

LES ANALYSES ÉCONOMIQUES DE LA CONCURRENCE JURIDIQUE : UN OUTIL POUR LA MODÉLISATION DU DROIT EUROPÉEN ?

Sophie Harnay et Jean-Sylvestre BERGÉ

De Boeck Université | *Revue internationale de droit économique*

**2011/2 - t.XXV
pages 165 à 192**

ISSN 1010-8831

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2011-2-page-165.htm>

Pour citer cet article :

Harnay Sophie et BERGÉ Jean-Sylvestre , « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? » ,
Revue internationale de droit économique, 2011/2 t.XXV, p. 165-192. DOI : 10.3917/ride.252.0165

Distribution électronique Cairn.info pour De Boeck Université.

© De Boeck Université. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

LES ANALYSES ÉCONOMIQUES DE LA CONCURRENCE JURIDIQUE : UN OUTIL POUR LA MODÉLISATION DU DROIT EUROPÉEN ?¹

Sophie HARNAY², Jean-Sylvestre BERGÉ³

Résumé : Après avoir présenté les principaux apports des analyses économiques de la concurrence juridique et souligné leur analogie forte avec les analyses de la concurrence sur les marchés de biens et services, cet article examine la pertinence des analyses économiques de la concurrence juridique dans la perspective du droit européen et de la construction européenne. Il s'attache ensuite à déterminer précisément les contextes dans lesquels la concurrence juridique s'exerce effectivement. Enfin, il suggère d'inclure les analyses économiques de la concurrence juridique dans une analyse élargie et enrichie de la construction européenne et des modes de production juridique en Europe.

1 Introduction

2 Les analyses économiques de la concurrence juridique : de la concurrence « économique » sur les marchés de biens et services à la concurrence « juridique » sur le marché du droit

2.1 L'extension du modèle néoclassique de concurrence à la concurrence juridique : les apports de l'économie publique locale de Tiebout

1. Deux versions provisoires de cet article ont été présentées à l'Université de Paris Ouest – Nanterre la Défense en janvier 2007 (Écoles doctorales « Droit et Sciences politiques » et « Économie, Organisations et Société ») et à l'Université de Nice Sophia-Antipolis en octobre 2009 (GREDEG). Les auteurs tiennent à remercier le professeur A.-L. Sibony et le rapporteur anonyme désigné par le professeur M. H. Ullrich pour leur relecture attentive et critique de la première version de ce texte.
2. Sophie Harnay est maître de conférences en économie à l'Université de Paris Ouest – Nanterre la Défense, EconomiX, UMR 7235, 200, avenue de la République, 92001 Nanterre cedex. Courriel : sophie.harnay@u-paris10.fr.
3. Jean-Sylvestre Bergé est juriste, spécialiste notamment de droit européen. Il est professeur à l'Université de Paris Ouest – Nanterre la Défense, Centre d'études juridiques européennes et comparées (CEJEC). Courriel : jsberge@gmail.com. À la rentrée 2011, il exercera ses fonctions à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, Équipe de droit international européen et comparé.

- 2.2 L'analyse évolutionniste de la concurrence juridique
 - 2.3 Efficacité du mécanisme concurrentiel et production juridique centralisée
 - 3 La réception des analyses économiques de la concurrence juridique en droit européen
 - 3.1 La construction européenne ne repose pas sur une mise en concurrence horizontale des ordres juridiques nationaux
 - 3.2 La concurrence juridique gagne du terrain chaque fois que la méthode européenne d'intégration est placée en situation d'échec
 - 3.3 La diversité dynamique des systèmes juridiques comme modèle de la construction européenne ?
 - 4 Quelques pistes sur la manière de reconstruire les analyses économiques de la concurrence juridique à partir de certains traits caractéristiques du modèle juridique européen
 - 4.1 Deux traits caractéristiques du modèle juridique européen pris comme objet potentiel d'étude de la concurrence juridique
 - 4.1.1 Le degré d'intégration du droit européen
 - 4.1.2 La distinction entre les rapports juridiques internes et externes à l'Europe
 - 4.2 Un enrichissement des analyses économiques de la concurrence juridique ?
 - 5 Conclusion
- Summary*

1 INTRODUCTION

Initialement développées par l'analyse économique du droit pour étudier le droit américain, les analyses économiques de la concurrence juridique sont de plus en plus largement mobilisées, par les juristes et les économistes, pour étudier le droit de l'Union européenne, et plus particulièrement son émergence et ses évolutions. La notion de concurrence juridique qui est utilisée fait alors référence à la *regulatory competition* anglo-saxonne, et renvoie à la situation de concurrence entre règles de droit et entre producteurs de droit (quelle que soit la nature des producteurs concernés : juges, législateurs, gouvernements...)⁴. Le plus souvent, les analyses économiques du droit, qui ont suscité une littérature importante, se concentrent sur un domaine de droit spécifique – avec un intérêt tout particulier pour le droit des sociétés notamment en Europe. Les évolutions juridiques et les choix des agents sont alors examinés au regard des analyses économiques de la concurrence juridique pour conclure à leur pertinence ou, au contraire, aux limites de leur portée explicative. Une perspective plus large n'est que rarement adoptée. Ainsi, les analyses économiques de la concurrence juridique s'intéressent peu à la construction européenne et à l'Union européenne, auxquelles le Traité de Lisbonne (entré en vigueur en

4. En complément de ce niveau microéconomique, l'analyse économique du droit étudie également, de façon plus récente, la concurrence juridique à un niveau macroéconomique. Elle examine alors la relation concurrentielle entre grands systèmes de droit. Ce niveau d'analyse n'est pas celui considéré ici dans la perspective de l'analyse du droit européen.

décembre 2009) assigne notamment deux grands objectifs : la formation d'un espace de liberté, sécurité et justice et la poursuite du marché intérieur⁵.

Le propos de cet article est par conséquent d'examiner la pertinence des analyses économiques de la concurrence juridique dans la perspective du droit européen. En d'autres termes, au-delà des analyses spécifiques qu'elles livrent en référence à des domaines de droit particuliers, ces analyses peuvent-elles contribuer valablement à la compréhension des principaux ressorts et mécanismes de la construction juridique européenne ? Constituent-elles un outil pertinent de modélisation du droit européen, permettant par exemple d'expliquer ses évolutions et justifiant le recours croissant aux analyses économiques de la concurrence juridique, explicitement ou implicitement, par l'académie et les praticiens ? Dans quel périmètre, enfin, ces analyses sont-elles éventuellement recevables sans discussion ?

Nous nous attacherons ainsi à mettre en évidence la portée heuristique réelle des analyses économiques de la concurrence juridique dans le domaine du droit européen. Ainsi, si elles échouent à rendre compte à elles seules de la complexité et des dimensions multiples du phénomène de construction européenne, leur inclusion dans le cadre d'une réflexion plus globale sur la nature économique et juridique de celui-ci et les modes de production juridique leur confère une portée explicative réelle, dont nous tenterons d'apprécier le périmètre. À l'appui de cette approche, notre démarche est originale à plusieurs titres. Premièrement, elle adopte une double perspective économique et juridique, en ce qu'elle confronte explicitement les analyses économiques de la concurrence juridique aux processus effectifs en œuvre en matière de droit européen. Deuxièmement, elle questionne l'hypothèse même de concurrence juridique dans le contexte du droit européen, alors que les travaux d'économie du droit se contentent de postuler l'existence de forces concurrentielles – sans examiner cette existence ou l'effectivité de ces forces – pour en étudier les conséquences éventuelles. Troisièmement, si elle n'accepte pas d'emblée l'idée d'une concurrence juridique en matière de droit européen, notre démarche ne la refuse pas non plus d'emblée. En particulier, elle récusé la caricature facile des analyses économiques de la concurrence juridique derrière laquelle s'abritent certains juristes, en réaction aux travaux médiatiques mais contestés – y compris par les économistes – produits notamment par de grandes institutions financières internationales⁶. À l'encontre de

5. En vertu de ce droit, et selon l'article 3 TFUE, « *l'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, 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 lutte contre ce phénomène* ». En outre, « *l'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein-emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique* ».
6. Voir, en France, les réactions suscitées par les travaux réalisés en 2004 et 2005 sous l'égide de la Banque mondiale : Association H. Capitant (coll.), *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Société de législation comparée, 2006.

cette vision simplificatrice, nous nous attachons à déterminer les situations dans lesquelles les analyses économiques de la concurrence juridique proposent des éléments pertinents de compréhension du droit européen. Quatrièmement, notre analyse suggère un programme de recherche fondé sur l'inclusion des analyses économiques de la concurrence juridique dans une analyse élargie et enrichie de la construction juridique européenne.

Dans la section 2, nous montrons que les analyses économiques de la concurrence juridique procèdent à une transposition, souvent très directe, de la notion de concurrence économique sur les marchés de biens et services à celle de concurrence juridique. Dans la section 3, nous examinons la réception des analyses économiques de la concurrence juridique en droit européen, et en faisons apparaître les apports et les limites. Dans la section 4, nous envisageons quelques pistes sur la manière de reconstruire les analyses économiques de la concurrence juridique à partir de certains traits caractéristiques du modèle juridique européen.

2 LES ANALYSES ÉCONOMIQUES DE LA CONCURRENCE JURIDIQUE : DE LA CONCURRENCE « ÉCONOMIQUE » SUR LES MARCHÉS DE BIENS ET SERVICES À LA CONCURRENCE « JURIDIQUE » SUR LE MARCHÉ DU DROIT

Les analyses économiques de la concurrence juridique ont nourri une littérature économique très importante, théorique et empirique. Le volume de cette littérature rendant toute prétention à l'exhaustivité illusoire, notre objectif est ici simplement de faire apparaître que ces analyses *et* les critiques qu'elles ont suscitées s'inscrivent en large part dans un cadre unique de référence au modèle de concurrence économique. En effet, les analyses économiques de la concurrence juridique s'inspirent directement des grandes conceptions de la concurrence sur les marchés de biens et services, qu'elles transposent le plus souvent de façon très directe. Cette transposition est alors largement tributaire d'une double analogie entre, d'une part, règle de droit et produit et, d'autre part, gouvernement local et entreprise. Procédant essentiellement d'une analogie de marché, les analyses économiques de la concurrence juridique ne présentent donc pas d'originalité théorique forte qui rendrait compte d'une possible spécificité de la concurrence *juridique*, mais transposent, pour l'essentiel, les modèles de concurrence néoclassique et évolutionniste dans le domaine juridique, limitant ainsi le rôle d'un agent central dans la production de droit au maintien des conditions nécessaires au fonctionnement efficace du mécanisme de concurrence juridique.

2.1 L'extension du modèle néoclassique de concurrence à la concurrence juridique : les apports de l'économie publique locale de Tiebout

La première famille d'analyses économiques de la concurrence juridique est directement inspirée de l'économie publique locale, dans la lignée des travaux de Charles Tiebout⁷ sur l'offre de biens publics locaux par des gouvernements locaux géographiquement définis. Dans ce cadre, ces derniers s'inscrivent dans une relation de concurrence horizontale, leur objectif étant d'attirer des résidents par le biais de leur offre de paniers composés de structures fiscales et de biens publics locaux. Les décisions de localisation des agents reflètent dès lors leurs préférences pour des paniers de biens publics locaux et de niveaux d'imposition, et s'expriment grâce à leur possibilité de « voter avec leurs pieds » (hypothèse de mobilité). Si, à l'instar des producteurs privés sur les marchés de biens et services, les gouvernements locaux se concurrencent sur leurs offres de paniers, un effet du mécanisme concurrentiel est de faire correspondre des demandes locales à une offre particulière de services, les consommateurs caractérisés par des préférences identiques se regroupant dans des « clubs » spécifiques⁸. La concurrence entre gouvernements locaux permet de ce fait d'associer satisfaction maximale des agents et diversité de l'offre.

L'analyse de Tiebout concerne initialement les biens publics locaux. Elle est néanmoins reprise par l'économie du droit et étendue, de façon très directe, à la concurrence juridique entre règles de droit, dans le cadre d'analyses parfois qualifiées explicitement de « néo-tieboutiennes », sur la base d'une analogie entre règles de droit et biens publics locaux. Les règles sont alors assimilées à des produits et considérées comme des biens collectifs indivisibles pour lesquels les agents expriment des demandes que les gouvernements locaux satisfont par leur offre. Ces règles peuvent alors porter sur des domaines très divers : droit des sociétés, droit de l'environnement, droit du travail, droit fiscal... En conséquence, selon cette approche, la pression concurrentielle exercée par les gouvernements locaux les uns sur les autres les contraint à offrir des produits juridiques à des prix concurrentiels, sous peine de perdre leurs consommateurs (entreprises, facteurs de production, citoyens) au profit de leurs concurrents, selon une logique d'*exit*⁹. La concurrence juridique est donc vue comme un mécanisme disciplinant les gouvernements, pour le plus grand bénéfice des utilisateurs – ou consommateurs – de règles, de la même façon que la concurrence par les prix discipline les producteurs de biens privés sur les marchés de biens et services.

Une lecture dynamique des analyses inspirées par Tiebout poursuit en outre le raisonnement, de façon à rendre compte des évolutions juridiques engendrées par

7. C. Tiebout, « A Pure Theory of Local Expenditure », *Journal of Political Economy*, 1956, 64, 5, pp. 416-424.

8. J.M. Buchanan, « An Economic Theory of Clubs », *Economica*, 1965, 32, 125, pp. 1-14.

9. Voir par exemple F. Easterbrook, « Antitrust and The Economics of Federalism », *Journal of Law and Economics*, 1983, 26, 1, pp. 23-50.

la concurrence juridique. Dans ce cadre, et sous certaines hypothèses, les produits juridiques qui sont sélectionnés par les agents sont ceux dont ces derniers retirent une satisfaction élevée et pour lesquels ils sont de ce fait disposés à payer. La concurrence horizontale entre gouvernements locaux permet donc d'accroître la qualité des règles, assure la sélection – ou la « survie », dans la perspective darwinienne implicite ici – des plus efficaces d'entre elles et conduit à une allocation efficace entre gouvernements locaux. Le « vote avec les pieds » mène par conséquent à la solution la meilleure, si bien que, par analogie avec le mécanisme de main invisible, il a parfois été qualifié de « pied invisible ». Par rapport à l'analyse de Tiebout, un décalage peut cependant être observé. En effet, selon cette lecture dynamique, la concurrence entre gouvernements locaux ne conduit plus nécessairement à une offre diversifiée de produits juridiques par les gouvernements locaux, mais à la convergence vers un équilibre unique. Sans surprise, puisqu'elle en reprend directement les hypothèses et outils, la concurrence juridique produit en ce sens un résultat tout à fait conforme à l'analyse néoclassique sur les marchés de biens et services.

2.2 L'analyse évolutionniste de la concurrence juridique

Moins développée que l'analyse néoclassique, la seconde conception de la concurrence mobilisée par l'analyse économique du droit n'en est pas moins, comme la précédente, directement calquée sur une forme de concurrence économique sur le marché des biens et services. Retenant une approche évolutionniste de la concurrence, elle considère cette dernière non plus sous l'angle de la théorie traditionnelle des prix et comme poussant les prix à la baisse vers le coût marginal, mais avant tout sous l'angle de la création et de la diffusion de connaissances qu'elle permet en matière de préférences des consommateurs et la façon de les satisfaire de manière efficace¹⁰. De ce fait, à l'inverse des hypothèses posées par l'analyse néoclassique de la concurrence juridique, les agents ne sont plus supposés disposer d'une connaissance parfaite, mais sont susceptibles d'améliorer cette dernière. Les agents fondent ainsi leurs actions sur des conjectures – qui peuvent se révéler justes ou erronées. En particulier, les firmes expriment des conjectures, que les consommateurs confirment ou refusent par leurs décisions d'achat. La concurrence se conçoit alors comme un processus d'essai et d'erreur plaçant les firmes en situation de concurrence pour essayer de nouveaux produits et de nouvelles techniques, de nouveaux *inputs* et technologies, ou de nouvelles formes organisationnelles. Dès lors, les agents étant créatifs, des hypothèses entièrement neuves et ne pouvant par définition être anticipées sont susceptibles d'apparaître. L'importance des nouvelles connaissances

10. Cette approche de la concurrence est inspirée notamment par les travaux de J.A. Schumpeter (*The Theory of Economic Development. An Inquiry Into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*, Cambridge, 1934) et F.A Hayek (« Competition as a Discovery Procedure », in F. A. Hayek (ed.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago, 1978, pp. 179-190).

ainsi créées dépend notamment de l'hétérogénéité des compétiteurs et accroît la probabilité de satisfaction des consommateurs, qui se voient offrir une gamme de produits plus large. Le processus évolutionniste de marché ainsi décrit constitue donc un processus ouvert sans fin prédéfinie. Comme dans l'analyse néoclassique, la concurrence produit des effets positifs pour les consommateurs.

Transposée directement à la concurrence juridique, cette analyse permet de concevoir les offreurs de droit comme des « entrepreneurs institutionnels » s'inscrivant dans un processus de concurrence entre gouvernements locaux qui, par analogie avec la compétition de marché, constitue un processus d'expérimentation, d'exploration et de découverte – notamment de découverte d'information sur les paniers de biens et les préférences des citoyens et des entreprises¹¹. Le propos de cette analyse n'est donc pas de déterminer l'équilibre censé résulter du processus concurrentiel, mais d'étudier le processus concurrentiel lui-même. Elle ouvre dès lors la possibilité à certains gouvernements locaux d'introduire des innovations juridiques supérieures, sous la forme de règles de droit plus adaptées, de façon à bénéficier d'un avantage compétitif vis-à-vis de leurs concurrents et à attirer, de ce fait, les facteurs de production. Ainsi, alors que les analyses néo-tieboutiennes de la concurrence juridique s'intéressent essentiellement au résultat du processus concurrentiel et – y compris dans leur version « dynamique » – retiennent une définition statique de l'efficacité, définie comme l'efficacité de l'équilibre atteint et en termes de maximisation du bien-être des agents, l'analyse évolutionniste de la concurrence juridique insiste sur le processus de découverte d'information sur les paniers de biens et les préférences des agents¹². Du processus concurrentiel, il résulte par suite une diversité dynamique des systèmes juridiques permettant l'observation et l'apprentissage. À rebours des tentatives d'harmonisation, cette diversité doit par conséquent être préservée, en ce qu'elle favorise la création de connaissances.

Le modèle d'harmonisation réflexive, inspiré de la théorie des systèmes¹³, reprend et approfondit cette conception de la concurrence juridique, notamment pour l'appliquer dans le cadre européen¹⁴. Conformément à la notion de « co-évolution », il

11. Cette analyse est développée en particulier par V. Vanberg, W. Kerber (« Institutional Competition Among Jurisdictions: An Evolutionary Approach », *Constitutional Political Economy*, 1994, 5, 2, pp. 193-219) et K. Heine, W. Kerber (« European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence », *European Journal of Law and Economics*, 2002, 13, 1, pp. 47-71).

12. Voir par exemple V. Vanberg, W. Kerber, préc.

13. G. Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Oxford, Blackwell, 1993.

14. On peut se reporter par exemple à S. Deakin (« Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism Versus Reflexive Harmonisation. A Law And Economics Perspective On Centros », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, 2, pp. 231-260 ; « Regulatory Competition versus Reflexive Harmonisation in European Company Law », in D. C. Esty and D. Geradin (eds), *Regulatory Competition and Economic Integration. Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2001, pp. 190-217 ; « Legal Diversity And Regulatory Competition: Which Model For Europe ? », *European Law Journal*, 2006, 12-4, pp. 440-454) et P. Zumbansen (« Spaces and Places: A Systems Theory Approach to Regulatory Competition in European Company Law », *European Law Journal*, 2006, 12, 4, pp. 535-557).

développe notamment l'idée que des systèmes divers mais interdépendants peuvent coexister profitablement dans un même environnement. En associant diversité et interdépendance des systèmes dans un cadre unique, le modèle d'harmonisation réflexive est alors censé fournir aux agents les incitations à choisir les bonnes solutions, en combinant régulation externe et autorégulation de marché¹⁵.

Les analyses économiques de la concurrence juridique transposent donc directement les grandes conceptions de la concurrence sur les marchés de biens et services dans le domaine du droit. Cela les conduit ainsi, sans surprise, à des prescriptions politiques globalement favorables à la décentralisation, assimilée à un régime juridique concurrentiel et donc efficace, de préférence à un mode de production juridique centralisé.

2.3 Efficacité du mécanisme concurrentiel et production juridique centralisée

Dans le modèle néoclassique, la concurrence est associée à un équilibre efficace sur le marché des biens, l'efficacité étant définie comme la maximisation du bien-être collectif. Le monopole correspond au contraire à une situation sous-optimale conduisant à une perte sociale sèche et une situation de rente. Rapportée au marché des règles de droit, la transposition est directe : le monopole juridique, défini comme la production de droit par une autorité centrale et unique, est interprété comme une situation inefficace, tandis que la concurrence juridique est associée, on l'a vu, au bien-être des citoyens consommateurs de droit. Conformément à la démarche utilitariste standard de l'analyse économique du droit, l'efficacité est alors posée dans ce paradigme comme un objectif non contestable, sans discussion d'éventuels objectifs alternatifs du droit (équité, justice sociale...)¹⁶. Une organisation concurrentielle du marché des règles de droit s'impose de ce fait, en ce qu'elle favorise l'efficacité et bénéficie à la société. L'importation directe de la conception de la concurrence néoclassique sur le marché des biens et services à laquelle procèdent les analyses économiques de la concurrence juridique les conduit donc à émettre des recommandations normatives favorables à la décentralisation. En effet, la production de droit sur un mode concurrentiel implique une organisation décentralisée autorisant la mise en concurrence horizontale de différents offreurs. La recherche de l'efficacité justifie alors que la production juridique soit dévolue aux gouvernements des niveaux inférieurs mis en compétition. Les effets négatifs pour le bien-être social de la production monopolistique de droit par une autorité centrale sont ainsi théoriquement

15. Sur ce point, voir D. Geradin, J.A. McCahery, « Regulatory Co-opetition: Transcending the Regulatory Competition Debate », in J. Jordana and D. Levi-Flaur (eds), *The Politics of Regulation, Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar Publishing, 2004.

16. Ce débat rejoint en partie le débat sur l'efficacité du droit qui prend place dans les années 1970 jusqu'au début des années 1980, avec une série de controverses entre économistes du droit et théoriciens de la justice sociale. À l'heure actuelle, l'hypothèse d'efficacité (sous une forme normative) semble largement acceptée dans les travaux d'analyse économique du droit.

évités – en particulier, les comportements de recherche de rente caractéristiques des marchés de petit nombre sont disciplinés par les forces concurrentielles, par analogie avec les analyses de la concurrence imparfaite sur les marchés de biens et services.

L'analyse évolutionniste de la concurrence juridique est également favorable, de façon générale, à la décentralisation de la production de droit. En effet – on l'a vu – la concurrence est considérée créer les conditions de la production de connaissance. Dans ce cadre, l'intervention d'une autorité centrale est déconseillée : d'une part, cette dernière possède une information moindre que les agents et risque donc de sélectionner une solution inefficace au regard des préférences des agents et des conditions économiques ; d'autre part, en sélectionnant et imposant une solution donnée – alors qu'aucune « meilleure » solution ne préexiste d'emblée au mécanisme concurrentiel –, elle prive le marché de la possibilité de parvenir de lui-même à une allocation optimale des ressources, par le biais des forces concurrentielles. En définitive, une organisation décentralisée de la production de droit est supérieure à une production centralisée et doit donc être privilégiée.

La transposition dans le domaine juridique d'analyses économiques initialement développées pour les marchés de biens et services conduit donc à conclure à l'efficacité des mécanismes concurrentiels sur le marché des règles de droit : de la même façon que la concurrence sur les marchés « traditionnels » de biens et services est efficace, le marché des règles juridiques est efficace si les agents se comportent de façon concurrentielle. Par suite, une organisation institutionnelle et politique décentralisée est elle-même efficace, en ce qu'elle permet la concurrence juridique. Sur cette base, les analyses économiques de la concurrence juridique offrent un double niveau d'interprétation positive et normative. Dans leur version positive, les marchés des règles de droit sont considérés comme efficaces lorsqu'ils suivent une logique concurrentielle et les règles produites par le biais d'un mécanisme de concurrence juridique sont efficaces. Dans leur version normative, les marchés des règles de droit doivent être organisés selon une logique concurrentielle pour permettre la production de règles efficaces.

Pour autant, bien que favorables à la décentralisation, les analyses économiques de la concurrence juridique n'excluent pas toute intervention d'un agent central. Au contraire, elles reconnaissent la nécessité d'un niveau supra-gouvernemental (central, fédéral) pour garantir le fonctionnement efficace du mécanisme concurrentiel. Dans l'analyse néoclassique, deux thèses s'opposent ainsi quant au sens de la convergence vers un équilibre unique et efficace. La première, connue comme la situation de course vers le haut (« *race to the top* »), soutient effectivement l'idée d'efficacité de la concurrence juridique. Dans cette perspective, les offreurs de droit se font concurrence pour offrir les règles de droit les plus adaptées ou les « meilleures » aux yeux des agents demandeurs. Les règles inefficaces sont donc éliminées. À l'inverse, la seconde analyse, désignée sous le terme de course vers le bas (« *race to the bottom* »), considère que la concurrence a pour effet une diminution du niveau d'exigence posé par les règles, de façon à diminuer leur coût d'application pour les agents susceptibles d'exercer leur mobilité vers les juridictions les plus laxistes. Dans une telle situation de dilemme du prisonnier, la concurrence est à l'origine

d'une convergence vers un équilibre sous-optimal. L'intervention d'un agent central est alors justifiée en ce qu'elle évite une telle situation inefficace. Les deux perspectives conduisent dès lors à des conclusions opposées concernant l'efficacité de la concurrence juridique, qu'aucun consensus empirique ne permet de départager clairement¹⁷. Parallèlement, les analyses évolutionnistes envisagent également l'intervention d'un agent central pour résoudre les problèmes de coordination et de conflit de droits entre agents relevant de gouvernements locaux différents. L'agent central exerce donc un rôle de coordination et permet d'éviter les coûts de la diversité juridique¹⁸. En outre, son intervention peut également permettre de sortir des phénomènes de dépendance au sentier et de *lock in* dans des situations inefficaces, liés à l'existence de coûts du changement pour les agents¹⁹.

En définitive, pour favorables qu'elles soient à une production de droit concurrentielle, les analyses économiques de la concurrence juridique n'écartent pas le recours à un agent central chargé de garantir le fonctionnement efficace du mécanisme de marché. Pour autant, alors que ce dernier requiert la satisfaction de plusieurs hypothèses restrictives – et le plus souvent non vérifiées dans la pratique²⁰ –, les modalités et le périmètre d'action de l'agent central ne sont pas étudiés précisément. En particulier, la relation et l'articulation éventuelle entre le mécanisme concurrentiel et d'autres modes de production juridique ne sont pas analysées. Aussi la section 3 étudie-t-elle, d'une part, la pertinence relative des deux analyses de la concurrence juridique pour rendre compte du droit européen et, d'autre part, la pertinence même d'une analyse du droit européen dans les termes de la concurrence juridique, compte tenu de la spécificité historique de la méthode d'intégration européenne.

17. Par exemple, plusieurs études empiriques réalisées en matière de droit des sociétés – l'un des domaines les plus étudiés par la littérature sur la concurrence juridique – font certes état d'une convergence des règles de droit vers une règle unique, connue sous le nom d'« effet Delaware »... mais s'opposent néanmoins sur le sens de cet effet – vers le haut et vers le bas (W. L. Cary, « Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware », *Yale Law Journal*, 1974, 83, 4, pp. 663-707; R. K. Winter, « State Law, Shareholder Protection, and The Theory of the Corporation », *Journal of Legal Studies*, 1977, 6, 2, pp. 251-292; R. Romano, « Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle », *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1985, 1, 2, pp. 225-283; du même auteur : *The Genius of American Corporate Law*, Washington, AEI Press, 1993; W. J. Carney, « Explaining the Shape of Corporate Law: The Role of Competition », *Managerial and Decision Economics*, 1997, 18, 7/8, pp. 611-626). On peut également remarquer que l'indétermination sur le sens de la convergence se double d'un débat sur son caractère effectif, certaines études mettant en évidence le maintien d'une diversité persistante des règles de droit, y compris dans les systèmes juridiques obéissant à une organisation concurrentielle de la production juridique (voir par exemple J. R. Macey, G. P. Miller, « Towards An Interest-Group Theory of Delaware Corporate Law », *Texas Law Review*, 1987, 65, pp. 469-523; W. J. Carney, préc.).
18. S. Harnay, « Was Napoleon a Benevolent Dictator? An Economic Justification for Codification », *European Journal of Law and Economics*, 2002, 14, 3, pp. 237-251.
19. Ce point est développé par Roe (M. J. Roe, « Chaos and Evolution in Law and Economics », *Harvard Law Review*, 1996, 109, 3, pp. 641-668), Deakin (S. Deakin, « Evolution for our Time: A Theory of Legal Memetics », *Current Legal Problems*, 2002, 55, pp. 1-42) et Zumbansen, préc.
20. Par exemple, l'absence de limites à la mobilité des agents, l'absence d'externalités ou leur internalisation, ou encore l'information parfaite des agents dans le modèle de concurrence néo-classique constituent des hypothèses dont la réalisation est nécessaire à l'efficacité de l'équilibre de marché concurrentiel.

3 LA RÉCEPTION DES ANALYSES ÉCONOMIQUES DE LA CONCURRENCE JURIDIQUE EN DROIT EUROPÉEN

Un juriste formé au droit européen, spécialement au droit de l'Union européenne, est-il capable de traduire, dans la réalité qui est la sienne, la présentation des deux grandes analyses économiques de la concurrence juridique étudiées précédemment ? Peut-il affirmer que, entre le modèle néo-classique conduisant à un équilibre unique et le modèle évolutionniste, qui fait une place plus grande à la diversité des solutions, l'Europe juridique, notamment celle des libertés économiques ou de liberté, sécurité et justice, est amenée à faire un choix ?

La réponse qui est sans doute la plus tentante pour le juriste est de considérer que les deux grandes approches de la concurrence juridique pèchent par un excès de simplification de ce que représente pour lui la complexité de son objet d'étude et de son outil de travail. Les lois nationales et les jugements étatiques ne sont pas assimilables à de simples biens ou services que le justiciable, consommateur voyageur dans l'espace européen, pourrait choisir ou délaissier à sa guise. Les traités de l'Union européenne n'ont pas vocation à créer un supermarché européen du droit où les gouvernements et les citoyens auraient toute liberté pour stimuler une mise en concurrence parfaite des ordres juridiques nationaux.

Cette première réponse négative mérite néanmoins d'être surmontée. S'il faut savoir remettre en cause les analyses qui perçoivent les objets du droit de manière quelque peu déconnectée des réalités, notamment institutionnelles, qui les entourent, le juriste doit être également capable de prendre le temps de comprendre toutes les lectures économiques du droit, aussi étrangères qu'elles puissent lui paraître.

Ces dernières années, différentes pistes de recherche ont été explorées par les juristes, soit de manière générale sur le thème des rapports concurrentiels entre les systèmes de droit²¹, soit dans des domaines spécialisés²².

21. Voir récemment : S. Deakin, « Legal Diversity And Regulatory Competition : Which Model For Europe ? », préc. ; J. Du Bois de Gaudusson, F. Ferrand (dir.), *La concurrence des systèmes juridiques*, Presses univ. d'Aix-Marseille, 2008, 162 p. ; A. Raynouard, « La concurrence normative dans l'Union européenne », in S. Robin-Olivier et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire : une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, 2008, pp. 87-105 ; J.-S. Bergé, S. Harnay, « Concurrence entre règles juridiques et construction européenne : à propos de l'analyse économique du droit », in *Mélanges M. Bazex*, Litec, 2009, pp. 15-25 ; B. Gabor, *Institutional and regulatory competition in Europe : Connecting some pieces of the puzzle on when, how and why it can work*, Thesis of the European University Institute, 2010, 339 p.
22. Voir par exemple : D.C. Esty, D. Geradin, « Regulatory Co-opetition », in D.-C. Esty, D. Geradin (eds), *Regulatory Competition and Economic Integration – Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2001, pp. 30-48, avec de nombreuses contributions en droit fiscal, financier, des sociétés, social, de l'environnement, de la concurrence, de la propriété intellectuelle ; H. Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé*, RCADI, 2004, t. 308, pp. 28-383 ; « L'expérience américaine », in A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Patat (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, pp. 145-169 ; « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de

Ces travaux méritent d'être encouragés et poursuivis dans le contexte du droit européen. Il y a deux grandes raisons à cela. D'une part, il faut bien admettre qu'il n'existe pas une, mais plusieurs manières de recevoir en droit les analyses sur la concurrence juridique. On ne peut raisonner, en effet, de la même manière selon que la concurrence juridique est étudiée dans le domaine du droit fiscal, du droit social, du droit de l'environnement, du droit des sociétés, du droit financier, du droit de la sécurité des produits et des services ou encore du droit de la propriété intellectuelle. Dans certains domaines, le droit européen a conduit au nivellement par le haut des niveaux de protection (droit de l'environnement, droit des sociétés, droit financier, droit de la sécurité des produits et des services ou encore droit de la propriété intellectuelle). Dans d'autres, il n'est pas parvenu à définir de solutions minimales capables d'éviter une exposition forte de ces matières à des logiques de marché (droit fiscal, droit social). D'autre part et surtout, il est clair qu'il ne peut y avoir d'application des analyses économiques de la concurrence juridique dans l'espace européen sans une remise en cause, pour le passé et/ou pour l'avenir, du paradigme existant. Comme nous allons le voir, le droit de l'Union européenne ne s'est pas construit sur un modèle de compétition entre les États membres et rien ne permet de dire qu'il est amené dans un avenir proche à changer radicalement d'optique. L'idée même d'intégration et de « communauté de lois » s'oppose à une vision essentiellement compétitive des rapports entre les ordres juridiques, vision largement dominée par un laisser-faire étranger au droit européen. Bien sûr, on peut déceler çà et là des brèches de nature à justifier une approche compétitive entre les lois nationales. Par exemple, le principe de subsidiarité a été lu en ce sens²³. Ou encore le rapprochement des lois nationales a été étudié comme le moyen pour certains États d'imposer leurs vues aux autres²⁴. Rien, cependant, dans ces développements ne permet, à notre sens, de considérer que le droit européen a abandonné ou serait en train d'abandonner ce que nous pourrions appeler de manière générale une logique de *coordination des législations nationales*, pour lui préférer une logique de concurrence. Dans l'ordre des priorités, la première prévaut encore sur l'autre.

Inscrivant notre propos dans cette perspective propre à la construction européenne, il apparaît que les analyses économiques de la concurrence juridique nous renseignent de trois manières différentes.

droit privé», in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005 pp. 615-633; J. Basedow, T. Kono (eds), *An Economic Analysis of Private International Law*, Mohr Siebeck, 2006, 243 p., pour le droit international privé; P. Zumbansen, préc., pour le droit des sociétés; B. Deffains, B. Fauvarque-Cosson, «L'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe», in Ch. Jamin (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, pp. 255-291, pour le droit des contrats; A. Ogus, «The Regulation of Services and the Public-Private Divide», in F. Cafaggi et H. Muir Watt (eds), *The Regulatory Function of European Private Law*, Edward Elgar, 2010, 99, 3-15, pour la régulation en matière de services.

23. H. Muir Watt, «L'expérience américaine», préc., spéc. p. 151; *adde* Y.-E. Le Bos, *Renouveau de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010, 398 p.
24. Pour un développement en ce sens dans le domaine du droit de l'environnement, voir M. Faure, «Regulatory Competition vs Harmonisation in EU Environmental Law», in D.C. Esty, D. Geradin (eds), préc., pp. 263-288.

3.1 La construction européenne ne repose pas sur une mise en concurrence horizontale des ordres juridiques nationaux

La construction européenne n'a pas été pensée ou mise en œuvre selon le modèle néo-classique développé à partir de l'analyse de Tiebout. La « Communauté européenne du charbon et de l'acier » (CECA), puis la « Communauté économique européenne » (CEE), transformée en « Communauté européenne » (CE), devenue « Union européenne » (UE), son « marché commun », devenu « marché intérieur » ou « grand marché », ont été imaginés, non comme un espace de guerre économique, mais comme des instruments de paix, jugés indispensables au rapprochement des États européens. Il n'y a pas de rapprochement possible entre une doctrine économique qui repose sur une mise en concurrence des systèmes juridiques et un droit européen qui s'efforce, à l'inverse, de construire une « communauté de lois »²⁵ en exerçant d'emblée une contrainte réglementaire sur le marché. Dès l'origine, il s'est agi, en effet, d'accompagner au moyen de politiques communes une levée progressive des barrières économiques nationales. La politique agricole commune et l'union douanière, par exemple, ont été conçues sur un mode où les acteurs publics centraux, européens en l'occurrence, interviennent en amont du processus de libéralisation et, non pas seulement, *a posteriori*, pour corriger les éventuels écarts du marché.

Naturellement, le processus d'accompagnement a parfois fait défaut. Dans de nombreux domaines, l'ouverture des marchés nationaux a été tellement rapide qu'il n'a pas été possible de l'encadrer par des mesures tendant à réduire les divergences entre les réglementations des États membres. La réaction des instances publiques ne s'est pas fait attendre. Elle est venue spécialement du juge européen – la Cour de justice – qui, très tôt, a dénoncé le comportement « unilatéral » d'États appliquant leur législation nationale, sans tenir compte de l'existence au sein de l'espace européen de divergences significatives avec les législations des autres États membres²⁶. Contrairement à ce que considère le modèle néo-classique, la mise en concurrence franche et brutale des réglementations nationales n'est pas recherchée par les acteurs institutionnels. Elle est, au contraire, condamnée. Au sein de l'Union européenne, un État qui dispose d'une réglementation différente de celle d'un autre doit être capable de justifier son bien-fondé (principe de nécessité) et de l'appliquer avec retenue (principe de proportionnalité). C'est ce que les juristes appellent « le test de compatibilité ».

Le laisser-faire *ab initio*, inhérent au modèle fondé sur une concurrence horizontale entre les systèmes juridiques locaux, est étranger à la construction européenne. Résolument interventionniste, le droit européen refuse, quand il met en œuvre la « méthode d'intégration », de s'en remettre au marché et de n'intervenir qu'en cas d'ultime recours. Le législateur ou le juge s'efforcent, au contraire, d'agir le plus tôt

25. J.-S. Bergé, « Le droit d'une communauté de lois : le front européen », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 113-136.

26. Allusion est faite à l'emblématique arrêt *Cassis de Dijon* : CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649.

possible pour accompagner le processus de libéralisation des marchés dans l'espace commun européen.

Ce qui vaut pour le marché intérieur vaut *mutatis mutandis* pour l'espace de liberté, sécurité et justice. En ces domaines, les ressorts de la construction européenne reposent sur l'édification de notions proprement européennes²⁷ et sur des techniques de coopération entre autorités nationales²⁸ qui supposent une intervention en amont d'une autorité centrale. Le droit ne s'y construit donc pas au terme d'un processus de mise en concurrence des solutions juridiques nationales ou locales.

3.2 La concurrence juridique gagne du terrain chaque fois que la méthode européenne d'intégration est placée en situation d'échec

La méthode européenne d'intégration, appelée historiquement « méthode communautaire », désigne un processus d'élaboration du droit européen qui a cette particularité d'échapper aux États en tant qu'ils ont consenti à ce que certaines compétences soient exercées en dehors du cercle national, au sein d'institutions européennes dans lesquelles ils ne sont pas nécessairement représentés comme États-Nations. Cette méthode compte à son actif un certain nombre de résultats de sorte que, dans différents domaines (commerce agricole, pêche, sécurité alimentaire, réglementations professionnelles, protection des consommateurs, environnement, protection de la propriété intellectuelle, certains aspects du droit commercial, etc.), l'Europe est parvenue à accompagner, par de nombreux règlements et directives et par une jurisprudence abondante, la réalisation d'un grand marché sans frontières intérieures. Mais la méthode européenne d'intégration ne fonctionne pas toujours convenablement. Dans des domaines sensibles, notamment en matière de fiscalité ou de réglementation du travail, le maintien de la règle de l'unanimité est un véritable obstacle à sa réalisation. Le phénomène peut être également observé sur des questions qui, bien que soumises à une règle de majorité, divisent ou ont divisé les États, au point qu'il est apparu préférable de ne pas leur apporter une réponse européenne.

Dans ces différentes situations d'échec, il ne fait guère de doute que la libéralisation des échanges à l'intérieur de l'espace européen encourage une mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. La construction européenne, quand elle ne parvient pas à faire reposer le marché sur des standards communs – minimum ou maximum –, laisse aux acteurs publics ou privés locaux le soin de se jouer des

27. Par exemple la citoyenneté européenne: articles 20 et s. TFUE. Voir notamment sur ce thème: E. Pataut, *L'invention du citoyen européen*, 2009, <http://www.laviedesidees.fr>; du même auteur: « Citoyenneté communautaire et libre circulation des personnes: de la construction d'un marché à l'élaboration d'un statut », in S. Bollée, Y.-M. Laithier et C. Pérès (dir.), « L'efficacité économique en droit », *Economica*, 2010, p. 147.

28. Par exemple, la reconnaissance mutuelle: V. Michel (dir.), *Le principe de reconnaissance mutuelle* (Actes du colloque de Strasbourg, déc. 2008), à paraître.

divergences nationales, jeu qui peut parfois conduire à un alignement plus ou moins spontané des solutions. Selon le domaine économique considéré, cet alignement peut se faire par le haut ou le bas. Par exemple, un État peut avoir intérêt à protéger les investisseurs par des règles plus contraignantes que celles des pays voisins, dans l'espoir de rendre son marché plus attractif. Inversement, un État peut développer une fiscalité allégée dans le but d'attirer sur son territoire de nouvelles entreprises.

L'exemple le plus connu, à la lisière du droit des sociétés et du droit fiscal, concerne la reconnaissance des sociétés dans l'espace européen²⁹. Face à l'incapacité des États à s'entendre sur les critères de reconnaissance mutuelle des sociétés étrangères³⁰, la Cour de justice a élaboré une jurisprudence³¹ qui fait la part belle aux réglementations nationales les moins contraignantes. Au nom de la liberté d'établissement, telle que consacrée par le Traité FUE (art. 49 s. TFUE), une société fictive établie en conformité avec le droit d'un État membre doit pouvoir être reconnue dans les autres États membres, y compris par ceux qui exigent que l'entreprise exerce une activité réelle et sérieuse sur le territoire dans lequel elle est officiellement établie.

Cette solution est incontestablement de nature à encourager une mise en concurrence horizontale des législations nationales, le juge européen se contentant d'intervenir pour le cas, tout à fait exceptionnel en pratique, où les acteurs économiques seraient convaincus de fraude ou d'abus³². Le modèle de concurrence néo-classique, très largement absent de la construction européenne, trouve ainsi sa place chaque fois que cette construction se montre dans l'incapacité de définir, *a priori*, des solutions en commun.

Cette place ne saurait pour autant être exagérée. La jurisprudence la plus récente rendue en droit des sociétés, par exemple, montre que, en l'absence d'harmonisation minimale des solutions nationales, la Cour de justice autorise un État à appliquer sa loi nationale qui refuse à une société établie sur le territoire national la possibilité de transférer son siège social dans un autre État membre tout en conservant sa person-

29. S. Deakin, «Legal Diversity And Regulatory Competition: Which Model For Europe?», préc.; P. Zumbansen, préc.

30. La Convention de Bruxelles (1968) adoptée en ce domaine sur le fondement du Traité CEE n'est jamais entrée en vigueur.

31. Voir notamment: les arrêts *Centros*, CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec. I*, p. 1459; *Überseering*, CJCE, 5 nov. 2002, aff. C-208/00, *Rec. I*, p. 9919; *Inspire Art*, CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Rec. I*, p. 10155; *CEVIC*, CJCE, 13 déc. 2005, aff. C-411/03, *Rec. I*, p. 10805.

32. Voir les arrêts cités en note précédente. Comparer, CJCE, 12 sept. 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04, *Rec. I*, p. 7995, qui rend parfaitement compte de cette tension entre le jeu libre du marché et l'intervention exceptionnelle d'un acteur central, en l'occurrence le juge: «*La seule circonstance qu'une société résidente crée un établissement secondaire, tel qu'une filiale, dans un autre État membre ne saurait fonder une présomption générale de fraude fiscale et justifier une mesure portant atteinte à l'exercice d'une liberté fondamentale garantie par le traité. En revanche, une mesure nationale restreignant la liberté d'établissement peut être justifiée par des motifs de lutte contre des pratiques abusives lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné et en particulier d'éluider l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national.*»

nalité morale dans son État d'origine³³. Le temps n'est donc pas encore venu où c'est le marché qui commande l'énoncé des solutions juridiques en ce domaine³⁴ et où les entreprises peuvent librement « voter avec leurs pieds » en Europe en choisissant de se soumettre à la loi qui leur est la plus favorable. Faute pour le droit européen d'avoir harmonisé les solutions en ce domaine, il est bien obligé de tenir compte de la compétence ainsi conservée par les États.

3.3 La diversité dynamique des systèmes juridiques comme modèle de la construction européenne ?

Si la construction européenne ne repose pas sur le préalable d'une mise en concurrence parfaite des systèmes juridiques nationaux, c'est qu'elle a porté très tôt et très haut une ambition de rapprochement des solutions nationales³⁵. Cette ambition indissociable de la conception des différentes « Europe » juridiques – l'Europe des institutions, l'Europe des libertés économiques (à laquelle nous nous intéressons surtout ici), l'Europe des droits de l'homme et l'Europe de liberté, sécurité et justice – n'a pas abouti, quoi qu'on en dise parfois, à la consécration d'un modèle uniforme. En dépit des efforts déployés par les institutions européennes et les États membres, l'Europe demeure très largement synonyme de diversité. Il importe donc de déterminer si cette diversité est à même de correspondre au modèle évolutionniste décrit en première partie.

Au premier abord, la réponse semble clairement négative. La diversité des systèmes juridiques, propice à leur mise en concurrence, selon un processus à la fois dynamique et décentralisé, ne trouve pas sa place dans l'histoire contemporaine de la construction européenne. L'Europe juridique est faite de valeurs, de principes et de règles dont il a été affirmé très tôt qu'ils devaient avoir la même signification et la même portée dans l'ensemble de l'espace européen³⁶. L'essentiel du travail fourni

33. CJCE, 16 déc. 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*, *Rec. I*, p. 9641.

34. Voir, toujours à propos de la liberté d'établissement des entreprises, Muir Watt (*Aspects économiques du droit international privé*, préc.) qui a estimé, à la lumière de la jurisprudence *Inspire Art* (préc.) notamment, qu'« *Aucun État n'est donc admis à défendre ses conceptions de fond en matière de constitution des sociétés par voie autoritaire, que ce soit à travers des lois de police ou au moyen d'un rattachement tel le siège réel qui réduit le champ de la compétition ; c'est le marché qui décidera de la survie des modes de constitution des sociétés plus contraignantes* » (p. 112).

35. Sur cette « Europe » du rapprochement des lois nationales, voir avec les nombreuses indications bibliographiques proposées : J.-S. Bergé, S. Robin-Olivier, *Droit européen (Union européenne – Conseil de l'Europe)*, PUF, 2^e éd., 2011, coll. Thémis, 540 p., pp. 263-332.

36. Voir notamment, affirmant le caractère fondamental du principe d'interprétation uniforme du droit européen : CJCE, 12 nov. 1969, *Stauder*, aff. 29/69, *Rec.*, p. 419. La procédure préjudicielle, permettant aux juridictions nationales de poser des questions à la Cour de justice, joue à cet égard un rôle essentiel (voir, p. ex. : CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, aff. 28-30/62, *Rec.*, p. 61). Elle a même été présentée comme nécessaire à la préservation du caractère « commun » du droit établi par le traité ou le droit dérivé (voir, p. ex. : CJCE, 16 janv. 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, aff. 166/73, *Rec.*, p. 33).

par les acteurs juridiques européens a consisté à empêcher que les solutions puissent varier dans leur substance ou leur intensité d'un État membre à l'autre. L'idéal de construction d'un droit en commun est inséparable de l'idéal d'uniformité.

Cet idéal n'a pas disparu. Mais il a vécu. Depuis le milieu des années 1980³⁷, l'Europe sait bien qu'elle ne peut atteindre en toutes matières, spécialement dans les domaines techniques (par exemple, normalisation des produits, réglementations professionnelles), un résultat totalement uniforme. La diversité des solutions nationales est apparue comme un complément nécessaire de l'action européenne. Dans les rapports internes à l'Europe, les juristes prennent progressivement conscience du caractère éminemment incomplet de leur discipline. Ils savent de mieux en mieux exprimer l'idée selon laquelle la construction européenne n'a pas d'avenir sans la diversité des paysages juridiques qui parcourent le vieux continent. Cette incomplétude qui, il y a soixante ans, pouvait être comprise comme la cause de tous les désordres européens, est de plus en plus souvent assumée comme la caractéristique essentielle d'une « Europe unie dans la diversité »³⁸. Ce qui vaut pour les rapports internes à l'espace européen se vérifie également dans les rapports externes à l'Europe. Notre droit européen n'est pas l'expression d'un droit mondial uniforme. Il est, au contraire, l'affirmation d'un droit régional potentiellement différent – parfois plus protecteur (santé, sécurité, environnement, propriété intellectuelle, marchés financiers) – de celui conçu par des États tiers, d'autres espaces régionaux ou d'autres enceintes internationales.

Cette diversité européenne semble propice au développement d'une concurrence juridique hautement évolutive qui fait intervenir une multiplicité d'acteurs et qui, de ce fait, répond à un modèle fortement décentralisé. Elle peut d'ailleurs se targuer de correspondre à la doctrine contemporaine qui voit dans l'Europe un modèle de construction du droit en réseau³⁹, avec une multiplication et une stratification de différents niveaux de décision (la « multi-gouvernance »)⁴⁰.

Il faut néanmoins se méfier de ces passages trop rapides d'un modèle à l'autre. La seconde conception économique de la concurrence juridique soulève autant d'interrogations que la première pour un juriste européeniste. Par exemple, l'Europe a porté très haut un mécanisme de « reconnaissance mutuelle » entre les solutions juridiques nationales des différents États membres⁴¹. Dans les domaines coordonnés

37. Le premier tournant dans la politique législative européenne a pris le nom de « nouvelle approche », sur laquelle : Résolution du Conseil, du 7 mai 1985, *concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation*, JOCE n° C 136 du 4 juin 1985.

38. Si la devise européenne n'a pas, en tant que telle, trouvé sa place dans les traités fondateurs actuellement en vigueur, il y est fait allusion à différentes reprises (art. 3 TUE ; art. 151, 165 à 167, 191 TFUE) et une Déclaration annexe n° 52 lui est consacrée.

39. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des FUSL, Bruxelles, 2002, 596 p.

40. Voir en particulier sur ce thème foisonnant : www.eu-newgov.org.

41. V. Michel, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *Annuaire de Droit européen*, Bruylant, 2004, pp. 31-50 ; W. Kerber,

par des politiques de rapprochement des solutions nationales, les États s'obligent à reconnaître sur leur territoire une efficacité juridique à des situations nées sur un autre territoire, le plus souvent dans un contexte réglementaire différent, l'objectif étant d'assurer la meilleure circulation des agents à l'intérieur de l'espace européen.

L'exemple le plus significatif concerne la politique de reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles. Bien malin est celui qui est capable d'affirmer que ce mécanisme est l'expression du modèle néo-classique plutôt que du modèle évolutionniste, ou inversement. Il emprunte en réalité aux deux conceptions en même temps qu'il s'en écarte. Les acteurs publics centraux européens interviennent en amont pour organiser une certaine mise en concurrence des réglementations nationales divergentes. Le jeu de la concurrence n'est ni totalement ouvert, ni totalement fermé. Il est encadré par un principe de reconnaissance, lequel doit impérativement être mis en œuvre à un niveau décentralisé.

Cet exemple montre que les analyses économiques de la concurrence juridique permettent, si ce n'est de réduire une réalité juridique à un modèle économique, du moins d'en développer certaines potentialités.

4 QUELQUES PISTES SUR LA MANIÈRE DE RECONSTRUIRE LES ANALYSES ÉCONOMIQUES DE LA CONCURRENCE JURIDIQUE À PARTIR DE CERTAINS TRAITS CARACTÉRISTIQUES DU MODÈLE JURIDIQUE EUROPÉEN

Pour essayer de remédier à cette impression selon laquelle les analyses économiques de la concurrence juridique ne collent pas toujours à la réalité du droit européen, il faut profondément modifier la perception que l'économiste peut avoir de l'objet juridique qu'il étudie.

L'approche économique du droit, en général, ou de la concurrence juridique, en particulier, épouse les formes de l'objet étudié. Ce n'est pas l'analyse économique du droit que redessine le droit européen. C'est le droit européen qui forme un objet d'étude pour l'analyse économique qui se charge de l'explicitier à l'aide de ses propres méthodes et solutions. Il est donc absolument nécessaire que les économistes et les juristes collaborent. L'analyse économique du droit suppose un véritable travail en chaîne : le juriste explicite l'objet d'étude (1^{er} maillon de la chaîne) que l'économiste analyse avec ses propres outils (2^e maillon de la chaîne).

Contrairement à ce qui a été le plus souvent proposé jusqu'ici, il faut littéralement inverser la perspective. Le juriste ne se contente plus de recevoir l'analyse économique du droit avec les méthodes et solutions de sa discipline. Il intervient en

R. Van den Bergh, « Mutual Recognition Revisited: Misunderstandings, Inconsistencies, and a Suggested Reinterpretation », *Kyklos*, Vol. 61, 2008, pp. 447-465.

amont, pour livrer à l'économiste un objet d'étude digne de ce nom. À l'économiste de poursuivre ensuite une analyse économique qu'il est seul à même de conduire jusqu'à son terme.

C'est cette démarche, encore nouvelle⁴², que nous voudrions essayer d'orienter autour de quelques pistes tirées de différents traits caractéristiques de la construction juridique européenne. Nous en avons retenu deux.

4.1 Deux traits caractéristiques du modèle juridique européen pris comme objet potentiel d'étude de la concurrence juridique

Parmi les nombreux traits marquants de la construction juridique européenne, deux sont notamment susceptibles de former un objet d'étude pour l'analyse économique de la concurrence juridique : le degré d'intégration du droit européen et la distinction entre les rapports juridiques internes et externes à l'Europe.

4.1.1 Le degré d'intégration du droit européen

La construction européenne a atteint des degrés d'intégration variables. Plus le droit européen est capable de définir de manière autonome des solutions juridiques uniformes qui s'imposent à tous les États membres, plus le degré d'intégration est élevé. Plus les États conservent une possibilité d'adopter des solutions qui leur sont propres, moins le degré d'intégration est élevé.

Les réalisations du droit européen se manifestent différemment selon les domaines et les mécanismes juridiques utilisés pour y parvenir. Nous retiendrons un domaine particulièrement important de la construction européenne : l'appréhension par le droit européen des justifications aux entraves aux libertés fondamentales de circulation. Le droit européen de la libre circulation a été le théâtre, en effet, de différentes évolutions depuis la création du marché européen au début des années 1950. En trois générations, différentes approches ont été proposées pour appréhender la question difficile des justifications aux entraves. En forçant un peu le trait, on peut dire que le droit européen de première génération a été marqué par une opposition franche au droit national, que celui de deuxième génération a été l'occasion d'une recherche des solutions harmonisées et que celui de troisième génération a été placé sous le signe d'une subsidiarité judiciaire. Considérons-les tour à tour.

Dans le droit européen de première génération, on peut considérer que les justifications aux entraves aux échanges sont inscrites dans les traités européens. De façon plus ou moins précise, les textes jettent les bases des compromis à construire entre le marché commun et les droits nationaux. Le Traité de Rome (1957) instituant

42. Voir également, récemment, pour différentes pistes de recherche proposées en ce sens : B. Gabor, préc., spéc. p. 311 et s.

l'ancienne Communauté économique européenne dressait une liste des exceptions au libre-échange pour la libre circulation des marchandises. Cette liste a été reprise, de manière inchangée, dans les textes en vigueur. Sont ainsi énumérées comme causes possibles de justifications aux entraves: «*la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique et la protection de la propriété industrielle et commerciale*» (article 36 TFUE). En matière de libre circulation des personnes, la liste est plus courte. Elles mêlent d'ailleurs deux considérations quelque peu différentes. On trouve, dans les traités en vigueur, des justifications aux entraves proprement dites (ordre public, sécurité publique et santé publique: articles 45 et 52 TFUE). Mais il est également question de véritables exceptions à la liberté de circulation pour les activités impliquant l'exercice de l'autorité publique (articles 45 et 62 TFUE). Ces différents textes assouplissent considérablement la vigueur des libertés de circulation définies par les traités européens. Ils forment pour les droits nationaux des brèches dans lesquelles il est possible de s'engouffrer pour faire échec à la mise en œuvre de telle ou telle liberté européenne de circulation au nom d'un impératif de source nationale. Dans ces différentes hypothèses, le droit européen accepte de tempérer l'énoncé de ses solutions. Au stade de leur mise en œuvre, il tolère que des obstacles nationaux s'opposent à l'affirmation pleine et entière d'un droit fondamental européen de la libre circulation.

La Cour de justice a joué un rôle de premier ordre dans l'interprétation de ces différents textes relatifs aux justifications aux entraves de source nationale. Plutôt que de contenir dans des limites étroites les tempéraments ainsi apportés par les traités aux libertés de circulation, elle en a donné une lecture véritablement extensive. Parmi les développements jurisprudentiels les plus significatifs, on trouve le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*⁴³ selon lequel les obstacles acceptables à la circulation intra-européenne des marchandises résultant de disparités des législations nationales ne se limitent pas aux cas énumérés par les textes. Ils doivent être tolérés lorsque de tels obstacles apparaissent nécessaires pour satisfaire à des «*exigences impératives d'intérêt général*». Dans le même arrêt, la Cour de justice prenait pour exemple: «*l'efficacité des contrôles fiscaux, la protection de la santé publique, la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales*». Cette approche extensive des justifications aux entraves a été généralisée à tout le champ des libertés. Très nombreux sont les motifs tirés de l'intérêt général national qui peuvent être valablement invoqués: il n'y a pas de restriction, pour autant que ces motifs ne cachent pas des mesures protectionnistes⁴⁴. La liste variée des motifs, non mentionnés par l'arrêt *Cassis de Dijon*, qui ont permis à des législations nationales de se maintenir en dépit de leur effet restrictif sur la libre circulation, fait voisiner la protection de

43. CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, préc.

44. Sur l'exclusion des motifs de ce type, v. notamment CJCE, 19 déc. 1961, *Commission/Italie*, aff. 7/61, *Rec.*, p. 635; CJCE, 5 juin 1986, *Commission/Italie*, aff. 103/84, *Rec.*, p. 1759; CJCE, 28 mars 1995, *Evans Medical*, aff. C-324/93, *Rec. I*, p. 563.

l'environnement⁴⁵ et la liberté d'expression⁴⁶, la réglementation des professions⁴⁷ et la protection des travailleurs⁴⁸ et des artistes⁴⁹, le bon fonctionnement des marchés financiers⁵⁰ et la sécurité routière⁵¹, la protection des créanciers ou de la bonne administration de la justice⁵² et la défense de certaines valeurs culturelles⁵³. Une mention particulière doit être faite des droits de propriété intellectuelle. Alors que le libellé du Traité CE (actuel art. 36 TFUE) semblait se limiter à certains d'entre eux (le texte ne vise que la propriété industrielle et commerciale, délaissant ainsi les droits de propriété littéraire et artistique), la Cour a construit une jurisprudence très élaborée tendant à inclure dans les exceptions à la libre circulation, l'ensemble des droits de propriété intellectuelle⁵⁴. Le phénomène est d'autant plus remarquable que ces droits ont une dimension économique incontestable, puisqu'ils ont notamment vocation à définir des droits exclusifs d'exploitation. Il montre aussi que, contrairement à ce que laisse penser la jurisprudence de la Cour⁵⁵, des exceptions aux libertés de circulation peuvent être assises sur des considérations d'ordre économique.

Le droit européen de deuxième génération a tenté de définir un autre mode d'intervention dans la recherche des justifications aux entraves à la libre circulation. Les obstacles que les droits nationaux peuvent légitimement dresser aux fins de protéger des intérêts nationaux d'une importance particulière ont vocation à reculer, en effet, devant les progrès de l'harmonisation européenne. Lorsque les intérêts concernés ont fait l'objet de mesures de rapprochement, leur protection découle du droit européen et cesse de justifier des interventions dispersées des États, susceptibles d'entraver les libertés de circulation. La protection européenne se substitue aux protections nationales. Les dérogations à la libre circulation résultant de l'application des législations nationales sont conçues comme des exceptions temporaires permettant de pallier la disparité de ces législations : leur harmonisation progressive réduit les possibilités d'y recourir. Lorsque, par exemple, des dispositions de droit européen aménagent des procédures de contrôle sanitaire harmonisées, les objectifs sanitaires visés par

45. CJCE, 20 sept. 1988, *Commission/Danemark*, aff. 302/86, *Rec.*, p. 4607.

46. CJCE, 25 juill. 1991, *Gouda*, aff. C-288/89, *Rec. I*, p. 4007 et CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec. I*, p. 3689.

47. CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, *Rec.*, p. 1299.

48. CJCE, 17 déc. 1981, *Webb*, aff. 279/80, *Rec.*, p. 3305.

49. CJCE, 18 janv. 1979, *Van Wesemael*, aff. 110 et 111/78, *Rec.*, p. 35.

50. CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments*, aff. C-384/93, *Rec. I*, p. 1141.

51. CJCE, 5 oct. 1994, *Van Schaik*, aff. C-55/93, *Rec. I*, p. 4837.

52. CJCE, 12 déc. 1996, *Reisebüro Broede*, aff. C-3/95, *Rec. I*, p. 6511.

53. CJCE, 11 juill. 1985, *Cinétique*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec.*, p. 2605.

54. Voir, notamment, pour les arrêts pionniers rendus à propos des différents droits de propriété intellectuelle : CJCE, 13 juill. 1966, *Grundig-Consten*, aff. 56 et 58/64, *Rec.*, p. 429 ; CJCE, 29 fév. 1968, *Parke Davis*, aff. 24/67, *Rec.*, p. 81 ; CJCE, 18 fév. 1971, *Sirena*, aff. 40/70, *Rec.*, p. 69 ; CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78/70, *Rec.*, p. 487 ; CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked*, aff. 58/80, *Rec.*, p. 181 ; CJCE, 30 juin 1988, *Theford*, aff. 35/87, *Rec.*, p. 3585 ; CJCE, 24 janv. 1989, *Emi II*, aff. 341/87, *Rec.*, p. 79 ; CJCE, 22 juin 1994, *Ideal-Standard*, aff. C-9/93, *Rec. I*, p. 2789.

55. V. notamment CJCE, 28 mars 1995, *Evans Medical*, aff. C-324/93, préc.

ces procédures ne permettent plus de justifier une restriction à la libre circulation⁵⁶. Ce phénomène s'inscrit dans le vaste mouvement d'«européanisation» du droit.

L'intensité de cette européanisation du droit par un rapprochement des législations nationales est néanmoins variable selon les domaines. Le degré d'intégration du droit européen n'est pas le même selon qu'il est parvenu à imposer des solutions uniformes ou, au contraire, à laisser subsister des particularismes nationaux. À cet égard, une distinction très utile a pu être faite entre les processus de coordination, d'harmonisation et d'unification du droit⁵⁷. La différence entre unification et uniformisation est liée aux sources de la norme de référence, dont dépend son efficacité juridique et plus précisément, l'existence ou non d'un effet direct de la norme européenne en droit interne (en droit de l'Union européenne, le traité ou les règlements peuvent être source d'uniformité, voire d'unicité de la norme alors que les directives n'ont pas, en principe, cette capacité et ne permettent qu'un rapprochement, plus ou moins étroit). Il ne faut pas, cependant, accorder trop de poids à cette distinction des instruments qui portent la norme, compte tenu de la variabilité de l'efficacité juridique qui est la leur. L'unicité de la norme signifie qu'à l'intérieur du territoire européen, la règle posée à l'échelle européenne s'impose seule, sans que les droits des États n'interviennent. Il existe une norme unique qui s'applique sur tout le territoire européen, dont la source est européenne. Rien n'empêche cependant les États de reprendre la règle dans leurs législations nationales qui, à d'autres égards, restent largement dissemblables. La règle d'égalité figurant dans le règlement de coordination des législations de sécurité sociale⁵⁸ fournit un exemple d'unicité : elle s'impose sur tout le territoire de l'Union, en matière d'assurance sociale. L'uniformité des législations se distingue de l'unicité de la norme, en ce qu'elle repose sur la transformation des droits nationaux dont le caractère uniforme est recherché. Par exemple, la directive sur la composition des produits du tabac⁵⁹ oblige les États à rendre obligatoire l'inscription de certaines mentions sur les paquets de cigarettes. La directive doit être transposée en droit interne, c'est-à-dire qu'une intégration de la règle dans les droits nationaux est nécessaire, afin que ceux-ci soient uniformisés. La règle sera alors la même partout, sans variations possibles, mais cette identité sera celle du contenu de droits nationaux distincts. La distinction entre unicité et uniformité se trouve cependant quelque peu brouillée du fait que, même en l'absence de transposition, la règle figurant dans la directive est juridiquement efficace, susceptible d'être invoquée devant les juridictions saisies en cas de litige. Même si une norme européenne telle que la directive n'est pas censée aboutir à l'unification,

56. CJCE, 17 nov. 1992, *Commission/Irlande*, aff. C-235/91, *Rec. I*, p. 5917.

57. Sur cette distinction, voir notamment A. Jeammaud, «Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?», in F. Osman (dir.), *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, 1998, pp. 35-55, p. 55 ; «Avant-propos», in *Actualité du régime du travail dans le cadre de l'Union européenne*, *Droit social*, 2005, p. 493). Voir également J. Porta, *La réalisation du droit communautaire – Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, éd. Fondation Varenne, LGDJ (2 t.), 2007, spéc. T. 1, p. 211 et s.

58. Règlement n° 883/2004 du 29 avril 2004, *JOCE L* 166 du 30 avril 2004.

59. Directive 2001/37 du 5 juin 2001, *JOCE L* 194 du 18 juillet 2001.

elle produit parfois un résultat qui s'en rapproche fortement, dans la mesure où la norme qui a vocation à être reprise dans les droits internes peut être invoquée directement. À la différence de l'uniformisation, l'harmonisation des droits nationaux consiste en un rapprochement des législations qui laisse subsister une diversité plus ou moins grande entre les législations nationales. Lorsque l'harmonisation est dite « minimale », la marge de manœuvre ne permet d'adopter que des règles plus strictes, plus protectrices (on trouve de nombreux exemples en droit social ou en droit de la consommation). Les normes européennes constituent, selon cette version de l'harmonisation, des normes de protection minimales. Par comparaison, on parle, à tort, d'harmonisation totale lorsque la définition d'une règle ou d'une notion, au plan européen, n'autorise aucune variation d'un État à l'autre. Cette absence de marge de manœuvre nationale, qui peut être inscrite dans le texte ou résulter de la jurisprudence de la Cour de justice réalise, en réalité, une uniformisation du droit.

Le processus d'intégration juridique dans le domaine des justifications aux entraves aux échanges connaît un autre développement important avec le droit européen de troisième génération marqué par la place considérable occupée par le juge dans la mise en œuvre de ce droit.

Les libertés de circulation sont soumises, au stade de leur mise en œuvre, à différents contrôles. Il en va spécialement ainsi quand une entrave aux échanges est opposée par un État sur la base d'une réglementation nationale, internationale ou européenne. La Cour de justice a défini un test de compatibilité entre l'entrave et les exigences des traités en matière de libre circulation. Dans ce test, on trouve, notamment, une exigence de proportionnalité. Le contrôle de proportionnalité peut donner lieu à des solutions très variées selon la rigueur avec laquelle il est appliqué. Différents niveaux de contrôle sont possibles. En matière de droits fondamentaux et, plus généralement, lorsque les objectifs européens et nationaux se combinent, par exemple, il semble que le pouvoir d'appréciation laissé aux États soit plus étendu, le contrôle judiciaire moins strict. Il n'existe pas, cependant, de doctrine bien établie de la Cour sur les variations de l'intensité du contrôle selon les motifs invoqués pour restreindre les libertés de circulation.

La répartition des rôles entre la Cour de justice et les juges nationaux ne fait pas l'objet d'une ligne directrice générale. Parfois, le contrôle de proportionnalité conduit la Cour à une analyse détaillée du bien-fondé de la législation au terme de laquelle elle conclut au caractère proportionné ou non de la mesure⁶⁰. Cependant, le contrôle exercé par la Cour n'est pas toujours aussi approfondi. La Cour se limite parfois à indiquer aux juridictions nationales les éléments à prendre en compte pour apprécier le respect du principe de proportionnalité. En ce qui concerne, par exemple,

60. Cf. par exemple, CJCE, 16 mai 1989, *Buet*, aff. 382/87, *Rec.*, p. 1235, sur la proportionnalité de l'interdiction du démarchage pour la vente de matériel pédagogique à l'objectif de protection des consommateurs invoqué par le gouvernement français; CJCE, 24 novembre 2005, *Schwarz*, aff. C-366/04, *Rec. I*, p. 10139, sur l'interdiction de la vente de confiseries non emballées dans des distributeurs automatiques.

les restrictions relatives à l'utilisation d'additifs alimentaires, la Cour a précisé que ces restrictions devaient se limiter à ce qui est effectivement nécessaire à la protection de la santé publique, l'appréciation devant s'effectuer au regard des résultats de la recherche scientifique internationale et des habitudes alimentaires dans l'État membre d'importation⁶¹. De la même manière, pour établir la proportionnalité d'une interdiction de vente de journaux contenant des jeux dotés de primes à l'objectif de maintien du pluralisme de la presse, la Cour indique au juge national qu'il convient de procéder à un examen du marché national de la presse, par lequel la juridiction nationale doit délimiter le marché du produit en cause, prendre en considération les parts de marché détenues par chaque éditeur et leur évolution, mesurer le degré de substitution possible aux yeux du consommateur du produit concerné aux journaux qui n'offrent pas la possibilité de gagner un prix⁶². Il arrive aussi que la Cour ne donne aucune indication aux juges nationaux et se contente de leur confier le contrôle de proportionnalité⁶³.

La Cour de justice est ainsi fréquemment conduite à confier aux juges nationaux un contrôle de proportionnalité qui suppose une parfaite connaissance du contexte national dans lequel s'intègre la mesure d'intérêt général entravant les échanges⁶⁴. La Cour qui n'a pas toujours une connaissance aussi complète que le juge national du contexte matériel et juridique de l'affaire, ne dispose pas de tous les moyens qui sont à la disposition du législateur pour apprécier l'opportunité du choix opéré. En outre, et cela constitue une objection plus sérieuse, la légitimité du contrôle de proportionnalité, qui autorise le juge européen à défaire l'œuvre du législateur national, est contestée. Dans ces conditions, la recherche d'un équilibre entre les libertés de circulation et la préservation d'autres intérêts, qui y font obstacle, auquel tend le contrôle de proportionnalité, constitue aussi une périlleuse quête d'équilibre entre les compétences européennes et celles des États.

4.1.2 La distinction entre les rapports juridiques internes et externes à l'Europe

Depuis soixante ans que le droit européen (Communauté européenne puis Union européenne) existe, il offre une assez grande diversité de règles et solutions. Cette diversité s'explique, avant tout, par le nombre croissant des textes – traités constitutifs, conventions intergouvernementales, règlements, directives, décisions – qui contiennent des règles de droit. Dans une moindre mesure, mais c'est ce qui nous intéresse ici, cette diversité trouve son explication dans le dédoublement possible

61. CJCE, 14 juill. 1983, *Sandoz*, aff. 174/82, *Rec.*, p. 2445.

62. CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *préc.*

63. Cf. par exemple, CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec. I*, p. 1039 sur la proportionnalité de l'interdiction des loteries à l'objectif de protection de l'ordre social.

64. Pour une illustration particulièrement éclatante, à propos de la législation italienne définissant des seuils planchers en matière de rémunération des avocats : CJCE, 5 déc. 2006, *Cipolla*, aff. C-94/04 et C-202/04, *Rec. I*, p. 11421.

des règles européennes, selon que la situation à régir est localisée exclusivement à l'intérieur de l'UE ou présente des rattachements avec des États tiers.

Considéré de manière générale, le dédoublement des règles européennes peut revêtir des formes variées. S'interroger pour savoir si la règle européenne mérite d'être dédoublée c'est, en effet, se demander: tantôt s'il faut édicter une règle européenne applicable aux situations présentant des rattachements internes à l'UE: par exemple, la restitution par un État membre à un autre État membre de biens culturels illicitement déplacés⁶⁵; tantôt s'il faut édicter une règle européenne applicable aux situations présentant des rattachements externes à l'UE: par exemple, la définition de règles applicables au transfert vers des pays tiers de données à caractère personnel⁶⁶; tantôt (mais plus rarement) s'il faut édicter deux règles, l'une pour les rapports internes et l'autre, potentiellement différente, pour les rapports externes: on peut donner l'exemple de la réglementation européenne en matière d'aviation civile, où un règlement applicable aux seuls opérateurs européens cohabite avec une directive plus récente, spécifique aux aéronefs des pays tiers qui empruntent des aéroports européens⁶⁷.

La question du dédoublement de la règle peut être entièrement du ressort des compétences européennes, le droit européen envisageant d'appréhender par deux règles distinctes les situations de fait internationales internes et externes (voir exemple précédent). Mais le plus souvent, elle est de nature mixte: le dédoublement implique qu'une solution de droit européen, spécifique aux rapports internes ou externes, coexiste avec une solution de source étatique ou conventionnelle. À l'inverse, il n'est plus permis de parler de dédoublement des solutions européennes quand le droit européen édicte une solution uniforme qui vaut pour l'ensemble des situations internationales, qu'elles soient internes et externes ou quand, à l'exact opposé, le droit européen n'exerce aucune compétence, la règle étant du seul ressort national.

4.2 Un enrichissement des analyses économiques de la concurrence juridique ?

Étant établi que les analyses économiques de la concurrence juridique, tant en raison de leurs hypothèses restrictives que de leurs approximations concernant les

65. Directive 93/7/CEE du Conseil du 15 mars 1993 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, JOCE L 74 du 27 mars 1993.

66. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE L 281 du 23 novembre 1995.

67. Règlement (CEE) n° 3922/91 du Conseil, du 16 décembre 1991, relatif à l'harmonisation de règles techniques et de procédures administratives dans le domaine de l'aviation civile, JO L 373 du 31 décembre 1991; Directive 2004/36/CE concernant la sécurité des aéronefs des pays tiers empruntant les aéroports communautaires, JOCE L 143 du 30 avril 2004.

mécanismes réels de la construction européenne, rendent imparfaitement compte de la construction et de l'évolution du droit européen, d'autres pistes peuvent être privilégiées – sans pour autant rejeter complètement les analyses concurrentielles.

Premièrement, les analyses économiques de la concurrence juridique ne proposent pas de modèle explicatif d'ensemble. Elles ne rendent pas compte, on l'a vu, du mécanisme effectif de production du droit européen qui a prévalu dans la plupart des domaines, et ne permettent pas de prévoir le sens de l'évolution juridique de façon certaine. Aussi, plutôt que de « projeter » les analyses économiques de la concurrence juridique sur un objet juridique, il pourrait sembler préférable d'adopter une démarche inductive partant de l'objet juridique et de ses caractéristiques afin d'étudier les modalités de relations entre règles de droit dans un domaine donné. Un travail ciblé sur des objets de taille réduite et clairement définis pourrait ainsi faire apparaître les apports et limites d'une approche en termes de concurrence juridique, et permettrait de déterminer les conditions dans lesquelles elle est ou non pertinente dans le domaine du droit européen. La distinction entre rapports juridiques internes et externes, développée ci-dessus, prendrait ici probablement toute son importance.

Deuxièmement, dès lors que les analyses économiques de la concurrence sont inaptes à décrire le processus de construction européenne de façon exhaustive, on doit s'interroger sur les mécanismes de production juridique à l'œuvre effectivement, de façon complémentaire ou substituable à la concurrence juridique. La concurrence juridique doit alors être envisagée en relation avec d'autres modes de production juridiques. Dans cette optique, la production de droit par une autorité centrale se conçoit alors comme une alternative évidente à la production concurrentielle et décentralisée. Elle ne doit cependant pas lui être opposée de manière radicale, ainsi qu'on l'a montré dans les deux sections précédentes. Ainsi, l'autorité centrale joue un rôle essentiel dans les analyses économiques de la concurrence juridique, à travers sa fonction de « gendarme du marché », en charge d'assurer le bon fonctionnement du marché, le jeu libre et efficace de la concurrence et l'internalisation des externalités. Concurrence juridique et production centralisée de droit peuvent en outre coexister, à des degrés divers, selon les domaines de droit envisagés et le caractère interne ou externe des rapports juridiques étudiés. De plus, des formes de production juridique autres que la concurrence juridique ou la production centralisée sont également envisageables. La co-opération juridique, combinant compétition et coopération, fournit un exemple de situation caractérisée par des modes de production juridique multiples et non mutuellement exclusifs⁶⁸. La standardisation juridique correspond également à une forme de production juridique associant, dans certains cas, convergence juridique à un niveau relativement général et flexibilité et solutions nationales à un niveau plus fin. Les analyses économiques de la concurrence juridique n'épuisent donc pas la variété des modes de production juridique envisageables.

Troisièmement, la place dévolue à la concurrence juridique peut varier selon les configurations envisagées et selon la place reconnue à la concurrence. Ainsi, selon le

68. D.C. Esty, D. Geradin, *Regulatory Co-opetition* », in D.C. Esty, D. Geradin (eds), préc.

degré d'harmonisation juridique, la concurrence n'est pas amenée à jouer le même rôle. Elle n'existe plus dans l'hypothèse d'une unification pure et simple des règles, comme c'est par exemple le cas en matière de politique commerciale commune ou du jeu du droit de la libre concurrence. Elle subsiste en revanche lorsqu'une marge de différenciation existe volontairement entre les lois nationales – c'est le cas par exemple en droit européen des sociétés, qui constitue à ce titre et sans surprise l'un des terrains empiriques privilégiés des analyses économiques de la concurrence juridique, ou encore, en matière de droit de la propriété intellectuelle européen, qui coexiste avec des droits de la propriété nationaux. La concurrence juridique est par ailleurs maximale en l'absence de mesures nationales de rapprochement des lois et lorsque la mobilité est maximale – les conditions théoriques de la concurrence telles qu'elles sont posées par l'analyse économique sont alors en partie satisfaites. En définitive, le droit européen se caractérise donc moins par une situation de concurrence que par une gradation dans le processus concurrentiel, en fonction du champ dévolu en amont à cette concurrence et aux conditions la rendant effective. Enfin, la portée du processus concurrentiel dépend également du niveau – rapports internes ou externes – auquel elle est susceptible de s'exercer. Il peut ainsi arriver qu'une concurrence juridique bannie des constructions internes du droit européen en raison d'une forte harmonisation des solutions soit à l'œuvre dans les rapports externes. Tel est par exemple le cas en matière de protection de l'environnement, de réglementation en matière de sécurité alimentaire et sanitaire et de protection des consommateurs. Il se peut également que la concurrence soit exacerbée au niveau interne par le jeu des règles du libre-échange, mais absente des rapports externes.

Au final, les analyses économiques du droit doivent donc être enrichies, de façon non seulement à tenir compte de la variété des modes de production juridique réels et de leur articulation avec une production juridique concurrentielle, mais également à déterminer les conditions dans lesquelles la concurrence juridique constitue effectivement un mode de production juridique.

5 CONCLUSION

En adoptant une double perspective économique et juridique, cet article a souligné la diversité des analyses économiques de la concurrence juridique et leur caractère fortement analogique par rapport aux analyses de la concurrence sur les marchés de biens et services. Sur cette base, en confrontant explicitement les analyses économiques de la concurrence juridique aux processus effectifs en œuvre en matière de droit européen, il a également mis en évidence les principaux apports et limites des analyses économiques. Ainsi, au-delà du caractère parfois irréaliste ou inadéquat de concepts concurrentiels initialement construits pour rendre compte des marchés de biens et services, les analyses économiques de la concurrence juridique ne sont en outre que peu pertinentes pour expliquer et modéliser le droit européen et la construction juridique européenne, dont elles occultent des aspects et ressorts majeurs – la

construction européenne ne reposant ainsi clairement pas sur une concurrence verticale/horizontale. Pour autant, ce constat ne nous conduit pas à conclure à l'absence d'intérêt de la notion de concurrence juridique dans le cadre européen. En effet, celle-ci peut trouver sa place et une portée explicative certaine, sous certaines conditions que cet article s'est attaché à expliciter. Dès lors, la concurrence juridique peut effectivement constituer un outil de modélisation et d'analyse du droit européen et de la construction européenne, suivant des hypothèses et dans des limites qui peuvent différer de celles caractérisant les analyses économiques « traditionnelles » de la concurrence juridique. Nous suggérons donc au final d'inclure les analyses économiques de la concurrence juridique dans une analyse élargie et enrichie de la construction juridique européenne et des modes de production juridique en Europe, de façon à dépasser la vision caricaturale et réductrice que les analyses économiques du droit peuvent parfois avoir de leur objet.

SUMMARY : THE ECONOMIC ANALYSES OF REGULATORY COMPETITION : A TOOL TO MODEL EUROPEAN LAW ?

The article presents the main contributions of the economic analyses of regulatory competition and emphasizes the numerous analogies between the notion of competition in the market for goods and services and the “market” for legal rules. It then questions the relevance of the economic analyses of regulatory competition with regard to European law and the process of designing the UE legal system. It also attempts to determine the framework in which regulatory competition actually occurs before, finally, suggesting that the economic analyses of regulatory competition be included within a broader analysis of European law and the law-making process in Europe.

Mots clés : concurrence juridique, droit européen, analyse économique du droit

Keywords : regulatory competition, European law, economic analysis of law

Subject descriptors (*Econlit* Classification system): K0, H700, H730, H770