

LE PARADIGME DE LA CROISSANCE EN DROIT PUBLIC

LE PARADIGME DE LA CROISSANCE EN DROIT PUBLIC

Sous la direction scientifique de

Véronique Coq

Maître de conférences en droit public
Université Sorbonne Paris Nord

Hugo Devillers

Maître de conférences en droit public
Université Sorbonne Paris Nord

Maxence Chambon

Maître de conférences en droit public
Université de Cergy-Pontoise



© LexisNexis SA
141, rue de Javel – 75015 Paris

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement soit aujourd'hui menacée.

© LexisNexis SA, 2022

Siège social : 141, rue de Javel - 75015 Paris

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le **résultat** des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite. LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

ISBN 978-2-7110-3673-8

Liste des auteurs

Contributions :

Antoine BAILLEUX

Professeur à l'Université Saint-Louis, Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

Rémi BAUDOUÏ

Professeur, Université de Genève

Docteur en urbanisme de l'Institut d'urbanisme de Paris

Docteur en sciences politiques de l'Institut d'études politiques de Paris

Professeur au département de science politique et relations internationales de l'Université de Genève

Rémi BEAU

Chargé de recherche en philosophie au CNRS (IEES-Paris, Sorbonne Université)

Fabien BOTTINI

Professeur de droit public, Université du Maine

Membre Sénior de l'Institut Universitaire de France

Membre du Thémis-UM

Membre associé du LexFEIM

Jacques CAILLOSSE

Professeur émérite en droit public

Anne CAMMILLERI

Professeure des Universités, Université Sorbonne Paris Nord

Co-directrice du Master Droit des activités numériques, Université Sorbonne Paris Nord

Co-directrice du Master Sécurité Défense et Intelligence Stratégique, Sciences Po Rennes

Julien CAZALA

Professeur des Universités en droit public

Codirecteur de l'IDPS

Université Sorbonne Paris Nord

Maxence CHAMBON

Maître de conférences en droit public, Université de Cergy-Pontoise

David CHARBONNEL

Maître de conférences en droit public, Université de Limoges, OMIJ

Jérôme CHARPENTIER

Maître de conférences en droit public, IRENEE (EA 3961), Université de Lorraine

Catherine COLARD-FABREGOULE

Maître de conférences (HDR), Université Sorbonne Paris Nord

Membre de l'IDPS

Philippe COLEMAN

Maître de conférences en droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Véronique COQ

Maître de conférences en droit public, Université Sorbonne Paris Nord

Edern DE BARROS

Doctorant en histoire du droit, Université Sorbonne Paris Nord

Stéphane DE LA ROSA

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC), Chaire Jean Monnet, Directeur du laboratoire MIL

Hugo DEVILLERS

Maître de conférences en droit public, Université Sorbonne Paris Nord

Olivier DUSSAUGE

Doctorant, Aspirant FRS-FNRS, Université Saint-Louis, Bruxelles

Bernard FELTZ

Professeur ordinaire émérite, Université catholique de Louvain, Institut supérieur de philosophie (ISP)

Laurent FONBAUSTIER

Professeur de droit public, Université Paris-Saclay

Florence JANY-CATRICE

Professeur d'économie, Université de Lille

Franck LAFFAILLE

Professeur de droit public, Faculté de droit de Villeteuse (IDPS), Sorbonne-Paris-Nord

Mehdi LAHOUAZI

*Maître de conférences en droit public, Université de Strasbourg
Institut de recherches Carré de Malberg*

Aïda MANOUGUIAN

*Docteur en droit public, Enseignant-chercheur contractuel
Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines*

Dominique MÉDA

Professeur de sociologie, Université Paris-Dauphine

Marianne MOLINER-DUBOST

*Maître de conférences (HDR) en droit public
Co-directrice du Master Droit global du changement climatique
Faculté de Droit, Équipe de droit public (EDPL-IEA-EA666)
Université Jean-Moulin – Lyon III*

Baptiste RAPPIN

*Maître de conférences HDR, IAE de Metz (Université de Lorraine)
Laboratoire Écritures (EA 3943)*

Charles REIPLINGER

*Maître de conférences HDR en droit public
Membre de l'Institut de droit public et de sciences politiques, Université Sorbonne
Paris Nord*

Norman VANDER PUTTEN

*Doctorant à l'Université Saint-Louis, Bruxelles
Aspirant au Fonds national de la recherche scientifique (FRS-FNRS)*

Direction scientifique :

Véronique COQ

Maître de conférences en droit public, Université Sorbonne Paris Nord

Hugo DEVILLERS

Maître de conférences en droit public, Université Sorbonne Paris Nord

Maxence CHAMBON

Maître de conférences en droit public, Université de Cergy-Pontoise

Sommaire

Liste des auteurs	VII
Avant-propos par Jacques CAILLOSSE.....	XIII
Propos introductifs par Véronique COQ.....	1

PREMIÈRE PARTIE

EXISTENCE

Aïda MANOUGUIAN, <i>Doctrine juridique et droit en transition</i>	15
Edern DE BARROS, <i>À l'origine du paradigme de la croissance : la physiocratie</i>	25
Baptiste RAPPIN, <i>Les fondements philosophiques de la croissance : regard sur les conditions de possibilité spatio-temporelles du progrès</i>	37
Stéphane DE LA ROSA, <i>La porosité du droit de l'Union aux théories de la croissance</i>	49
Fabien BOTTINI, <i>La croissance économique, fondement du droit public (français) depuis les chocs pétroliers des années 1970</i>	63
David CHARBONNEL, <i>L'influence du paradigme de la croissance sur le régime de service public</i>	77
Philippe COLEMAN, <i>Droit de la régulation et croissance économique</i>	87
Anne CAMMILLERI, <i>La puissance du marché unique</i>	97
Charles REIPLINGER, <i>Usque non ascendet ? La croissance de la croissance globale des dépenses militaires des États (1998-2022)</i>	107

DEUXIÈME PARTIE

DÉPASSEMENT

Florence JANY-CATRICE et Dominique MÉDA, <i>La croissance économique est-elle possible et soutenable ?</i>	121
Maxence CHAMBON, <i>Le constitutionnalisme sociétal ou la croissance comme motif de prétention politique des entreprises</i>	133
Franck LAFFAILLE, <i>Paradigme de croissance, buen vivir et Pacha Mama. Desperately seeking model</i>	147
Norman VANDER PUTTEN, <i>Les usages juridiques du PIB</i>	161
Catherine COLARD-FABREGOULE, <i>Croissance, décroissance, dogmes et discours altermondialistes et décroissants en marge des institutions économiques internationales</i>	171
Marianne MOLINER-DUBOST, <i>La croissance verte : de la modernisation écologique de l'économie à la modernisation du droit de l'environnement</i>	187
Véronique COQ, <i>La commande publique « verte » : réelle avancée éthique ou greenwashing normatif ?</i>	199

TROISIÈME PARTIE
RECONSTRUCTION

Antoine BAILLEUX, <i>Penser en juriste la prospérité sans croissance.</i>	
<i>Les promesses du droit en transition</i>	211
Bernard FELTZ, <i>Dimensions éthiques de la transition écologique</i>	221
Rémi BEAU, <i>La justice pour les autres qu'humains dans une société post-croissance</i>	233
Julien CAZALA, <i>La contribution au développement économique de l'État hôte</i>	243
Mehdi LAHOUAZI, <i>La naissance d'un droit public de l'arbitrage commercial international ou la prise en compte des intérêts publics dans la justice privée</i>	255
Hugo DEVILLERS, <i>Les nouvelles orientations de la gestion patrimoniale publique</i>	265
Rémi BAUDOUÏ, <i>Prolégomènes pour penser la ville conviviale</i>	275
Olivier DUSSAUGE, <i>L'hypothèse d'une montée en puissance des initiatives de « subsidiarité économique » au sein du marché intérieur</i>	285
Jérôme CHARPENTIER, <i>Croissance et finances publiques : regards croisés</i>	303
Laurent FONBAUSTIER, <i>Propos conclusifs</i>	315

Avant-propos

à venir

L'hypothèse d'une montée en puissance des initiatives de « subsidiarité économique » au sein du marché intérieur

Olivier DUSSAUGE

*Doctorant, Aspirant FRS-FNRS
Université Saint-Louis, Bruxelles⁽¹⁾*

Le marché intérieur de l'Union européenne (UE) est un espace économique dont les attributs sont la liberté de circulation des produits (les biens comme les services) et des facteurs de production (les personnes naturelles et morales et les capitaux), la concurrence des opérateurs économiques entre eux et la cohésion des territoires nationaux et infranationaux ainsi fusionnés. L'organisation des éléments de cet idéal a une source directe dans le rapport des chefs de délégation aux ministres des Affaires étrangères du 21 avril 1956, publié par le secrétariat du Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine et placé sous la présidence de Paul-Henri Spaak, et a été traduite juridiquement dans le traité de Rome du 25 mars 1957. Il se fonde sur une idée particulière du bonheur humain, la possession de biens matériels, qu'exprime à la première phase de son introduction le rapport Spaak : « un marché (...) constituant une puissante unité de production, et permettant une expansion continue, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie ». Poursuivant, le rapport précise que la « force d'un vaste marché, c'est de concilier la production de masse et l'absence de monopole ». Cette conception singulière du bonheur est reprise dans les préambules des traités établissant une union des peuples européens, de Rome où les États déclarent « avoir pour but essentiel l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples » à Lisbonne où l'Union « œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée ».

Il existe une continuité et une rupture entre le début de l'établissement du marché commun et le marché intérieur tel qu'il existe aujourd'hui : la continuité est le moyen de la croissance économique comme permettant le bonheur humain ; la rupture est la prise en compte des limites du métabolisme planétaire au sein duquel s'inscrit l'activité humaine. Aussi, le marché intérieur se fonde toujours sur la croissance économique, mais son développement se limite aux barrières naturelles.

(1) Doctorant à l'USL-B, bénéficiaire d'une bourse PDR-FNRS, je travaille sur le droit du marché intérieur de l'Union européenne, la constitution économique de l'Europe et les initiatives citoyennes visant à transformer l'espace marchand pour l'ajuster au métabolisme planétaire.

Le paradigme s'entend de l'arrière-pensée située au cœur des théories qui agit tel un « souverain souterrain » c'est-à-dire qui détermine les catégories maîtresses de l'intelligibilité, les principales opérations logiques et l'organisation des idées dominantes⁽²⁾. De ce fait, le paradigme gouverne en partie la raison des individus. À ce titre, les catégories d'humanité, de bonheur et de biens matériels sont associées étroitement et commandent à l'idéologie selon laquelle la croissance économique assure le bonheur humain. Situé au noyau du marché intérieur, le paradigme de la croissance affecte l'ensemble de la production normative de l'Union, tant ses textes législatifs que l'interprétation qu'il en est donné.

Il conviendra d'observer les effets du paradigme croissanciel sur l'activité juridique de l'UE relative à l'établissement et à la conservation du marché intérieur, effets qui renforcent les opportunités nouvelles des agents économiques de se développer (I). Puis, il s'agira d'interroger « l'efficace du marché intérieur » lorsqu'en son sein des acteurs souhaitent ne pas obéir à l'arrière-pensée dominante et agir selon d'autres modalités d'action économique. Enfin, il sera nécessaire de proposer un principe de justice qui sache arbitrer justement la compétition des entités économiques au sein du marché intérieur (II).

I. – Les effets du paradigme sur l'activité juridique de l'Union

Le marché intérieur est le fruit d'un accord politique entre les États membres ; aussi, s'il existe une fusion des espaces marchands, ceux-ci se superposent aux territoires politiques nationaux (et aux autres sphères du corps social tel le domaine culturel, linguistique, etc.) sans s'y confondre, mais en s'y inscrivant nouvellement. La tension entre un vaste espace économique et des territoires politiques morcelés, bien qu'en voie d'intégration, provoque des réactions spontanées et parfois contradictoires parmi les acteurs en présence : les États membres continueront de régler les affaires économiques en fonction du logiciel national uniquement, sans prise en compte des effets sur les situations économiques non nationales ; les entités économiques saisiront les opportunités nouvelles de conquête des marchés extranationaux ou bien elles décideront de limiter leur activité à la sphère nationale ou locale ; elles pourront aussi s'accorder entre elles à conserver leur marché respectif ou, pour les plus puissantes, à entraver malicieusement l'accès ou le développement de leurs concurrentes.

Il est possible de considérer les entités qui travaillent au sein du marché intérieur comme des points d'inscription de droits et de devoirs particuliers, à échelle variable, qui assurent le fonctionnement de celui-ci⁽³⁾. Ainsi, les États s'engagent à respecter la circulation des produits et des facteurs de production, dans une certaine mesure, et disposent d'une autonomie, exclusive ou en partage avec l'UE, pour régenter l'activité économique. Les opérateurs économiques sont libres d'exercer ou non leur droit de circuler au sein du marché intérieur et doivent agir de façon autonome lorsqu'ils décident de leur politique économique, sans s'entendre avec leurs concurrents et partenaires.

(2) E. Morin, *La méthode 5 – L'humanité de l'humanité*, Seuil, 2001, Index et définitions, p. 351-353.

(3) Y. Thomas, *Le sujet de droit, la personne et la nature – Sur la critique contemporaine du sujet de droit : Le Débat* 1998/3, n° 100, p. 85-107.

Nous savons que le marché intérieur est joué par trois attributs que l'on peut théoriquement qualifier d'espace libéré, d'espace concurrentiel et d'espace cohérent. L'organisation de ces trois instances génère un tissu économique complexe au sein duquel les entités économiques agissent à produire et à fournir des biens et des services en échange d'une rémunération. Il convient d'explorer ces attributs et de dévoiler par ce cheminement le « souverain souterrain » tapi au cœur du marché intérieur, roi qui gouverne, discrètement, l'élaboration et l'interprétation de ces normes juridiques (A). Par suite, il s'agira d'observer la teinte qu'a prise le tissu économique européen en fonction de l'activité de ses opérateurs. Ces derniers aussi semblent obéir au « souverain souterrain » et participent pleinement des caractéristiques du marché intérieur (B).

A. – Un espace libre (1°), concurrentiel (2°) et cohérent (3°)

L'activité politique des États membres a consisté à fusionner leurs marchés domestiques en un vaste ensemble tout en transférant, en partageant et en maintenant des compétences avec l'Union pour régler la qualité de la production, des échanges et de la distribution des produits économiques, ainsi que les modalités de circulation des facteurs de production. Lorsqu'ils s'activent à régir les affaires économiques, les États membres ont un devoir de neutralité vis-à-vis des opérateurs économiques : ils ne peuvent pas favoriser les entités économiques nationales ni la production nationale au détriment de leurs équivalents non nationaux. Le principe de non-discrimination est accompagné par le principe de concurrence des opérateurs économiques qui forment système avec le principe de cohésion de l'espace européen. L'interprétation de ces normes juridiques par la Cour de justice révèle en arrière-pensée le paradigme de la croissance : c'est en vue de favoriser l'expansion économique totale de l'Union que la Cour a accéléré l'interpénétration des économies nationales et, *in fine*, d'assurer le rapprochement des peuples européens en l'enracinant dans le bonheur matériel.

1° Un espace libéré

La Cour de justice définit la notion de marché commun comme un objectif qui « vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur »⁽⁴⁾.

Afin de réaliser cet objectif, les États membres se sont historiquement engagés à supprimer les mesures nationales qui rendent plus difficiles l'importation et/ou la commercialisation des produits non nationaux sur le territoire que les produits nationaux. Ainsi, s'agissant des marchandises, la directive 66/683/CEE oblige les États à supprimer les mesures « qui interdisent l'utilisation totale ou partielle d'un produit importé ; qui imposent l'utilisation totale ou partielle d'un produit national ; qui subordonnent l'admission à un bénéfice, (...), à l'utilisation totale

(4) CJCE, 5 mai 1982, aff. 15/81, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV c/ Inspecteur des droits d'importation et des accises, de Roosendaal*, pt 33.

ou partielle d'un produit national »⁽⁵⁾. De même, la directive 70/50/CEE prescrit aux États d'éliminer « les mesures, autres que celles applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, qui font obstacle à des importations qui pourraient avoir lieu en leur absence, y compris celles qui rendent les importations plus difficiles ou onéreuses que l'écoulement de la production nationale »⁽⁶⁾. Les directives visent à éliminer des ensembles normatifs nationaux les mesures opérant une différence de traitement entre le national et le non-national. En outre, la directive 70/50/CEE vise aussi à supprimer « les mesures régissant la commercialisation des produits, (...), applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce. » Soit la mesure est « hors de proportion par rapport au résultat recherché », soit « le même objectif peut être atteint par un autre moyen qui entrave le moins les échanges. » Il est possible de lire en sous-texte la volonté du « souverain souterrain » de favoriser le développement économique en tant que tel puisque, prétextant du mouvement des marchandises tant sur le territoire national qu'en dehors de celui-ci, il est demandé à l'État membre de régler le commerce national de sorte à gêner le moins possible sa croissance.

La Cour de justice agit elle-même avec l'arrière-pensée paradigmatique. Le test employé par la Cour pour analyser les mesures nationales, dans le cadre du régime d'application des libertés de circulation, ne se limite pas à repérer celles qui opèrent une différence de traitement entre la production nationale et non nationale⁽⁷⁾. Il appréhende également les mesures indistinctement applicables dont les effets sur les échanges commerciaux, tant au sein des États membres qu'entre eux, vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé⁽⁸⁾. Le débat est bien connu des juristes de l'Union : quelle est la juste limite d'inspection des mesures nationales par la Cour dans le cadre du partage des compétences de réglementation économique entre les États membres et l'Union ? Mais il cache aussi le « souverain souterrain » : la croissance économique est favorisée en tant que telle par l'interprétation de la Cour puisque la circulation des produits économiques et des facteurs de production, circulation nationale et transnationale, doit être la moins entravée

(5) Comm. CE, dir. 66/683/CEE, 7 nov. 1966, portant élimination de toute différence de traitement entre les produits nationaux et les produits qui, en vertu des articles 9 et 10 du traité, doivent être admis à la libre circulation, en ce qui concerne les dispositions législatives, réglementaires et administratives qui interdisent l'utilisation desdits produits importés et qui imposent l'utilisation de produits nationaux ou qui subordonnent un bénéfice à cette utilisation : JO n° 220, 30 nov. 1966, p. 3748-3750, art. 1^{er}.

(6) Comm. CE, dir. 70/50/CEE, 22 déc. 1969, fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité CEE : JO n° L 13, 19 janv. 1970, p. 29-31, art. 2.1.

(7) Par ex., selon les termes de l'article 2.3.k) de la directive 70/50/CEE, les mesures qui « font obstacle à l'achat par des particuliers des seuls produits importés, ou incitent à l'achat des seuls produits nationaux ou imposent cet achat ou lui accordent une préférence » : V. CJCE, 24 nov. 1982, aff. 249/81, *Commission des Communautés européennes c/ Irlande*, pts 23 et 27-29. – CJCE, 25 avr. 1985, aff. 207/83, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, pts 17 et 20-21 et CJCE, 5 nov. 2002, aff. C-325/00, *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, pts 23-25.

(8) CJCE, 11 juill. 1974, aff. 8-74, *Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville*, pt 5. – CJCE, 20 févr. 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, pt 14. – CJCE, 24 nov. 1993, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, *Procédure pénale c/ Bernard Keck et Daniel Mithouard*, pt 16. – CJCE, 10 févr. 2009, aff. C-110/05, *Commission des Communautés européennes c/ République italienne*, pts 56-58.

possible afin de répondre à l'objectif du traité. L'intensification des flux de matière économique au sein de l'Union est corrélée à la croissance économique. L'un ne va pas sans l'autre ; aussi, agir en vue d'épauler la fluidité des échanges c'est encourager, *in fine*, la croissance au sein du marché intérieur.

En outre, la Cour se révèle particulièrement exigeante vis-à-vis du devoir des États membres d'assurer la libre circulation sur le territoire qu'ils régissent. Elle juge que le « traité ne distingue pas entre mesures qui peuvent être qualifiées de mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative selon le degré d'affectation du commerce entre États membres (...) même si l'entrave est faible et s'il existe d'autres possibilités d'écoulement des produits importés »⁽⁹⁾. Cette rigueur illustre la volonté de la Cour d'agir le plus favorablement possible en vue du décloisonnement des marchés nationaux, de la circulation des flux économiques et du développement du produit intérieur brut européen.

2° Un espace concurrentiel

Le terme de concurrence s'entend du fait pour des entités d'être en opposition dans la poursuite d'un même objectif. Le marché intérieur est un espace concurrentiel au sein duquel les entités économiques luttent pour offrir leur production aux consommateurs en échange d'une rémunération et ainsi assurer leur survie dans le temps. Il s'agit d'un processus dynamique dont les effets sont multiples : empêcher l'immobilisme économique et *a contrario* inciter à l'innovation marchande, assurer le développement économique général par la satisfaction de besoins élémentaires et la fabrication de nouveaux besoins, arbitrer les antagonismes d'intérêt entre les acteurs économiques. Sans ambages, la concurrence économique exemplifie le plus clairement le paradigme croissanciel.

Outre ses effets régulateurs, le droit de la concurrence a aussi servi d'outil de construction du marché intérieur. Les rédacteurs du rapport Spaak précisèrent que les règles de concurrence à destination des opérateurs économiques sont « nécessaires pour éviter que des doubles prix aient le même effet que des droits de douane, qu'un *dumping* mette en danger des productions économiquement saines, que la répartition des marchés se substitue à leur cloisonnement ». La Cour de justice jugea en ce sens également : « C'est ainsi que relèvent du domaine du droit communautaire toute entente et toute pratique susceptible de mettre en cause la liberté du commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre les États membres, notamment en cloisonnant les marchés nationaux ou en modifiant la structure de la concurrence dans le marché commun »⁽¹⁰⁾. Dès lors, l'inscription de l'objectif particulier de la concurrence au sein de l'objectif général de l'établissement du marché intérieur renforce l'attribut expansionniste de ce dernier, c'est-à-dire l'intensification des flux de matières et la croissance de l'activité économique générale de l'Union. Ce renforcement est d'autant

(9) CJCE, 1^{re} ch., 5 avr. 1984, aff. jtes 177 et 178/82, *Procédures pénales c/ Jan van de Haar et Kaveka de Meern BV*, pt 13.

(10) CJCE, 31 mai 1979, aff. 22/78, *Hugin Kassaregister AB et Hugin Cash Registers Ltd c/ Commission des Communautés européennes*, pt 17. V. aussi CJCE, 30 juin 1966, aff. 56-65, *Sté Technique Minière (L.T.M.) c/ Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, p. 359.

plus puissant que le processus concurrentiel favorise en lui-même le déploiement économique. Aussi, selon un processus d'entraînement réciproque, la concurrence nourrit les échanges intracommunautaires qui nourrissent la concurrence.

Le texte même du traité illustre le lien logique profond qui est fait par ses rédacteurs entre le domaine concurrentiel et la croissance économique : l'article 101.1.b) exemplifie une entente entre entités économiques susceptibles de fausser le jeu concurrentiel et d'affecter le commerce entre États membres qui consiste à « limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ». Cet exemple affirme en sous-texte le soubassement théorique selon lequel, dans un marché concurrentiel, la production doit être illimitée ainsi que l'invention de nouveaux besoins⁽¹¹⁾. Ce lien est explicite dans le rapport Spaak : « Les entreprises, au lieu de préserver des positions immobiles, sont soumises à une pression permanente pour investir en vue de développer la production, d'améliorer la qualité et de moderniser l'exploitation : il leur faut progresser pour se maintenir »⁽¹²⁾.

3° Un espace cohérent

Dès le traité de Rome, l'interpénétration des marchés nationaux, la libération des forces économiques et leur mise en concurrence ont été contrepesées par la promotion du développement harmonieux de l'espace européen ainsi réuni au moyen d'instruments de redistribution financière. Les auteurs du rapport Spaak affirmaient « qu'entre des régions inégalement développées il n'est pas vrai qu'une mise en communication subite permette d'elle-même aux moins favorisées de rattraper leur retard. C'est seulement si elles sont dotées, par une politique délibérée, de l'infrastructure nécessaire à leur développement, qu'elles bénéficieront à plein des différences de coût de main-d'œuvre, ou d'une plus grande productivité des investissements. De là l'importance des actions de développement régional et de création d'emploi sur place, qui seules éviteront d'accroître cumulativement l'écart entre les niveaux de production et entre les niveaux de vie des différentes régions ». Originellement, le domaine d'action de la Communauté été limité, d'une part, à « promouvoir (...) les facilités d'emploi et la mobilité géographique et professionnelle des travailleurs⁽¹³⁾ » et, d'autre part, à accompagner le secteur agricole afin « d'accroître la productivité de l'agriculture [et] d'assurer (...) un niveau de vie équitable à la population agricole⁽¹⁴⁾ ». Puis il s'est élargi à d'autres domaines d'action, régional et de cohésion, avant d'évoluer en une véritable compétence communautaire après l'adoption de l'Acte unique européen en 1986.

L'objectif politique consistant « à réduire l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions et le retard des régions les moins favorisées »⁽¹⁵⁾ s'inscrit dans l'objectif général d'approfondissement du marché intérieur et participe dès

(11) L'arrêt de la Cour (Gde ch.) du 14 novembre 2017 (aff. C-671/15, *Président de l'Autorité de la concurrence c/ Assoc. des producteurs vendeurs d'endives [APVE] e.a.*, pts 61-67) rappelle cette exigence tout en l'arbitrant avec les spécificités du secteur agricole dont le fonctionnement demande l'application d'un régime particulier de concurrence.

(12) Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, Rapport des Chefs de Délégation aux ministres des Affaires étrangères, Bruxelles, 21 avr. 1956, p. 14.

(13) Traité de Rome, art. 123.

(14) Traité de Rome, art. 39 et 40.4.

(15) TFUE, art. 174.

lors à l'intensification des flux de matière économique. Les ressources financières de l'Union, dégagées grâce au fonctionnement du marché, sont investies dans les éléments mêmes qui assurent le développement de celui-ci, que ce soit les individus endossant le rôle d'acteur économique ou les infrastructures permettant aux activités économiques de se déployer. Selon un processus de renforcement mutuel, la politique de cohésion alimente la croissance économique qui alimente la politique de cohésion.

La Cour de justice favorise elle-même la circulation des éléments économiques dans le cadre de l'interprétation qu'elle offre des normes juridiques traduisant la politique de cohésion. En effet, le droit de l'Union prévoit des règles spécifiques d'attribution des financements européens vers les régions européennes défavorisées – il s'agit du principe de territorialité des dépenses – afin de garantir que les fonds soient employés là où il existe un réel besoin et non qu'ils soient détournés vers une région déjà développée économiquement⁽¹⁶⁾. Un tribunal portugais posait la question de savoir s'il était possible pour les États membres de déroger au principe de territorialité des dépenses lorsqu'ils attribuent les fonds européens à des entités bénéficiaires qui se situent en dehors de la région éligible auxdits fonds, mais dont l'activité économique est dirigée vers cette dernière. La Cour rappelle que l'emploi des fonds « doit spécifiquement bénéficier aux régions » défavorisées, mais « que l'opérateur chargé de la mise en œuvre de l'investissement [ne] doi[t pas] nécessairement être établi dans la région à laquelle celui-ci est destiné. En outre, il ne résulte pas de ces textes que l'emploi des fonds doive, dans tous les cas, physiquement avoir lieu dans ladite région »⁽¹⁷⁾. L'argument qui soutient cette interprétation est le suivant : « L'intérêt de la région qui devrait bénéficier du cofinancement par l'Union est servi au mieux lorsque l'opérateur chargé de la mise en œuvre offre les meilleures garanties qualitatives et quantitatives pour mener à bien le projet. [Ainsi] l'intérêt de la région éligible est parfois tout aussi bien, voire mieux assuré lorsque l'investissement est mis en œuvre à partir d'une localité située en dehors du territoire de celle-ci »⁽¹⁸⁾. Autrement dit, afin d'assister au mieux le développement des régions défavorisées, il peut être plus efficace de faire appel aux entités économiques des régions développées pour accomplir cette mission. L'objectif de cohésion du territoire européen s'inscrit alors dans l'objectif de libre circulation des facteurs de production et fortifie ainsi, de façon réciproque, les échanges économiques au sein du marché intérieur.

B. – Les opportunités nouvelles des entités économiques

Il est possible de comprendre le marché intérieur comme une sphère juridique, dont les qualités sont la liberté, la concurrence et la cohésion, au sein de laquelle des entités économiques, qui sont autant de points d'imputation de droits et de devoirs

(16) S'agissant des fonds structurels et d'investissement européens, le principe est énoncé à l'article 70 du règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil : JO n° L 347, 20 déc. 2013, p. 320-469.

(17) CJUE, 3^e ch., 19 déc. 2012, aff. C-579/11, *Grande Área Metropolitana do Porto (GAMP) c/ Comissão Directiva do Programa Operacional Potencial Humano et a.*, pts 33-34.

(18) *Ibid.*, pts 35-36.

qui gouvernent leur comportement⁽¹⁹⁾, s'affrontent, collaborent et/ou s'ignorent. L'établissement d'un marché intérieur a augmenté la possibilité de choix des entités économiques nationales : choix de production, choix de consommation, choix de situation des activités de production et de consommation. L'attribut de liberté du marché fonde l'accroissement du choix économique. Plus il y a diversité de choix, plus la liberté de l'entité économique qui dispose des aptitudes et capacités à agir en vue de décider et d'accomplir ce choix est grande⁽²⁰⁾.

Ces libertés nouvelles s'accompagnent d'obligations inédites : respect de la liberté de circulation d'autrui, de la structure concurrentielle du marché, des réglementations de la production et de la consommation des biens et services (1°).

À l'instar des individus qui composent une société, les entités économiques forment le marché intérieur par les comportements économiques qu'elles adoptent et les relations qu'elles nouent entre elles ; et réciproquement, le marché intérieur normalise le comportement et les relations des entités économiques. Le tout s'analyse comme un processus complexe, dynamique et transformateur puisque l'action des éléments de l'ensemble forme par un certain aspect la structure de ce dernier qui norme en la transformant l'activité des éléments⁽²¹⁾. La texture du marché intérieur est la résultante dialogique⁽²²⁾ entre la teinte conférée par les opérateurs au tissu économique et la trame établie par les normes juridiques de l'Union européenne (2°).

1° Les droits et devoirs à géométrie variable des entités économiques

Les entités économiques bénéficient d'un certain nombre de droits, qui sont la traduction juridique des libertés économiques que les États membres et l'Union ont octroyées à leurs sujets, et sont assujetties à des devoirs spécifiques et corrélatifs à ce « surplus » de libertés. Ces droits et ces devoirs sont à géométrie variable et ne correspondent ni n'équivalent à ceux des États membres. Les caractères de l'autonomie d'un État sont différents de ceux des entités économiques. Pourtant, il arrive que des normes juridiques soient à destination tant des États que des acteurs économiques c'est-à-dire qu'elles se recoupent en des points d'imputation de nature différente. Toutefois, eu égard à la qualité des destinataires, le régime des droits et des devoirs différera lors de son interprétation et par suite lors de son application.

À cet égard, le régime des libertés de circulation est très éclairant. On le sait, l'autonomie réglementaire des États membres est limitée dans le domaine économique puisqu'ils ne doivent pas réaliser de différence de traitement entre les nationaux et les non-nationaux. La directive 70/50/CEE visait, à titre illustratif,

(19) Y. Thomas, *Le sujet de droit, la personne et la nature – Sur la critique contemporaine du sujet de droit : Le Débat* 1998/3, n° 100, p. 102.

(20) Sur l'association étroite entre la notion de liberté et les termes de choix, de décision, d'action et de milieu déterminant, je me réfère au travail d'Edgar Morin, in *La méthode 5 – L'humanité de l'humanité*, Seuil, 2001, p. 307-309 : « Une liberté apparaît quand l'être humain dispose des possibilités mentales de faire un choix et de prendre une décision, et quand il dispose des possibilités physiques ou matérielles d'agir selon son choix et sa décision ».

(21) Sur la relation complexe entre individu et société, je me réfère aussi à d'Edgar Morin, in *La méthode 5 – L'humanité de l'humanité*, Seuil, 2001, p. 190-194.

(22) E. Morin, *La méthode 5 – L'humanité de l'humanité*, Seuil, 2001, Index et définitions, p. 347 : « Unité complexe entre deux logiques, entités ou instances complémentaires, concurrentes et antagonistes qui se nourrissent l'une de l'autre, se complètent, mais aussi s'opposent et se combattent ».

les mesures qui « font obstacle à l'achat par des particuliers des seuls produits importés, ou incitent à l'achat des seuls produits nationaux ou imposent cet achat ou lui accordent une préférence »⁽²³⁾. En 1982, la Cour sanctionna un ensemble de mesures prises par l'État irlandais qui visaient à favoriser la consommation de produits autochtones sur le territoire national, notamment une campagne de publicité promouvant de tels produits mis en place par un organisme créé spécifiquement à cet effet⁽²⁴⁾. En effet, pour les juges du Luxembourg « même des actes d'un gouvernement d'un État membre dépourvus de force contraignante peuvent être de nature à influencer sur le comportement des commerçants et des consommateurs [et] freiner les échanges intracommunautaires »⁽²⁵⁾. En revanche, la Cour reconnaît que « dans la mesure où l'origine nationale de la marchandise est évocatrice de certaines qualités aux yeux des consommateurs, les fabricants ont intérêt à l'indiquer eux-mêmes sur les produits ou les emballages, sans qu'il soit nécessaire de les y contraindre »⁽²⁶⁾. Relativement à la libre circulation des marchandises, les États membres ne peuvent pas agir de la même façon que les entités économiques, c'est-à-dire en promouvant l'origine du produit comme unique « faire-valoir » de ce dernier. L'État régent le marché, l'opérateur économique bataille en son sein, une même norme juridique assure à l'un et à l'autre des droits et des devoirs à géométrie variable qui sont fonction des rôles différents joués par ces acteurs sur la scène juridique. Si l'État ne peut pas agir contre l'interpénétration des marchés nationaux, les entités économiques peuvent librement s'exprimer au moyen d'arguments patriotes et renforcer, paradoxalement, les frontières culturelles entre Européens.

2° La dialogique de la norme juridique et de l'action économique

Les opérateurs du marché intérieur colorent par leurs comportements la teinte du tissu économique européen en élaborant des stratégies commerciales, en s'aventurant à la conquête de nouveaux « débouchés » et en nouant des partenariats en vue de réaliser ces objectifs. Les rédacteurs du rapport Spaak le constataient déjà : « Cette fusion des marchés ouvre des débouchés assez vastes pour l'emploi des techniques les plus modernes. Il existe déjà des productions exigeant des moyens si énormes ou des machines d'un rendement tel qu'elles ne sont plus à la mesure d'un marché national isolé »⁽²⁷⁾.

Il est possible de retracer les étapes de libération des forces économiques nationales, pour certains secteurs, en fonction du calendrier d'adoption des directives prévues à cet effet et d'en inférer la logique souterraine qui gouverne la texture du marché intérieur. En 1964, la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services concernait, s'agissant du domaine des activités commerciales et d'intermédiaires, les activités relevant du commerce de gros, c'est-à-dire

(23) Comm. CE, dir. 70/50/CEE, 22 déc. 1969, art. 2.3.k), fondée sur les dispositions de l'article 33 paragraphe 7, portant suppression des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation non visées par d'autres dispositions prises en vertu du Traité CEE : JO n° L 13, 19 janv. 1970, p. 29-31.

(24) CJCE, 24 nov. 1982, aff. 249/81, *Commission des Communautés européennes c/ Irlande*.

(25) *Ibid.*, pts 28-29.

(26) CJCE, 25 avr. 1985, aff. 207/83, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, pt 21.

(27) Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, Rapport des Chefs de Délégation aux ministres des Affaires étrangères, Bruxelles, 21 avr. 1956, p. 13.

l'exercice par « toute personne physique ou société qui, à titre habituel et professionnel, achète des marchandises en son propre nom et pour son propre compte et les revend, soit à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, soit à des transformateurs, soit à des utilisateurs professionnels ou utilisateurs importants »⁽²⁸⁾. L'accès aux marchés nationaux des commerçants détaillants originaires des autres États membres au moyen de la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services se fondera sur la directive du Conseil du 15 octobre 1968 qui précise qu'« exerce une activité relevant du commerce de détail, toute personne physique ou société qui, à titre habituel et professionnel, achète des marchandises en son propre nom et pour son propre compte et les revend directement au consommateur final »⁽²⁹⁾. Le léger décalage temporel qui existe entre la possibilité d'exercer le métier de marchand en gros et celui de marchand au détail atteste de la volonté du législateur européen d'assurer prioritairement la production en masse de biens matériels, leur échange en gros entre professionnels originaires de pays différents et, dans un second temps, de garantir l'écoulement de ces marchandises directement auprès du consommateur final par tous commerçants originaires des États membres.

Il s'agit d'un mouvement singulier qui instaure de puissants et larges flux de matière économique entre les pays avant d'arrêter leur distribution aux échelons locaux. Ce sens dévoile le « souverain souterrain » qui donne sa faveur aux forces croissancistes, c'est-à-dire productivistes, sur les acteurs économiques plus modestes. Cette façon de procéder est toujours d'actualité. Ainsi, l'établissement du marché intérieur de l'énergie électrique s'est appuyé, au préalable, sur la mise en place d'un réseau trans-européen de transport d'énergies basé sur les infrastructures nationales et les connexions internationales existantes⁽³⁰⁾. La directive 90/547/CEE oblige les États membres à prendre « les dispositions nécessaires pour faciliter sur leur territoire le transit d'électricité entre grands réseaux de transport à haute tension », c'est-à-dire « le transport (...) effectué par l'entité ou les entités qui sont responsables dans chaque État membre d'un grand réseau électrique à haute tension, à l'exclusion des réseaux de distribution, sur le territoire d'un État membre et qui participent au bon fonctionnement des interconnexions européennes à haute tension »⁽³¹⁾. Une fois réalisée l'interconnexion *a minima* entre les États membres des infrastructures matérielles nécessaires à la circulation des flux énergétiques en gros,

(28) Communautés européennes, Commission, Réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, Directives du Conseil, recommandations et communications de la Commission, Publication spéciale « droit d'établissement et services », éd. révisée et complétée, situation au 31 décembre 1968, p. 88 (Cons. CE, dir. 64/223/CEE, 25 févr. 1964 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités relevant du commerce de gros, art. 2.2).

(29) *Ibid.*, p. 106-107 (Cons. CE, dir. 68/363/CEE, 15 oct. 1968 concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités non salariées relevant du commerce de détail [ex-groupe 612 CITI], art. 2.2). Selon l'article 2.1. de la directive, cette liberté ne s'applique pas « aux activités commerciales exercées par les marchands ambulants et les colporteurs [ni] aux activités de ceux qui vendent sur des marchés non couverts, ni de ceux qui, dans les marchés couverts, ne vendent pas à partir d'installations fixées au sol d'une manière stable, même si ces activités ne sont pas soumises aux dispositions nationales sur les marchands ambulants ou les colporteurs ».

(30) Facilité par des associations d'entreprises telle l'Union pour la coordination du transport de l'électricité (UCTE) en Europe de l'Ouest depuis 1951.

(31) Cons. CE, dir. 90/547/CEE, 29 oct. 1990, relative au transit d'électricité sur les grands réseaux : JO n° L 313, 13 nov. 1990, p. 30-33, art. 1 et 2.1.a).

l'Union a légiféré par la suite, en 1996, l'institution marchande électrique, c'est-à-dire les règles communes garantissant la liberté de produire, de transporter sur le réseau à haute tension et de distribuer, sur des réseaux à moyenne et basse tension, l'électricité aux consommateurs finaux⁽³²⁾.

Le mouvement d'ouverture des marchés en gros s'accompagne parfois, paradoxalement, d'un renforcement des frontières culturelles nationales, régionales ou locales qui parcourent l'Union. En effet, les entités économiques qui souhaitent pénétrer les différents marchés nationaux doivent imaginer des stratégies commerciales spécifiques qui répondent aux attentes des consommateurs afin d'adapter leur offre aux caractéristiques culturelles des territoires. Il s'agit alors de singulariser une production en masse afin de l'adapter aux diversités des préférences de consommation locale. L'étude des décisions rendues en droit de la concurrence enseigne que, lors de l'analyse de la situation concurrentielle en cause dans une affaire d'entente, de monopole ou de concentration, la circonscription géographique du marché embrasse bien souvent les frontières nationales en raison de « la préférence des consommateurs [qu'illustre l']importance des préférences nationales ou locales [ou l']habitudes d'achat des clients »⁽³³⁾. Assurément, si l'intensification des flux de matière économique est une réussite sur les marchés de gros en Europe, leur transposition aux échelons locaux est ambivalente puisque les acteurs du marché s'appuient bien souvent sur les préjugés culturels des consommateurs pour écouler leur marchandise⁽³⁴⁾.

II. – La valorisation du principe de subsidiarité économique

Le marché intérieur peut s'analyser théoriquement comme un système juridique de caractère économique au sein duquel des entités politiques décident des règles du jeu marchand et des entités économiques s'affrontent, collaborent et/ou s'ignorent en vue d'offrir leur production aux consommateurs en échange d'une rémunération. La dialogique entre les normes du marché et les comportements des entités génèrent, par un renforcement réciproque, un tissu économique complexe.

Cet ordre économique est gouverné par un « souverain souterrain » qui associe étroitement le bonheur humain à la croissance des biens matériels et imprime de sa marque la texture du marché intérieur. Or, depuis les années soixante-dix, la conscience que l'activité humaine est en rupture avec les limites du système planétaire est de plus en plus étendue. Elle agit en retour sur le sens que donnent les acteurs politiques et économiques à leur activité et réoriente, de ce fait, la trame du marché intérieur ainsi que sa teinte. Toutefois, des principes qui structurent ce dernier sont toujours d'actualité et affectent sa transformation. Il convient d'étudier comment les entités économiques se doivent d'agir au sein du marché pour

(32) PE et Cons. UE, dir. 96/92/CE, 19 déc. 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité : JO n° L 27, 30 janv. 1997, p. 20-29, art. 2.5) et 6).

(33) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence : JO n° C 372, 9 déc. 1997, p. 5-13, pts 28-31 et 44 à 52. V., par ex., s'agissant d'une opération de concentration en Autriche entre deux entreprises du secteur de l'approvisionnement et de la distribution alimentaire au détail, la décision de la Commission du 3 février 1999, aff. IV/M.1221, *Rewe/Mein*, pts 82-87.

(34) J. Hojnik, *Free movement of goods in a labyrinth : can Buy Irish survive the crisis?* : *Common Market Law Review* 2012, 49, p. 291-326.

évaluer par la suite les possibilités qu'elles ont de métamorphoser ce dernier (A). Puis, il s'agira de proposer un outil juridique qui sache arbitrer la compétition économique et seconder la régénération de l'ordre juridique européen, c'est-à-dire son adhésion aux limites planétaires (B).

A. – L'action des entités économiques

L'autonomie s'entend du fait, pour une entité, d'agir selon ses propres aptitudes et de se gouverner selon ses propres normes. Être autonome pour une entité économique, comme pour toute autre entité, est un phénomène relatif : l'autonomie de l'élément d'un système suppose sa dépendance vis-à-vis d'un ou plusieurs autres éléments du système et du système lui-même. Il y a conceptuellement inséparabilité entre l'élément et son ensemble systémique de vie. L'élément fonde sa vie dans l'ensemble qui l'accueille et le nourrit, lequel n'existe que par l'inter-rétroaction des éléments qui le composent et génèrent son autonomie⁽³⁵⁾. Entre l'entité économique et le marché intérieur, les liens sont d'interdépendance, les autonomies sont relatives, car mutuelles. Dès lors, le principe d'autonomie des entités économiques est un élément fondamental qui structure le marché intérieur. En effet, l'inter-rétroaction des entités économiques génère et régénère dans le temps l'acabit du marché intérieur, c'est-à-dire la teinte du tissu économique (1°).

De plus, l'accumulation dans le temps et l'espace des comportements économiques forme des forces contraignantes à l'égard de tous les acteurs du jeu marchand. Aussi, initier des modalités d'action économique alternative au modèle dominant équivaut à lutter contre l'efficacité du marché croissanciel (2°).

1° L'autonomie des entités économiques

L'autonomie des entités économiques se traduit comme leurs aptitudes et capacités à élaborer des stratégies commerciales, à s'aventurer à la conquête de nouveaux « débouchés » et à nouer des partenariats en vue de réaliser les objectifs qu'elles se fixent. Au sein d'un espace concurrentiel, l'autonomie des entités économique doit se réaliser en toute indépendance. La Cour de justice affirme cette conception : « Il convient de rappeler que les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun »⁽³⁶⁾.

La diversité des comportements économiques fait toutefois écho au partage d'un objectif commun entre les entités marchandes : la recherche du gain pécuniaire.

(35) E. Morin, *La méthode 5 – L'humanité de l'humanité*, Seuil, 2001, Index et définitions, p. 345 : « L'autonomie du vivant émerge de son activité d'auto-reproduction et d'auto-organisation. L'être vivant, dont l'auto-organisation effectue un travail ininterrompu, doit se nourrir en énergie, matière et information extérieures pour se régénérer en permanence. Son autonomie est donc dépendante et son auto-organisation est une auto-éco-organisation ».

(36) CJCE, 3^e ch., 4 juin 2009, aff. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV et Vodafone Libertel NV c/ Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, pt 32. Même sens, CJCE, 16 déc. 1975, aff. jtes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et a. c/ Commission des Communautés européennes*, pt 173.

Cette recherche guide le choix des opérateurs économiques. Toutefois, de nombreux autres objectifs s'ajoutent à la réalisation du profit monétaire : la qualité de la production, sa durabilité ou au contraire sa brièveté, ainsi que celle du processus de production, la quantité recherchée par une production en masse ou à l'inverse la rareté recherchée par une production originale, l'invention de besoins nouveaux, plus ou moins superflus, ou la satisfaction de besoins élémentaires.

La circulation des flux de matières économiques est la résultante de l'accumulation des comportements adoptés par les entités économiques en fonction des objectifs qu'elles se donnent. Un jeu chaotique s'opère alors puisque le mouvement général des produits sera ballotté entre ordre et désordre. L'ordre pourra naître de la mise en place de circuits économiques plus ou moins longs, traversant plusieurs pays ou se limitant à une localité. Le désordre surgira par l'entrée de nouveaux opérateurs et la sortie d'anciens au sein des marchés ainsi que par la fabrication de produits plus ou moins utiles.

Certains économistes gagent qu'à partir du jeu chaotique du marché, la répartition des ressources dont disposent les individus pour satisfaire leur besoin sera optimum, c'est-à-dire la meilleure possible. L'espace concurrentiel du marché intérieur traduit juridiquement cette idée. Dès lors, les entités économiques, entités ectypiques, doivent juridiquement conformer leur comportement au modèle savant, l'archétype du marché. La Cour affirme cette obligation, par exemple s'agissant du marché en gros en Europe d'un certain type de bananes importées par une entreprise multinationale qui fixait des prix différents pour ce même produit en fonction de l'origine du distributeur et eu égard aux conditions des marchés nationaux : « Le jeu de l'offre et de la demande ne devrait essentiellement s'appliquer qu'à chaque stade où celui-ci s'exprime réellement ; (...) les mécanismes du marché sont altérés si le prix est calculé en prenant en considération non pas la loi de l'offre et de la demande entre le vendeur (UBC) et l'acheteur (les distributeurs-mûrisseurs), mais, en sautant un échelon du marché, entre le vendeur et le consommateur final »⁽³⁷⁾.

Finalement, l'autonomie des entités économiques s'analyse en deux dimensions : d'un côté, la vertu de l'indépendance et de l'autre, le conformisme à un archétype. Dans une large mesure, les acteurs du marché sont contraints par les normes juridiques et incités par l'effet d'entraînement de la compétition économique d'adopter les comportements les plus efficaces pour assurer la continuité de leur activité dans le temps. Il convient à présent de s'interroger sur cette efficace.

2° La contrainte de l'efficacité du marché

L'efficacité du marché est construite et non préalablement donnée. Elle s'enracine dans le développement historique des économies nationales réunies au sein du marché intérieur. Les caractères du développement économique européen, après la Seconde Guerre mondiale, sont : la massification de la production des biens matériels et leur consommation ; la standardisation, la différenciation et

(37) CJCE, 14 févr. 1978, aff. 27/76, *United Brands Company et United Brands Continental BV c/ Commission des Communautés européennes*, pts 229-230.

la diversification des biens marchands ; l'intensification et l'accélération de la circulation des flux de matière économique au sein du continent européen comme en dehors⁽³⁸⁾. Ces caractères correspondent à l'association étroite des catégories d'humanité, de bonheur et de biens matériels. Il découle de ce système de développement une tension particulière qui traverse le tissu économique européen : en effet, des forces marchandes dominant l'orientation de la production et affectent puissamment les pulsions et inhibitions de la consommation.

Les règles de l'espace concurrentiel ont pour objet de maîtriser les forces économiques entre elles. Toutefois, dans l'Union, elles ne sont destinées qu'aux entités économiques les plus puissantes qui ont la capacité de perturber les échanges commerciaux entre les États membres et le jeu concurrentiel du marché. Dans le cadre de l'applicabilité des règles européennes de concurrence, la Commission a établi la règle « de l'absence d'incidence sensible sur le commerce » qui précise que, par principe, les accords noués entre entreprises dont les parts de marché n'excèdent pas 5 % et le chiffre d'affaires 40 millions d'euros échappent à l'application du droit européen de la concurrence⁽³⁹⁾. Dans le cadre de l'application des règles européennes de concurrence, la Cour juge qu'« un accord échappe à la prohibition [des ententes restrictives de concurrence] lorsqu'il n'affecte le marché que d'une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les intéressés sur le marché des produits en cause ; qu'il est donc possible qu'un accord d'exclusivité même avec protection territoriale absolue, compte tenu de la faible position des intéressés sur le marché des produits en cause dans la zone faisant l'objet de la protection absolue, échappe à l'interdiction prévue »⁽⁴⁰⁾. La Commission a établi, à la suite de cet arrêt datant de 1969, une sphère de sécurité au sein de laquelle les faibles entités économiques peuvent agir sans être inquiétées par le droit de la concurrence, car les rapports de forces marchandes sont sans commune mesure⁽⁴¹⁾.

Ainsi, l'Union laisse dans l'ombre de l'espace concurrentiel les acteurs modestes du marché intérieur. Ce fait présente à la fois un avantage et un inconvénient : il assure aux petites et moyennes entreprises le confort de nouer des relations entre elles sans prendre excessivement garde aux règles concurrentielles, ce qui allège leur coût administratif et les avantages vis-à-vis des grandes entreprises ; mais ce fait renforce aussi la subordination des petites entités économiques aux grandes⁽⁴²⁾. Le diable se cache dans les détails puisqu'en effet, la Commission considère que, dans le cadre des accords verticaux (c'est-à-dire noués entre des entreprises situées à différents niveaux de la chaîne de valeur), la fourniture exclusive de biens par des

(38) J. Fourastié, *Les Trente Glorieuses ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Fayard, 1979. – C. Pessis, S. Topçu et C. Bonneuil (ss dir.), *Une autre histoire des « Trente Glorieuses »*, Modernisation, contestations et pollutions dans la France d'après-guerre, La Découverte, 2013.

(39) Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) : JO n° C 101, 27 avr. 2004, p. 81-96, pts 50-52.

(40) CJCE, 9 juill. 1969, aff. 5-69, *Franz Völk c/ S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, pt 7.

(41) Dernièrement, communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, § 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis) : JO n° C 291, 30 août 2014, p. 1-4.

(42) F. Marty, *La sanction des pratiques commerciales déloyales : la préservation de l'ordre concurrentiel au risque de la protection des concurrents ?* : *European Consumer Law Journal / Revue européenne de droit de la consommation* (REDC) 2013, p. 277-304 et spéc. p. 286-292.

petites entreprises à une grande entité économique est tolérée si les parts de marché des fournisseurs individuels n'excèdent pas 5 % et que le poids économique du réseau d'accord parallèle ainsi formé au profit de l'acheteur n'excède pas 30 % de parts de marché⁽⁴³⁾. Dès lors, la Commission tolère, dans une certaine mesure, le verrouillage de marché qui résulte de la mise en place de réseau de contrats parallèles par les grandes entreprises.

Outre le fait que les petites entités économiques risquent de s'enfermer dans de tels réseaux de contrats, ceci peut accentuer le phénomène paradoxal selon lequel, au sein du marché intérieur, les acteurs économiques renforcent, par leur stratégie commerciale, les frontières culturelles nationales⁽⁴⁴⁾. De plus, la diversité des acteurs économiques s'affrontant pour un même marché au sein d'un territoire peut se réduire, *in abstracto*, à quatre entités. Aussi, cette concentration renforcera l'homogénéisation du marché par effet de mimétisme et la puissance cumulée des opérateurs dominants entravera la mise en place de circuits économiques alternatifs par les modestes entités économiques restées à l'ombre du droit européen de la concurrence. Finalement, il existe un risque d'atteinte à la liberté d'établir des réseaux novateurs de contrats locaux et, *in fine*, d'atteinte à l'intégration économique européenne en la réduisant à un assemblage de marchés nationaux uniquement reliés par les marchés de gros. Nous émettons l'hypothèse que l'objectif du marché intérieur est également de générer une interpénétration des économies sobres et locales par-delà les frontières nationales.

B. – L'arbitrage du marché par le principe de subsidiarité économique

Le marché intérieur de l'Union européenne est traversé par des forces économiques dominantes qui orientent les flux de matière marchande en fonction des objectifs que se fixent les acteurs puissants du jeu de l'offre et de la demande, le principal, n'en doutons pas, restant la recherche du gain pécuniaire. Les acteurs modestes du marché affectent peu l'orientation des flux de matière économique et sont, bien souvent, intégrés dans des réseaux de contrats parallèles sur lesquels ils n'ont pas prise.

Il convient de se remémorer deux choses : la première est l'une des finalités du traité qui consiste à établir un marché, c'est-à-dire selon les termes de la Cour de justice « [de viser] la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur »⁽⁴⁵⁾. La seconde est la rupture qui est intervenue au cours de l'histoire de l'Union : le développement du marché intérieur doit s'insérer dans les limites du métabolisme planétaire.

La nature du marché unique est le fruit de la rencontre entre la texture des économies nationales, économies croissancistes, et la contexture de l'espace libre,

(43) Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, § 1, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication de minimis) : JO n° C 291, 30 août 2014, pt 10. Précisons que « les restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas (...) des restrictions caractérisées » selon le point 50 des lignes directrices.

(44) A. Thalmann, *La protection des réseaux de distribution contre le commerce parallèle : étude comparée des droits européen, français, anglais, allemand et suisse*, Librairie-Droz, 2001, p. 74-75.

(45) CJCE, 5 mai 1982, aff. 15/81, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV c/ Inspecteur des droits d'importation et des accises, de Roosendaal*, pt 33.

concurrentiel et cohérent qui a favorisé l'intensification de la circulation des produits économiques au profit de l'interpénétration des marchés domestiques. Les deux éléments, texture et contexture, s'alimentent réciproquement et se renforcent mutuellement. Ce processus complexe est dynamique. Ainsi il se perpétue dans le temps par génération et régénération. Par conséquent, métamorphoser la nature du marché unique nécessite d'agir tant sur la texture des économies domestiques que sur la contexture de l'espace européen (1°). Pour ce faire, le juriste peut proposer un instrument utile à l'arbitrage du jeu marchand (2°).

1° La texture et la contexture du marché

L'empire du paradigme de la croissance économique est éprouvé, dans les multiples sens que recouvre ce terme. Empiriquement, la preuve est faite qu'il existe un lien entre la jouissance humaine et la possession de biens matériels. Toutefois, dès les débuts du développement économique, l'association étroite entre bonheur et consommation a été questionnée, la démesure des effets de l'activité économique sur le système planétaire a été prouvée et la recherche d'autres logiques profondes associant étroitement le bonheur humain et la sobriété matérielle a été menée⁽⁴⁶⁾. Le renversement de paradigme ne s'accomplit pas uniquement sur le plan des idées, mais il se réalise aussi concrètement par des individus qui agissent à leur échelle et selon les multiples rôles qu'ils endossent sur la scène sociale : le consommateur engagé, le producteur raisonné, le citoyen averti⁽⁴⁷⁾. L'ensemble forme et génère un tissu économique novateur, sobre, économe, dont les caractéristiques sont déjà esquissées : qualité, durabilité, tempérance, équité⁽⁴⁸⁾. Mais son originalité a pour revers son extrême fragilité : il ne résiste pas dans le temps et l'espace aux forces économiques dominantes du marché intérieur. Invasives, ces dernières n'hésitent pas à détourner la symbolique d'une économie vertueuse et respectueuse des limites planétaires afin de continuer la compétition économique.

La texture des économies nationales se complexifie, certes, par l'entrée dans le jeu marchand des initiatives modestes qui se disséminent sur le territoire. Mais, contrairement aux forces croissancistes, elles ne bénéficient pas des infrastructures publiques historiquement mises en place pour le développement d'une économie de croissance ni non plus du même niveau de montant d'aide financière en cas de choc conjoncturel ou structurel. La compétition, à ce premier stade, n'est déjà pas loyale.

S'agissant de la contexture de l'espace européen, tant la sphère de liberté que celle de concurrence et celle de cohésion ont été des instances juridiques favorables à la circulation des flux de matière économique et, par ce mouvement, d'interpénétration par le haut, c'est-à-dire les marchés gros, des économies nationales. Il s'agit d'envisager l'intégration des marchés par le bas, celle qui concerne la mise

(46) J. Baudrillard, *La Société de consommation. Ses mythes, ses structures*, Denoël, 1970. – I. Illich, *La convivialité*, éd. Points, 1973. – C. Mendès (ss dir.), *Le mythe du développement*, Seuil, 1977.

(47) S. Dubuisson-Quellier, *La Consommation engagée*, Presses de Sciences Po, 2^e éd., 2018. – J.-P. Deléage, J. Luzi et al., *À contre-fil de la technologie : mesure et autonomie*, in *Écologie & politique* 2020/2, n° 61.

(48) R. Passet, *L'Économie et Le Vivant*, Payot, 1979 puis *Economica*, 1996. – S. Latouche, *La Décroissance*, *Que sais-je ?*, 2019. – A. Sinai (ss dir.), *Politiques de l'Anthropocène, Penser la décroissance, Économie de l'après-croissance, Gouverner la décroissance*, Presses de Sciences Po, 2021.

en lien des opérateurs d'une économie de qualité, de durabilité, de tempérance et d'équité par-delà les frontières nationales.

Ce système en devenir est, à l'instar du système croissanciste dominant, l'assemblage de très nombreux comportements économiques qu'il est possible de catégoriser selon les secteurs d'activité, le niveau de la chaîne d'extraction/production/consommation/recyclage/déchet où se situe l'activité, le rôle endossé par l'acteur économique. Toutefois, à la différence du système actuel qui valorise l'objectif commun de réalisation du profit monétaire comme principal aiguillon des choix économiques, le gouvernail commun des entités économes vise le principe d'élaboration des activités économiques en fonction de la moindre atteinte au métabolisme planétaire. L'objectif adjacent de gestion réfléchie du budget monétaire n'est pas effacé, mais ne prime plus.

Afin d'assurer la montée en puissance d'un tel système, la dialogique entre la texture des économies infranationale et transnationale et la contexture de l'espace européen qui les assemble toutes en un marché unique sera aussi fructueuse qu'elle l'a été pour la croissance économique. En effet, il ne s'agit pas de borner ce système économique vertueux aux frontières nationales, régionales ou locales, au risque de faire émerger un îlot de sobriété au sein d'un océan de croissance, mais de garantir son étendue complète au sein de l'Espace économique européen seul à même d'offrir les outils juridiques pour favoriser son épanouissement. Il convient à présent de proposer un instrument juridique de régulation du système économique qui sache concilier la liberté, la compétition et la cohérence de l'espace marchand européen.

2° La transplantation du principe de subsidiarité

Le terme subsidiaire, du latin *subsidiarius*, « qui forme la réserve », s'entend d'une entité, accessoire, qui vient au renfort d'une autre, principale. Le principe de subsidiarité exprime l'idée selon laquelle au sein d'un système comportant plusieurs niveaux d'éléments disposés de manière hiérarchique, le choix du niveau s'opérera en fonction de la meilleure adéquation entre la capacité des éléments à accomplir une tâche et l'objectif poursuivi par le système. Il s'agit d'un principe de répartition juste des compétences entre des niveaux différents où l'échelon supérieur s'interdit de faire ce que l'échelon inférieur sait et peut faire. Le principal est l'entité inférieure, l'entité supérieure est accessoire et n'intervient qu'en cas de nécessité, passant du statut d'accessoire au principal, et ainsi de suite.

Le principe existait implicitement au moment de l'application du traité de Rome, mais il n'a été juridiquement traduit qu'à la signature de l'Acte unique européen et s'est généralisé lors de l'entrée en vigueur du Traité sur l'Union européenne en 1993⁽⁴⁹⁾. Il ne régit que la sphère politique, c'est-à-dire règle la répartition de l'exercice des compétences de l'action politique entre les niveaux de l'Union et des États membres : « L'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau

(49) J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 9^e éd., 2018, p. 193-195.

de l'Union »⁽⁵⁰⁾. Son contrôle est politique comme juridique, *a priori* par les parlements nationaux et *a posteriori* par la Cour de justice.

Transplanter le principe de subsidiarité au sein de la sphère économique européenne signifie régler les flux de matière économique en fonction du niveau le plus efficace pour atteindre leur répartition optimale. Plusieurs paramètres affectent le choix de l'échelon : la géographie des territoires qui, dans le cadre du marché intérieur, n'a pas vocation à s'arrêter aux frontières nationales, leur peuplement qui, dans le cadre de l'UE, regroupe toutes les nationalités des États membres, les éléments naturels à disposition, les infrastructures, *etc.* L'objectif général de la subsidiarité économique est d'aider les agents du marché à opérer des choix judicieux afin de conformer leur activité aux limites planétaires. Elle arbitre la décision économique en fonction des catégories propres à cette sphère : où situer le niveau de la chaîne d'extraction/production/consommation/recyclage/déchet de l'activité au sein d'une géographie, d'un territoire et d'un peuplement ? Elle affirme que la satisfaction des besoins qui peut être réalisée à l'échelon local doit pouvoir l'être en pleine autonomie, c'est-à-dire indépendamment des échelons supérieurs. Elle confirme la dépendance du niveau inférieur au niveau supérieur lorsque ce dernier est seul à pouvoir assurer en pleine autonomie la satisfaction de l'activité économique en cause. Dès lors, elle oriente les flux de matières économiques au sein des différents niveaux et entre eux de manière efficace de sorte que la circulation opère du plus restreint au plus large.

À l'instar de l'emploi du principe de subsidiarité au sein de la sphère politique, qui garantit un équilibre entre la centralisation et la décentralisation de l'exercice de l'autorité, son utilisation au sein de l'espace libre, concurrentiel et cohérent du marché intérieur aiderait à assurer une juste mesure des flux de matière économique, c'est-à-dire une répartition équitable de l'activité économique entre les acteurs et les territoires de l'Europe. Il s'agit finalement d'un principe régulateur de l'économie de marché qui se conforme à l'idée originelle de l'« établissement d'un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur ».

L'usage du principe de subsidiarité par les entités économiques peut agir récursivement sur la sphère politique, c'est-à-dire, empruntant le chemin d'une boucle, « constitue[r] un circuit où les effets rétroagissent sur les causes »⁽⁵¹⁾ : la métamorphose des économies nationales agit sur la transformation du marché intérieur qui rétroagit sur les marchés domestiques en favorisant leur interpénétration par-delà les frontières nationales, mais en deçà de la croissance, au niveau d'une économie de qualité, de durabilité, de tempérance et d'équité. Les acteurs politiques de l'Europe sont invités à soutenir cette transmutation, chacun à leur niveau d'action, tant les États membres que l'Union.

(50) Traité UE, art. 5.3.

(51) E. Morin, *La méthode 5 – L'humanité de l'humanité*, Seuil, 2001, Index et définitions, p. 345.