

INTRODUCTION

1. L'Européen est-il un homme qui doute ? Telle semblait être la vision de Denis de Rougemont qui, constatant que les discussions sur l'Union de l'Europe consistaient à se poser les mêmes questions préalables sur la réalité de l'Europe, en vint à écrire la définition suivante : « *L'Européen ne serait-il pas cet homme étrange, qui se manifeste comme Européen dans la mesure précise où il doute qu'il le soit et prétend au contraire s'identifier soit avec un homme universel, soit avec l'homme d'une seule nation du grand complexe européen, dont il révèle ainsi qu'il fait partie par le seul fait qu'il le conteste ?... Nos intellectuels, nos mandarins, dirai-je adorent ce genre de jeu. Mais hors de l'Europe, on ne les comprend pas. Car, vue de loin, l'Europe est évidente*¹. »

2. Cinquante ans plus tard, ce décalage et les interrogations identitaires des Européens semblent persister. Seul un Américain a pu prétendre assister à la naissance du « *rêve européen*² » supposé prendre la place de l'« *American Dream* », alors même que les Européens débattent et mettent en doute l'existence de leur modèle économique et social.

3. Durant ce demi-siècle, ils ont tenté de mettre en place une « *Union de plus en plus étroite entre les peuples d'Europe* », sans que l'objectif final n'ait été clairement défini. Chaque étape de cette intégration a fait l'objet d'objectifs intermédiaires. Le traité de Rome³ avait pour vocation principale de mettre en place un marché commun. L'Acte unique européen⁴ visait l'achèvement d'un marché intérieur, c'est-à-dire d'un espace sans frontières intérieures au sein duquel la libre circulation des marchandises, services, capitaux et personnes est assurée. Le traité de Maastricht⁵ a introduit un profond bouleversement avec la création de l'Union européenne. Elle dispose d'une structure institutionnelle unique mais se compose de trois piliers, l'un regroupant les Communautés européennes (la Communauté européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique) et deux autres piliers dits intergouvernementaux. Le deuxième envisage la Politique étrangère de sécurité commune (PESC). Le troisième est consacré à la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Le traité d'Amsterdam⁶ prône l'émergence « *d'un espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de*

1. Denis de ROUGEMONT, *Comment définir l'Europe*, mars 1958 cité dans « *Écrits sur l'Europe* », vol. 1, éd. de la Différence, Paris, 1994, pp. 366-367.

2. Jérémy RIFKIN, *Le rêve européen ou comment l'Europe se substitue peu à peu à l'Amérique dans notre imaginaire*, Fayard, 2005.

3. Du 25 mars 1957.

4. Des 14 et 28 février 1986.

5. Du 7 février 1992.

6. Du 2 octobre 1997.

lutte contre ce phénomène » (art. 2 TUE). Enfin, le traité de Nice¹ a permis l'adaptation institutionnelle de l'Union européenne autorisant l'élargissement au 1^{er} mai 2004. Depuis cette date l'Union européenne comprend vingt-cinq membres². Le traité établissant une Constitution pour l'Europe proposait une nouvelle étape en fusionnant tous les traités antérieurs dans un document unique. Il donnait naissance à une Union européenne renouvelée essentiellement dans sa capacité juridique et dans ses instruments mais n'est pas entré en vigueur.

4. Le consensus originel reposait sur la naissance d'une Europe occidentale caractérisée par une économie de marché permettant de créer de nouvelles solidarités tant économiques qu'humaines rendant impossibles de nouveaux conflits armés entre les peuples européens. L'atypie du modèle politique européen entre confédération et fédération était alors compensée par l'absence d'ambiguïtés des objectifs économiques de l'intégration communautaire. Aujourd'hui l'hégémonie du système économique libéral accentue la difficulté de définir le modèle européen. L'absence d'alternative laissée par l'écroulement du système soviétique face au monde capitaliste a fait naître des nostalgies voire des espoirs vers de nouvelles perspectives : une troisième voie qui serait européenne.

5. Dans ce contexte de crise identitaire, il peut paraître osé de revendiquer l'existence d'un droit européen du marché. Il ne s'agit pas simplement de lever certains tabous. Le lecteur devra plutôt y voir une envie provocatrice de ne pas renier ce que nous sommes ouvrant la réflexion sur ce que nous devrions ou voudrions être. Ce droit européen du marché est le droit d'une économie de marché. Il comprend deux éléments nécessaires à la traduction juridique du libéralisme économique : le droit du marché intérieur et le droit de la concurrence. Ils occupent une place particulière au cœur des règles substantielles. Ils sont juridiquement étroitement imbriqués tout en ayant, chacun, une existence propre. Les règles de la concurrence par exemple complètent les règles de libre circulation du marché intérieur. Elles permettent d'éviter le cloisonnement du marché par des comportements d'acteurs privés ou publics qui fausseraient la concurrence. L'effectivité du droit de la libéralisation est donc liée au droit de la concurrence. Le droit européen du marché tel que défini comprend également les règles du droit communautaire qui ont été quantitativement et qualitativement les plus développées. En outre, il s'agit d'un droit transversal et non sectoriel, contrairement à d'autres branches du droit matériel telles que la politique agricole commune, la politique des transports...

6. Si l'optique de cet ouvrage est de se concentrer sur le droit européen du marché, en tant que noyau dur d'un droit européen économique il ne faut pourtant pas surestimer la place de ce droit dans l'ensemble du droit matériel. Dire qu'il existe un droit européen du marché c'est clairement affirmer que les préoccupations autour du marché ne sont qu'un aspect du droit matériel communautaire qu'il n'était pas possible ici de traiter dans sa globalité. Le droit européen du marché n'en reste pas moins un droit exemplaire, un véritable laboratoire de l'intégration européenne notamment parce qu'il est européen et pas seulement commu-

1. Du 26 février 2001.

2. France, Allemagne, Italie, Pays-Bas, Luxembourg, Belgique, Royaume-Uni, Danemark, Irlande, Grèce, Portugal, Espagne, Finlande, Suède, Autriche, Pologne, Hongrie, Tchéquie, Slovaquie, Slovaquie, Estonie, Chypre, Lettonie, Lituanie, Slovaquie et Malte.

nautaire. Il complète un autre droit européen dans lequel il s'imbrique, le droit européen des droits de l'Homme, droit commun du continent européen.

7. Le droit du marché n'est plus seulement communautaire, il est devenu un droit européen. Il s'applique non seulement aux vingt-cinq États membres de l'Union européenne mais également à d'autres États européens. Les membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE)¹ ont choisi de ne pas adhérer à l'Union tout en acceptant l'application de ces règles sur leur territoire. Cette extension territoriale est le fait de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) signé à Porto le 2 mai 1992 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 entre la Communauté européenne et ses États membres d'une part et l'Islande, le Liechtenstein, et la Norvège d'autre part. D'autres accords ont été signés séparément avec la Suisse² ou avec les États candidats à l'adhésion à l'Union européenne.

8. Le droit européen du marché apparaît alors comme un système spécifique d'intégration du droit reposant sur la différenciation des statuts des États. De géographique, la spécificité du droit européen du marché devient alors substantielle, c'est-à-dire qu'elle réside dans la nature même de ses règles et sans doute aussi dans la méthode choisie. Ce droit européen du marché a un caractère finaliste. Il tend à la création d'un marché intégré entre les États européens constituant le noyau dur de l'intégration européenne. Le droit européen du marché pourrait ainsi modéliser le futur de l'intégration européenne en liaison avec l'émergence d'une politique dite de voisinage alternative à l'élargissement sans fin de l'Union européenne.

9. Cette intégration est possible grâce à l'utilisation d'un certain nombre de principes structurants qui forment le ciment du droit européen du marché. Le premier d'entre eux est le principe de non-discrimination, fondé sur l'existence de solidarités réciproques entre les États membres. L'expression primaire de ce principe conduit à traiter de la même manière les marchandises, les personnes physiques, les personnes morales, les services et les capitaux des autres États membres. Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité se décline ensuite d'une manière générale en une véritable égalité de traitement interdisant toutes formes de discriminations fondées sur d'autres critères.

10. Le principe de reconnaissance mutuelle constitue également un principe structurant du droit européen du marché. Il vise à instaurer une méthode permettant le maintien de différences de législations sans qu'elles entravent les échanges. Il s'agit d'accepter que les règles prescrites dans un État membre garantissent un niveau de protection comparable à celui exigé par chaque État membre lorsque ces règles peuvent être considérées comme équivalentes. La reconnaissance mutuelle constitue une manifestation du principe de subsidiarité. Elle permet le maintien d'une certaine diversité culturelle propre à chaque État membre. Inventée dans le cadre de la libre circulation des marchandises³, elle a été étendue à l'ensemble du marché intérieur et même au-delà⁴. Son application suppose que le

1. Il s'agit de la Suisse, de la Norvège, de l'Islande et du Liechtenstein.

2. Les premiers accords bilatéraux signés en 1999 entre la Suisse et l'Union européenne sont entrés en vigueur le 1^{er} juin 2002. Récemment un deuxième cycle de négociations s'est ouvert donnant lieu à un second ensemble d'accords bilatéraux qui ont été signés le 26 octobre 2004. Une partie de ces accords est entrée en vigueur en février 2005.

3. CJCE 20 février 1979, REWE ZENTRAL AG c/ BUNDESMONOPOLVERWALTUNG FUR BRANNTWEIN (CASSIS DE DIJON), aff. 120/78.

4. Par exemple dans le cadre de la mise en place d'un espace judiciaire.

domaine concerné n'ait pas fait l'objet d'une harmonisation complète à l'échelle de la Communauté. Cela dit, sa mise en œuvre nécessite le plus souvent un premier rapprochement des législations afin de faciliter l'équivalence des règles entre les États membres. Le principe de reconnaissance mutuelle peut ainsi être une alternative ou une première étape vers une harmonisation.

11. L'harmonisation, rarement synonyme d'uniformisation, constitue aussi un principe structurant du droit européen du marché, puisqu'elle permet de définir des règles uniformes ou, le plus souvent, des standards auxquels les États membres doivent se conformer.

12. Au-delà de ces principes structurants, il convient de souligner le rôle particulier joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'élaboration du droit européen du marché. Habituellement citée parmi les sources d'inspiration du droit, la doctrine a une place particulière en droit communautaire. Elle est régulièrement citée dans les arrêts de la Cour de justice des communautés (CJCE) et dans les conclusions des avocats généraux. Cela s'explique non seulement par la qualité de ses travaux, mais aussi par la composition elle-même de la CJCE et du TPICE¹. La taille de cet ouvrage ne permet pas de rendre compte au fil des développements de l'importance de ces travaux en y faisant explicitement référence. Cela ne signifie qu'il ne soit pas utile de s'y référer, loin de là ! La bibliographie sélective permettra au lecteur de s'orienter vers des ouvrages de qualité traitant en détail le droit communautaire matériel, droit à la fois dense, technique et complexe.

13. Enfin, la jurisprudence de la CJCE et du TPICE ont été et sont encore l'un des moteurs du droit de l'intégration. Le droit européen du marché a été l'occasion pour les juges de découvrir et de développer les principes structurants de l'ordre juridique communautaire. Deux exemples permettent de s'en convaincre. L'effet direct a été défini à propos d'une affaire douanière² et la primauté du droit communautaire l'a été à propos de la commercialisation de l'électricité en Italie³.

14. Ces principes structurants : principe de non-discrimination, principe de reconnaissance mutuelle, principe d'harmonisation, ainsi que le rôle structurant de la doctrine et la jurisprudence sont autant d'éléments qui font l'originalité du droit européen du marché.

1. La CJCE et le TPICE ont souvent comporté une majorité de professeurs de droit ou de magistrats des différents États membres.

2. CJCE 5 février 1963, VAN GEND EN LOOS, aff. 26/62.

3. CJCE 15 juillet 1964, COSTA c/ ENEL, aff.. 6/64.

P r e m i è r e p a r t i e

LE MARCHÉ INTÉRIEUR

15. Les libertés de circulation constituent l'épine dorsale du droit de l'intégration européenne et en particulier du droit européen du marché. La consécration de ces libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux s'est faite selon une construction dynamique. Ces libertés ont été conçues dès l'origine comme une composante essentielle du Marché commun que les États membres entendaient mettre en place par le traité de Rome. La notion de Marché commun, dont les contours n'ont pas été précisés dans le traité, est en général définie comme une Union douanière assortie de la libre circulation des facteurs dits de productions (salariés, professions indépendantes, services, capitaux) ainsi que l'adoption de règles communes.

16. Dans les années 1980, le bilan de la mise en œuvre du Marché commun était mitigé. Le Marché restait entravé par de nombreux obstacles. Les frontières intérieures entre les États membres de la Communauté étaient encore le lieu de nombreuses formalités douanières et fiscales qui restreignaient les échanges intracommunautaires. Des obstacles techniques inhérents aux différences de réglementations entre les États membres en matière de sécurité, d'environnement, de santé persistaient. Si les comportements des acteurs privés faisaient l'objet d'une réglementation de la concurrence pour éviter le cloisonnement des marchés, l'existence de monopoles d'États, l'absence d'ouverture à la concurrence des marchés publics ne facilitaient pas l'intégration du marché. En juin 1985, la Commission Delors rendit public un programme de travail plus connu sous le nom de Livre Blanc sur l'achèvement du Marché intérieur qui deviendra le cadre de référence pour l'adoption de l'Acte unique européen. Avec ce nouveau traité signé en 1986, la Communauté européenne se fixait un nouvel objectif celui de la réalisation complète et définitive au plus tard au 31 décembre 1992 d'un grand espace économique unifié où les marchandises, les personnes, les services et les capitaux circulaient librement dans des conditions qui se rapprochent le

plus possible de celles qui existent au sein du marché intérieur d'un État. À ce nouveau stade de l'intégration correspond un changement sémantique, le concept de Marché intérieur voit le jour. L'Acte unique européen prévoit la suppression des contrôles sur les personnes et les marchandises aux frontières intérieures, de nouveaux développements dans le cadre du droit de la concurrence, l'augmentation des domaines de compétences de la Communauté visant à accompagner des politiques d'intégration fondées sur la solidarité l'ouverture des frontières (environnement, politique de cohésion économique et sociale) et le développement de nouvelles approches en matière d'harmonisation.

17. S'il est admis que la notion de Marché intérieur marque une nouvelle étape dans le processus d'intégration communautaire entre le stade du Marché commun et celui de l'Union économique monétaire, il n'existe pas véritablement de consensus sur le contenu des règles du Marché intérieur. Cette notion est parfois comprise comme équivalente au sens matériel du terme à celle de Marché commun tout en comportant un degré d'intensité normatif supérieur. La rédaction du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe va partiellement dans ce sens. La troisième partie consacrée aux politiques et actions internes comporte un chapitre premier intitulé Marché intérieur dans lequel sont regroupées les règles relatives aux libertés fondamentales de circulation ainsi que les règles de concurrence, certaines dispositions fiscales et des dispositions communes. Toutes les références au marché commun ont été supprimées et remplacées par l'expression de marché intérieur. En revanche toutes les politiques sectorielles (cohésion économique et sociale, environnement, agriculture...), la politique économique et monétaire... ont été classées à part. De nombreuses dispositions de ces politiques sectorielles se réfèrent néanmoins au Marché intérieur.

18. La notion de marché intérieur peut aussi être entendue strictement. Au sens de l'article 14 alinéa 2 du TCE, « *Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux, est assurée selon les dispositions du présent traité.* » Autrement dit, au sens strict le Marché intérieur n'englobe que les quatre libertés fondamentales de circulation. C'est cette option qui a été choisie pour la rédaction de cet ouvrage.

Titre 1

LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES

19. Le TCE accorde une place centrale à la libre circulation des marchandises, mais il en définit les contours de façon lapidaire. Seuls neuf articles sont consacrés à la libre circulation des marchandises (les articles 23 à 31). Le droit dérivé et la jurisprudence ont précisé le champ d'application du principe (chapitre 1) et les conditions de sa mise en œuvre (chapitre 2).

Le champ d'application de la libre circulation des marchandises

20. La libre circulation des marchandises est définie comme la suppression des obstacles à la circulation de toute marchandise (section 1) communautaire (section 2).

Section 1

La définition de la marchandise

21. La CJCE a défini les marchandises comme les « *produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels de former l'objet de transactions commerciales*¹. »

22. La définition inclut notamment les produits incorporels² et ne tient pas compte des conditions d'utilisation des marchandises. Par exemple, les bobines de films, ou les supports de son qui sont utilisés à l'occasion de prestations de services demeurent des marchandises³.

Cette définition inclut toutes les marchandises sans distinguer l'usage auquel elles sont destinées. Ainsi, les produits pornographiques⁴ ou les produits industriels susceptibles d'être utilisés à des fins militaires⁵ relèvent des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises.

1. CJCE 10 décembre 1968, COMMISSION c/ ITALIE, aff. 7/68.

2. CJCE 27 avril 1994, Commune d'ALMELO, aff. C-393/92.

3. Voir n° 222.

4. CJCE 14 décembre 1979, HENN et DARBY, aff. 34/79.

5. CJCE 17 octobre 1995, WERNER c/ RFA, aff. C-70/94 et CJCE 17 octobre 1995, LEIFER c/ RFA, C-83/94.