas une culture générale européenne satisfaisante comme c'est le cas pour mon public étudiant de Paris VIII issus d'un milieu socio-économique défavorisé ou d'origine extra-communautaire. Au-delà, il s'agit d'un instrument général de réflexion car, comme je l'indiquais dans la préface de cette publication datant de 2006, c'est à dire bien avant la crise de l'euro ou l'expression de velléités de retrait de l'Union, « *l'incapacité à prévoir la chute du mur de Berlin et la fin de l'URSS devrait inviter à la plus grande prudence avant de parier sur la caractère inéluctable de la construction communautaire* ».

De la même façon, j'ai rédigé un manuel de relations internationales qui propose une approche juridique des relations internationales s'insérant parfaitement dans un premier cycle de Droit. Il montre comment sont, ou ne sont pas, régulés les rapports globaux et régionaux en s'intéressant aux enjeux encourus. Il concerne tant les transformations du système international, que la justice pénale internationale, l'ONU, la mondialisation, le développement durable... Ce manuel constitue donc un socle utile pour évaluer l'action de l'Union européenne ou d'autres institutions internationales. Sur demande de l'éditeur, j'ai également rédigé un ouvrage de « relations internationales en QCM » en m'attachant à en faire un outil pédagogique utile : sélection des questions ne faisant pas perdre de temps au lecteur et réponses fournies avec des explications synthétiques.

En 2011, j'ai rejoint le CEDIN (Centre de droit international de Nanterre) dirigé par le professeur Jean-Marc Thouvenin. Dans le cadre de ce laboratoire de haut niveau (classé 6 A+), j'ai participé à des travaux consacrés au droit international, en particulier à un groupe de travail sur les dettes souveraines dirigé par le professeur Mathias Audit ou) et à une étude sur l'immunité des juridictions internationales dans le cadre d'un ouvrage dirigé par le professeur Alain Pellet.

En 2012, j'ai bénéficié d'un congé de recherche (CRTC) de un semestre accordé au titre du CNU qui m'a permis de travailler sur l'utilisation et la régulation européennes des technologies de l'information et de la communication.

L'obtention de l'habilitation à diriger des recherches me permettra de mener des activités d'encadrement et d'animation de recherche qui ont été, jusqu'à présent limités à l'évaluation des mémoires de maîtrise à l'Université Paris 8 et à la co-direction avec le professeur Lucio Lanfranchi (Université La Sapienza, Rome) de la thèse de Giovanni Bonato, d'une thèse en langue italienne sur « *La natura del lodo rituale nel diritto italiano e nel diritto francese* » (la nature de la sentence arbitrale en droit italien et en droit français) soutenue à Rome le 27 novembre 2007.

IV^e partie du volume de synthèse : Activités de recherche, publications

• ***Actuelles activités de recherche***

- analyses des relations internationales et mise à jour annuelle de l'ouvrage sur les relations internationales (5^e édition en 2014)
- recherches sur la dématérialisation des procédures
- participation aux travaux en droit international du Cedin
- recherches sur la régulation financière internationale en collaboration avec Mikhaïl Shapovalov de l'Université de Saratov et participation au groupe de travail du Cedin sur les dettes d'État sous la direction de Mathias Audit.

• ***Ouvrages individuels et collectifs :***

- commentaire de l'arrêt du 11 février 2009 sur l'immunité juridictionnelle des organisations internationales, Ccass. Soc., de Beaugrenier c.Unesco, n°07-44240, ss la dir. de A.Pellet, à paraître 2015 in *Grandes décisions de la jurisprudence française du droit international*, Dalloz, collection grands arrêts.
- *Les relations internationales, Cours et QCM*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2015, 5^e éd. mise à jour, août 2015, p.
- « Vers un mécanisme international de règlement des dettes souveraines ? » in *Международная финансовая система вызовы XXI века*, M.Shapovalov (coord.), Moscou 2013, p.156-167.
- *Les relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2013-2014, 4^e éd. mise à jour, décembre 2012, 432 p.
- *Les relations internationales en QCM*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2013-2014, 3^e éd. mise à jour, décembre 2011, 224 p.
- *Les relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2012-2013, 3^e édition mise à jour, décembre 2011, 429 p.
- *Les relations internationales en QCM*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2012-2013, 2^e édition mise à jour, décembre 2011, 218 p.
- « Quel rôle pour le Fonds monétaire international dans la "guerre des monnaies" ? », in *La guerre des monnaies*, sous la coordination de A.Nonjon, Ellipses, octobre 2011 p.13-22 ;
- « Adapter les institutions européennes pour piloter l'euro » in *La guerre des monnaies*, sous la coordination de A.Nonjon, Ellipses, octobre 2011 p.23-31 ;
- « Des projets d'intégration monétaire en Asie de l'Est et du Sud-Est ? » in *La guerre des monnaies*, sous la coordination de A.Nonjon, Ellipses, octobre 2011 p.33-39 ;
- « Quelques questions macro-économiques et juridiques posées par la monnaie électronique » in *La guerre des monnaies*, sous la coordination de A.Nonjon, Ellipses, octobre 2011 p.101-109.
- *Les relations internationales en QCM*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2011-2012, décembre 2010, 188 p.
- *Les relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2011-2012, décembre 2010, 432 p.
- *Les relations internationales*, Ellipses, coll. Actu' Concours 2009-2010, août 2008, 380 p.
- *La construction européenne de l'Antiquité à nos jours*, Ellipses, juin 2006, 255 p.
- *La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence*, Nouvelles Éditions Fiduciaires, Collection "Europe-Entreprise", mars 1993, 366 p.

• ***Articles dans revue nationale à comité de lecture***

- « La télé-administration : un rouage économique et démocratique pour l'Union européenne ? », *Revue Française de Droit administratif*, 2013/2 (n° 146), p.285-297.

- « Droit et frontières - Aux confins de la pensée juridique », *Scientia Juris* 2011, p. 144-158.
- « Les problèmes des biens publics de l'ex-URSS à l'étranger », *Revue Générale de Droit International Public*, 1997/4, p. 987-1010).
- « Italie : l'hypothétique changement de République », *Revue du Droit public*, 1-1996, p.97-142.

• **Conférences, congrès et colloques à communication**

- « La télé-administration : un rouage économique et démocratique pour l'Union européenne ? », intervention au *Colloque sur les téléservices et la modernisation des relations administratives*, CERSA, Université Paris II, CNRS, 15-16 novembre 2012
- « Les mécanismes de soutien financier aux États membres de la zone euro », colloque Académie de droit de Saratov, *Институциональные проблемы современного финансового права, Académie de droit de Saratov* 2 juin 2011, p.286-288 ; *International Public and Private Law, Международное публичное и частное право* n°6 (63) 2011, p.10-12.
- « Forces du marché ou inadéquation de la supervision prudentielle ? Les ajustements au régime communautaire des aides d'État après la crise financière de 2008 », *Современная юридическая наука и правоприменение*, *Académie de droit de Saratov* 3-4 juin 2010, p.286-288.
- « La finance internationale confrontée au spectre du "salaud légaliste" : éthique, *shaming* et sanctions », *Финансово-правовые и экономические проблемы в условиях ение мирового кризиса, Académie de droit de Saratov*, 27 mai 2009, p.94-100.
- « La confiance dans les lois du marché et la "guerre de la banane" : quelques réflexions sur les conflits de lois », *Colloque la Confiance et le conflit*, École doctorale de sciences sociales de l'Université Paris VIII, Nouvelle Université Bulgare Sofia, 15-16 février 2008, p.3-6.