

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

— Sektion Rechtswissenschaft —

Nr. 299

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Professeur Dr. Jean-Yves Cherot

Université d'Aix-Marseille

Marché commun, règles et politiques communes?

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 6. Juli 1993

Marché commun, règles et politiques communes?

Je veux remercier tout d'abord Monsieur le professeur G. Ress de son invitation à l'Institut d'Études Européennes. J'ai accepté cette invitation avec un grand plaisir car c'est une joie de le retrouver, l'occasion de connaître votre université et une chance de reprendre devant vous quelques idées sur les conditions d'exercice des compétences de la Communauté européenne.

Je rappelle que la Communauté se caractérise notamment par le fait que, lorsque le traité C.E.E. ne comporte pas lui-même une réglementation suffisante pour assurer l'établissement ou le fonctionnement du marché commun, il prévoit que cette réglementation sera assurée par les instances de la Communauté. Les compétences sont attribuées selon une méthode fonctionnelle. Ce ne sont pas des matières qui sont transférées, mais des fonctions à remplir impliquant des pouvoirs.

Je veux regarder ce soir les compétences accordées à la Communauté au titre du rapprochement des législations des États membres dans la mesure nécessaire à l'établissement et au fonctionnement du marché commun.

L'article 3, lettre h), du traité CEE dispose qu'aux fins énoncées à l'article 2 du traité l'action de la Communauté comporte "le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun". En relation avec cet article le traité comporte une disposition générale, celle de l'article 100 dont le premier alinéa dispose: "Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun". La portée de l'article 100 a été limitée par l'article 100 A, introduit par l'Acte Unique, et qui dispose que "par dérogation à l'article 100 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 8 A. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission en coopération avec le

parlement européen et après consultation du comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché commun". Le traité connaît, à côté de ces dispositions générales, des dispositions spécifiques à certaines matières, notamment l'article 27 (législations douanières), article 54, § 3, lettre g) (droit des sociétés), article 51 (sécurité sociale), article 99 (fiscalité indirecte), article 111 et 112 (politique commerciale). Ces dispositions devraient se lire aussi en relation avec l'article 3, lettre h) du traité, précité, les auteurs du traité ayant considéré que dans certains secteurs juridiques on pouvait admettre que les disparités de législation avaient incontestablement cette "incidence directe" sur le fonctionnement du marché commun telle que prévue à l'article 100 qu'il n'y avait plus par conséquent à rechercher ni à constater¹.

Quelles sont les législations nationales qui ont cette "incidence directe" sur le fonctionnement du marché commun (et qui par ailleurs ne sont pas directement prohibées par le traité lui-même) du fait de leurs divergences ou simplement du fait de leur existence sur un marché commun? C'est manifestement le cas des législations qui par leurs différences forment obstacle aux échanges de produits ou de services, telles les réglementations qui conditionnent la commercialisation d'un produit ou d'un service. Est-ce également le cas des législations qui par leur différences placent les entreprises ou les particuliers dans des situations différentes selon leur localisation dans les différents États membres? Il est certain que la libre circulation des personnes, des sociétés, des capitaux est de nature à affecter le choix de la localisation des capitaux ou des personnes selon les divers avantages ou contraintes que comportent les États membres et à provoquer une certaine concurrence entre ces derniers. Cela suffit-il pour considérer que ces législations ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun?

Mais il ne nous paraît pas possible de considérer, sauf cas particulier, que ces risques de délocalisation sont à prendre en considération au titre d'une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun. Ce serait selon nous une erreur de concevoir le rapprochement des législations dans une perspective d'égalisation des conditions de la concurrence. La notion d'égalisation des conditions de concurrence sur un marché

¹ P. Leleux, Le rapprochement des législations dans la C.E.E., *Cahiers de droit européen*, 1968, pp. 129 s.

comporte beaucoup d'ambiguïté. Cette notion paraît ignorer ce qui fait la nature de la concurrence, processus de découverte qui se nourrit précisément de la recherche de différences et d'avantages à valoriser dans les relations d'échanges. Si la concurrence est performante c'est précisément parce qu'il y a des conditions différentes entre les agents. Le marché commun ne doit pas être l'instrument d'une disparition des divergences entre les États membres.

Dans ce rapport je voudrais développer quatre idées.

1- la théorie de l'égalisation des conditions de concurrence ne rend pas effectivement compte de la pratique législative de la Communauté exercée sur la base des articles 100, 100 A ou autres précités. Comme on le montrera ces articles sont surtout utilisés pour faire tomber des barrières aux échanges de biens ou de services.

2- Montrer que le principe de subsidiarité a vocation à s'appliquer aux compétences exercées sur la base des articles 100 ou 100 A.

3- Rappeler les leçons de l'analyse économique des institutions qui sont loin d'être favorables par principe à l'harmonisation des législations et qui plaident, sauf cas particulier, pour la décentralisation des décisions.

4- Pour terminer je voudrais montrer que l'exigence d'unanimité ou de majorité qualifiée des États membres dans le processus de rapprochement des législations n'est pas nécessairement toujours une garantie contre une centralisation dans la Communauté.

1. La pratique législative de la Communauté dans le cadre de la politique du rapprochement des législations nationales

L'abondance de la législation communautaire sur les bases des articles précités ne doit pas en elle-même induire en erreur sur un phénomène de centralisation dans l'élaboration du droit. Une très grande partie des directives adoptées porte sur des normes techniques où ne sont pas engagées, sauf cas particulier, des préférences nationales significatives sur le plan politique. D'ailleurs ces directives portent essentiellement sur certaines parmi les normes techniques, les normes de produits qui, par leur

existence même, sont de nature à faire obstacle à la libre circulation des marchandises. Les normes de produit tendent à fixer les propriétés physiques d'un produit, les règles de conditionnement ou les limites aux émissions polluantes que le produit est susceptible de produire au cours de son utilisation. L'existence de normes différentes de ce type dans les États membres fait obstacle aux échanges. On sait que la Cour de Justice en posant le principe selon lequel tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre peut librement circuler dans les autres États de la Communauté a facilité la libre circulation en l'absence de législation communautaire. Mais cette jurisprudence ne rend pas inutile l'intervention législative de la Communauté. La reconnaissance mutuelle des normes telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour ne suffit pas à assurer la libre circulation des marchandises. La reconnaissance mutuelle est subordonnée à une équivalence de protection des impératifs d'intérêt général poursuivis légitimement par les États membres. Sa mise en oeuvre est subordonnée à la preuve par l'importateur de l'équivalence de protection des réglementations. L'intervention législative de la Communauté est donc parfaitement justifiée.

Les autres types de normes n'ont pas les mêmes effets et le problème de leur harmonisation se pose différemment. Il s'agit, par exemple dans le domaine de la protection de l'environnement, des normes telles que normes de procédés qui spécifient les procédés auxquels doivent répondre les installations fixes, les normes d'émission qui précisent la quantité de polluants pouvant être rejetée par une source donnée, et les normes de qualité de l'environnement fixant des taux maxima admissibles de pollution dans les milieux récepteurs.² Ces normes n'ont pas à être harmonisées au titre de l'incidence directe sur le fonctionnement du marché commun. Par elles-mêmes elles ne font pas obstacle aux échanges de produits. Le rapprochement ne peut être envisagé au titre d'une égalisation des conditions de concurrence dans le marché commun. La différence dans les règles d'émission et de procédé tiennent nécessairement compte des conditions locales différentes selon les climats ou autres facteurs locaux. Le marché commun n'a pas pour objet de supprimer les avantages comparatifs que la nature a pu procurer à certains États ou certaines régions. Si on peut envisager une harmonisation des normes de qualité, c'est au titre d'une politique commune de protection de l'environnement fondée sur l'article 235 ou l'article 130 R, dès lors que cette protection serait mieux assurée au niveau communautaire qu'au niveau national en raison du caractère

² Voir OCDE, direction de l'environnement, Les normes relatives à l'environnement: définitions et besoins d'harmonisation internationale, Paris 1974.

transfrontalier de la pollution.

D'abord utilisées pour libérer les échanges de produits les directives ont été prises pour libérer les échanges de services en matière bancaire et d'assurance. D'importantes directives sont venues dans le domaine des services financiers harmoniser des législations qui, par leur diversité, faisaient obstacle au libre jeu de la prestation de services. Là encore, en se fondant sur des avancées de la Cour, les instances de la Communauté ont fait, à partir d'une harmonisation minimum, largement appel à la technique de la reconnaissance mutuelle des législations.

Un grand nombre de directives portent sur les procédures de passation des marchés publics. Le programme d'achèvement du marché intérieur s'est notamment caractérisé par l'adoption d'un grand nombre de directives étendant le champ d'application de la réglementation communautaire des marchés publics et renforçant la transparence et les garanties pour les entreprises dans les procédures de participation et d'attribution des marchés publics. Ce domaine est intéressant à observer sur le plan des motifs d'intervention. Il ne s'agit pas seulement, comme le titre des directives l'indique (directives "portant coordination des procédures de passation"), de supprimer dans les règles de passation, les différences qui pourraient fausser les conditions de la concurrence entre les entreprises des différents États membres et d'assurer la réciprocité des obligations souscrites par ceux-ci. Ce n'est pas tant la coordination des procédures et le rapprochement de législations divergentes qui importe mais la création de véritables garanties d'une ouverture effective des marchés publics, ce qui implique pour la Communauté de considérer les règles de passation en elles-mêmes. Sans elles, et malgré le traité CEE, une part importante du PNB de la Communauté serait resté en dehors de la libre circulation des biens et des services.

L'oeuvre législative de la Communauté en droit des sociétés est à mettre à part. L'intervention législative de la Communauté en cette matière se réalise principalement sur la base de l'article 54 du traité qui "pour accomplir une étape dans la réalisation de la liberté d'établissement dans une activité déterminée" ou pour mettre en oeuvre le programme général pour la suppression à la liberté d'établissement à l'intérieur de la Communauté donne notamment compétence à la Communauté (§ 3, lettre g)) pour coordonner "dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres, des sociétés pour protéger les intérêts tant

des associés que des tiers". La compétence de la Communauté est expressément subordonnée par le texte du traité à la réalisation de la liberté d'établissement. Ce n'est que dans la mesure où les divergences dans les législations feraient obstacle à la liberté d'établissement que la Communauté a compétence pour intervenir. Mais ce n'est pas comme cela que l'article 54, § 3, lettre g) a été interprété. La coordination du droit des sociétés a été regardé plutôt comme un *complément* à la liberté d'établissement et la liberté de prestation de service. L'article 54, § 3, lettre g) a été interprété comme disposant d'une "dynamique propre" (E. Cerexhe) et permettant l'intervention très large de la Communauté dans le droit des sociétés. Comme le droit des sociétés est un droit de la protection des intérêts des associés ou des tiers, c'est tout ce droit qui peut ainsi passer sous contrôle communautaire. Une abondante activité législative de la Communauté peut ici être constatée. Dans la proposition modifiée d'une cinquième directive basée sur 54, § 3, lettre g) le Conseil rappelle que "la coordination des législations relatives aux sociétés anonymes a été jugée prioritaire en raison de leur importance relative dans le domaine des activités économiques transnationales". Y. Guyon précise les intérêts de cette coordination communautaire des droits nationaux dans ce domaine: "Les tiers qui traitent avec une société dont le siège est situé dans un des États membres, doivent être en mesure de connaître aisément les garanties offertes par son statut, les limites éventuelles des pouvoirs de ses représentants légaux, la fiabilité de ses comptes, etc. Les droits des tiers et des créanciers sociaux constituent par conséquent l'un des thèmes majeurs du droit communautaire des sociétés. Mais une coordination est tout aussi souhaitable du point de vue des sociétés elles-mêmes. A partir du moment où celles-ci se trouvent en compétition sur un marché unique, leur statut juridique doit être comparable, car le maintien de différences trop marquées entraînerait des discriminations qui fausseraient le jeu de la concurrence. Enfin l'intérêt des associés ne doit pas non plus être oublié, qu'il s'agisse de majoritaires ou de minoritaires, d'associés d'une société isolée ou d'une société faisant partie d'un groupe. Tous doivent être suffisamment informés et en mesure de contrôler, plus ou moins étroitement, les décisions essentielles des dirigeants".³ Mais en réalité cette réglementation communautaire (complétée par la recherche d'une réglementation d'une société européenne), allant au-delà du texte et bien accueillie par les professionnels s'explique par certains caractères du droit des sociétés: le droit des sociétés est un droit que l'on peut assez facilement isoler du reste du système juridique, l'harmonisation ne conduit pas à toucher aux

³ La coordination communautaire du droit français des sociétés, *R.T.D.E.*, 26, 1990, pp. 241 s.

concepts juridiques de base. L'harmonisation est d'autant plus facilitée que le long passé de relations économiques transnationales a déjà conduit à une harmonisation naturelle et que, par ailleurs, il s'agit de coordonner des droits en pleine évolution où l'intervention communautaire se réalise en interaction constante avec le droit national.⁴ La volonté prétendue d'égalisation des conditions de concurrence sur le marché commun n'explique pas en réalité ce qui se passe, d'autant plus que les différences de législations en la matière ont peu d'incidences sur le choix de la localisation des entreprises. La coordination du droit des sociétés par la Communauté prend les allures d'une oeuvre de rationalisation du droit.

La comparaison de la politique de rapprochement en matière de droit des sociétés et en matière de droit fiscal (y compris la fiscalité des entreprises) est très intéressante pour faire apparaître les facteurs de l'harmonisation communautaire. A la différence des divergences dans les législations du droit des sociétés, les divergences en matière fiscale sont déterminantes pour les choix de localisation des entreprises qu'il s'agisse de la fiscalité des entreprises ou de la fiscalité indirecte. Pourtant en matière fiscale, l'harmonisation est loin d'être aussi avancée qu'en matière de droit des sociétés. C'est que l'harmonisation fiscale exige l'unanimité. Surtout, elle est beaucoup plus difficile à réaliser: les législations fiscales sont beaucoup plus divergentes entre les douze États membres que les législations en matière de droit des sociétés. De plus, les systèmes fiscaux constituent des ensembles au sein desquels il est difficile de retrancher une sous-partie pour l'harmoniser. Enfin on peut observer que de lui-même l'établissement du marché commun provoque dès lors que les barrières entre États membres sont tombées une relative convergence des systèmes. Une harmonisation minimum peut donc suffire pour accompagner cette harmonisation par le marché. La politique de rapprochement porte essentiellement sur les dispositions qui font obstacle ou freinent les échanges. Par exemple en matière d'imposition des entreprises, la Communauté s'est attachée en priorité aux éléments qui freinent les relations économiques transfrontalières. La double imposition des dividendes distribués par une filiale établie dans un État membre différent de la société mère a été éliminée. L'harmonisation complète n'est plus considérée comme un préalable à la libération des échanges. L'échec de l'harmonisation de la fiscalité de l'épargne n'a pas empêché la libération des mouvements de capitaux. La recherche de l'harmonisation des taux de TVA a pour objet de faire tomber les

⁴ Voir sur ce point Michel Germain, rapport colloque CEDECE, octobre 1992 à paraître, *Economica*, Paris 1993.

barrières fiscales aux échanges et l'échec de l'harmonisation n'a pas empêché de progresser, selon un système qui pose des garanties minimum pour les États membres, dans l'élimination des barrières fiscales.

Si l'on fait un court bilan de ces exemples dans les domaines principaux où l'harmonisation a joué on est frappé de voir que l'harmonisation est principalement destinée à faire tomber les barrières aux échanges qui résulteraient soit de la divergence des règles nationales (exemple des normes de produit), soit de leur insuffisante coordination, soit de leur insuffisante garantie de libération des échanges (cas des marchés publics). La recherche de l'égalisation des conditions de concurrence ne joue pas un rôle moteur dans la politique d'harmonisation. Le domaine où elle est supposée expliquer le mieux le rapprochement, celui du droit des sociétés, est le domaine où paradoxalement les législations sont les plus proches et surtout les plus faciles à rapprocher et où les divergences ne sont pas des facteurs de délocalisation.

Cette analyse condamne la thèse selon laquelle l'article 100 est un instrument de la politique de concurrence destiné à l'égalisation des conditions de concurrence sur le marché commun.

Il y a d'ailleurs dans le traité un article spécifique au problème de l'égalisation des conditions de concurrence, l'article 101 qui dispose: "Au cas où la Commission constate qu'une disparité existant entre les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres fausse les conditions de concurrence sur le marché commun et provoque, de ce fait, une distorsion qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les États membres intéressés (alinéa 1). Si cette consultation n'aboutit pas à un nouvel accord éliminant la distorsion en cause, le Conseil arrête, sur proposition de la Commission, les directives nécessaires à cette fin, statuant à l'unanimité pendant la première étape et à la majorité qualifiée par la suite. La Commission et le Conseil peuvent prendre toutes autres mesures prévues par le présent traité (alinéa 2)". Cet article (complété par l'article 102) a été très peu utilisé et n'a jamais, à ma connaissance, donné lieu à des mesures contraignantes pour les États. On doit donc se reporter pour sa philosophie au rapport Spaak (1956) qui précise ce qu'il faut entendre par disparité qui fausse les conditions de concurrence et provoque de ce fait une distorsion. La distorsion est celle qui apparaît lorsqu'une branche ou un secteur d'activité sont dans un pays, soumis à un traitement différent (avantageux ou désavantageux) par rapport au

régime économique général, traitement différent qui ne se retrouve pas dans les autres États membres pour la même branche ou le même secteur. Cette approche conduit à écarter du jeu de l'article 101 les distorsions générales (telles que celles que peuvent engendrer des différences dans les charges sociales, les impôts sur les sociétés) partant du principe que ces conditions globalement différentes font partie, au même titre que les conditions naturelles, des éléments du coût de production, dont l'ensemble se traduit par le niveau des prix et par les termes d'échanges, eux-mêmes se reflétant finalement dans les rapports de change entre monnaies.⁵

Mais dans un système de taux de change fixe, puis de monnaie unique cette analyse tient-elle toujours? Cela n'est sans doute plus le cas. Mais la correction des différences de législations pourrait alors être intégrée dans la compétence communautaire au titre de la coordination des politiques économiques et non plus au titre du rapprochement des législations.

2. Sur l'applicabilité du principe de subsidiarité aux compétences législatives exercées au titre du rapprochement des législations

Dans l'ensemble comme on vient de le rappeler l'exercice des compétences communautaires reste empreint de réserve. Quelles sont les garanties qu'il en sera ainsi demain et que, au nom de l'égalisation des conditions de concurrence, la Communauté ne va pas intervenir plus souvent dans de nouveaux domaines du droit? Il y a la garantie des majorités qualifiées voire de l'unanimité dans certains cas, garantie importante mais qui comporte des failles qui seront analysées plus loin. Il pourrait y avoir une garantie plus juridique, qui tiendrait à l'application du principe de subsidiarité.

On sait que le principe de subsidiarité peut être un principe constituant, c'est-à-dire un principe régulateur de l'attribution des compétences respectives de la Communauté et des États membres. Il pourrait à l'avenir jouer un rôle important dans la recherche d'une constitution européenne. Nous n'envisageons pas le principe de subsidiarité sous cet angle, mais tel qu'il figure dans le traité sur l'Union européenne, c'est-à-dire comme un principe régulateur de l'exercice des compétences partagées reçues par la

⁵ Voir sur ces points la présentation faite par P. Leleux, *Le rapprochement des législations dans la C.E.E.*, *Cahiers de droit européen*, 1968, pp. 144-146.

Communauté.⁶ Le principe de subsidiarité ne permet l'exercice par la Communauté de ses compétences que lorsque celui-ci est *nécessaire* à la satisfaction des objectifs pour lesquels la Communauté a été instituée. Selon ce principe l'action de la Communauté serait subsidiaire en ce sens qu'elle n'interviendrait que là où dans la réalisation des objectifs du traité elle serait seule à pouvoir intervenir *efficacement*. Le principe de subsidiarité permettrait ainsi un contrôle de la nécessité de l'action de la Communauté. Il faudrait le distinguer du principe de proportionnalité qui ne viserait que l'intensité de l'action engagée.

Le principe de subsidiarité aurait été selon certains auteurs implicitement contenu dans les dispositions initiales des traités CEE et CECA, notamment dans les dispositions de l'article 235 du traité CEE qui ne prévoit l'action de la Communauté que lorsqu'elle "*apparaît nécessaire*". Le principe a été inscrit expressément dans le traité CEE par l'Acte Unique à l'article 130 R relatif à l'action de la Communauté en matière d'environnement. Le § 3 de cet article dispose que "la Communauté agit en matière d'environnement dans la mesure où les objectifs visés au §1 peuvent être mieux réalisés au niveau communautaire qu'au niveau des États membres pris isolément".

Le principe de subsidiarité va devenir un principe général du droit communautaire dans le traité sur l'Union européenne, consacré à la fois dans le préambule, dans les dispositions générales du traité (article B) et comme principe directeur du traité instituant la Communauté européenne (article 3B nouveau du traité instituant la CE). Selon le préambule le principe de subsidiarité est lié à la volonté d'une prise de décision le plus près possible des citoyens. Selon l'article 3 B du traité instituant la CE (alinéa 2) "dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire". Tel qu'il est inscrit à l'article 3 B le principe de subsidiarité est justiciable de la compétence de la CJCE (article L du traité sur l'Union européenne). On peut douter qu'il puisse se voir recon-

⁶ Cette distinction entre subsidiarité comme principe constituant et subsidiarité comme principe régulateur des compétences doit être largement atténuée cependant lorsque les compétences attribuées à la Communauté sont des compétences quasi constituantes comme celle de l'article 235 du traité CEE.

naître un effet direct. Mais il pourrait être invoqué soit dans un recours en annulation contre un acte des Communautés soit, pourquoi pas, dans un recours en carence. Le point clef résidera évidemment dans l'étendue du contrôle juridictionnel, la plupart des auteurs pensant que la Cour devrait se borner à exercer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Le principe de subsidiarité ne jouera que dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de la Communauté. Mais, comme la Commission le reconnaît (communication au Conseil et au Parlement européen sur le principe de subsidiarité, *Agence Europe*, 30 octobre 1992, n° 1804/05, et *Bull. CE* 1992-10, point 1.1.4.), il n'existe pas de frontière clairement établie entre compétences exclusives et compétences partagées. Les compétences exclusives correspondent à des domaines où les États membres sont dessaisis du droit d'intervenir unilatéralement et pour lesquels la Communauté a une obligation d'agir. La Cour a reconnu cette compétence exclusive en matière de politique commerciale commune (article 113 du traité CEE). L'action unilatérale des États est inconcevable dans ce domaine. De même la Cour a jugé que la Communauté avait une compétence exclusive pour prendre des mesures de conservation des ressources biologiques de la mer à compter du 1er janvier 1979. L'existence d'une compétence exclusive ne signifie pas que les États ne peuvent agir, mais seulement qu'ils ne peuvent pas le faire unilatéralement c'est-à-dire sans l'accord de la Communauté. Ainsi devant la carence du Conseil les mesures de conservation nationales des ressources biologiques de la mer continuent de s'appliquer et les États membres peuvent même leur apporter des adaptations, mais ils n'exercent plus une compétence propre; ne pouvant désormais agir que dans le cadre nouveau caractérisé par la compétence exclusive de la Communauté que comme gestionnaire de l'intérêt commun ils doivent au préalable non seulement consulter mais encore obtenir l'accord de la Commission (CJCE 5 mai 1981, *Com c/ Royaume-Uni*, aff. 804/79, Rec. 1045).⁷

Il est important de bien distinguer compétence exclusive et primauté. Il y a compétence exclusive parce que le traité dessaisit les États (même en l'absence d'intervention de la Communauté) et non parce que la Communauté étant intervenue les États ne peuvent prendre de mesures contraires ou incompatibles.

⁷ Sur ces points, voir G. Isaac, *Droit communautaire général*, Masson, 1992, p. 41.

seraient justifiées par l'utilité d'égaliser les conditions de concurrence ou par la dimension communautaire de la matière (droit des sociétés) entrent naturellement dans le cadre du principe de subsidiarité et les discussions sur l'intervention de la Communauté pourraient être éclairées par l'introduction des concepts qui suivront l'explication de ce principe.

Le principe de subsidiarité, avons-nous dit, concerne le contrôle de la nécessité de l'action de la Communauté. Nous donne-t-il des indications sur les facteurs à prendre en compte pour juger de cette nécessité? L'article 3 B du traité instituant la C.E. souligne deux éléments: les *dimensions* et les *effets* de l'action envisagée. La Commission (communication précitée) en fait la lecture suivante. "Cela implique qu'il convient d'examiner: l'existence de moyens disponibles par les États membres, y compris sur le plan financier, pour atteindre les objectifs; ce sera le *test d'efficacité comparative*; l'évaluation de l'efficacité de l'action communautaire, taille, problèmes transfrontaliers, coût de l'inaction, masse critique, etc. ...; ce sera le *test de la valeur ajoutée*. Il est cependant clair que, dans le domaine assez vaste des compétences partagées, l'appréciation de la nécessité de l'action communautaire ne peut être la même. Ni les objectifs fixés à la Communauté, ni les instruments mis à la disposition des Institutions pour les atteindre ne sont uniformes".

Il nous semble que le principe de subsidiarité renvoie très largement à ces critères économiques qui ont été souvent explorés dans le cadre de l'analyse économique des institutions. Celle-ci nous paraît utile à présenter, même rapidement.

3. Les leçons de l'analyse économique des institutions

L'analyse économique des institutions s'inscrit parfaitement dans la théorie de la subsidiarité puisqu'elle propose une préférence pour un processus politique décentralisé et que ce n'est que dans certaines situations particulières où les coûts de la décentralisation sont plus élevés que ses avantages qu'elle recommande une attribution de compétences ou un exercice des compétences à un niveau plus élevé.

Une remarque préliminaire doit être faite. L'analyse économique des institutions part d'un principe normatif d'efficacité qui n'est pas nécessairement identique au principe

La Commission estime (communication précitée sur le principe de subsidiarité) que les obligations d'agir en liaison avec la réalisation du marché intérieur et des politiques communes en matière agricole et des transports relèvent de la compétence exclusive. "Historiquement, la notion de compétence exclusive s'est développée, tout d'abord, à partir de l'obligation de réaliser le marché commun (...). C'est en ce sens que l'on peut parler d'une véritable obligation de résultat à partir de laquelle s'est constitué sur le double plan de l'histoire et des décisions de la Cour de Justice, le bloc des compétences exclusives organisé autour des quatre libertés fondamentales et de certaines politiques communes indispensables à l'établissement du marché intérieur ou corollaires de celui-ci".

Il me semble que cette analyse confond, ce que la Commission souhaite par ailleurs ne pas faire, compétence exclusive et obligation d'agir. La Cour de justice a été souvent amenée à juger que dans les matières qui intéressent la libre circulation des marchandises et des services, en l'absence d'intervention ou d'harmonisation des législations par la Communauté, les États restaient compétents (sous réserve de ne pas violer les dispositions du traité) pour prendre les mesures qu'ils estimeraient nécessaires pour atteindre des exigences impératives d'intérêt général. Cette compétence étatique s'exerce bien sûr sous un contrôle étroit de la Cour de justice; mais le contrôle de la Cour ne peut signifier que les États ont perdu leur compétence propre et qu'ils agissent sur habilitation de la Communauté.

Ce qui est vrai c'est que le principe de subsidiarité ne peut jouer que de façon originale dès lors qu'il s'agit de prendre des mesures nécessaires pour l'établissement ou le fonctionnement du marché commun: presque par définition de telles mesures sont justifiées. On peut se demander à quoi peut servir le principe de subsidiarité. Le domaine de ce dernier serait concentré sur les mesures d'accompagnement du marché commun faites pour réaliser les objectifs de l'Union *dans* le fonctionnement seulement du marché commun comme le dit l'article 235 et non pas *pour* le fonctionnement de ce marché commun.

Il nous semble cependant que ce principe pourrait permettre aussi de mieux régler l'exercice des compétences au titre des articles 100, 100 A ou 54, § 3 lettre g) ou 99 du traité CE en dehors des cas où l'intervention de la Communauté a pour objet de faire tomber une barrière aux échanges: alors ce simple objet suffit à justifier la nécessité de son intervention. La problématique esquissée plus haut des interventions qui

d'efficacité auquel renvoie le principe de subsidiarité. Dans l'analyse économique des institutions la notion d'efficacité peut être utilisée de façon différente. Elle peut être utilisée à un niveau d'imprécision assez grand en faisant référence simplement à un bilan coûts / avantages et alors on est proche de la notion qui peut être retenue par le droit communautaire. Elle est parfois utilisée de façon plus précise et calculée en terme de maximisation des préférences individuelles et il n'y a aucune raison de penser que cette notion est consacrée par le traité CEE.

Un rappel des avantages que l'analyse économique voit dans la décentralisation est essentiel pour bien marquer que les facteurs de centralisation doivent être interprétés très strictement. Le théorème de décentralisation (de Oates) montre qu'une procédure de décentralisation a toutes les chances, en tous cas devant certaines politiques qui divisent les citoyens en fonction de critères culturels, géographiques, linguistiques, climatiques, historiques d'augmenter la satisfaction collective entendue en termes économiques comme la maximisation des préférences individuelles. La maximisation des préférences se réalise dès lors que les groupes inférieurs (par exemple les États membres de la Communauté) sont plus homogènes (au regard des facteurs de clivages) que le groupe plus large (dans le même exemple la Communauté elle-même). Le théorème joue particulièrement pour les politiques sociales (éducation, sécurité sociale), la politique environnementale, les bases du système fiscal et plus généralement les politiques redistributives.

Le théorème de décentralisation est renforcé par le modèle de Tiebout qui a montré que la décentralisation était un moyen de porter partiellement remède, dès lors qu'il y avait un *minimum de mobilité des citoyens entre les collectivités décentralisées* au problème de la recherche de l'efficacité dans la production des biens publics financés par l'impôt. Les biens publics sont des biens consommés collectivement et qui ne peuvent pas faire l'objet d'exclusion. Les consommateurs de ces biens ont intérêt à ne pas révéler leurs préférences pour ce type de biens en espérant en bénéficier sans avoir à les payer. Les pouvoirs publics qui les produisent et les financent par l'impôt ne savent pas exactement à quel niveau les produire et comment en répartir la charge. La décentralisation permet la révélation des préférences des citoyens qui se déplacent entre les collectivités qui offrent les paquets de biens publics qui ont leur préférence. Le modèle de Tiebout me paraît avoir une importance considérable alors que souvent la mobilité des citoyens est présentée comme un facteur d'effet externe des politiques publiques et un argument

en faveur d'une centralisation. Un travail important à réaliser serait de préciser les conditions de validité du modèle Tiébout.

La décentralisation offre d'autres avantages considérables. Alors même que les objectifs seraient identiques dans une grande collectivité comme la Communauté européenne (par exemple en matière de politique économique) la décentralisation permet d'expérimenter des solutions différentes et de mesurer celles qui ont le plus de succès. Il faudrait avoir une confiance aveugle dans la rationalité des hommes politiques pour négliger un tel élément. Il ne faut d'ailleurs pas craindre la relative concurrence entre entités décentralisatrices qui pourrait alors exister car cette concurrence pourrait être un facteur de pression sur les hommes politiques pour mener les bonnes politiques. La concurrence peut être une incitation à bien faire. La décentralisation offre également la chance de permettre de tenir compte d'informations plus nombreuses qui pourraient être ignorées au niveau central.⁸

Aussi le transfert de compétence vers les Communautés ou l'exercice par la Communauté de ses compétences partagées ne pourront-ils être justifiés, outre le cas où des barrières aux échanges doivent être démantelées, que dans des hypothèses où on peut faire la preuve des coûts importants de la décentralisation.

Les économistes analysent ces coûts autour de deux concepts pertinents: économie d'échelle (effet de taille) et effets externes ou effets de débordement.

Le concept d'économie d'échelle ou effet de taille fait référence à des situations de coûts moyens décroissants ou d'avantages apparaissant avec la taille. Le concept est difficile à manier en matière de politique étatique. Il peut s'appliquer aux coûts des entreprises en relation directe aux règles de droit. Une harmonisation des normes techniques permet aux entreprises de produire pour un marché plus vaste et donc de bénéficier d'économie d'échelle. Il peut s'appliquer aux coûts ou aux avantages des

⁸ Stefan Sinn, *The taming of Leviathan (Constitutional Political Economy*, vol. 3, 1992, n° 2, p. 191) écrit: "If a multitude of policy experiments takes place, it is more likely that the best policy package is discovered than if one harmonized policy package produced by a cartel of governments is implemented. It is hard to view the global fall of inflation rates in the 1970s which came about in an uncoordinated manner after the break-down of the monetary policy cartel of the Bretton Woods system as anything but a process of imitation of policies that had hitherto been thought to have been achievable only at the cost of high unemployment. Policy competition revealed the fallacy of the Philip curve argument".

administrations publiques elles-mêmes. Une centralisation de la décision peut diminuer les coûts de l'administration si ce sont des coûts fixes importants d'une politique comme celle de l'aide au développement. Une centralisation peut aussi bien accroître les avantages d'une politique à coûts identiques comme le fort effet de taille qui peut jouer dans des négociations internationales. D'ailleurs l'harmonisation de la politique commerciale de la Communauté est souvent présentée comme justifiée par un effet de taille.

Le concept d'effet externe vise des situations où les bénéfices ou les coûts d'une politique ne sont pas répercutés sur l'entité qui prend la décision. Klaus Gretschmann (colloque I.E.A.P., 1992) écrit "l'une des prémisses fondamentales de la théorie économique consiste à dire que l'efficacité veut que ceux qui génèrent les profits puissent en récolter les bénéfices et que ceux qui engendrent les coûts doivent les supporter. Dès que cette prémisse est violée, on parle d'"externalités". Dans tous les cas où une autorité déterminée produit soit des bénéfices dont peuvent profiter des personnes qui n'y ont pas contribué, soit des coûts que des non-résidents doivent supporter, les critères d'efficacité exigeront une consolidation des compétences".

On peut avoir un effet externe positif lorsqu'un État produit une politique dont les effets bénéfiques se répercutent dans d'autres États (politique de défense, politique économique); l'État peut être incité à ne pas produire cette politique à l'optimum puisqu'une partie des avantages lui échappe et parce qu'elle peut espérer bénéficier sans coûts des effets favorables des politiques similaires menées par les États voisins. Il peut s'agir d'effets externes négatifs lorsque les coûts d'une politique sont supportés partiellement par un autre État. On pourrait ainsi considérer que les délocalisations générées par une politique publique sont des effets de débordement.

De la même façon que la théorie des externalités sert à justifier sur le marché l'intervention de l'État, elle sert ici à justifier une centralisation ou une coordination centrale des politiques étatiques. Mais il faut, comme dans le cadre de la théorie du marché économique, se garder de mal employer le concept d'externalités.

Comme l'a montré R. Coase à propos des relations économiques privées, l'externalité pose un problème de droits. Dès qu'un droit a été attribué sur une ressource rare l'effet externe disparaît. De même dans les relations entre États ou dans les relations trans-

nationales peut-on parler aussi en termes de droits pour régler une partie des problèmes d'externalité (et sous réserve d'une autre notion qui serait celle de coûts de transaction). Par exemple si un État a mis en place de façon démocratique un système de redistribution il pourrait se voir reconnaître des droits sur ce système, c'est-à-dire se voir reconnaître le droit de faire payer l'entrée dans le système et se voir reconnaître le droit à une compensation pour ceux qui ayant bénéficié du système demandent à en sortir sans avoir apporté la contribution attendue en échange. La théorie des droits de propriété trouve ici un développement dans la théorie des clubs. Il est certain qu'une telle solution n'est pas acceptable en droit et notamment qu'elle porterait atteinte au principe de libre circulation des personnes qui est un principe fondateur du marché commun. Certaines solutions devraient être cherchées qui ne porteraient atteinte ni aux libertés publiques ni aux éléments fondamentaux du marché commun. En tous cas on veut montrer que la centralisation n'est pas une solution automatique, même en cas d'effets externes.

4. L'analyse économique du comportement des États. Les limites des garanties offertes par les règles de décision au sein de la Communauté

Il est impossible de dissocier l'étude des compétences communautaires des garanties qui sont offertes dans l'exercice de ces compétences. Aussi faut-il rappeler que l'importance des compétences législatives conférées à la Communauté par les articles 100 (et 235) du traité CEE est compensée par l'exigence de l'unanimité des États au sein du Conseil dans l'exercice de cette compétence. Si l'article 100 A abandonne la garantie de l'unanimité (et semble mettre fin au "compromis" de Luxembourg), c'est en échange de garanties accordées aux États membres minoritaires. L'Acte Unique permet à un État membre de maintenir en vigueur sa législation nationale pour satisfaire des exigences d'intérêt général liées à la protection du milieu du travail ou de l'environnement ou visées à l'article 36 du traité. Par ailleurs les dispositions de l'article 100 A ne s'appliquent pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés.⁹

⁹ Les compétences législatives sont entre les mains du Conseil. La Commission a seulement en principe un rôle d'initiative. L'article 90, §3, du traité CEE interprété par la Cour (notamment arrêt du 19 mars 1991, France c/ Commission) reconnaît à la Commission un véritable pouvoir

Mais l'unanimité n'est pas nécessairement une garantie contre une dérive centralisatrice. Les États membres ne sont pas les seuls concernés par la construction communautaire, mais aussi les individus et les entreprises. D'un point de vue théorique on peut imaginer que l'accord des États puisse se comparer à un cartel protégeant ses intérêts contre les intérêts que les individus et les entreprises peuvent obtenir sur le marché commun. Les États membres peuvent voir dans la centralisation ou dans un exercice du pouvoir au niveau communautaire "un moyen de se débarrasser de responsabilités impopulaires qui peuvent coûter cher en termes électoraux" (Klaus Gretschmann, Colloque I.E.A.P., sur la subsidiarité).

Le processus de décision en faveur d'une Union monétaire peut montrer la pertinence de ce type d'explication. Les arguments techniques en faveur d'une monnaie unique n'emportent pas une adhésion d'évidence. La libération de tous les mouvements de capitaux nécessaire à l'achèvement du marché intérieur rendait certes impossible le maintien de politiques économiques et monétaires autonomes mais seulement après que, par ailleurs, la Communauté ait fait le choix de taux de change fixes.

Mais le choix d'un système de change fixe entre monnaies européennes, puis d'une monnaie unique est un choix de grande ampleur qui peut engendrer d'importants coûts pour l'Europe. On empêche toute expérimentation de différentes politiques économiques alors même que l'histoire économique récente montre l'importance qu'a présentée dans le système monétaire international l'expérimentation de politique économique pour faire face à la crise économique. On perd les vertus d'une concurrence entre les États membres dans la recherche de bonnes politiques économiques alors même que par ailleurs les risques de la concurrence entre États, qui sont d'empêcher

législatif pour réglementer les relations des États membres avec leurs entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils ont accordé des droits spéciaux ou exclusifs. Certains ont pu craindre que cela ne bouleverse les équilibres institutionnels de la Communauté. Mais la Cour a elle-même été amenée à limiter ce pouvoir législatif à un objet limité puisque la Commission ne peut à l'aide de directives de l'article 90, §3, du traité que "préciser" les obligations qui découlent de l'article 90, §1. "L'article 90, §3, du traité confère à la Commission le pouvoir de préciser, de façon générale, par voie de directives, les obligations qui découlent du paragraphe 1 de cet article. La Commission met en oeuvre ce pouvoir lorsque, sans prendre en considération la situation particulière existant dans les différents États membres, elle concrétise les obligations qui s'imposent à ceux-ci en vertu du traité (...). L'étendue de ce pouvoir dépend de la portée des règles dont il s'agit d'assurer le respect" (point 17 et 21). Le pouvoir législatif de la Commission n'est donc qu'un pouvoir préventif destiné à empêcher les États membres à violer les dispositions du traité qui pourraient être sanctionnées par la Cour dans le cadre d'un recours en manquement.

les États de poursuivre leurs propres finalités, n'existent pas dans la mesure où l'on est partout d'accord sur les finalités d'une politique économique et monétaire. Il s'agit simplement de trouver les meilleurs moyens pour arriver à la stabilité des prix. Est-on bien certain qu'on y arrivera mieux par une politique centrale que par une mise en concurrence des politiques nationales dans un marché où les facteurs de production et les capitaux circulent librement? La concurrence entre politiques économiques et monétaires aurait pu être d'autant plus forte que l'Europe aurait pu étendre le système de reconnaissance mutuelle des normes à la monnaie en permettant à chaque citoyen de choisir la monnaie de son choix.

L'Europe a fait ici le choix de la centralisation. Au-delà des arguments techniques en faveur de cette solution on peut constater qu'elle correspond aussi à une solution favorable aux intérêts des responsables politiques nationaux. Dans le système de la concurrence des États membres les gouvernants conservent la responsabilité de leur politique monétaire et économique et cela pourrait les inciter à préférer cette solution. Mais il comporte pour eux de nombreuses contraintes qui leur enlèvent toute discrétion dans les décisions politiques tout en leur laissant devant leurs citoyens la responsabilité politique de la politique économique. La solution d'une monnaie unique et d'une centralisation les libère au contraire du risque de la responsabilité politique directe tout en leur laissant encore un certain jeu de pouvoir dans le cadre du système européen.¹⁰

La construction communautaire doit donc chercher d'autres garanties contre un processus de centralisation.

¹⁰ Voir sur ces points l'excellente analyse de Christian Aubin, *L'union monétaire européenne: une approche politico-économique*, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, n° 367, avril 1993.