

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS

**AUTONOMIE
EN DROIT EUROPÉEN**

*Stratégie des citoyens,
des entreprises et des États*

sous la direction de
Catherine KESSEDJIAN

Éditions Panthéon-Assas
12 place du Panthéon
75231 Paris Cedex 05

ISBN 9798-10-90429-31-4
ISSN 1765-0305

© Éditions Panthéon-Assas, 2013

CONCURRENCE NORMATIVE ET AUTONOMIE EN DROIT EUROPÉEN : DE QUOI PARLE-T-ON ?

Jean-Sylvestre BERGÉ

148. Cette communication fait suite à celle du Professeur Dominique Berlin qui a traité de la question – « Concurrence normative entre les États, comment est-elle gérée par le droit européen ? » – en distinguant deux situations, selon qu’une norme européenne de rapprochement des législations nationales est ou non intervenue. Une telle interrogation semble prendre acte d’une réalité : la concurrence normative entre États. Et elle entend soulever la difficulté de « la gestion » de cette concurrence par le droit européen. On précisera d’emblée que l’expression « droit européen » renverra dans ce travail au seul droit de l’Union européenne. Nous laisserons donc de côté le droit du Conseil de l’Europe, spécialement le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales. Par ailleurs, il sera principalement question ici de la concurrence normative entre États membres, même s’il nous faudra considérer la question connexe de la concurrence normative entre le droit européen et d’autres droits, notamment le droit international.

149. La principale difficulté soulevée par ce sujet est sa généralité. Comment peut-on essayer d’apporter une réponse construite à une telle interrogation alors que nous savons que le droit européen est une construction protéiforme, hautement spécialisée, qui n’investit pas les champs du droit de la même manière ? Pour résoudre cette difficulté, le parti pourrait être pris de se limiter d’emblée à une matière en particulier. Par exemple, nous pourrions proposer de contenir notre propos à l’étude de la concurrence normative en droit financier, droit fiscal, droit social, droit de l’environnement, droit de la propriété intellectuelle, droit de la responsabilité, droit international privé, etc. C’est une autre voie que nous avons retenue.

150. Pour envisager l'étude de l'appréhension par le droit européen de la concurrence normative entre États, nous allons, en effet, nous efforcer de mettre en scène une dialectique entre deux niveaux de réponse : une réponse « en général » à la question posée avec comme préoccupation de déterminer si le sujet supporte... et jusqu'où... une approche générale ; une réponse « en particulier » à la question posée avec comme objectif de déterminer si ce niveau de réponse permet de comprendre le droit européen dans son ensemble. Cette dialectique « du plus général au plus particulier » sera ici conduite autour du sens qu'il convient de donner aux différents termes du sujet. De quoi parle-t-on, en effet, quand on évoque l'existence d'une concurrence normative (I), d'une autonomie (II) et d'une corrélation entre ces différents termes (III) dans le contexte de l'Union européenne ? C'est à ces trois questions que nous allons tenter de répondre, la première en prenant appui sur un travail antérieur mené avec une économiste, la seconde en situant notre réflexion dans le contexte plus global de ce colloque et la troisième, enfin, en référence à une actualité législative brûlante, la proposition d'un droit commun européen de la vente.

I. QUE FAUT-IL ENTENDRE PAR CONCURRENCE NORMATIVE DANS LE CONTEXTE JURIDIQUE EUROPÉEN ?

151. La littérature sur la « Regulatory competition » a été historiquement produite par les économistes¹. Le juriste qui souhaite emprunter ce vocabulaire doit s'en imprégner avant d'éventuellement l'employer dans le contexte du droit européen. Que nous disent les économistes ? Renvoyant à l'analyse proposée par notre collègue économiste Sophie Harnay, avec qui une recherche a été menée sur ce thème par le passé², il est possible de retenir deux enseignements principaux. D'une part, il n'existe pas une mais plusieurs théories économiques de la concurrence normative. Deux approches sont, en effet, à l'œuvre : l'extension du modèle néoclassique de concurrence à la concurrence juridique à travers les travaux sur l'économie publique locale menée par Ch. Tiebout³ et l'analyse évolutionniste de la concurrence juridique⁴. Dans les deux cas de figure, les objets de droit (les normes et les institutions) ne sont pas considérés différemment des biens et services de consommation en général. Mais les analyses

¹ Voir notamment sur cette expression, l'ouvrage collectif édité par D.C. ESTY et D. GERADIN (eds), *Regulatory Competition and Economic Integration – Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2001.

² Voir les développements proposés par S. HARNAY in « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *RIDE* 2011/2, p. 168 et s.

³ Ch. TIEBOUT C., « A Pure Theory of Local Expenditure », *Journal of Political Economy*, 1956, 64, 5, p. 416-424

⁴ Cette approche de la concurrence est inspirée notamment par les travaux de Schumpeter J. A., *The Theory of Economic Development. An Inquiry Into Profits, Capital, Credit, Interest, and the Business Cycle*, 1934, Cambridge et Hayek F. A. "Competition as a Discovery Procedure", in F. A. v. Hayek (ed.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, 1978, Chicago, p. 179-190).

se distinguent en ce sens que la théorie néo-classique s'attache au résultat de cette mise en concurrence normative, tandis que l'analyse évolutionniste s'intéresse au processus de mise en concurrence normative. D'autre part, ces théories livrent pour l'analyse économique du droit des modèles qui, jusqu'à une époque relativement récente⁵, ont été faiblement discutés par les juristes.

152. Cette analyse de la concurrence normative proposée par les économistes a-t-elle une valeur particulière pour le juriste européeniste que nous sommes ? En effet, 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 qu'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, a fait un choix ?

153. 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 délaisser 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. Inscrivant notre propos dans cette perspective propre à la construction européenne, il apparaît que les analyses économiques de la concurrence juridique nous renseignent de deux manières différentes⁶.

154. La construction européenne n'a pas été pensée ou mise en œuvre selon le modèle néo-classique développé à partir de l'analyse de Tiebout⁷. 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

⁵ Voir, en particulier, le travail réalisé par 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, p. 339.

⁶ Voir nos développements proposés en partie 2 in : « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *RIDE* 2011/2, p. 175 et s.

⁷ Préc.

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 »⁸ 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.

155. 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 membres⁹. 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 ».

156. 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 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 européennes¹⁰ et sur des techniques de

⁸ J.-S. BERGÉ, « Le droit d'une communauté de lois : le front européen », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 113-136.

⁹ Allusion est faite à l'emblématique arrêt *Cassis de Dijon* : CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78.

¹⁰ Par exemple la citoyenneté européenne : articles 20 et s. TFUE, Voir notamment sur ce thème : E. Pataut, « 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.

coopération entre autorités nationales¹¹ 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.

157. 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 État-Nation. 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.

158. 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 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.

159. L'exemple le plus connu, à la lisière du droit des sociétés et du droit fiscal, concerne la reconnaissance des sociétés dans l'espace européen. Face à l'incapacité des États à s'entendre sur les critères de reconnaissance mutuelle des sociétés étrangères¹², la Cour de Justice a élaboré une jurisprudence¹³ qui fait la

¹¹ Par exemple, le mécanisme de reconnaissance mutuelle présent aussi bien en droit du marché intérieur qu'en droit de l'espace de liberté sécurité justice (reconnaissance des décisions étrangères en matière civile et, dans une moindre mesure, pénale).

¹² La Convention de Bruxelles (1968) adoptée en ce domaine sur le fondement du Traité CEE n'est jamais entrée en vigueur.

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

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'abus¹⁴. 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.

160. Cette place ne saurait pour autant être exagérée. La jurisprudence 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 personnalité morale dans son État d'origine¹⁵. Le temps n'est donc pas encore venu où c'est le marché qui commande l'énoncé des solutions juridiques en ce domaine 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.

161. 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. Si le juriste doit commencer par se taire, pour comprendre – dans leur diversité – les analyses économiques du droit, il lui faut aussi savoir reprendre la main. 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 grilles de lecture. Il est donc

¹⁴ Voir, les arrêts cités en note précédente. Comparer, CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. C-196/04) 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'éviter l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national ».

¹⁵ CJCE, 16 déc. 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*, Rec. I, p. 9641. Sur cette jurisprudence et les arrêts rendus depuis sur cette question, voir, la contribution de A.-L. Sibony *infra*.

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).

162. 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 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 nouvelle¹⁶, qu'il faut essayer de poursuivre et une telle œuvre ne peut se réaliser qu'au terme d'un dialogue entre économistes et juristes.

II. DE QUELLE « AUTONOMIE » PARLE-T-ON DANS LE CONTEXTE JURIDIQUE EUROPÉEN ?

163. Que les gardiens des standards académiques¹⁷ ne nous en veuillent pas : cette deuxième partie sera des plus courtes ! La question est ici de désigner le ou les sens que nous pourrions retenir du terme « autonomie » pour traiter notre sujet. Cette interrogation étant celle du colloque dans son entier, on peut dégager à la lecture du programme trois grandes formes d'autonomie : l'autonomie du système juridique européen, l'autonomie des États membres et l'autonomie de la volonté des sujets de droit, spécialement privés. De ces trois autonomies, nous retiendrons les définitions connues, sans chercher ici à les discuter. L'autonomie du droit européen renvoie à l'affirmation d'un droit européen capable d'être « sa propre norme », au sens étymologique où l'a entendu la Cour de Justice¹⁸, c'est-à-dire d'un droit à même de déployer des méthodes et solutions juridiques sans le concours nécessaire des États et autres organisations internationales. L'autonomie des États membres renvoie à l'expression de leur souveraineté dans un système juridique européen ayant vocation à régir, notamment, les rapports entre les deux niveaux normatifs : européen et national¹⁹. Enfin, l'autonomie de la volonté renvoie pour l'essentiel à la capacité des sujets de droit à s'obliger

¹⁶ Voir avec les différentes pistes de recherche proposées en ce sens : B. GABOR, *Institutional and regulatory competition in Europe: Connecting some pieces of the puzzle on when, how and why it can work*, préc., spéc. p. 311 et s. Voir également, nos développements proposés in : « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », p. 182 et s.

¹⁷ Ces standards sont français en l'occurrence. Mais que l'on ne s'y trompe pas : il existe aussi des formes de standardisation à l'échelon dit global. Voir sur ce thème les actes du colloque organisé par le Cecoji de Poitiers sur le thème : *Les aspects juridiques de la standardisation internationale privée* (coord. R. Bismuth), à paraître aux éditions Bruylant.

¹⁸ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend [amp] Loos*, aff. 26/62.

¹⁹ Voir spécialement la contribution de F. Martucci, *supra*.

par leur volonté propre²⁰, l'accent étant mis plus particulièrement sur les sujets de droit privé, dès lors qu'ils ont été désignés par les traités européens comme les destinataires finaux de la construction européenne²¹.

164. Pour traiter du problème de savoir comment le droit européen appréhende les rapports de concurrence normative entre États membres, nous proposons de répondre à la question suivante : le droit européen (autonome) organise-t-il un rapport de concurrence entre États (autonomes) dont l'arbitre serait la volonté (autonome) des sujets de droit privé ?

III. LE DROIT EUROPÉEN (AUTONOME) ORGANISE-T-IL UN RAPPORT DE CONCURRENCE ENTRE ÉTATS (AUTONOMES) DONT L'ARBITRE SERAIT LA VOLONTÉ (AUTONOME) DES SUJETS DE DROIT PRIVÉ ?

165. Disons-le d'emblée : nous ne croyons pas à l'idée selon laquelle le droit européen (autonome) organiserait – de manière générale – un rapport de concurrence entre États (autonomes) dont l'arbitre serait la volonté (autonome) des sujets de droit privé. Pour les raisons précédemment rappelées, il nous semble, au contraire, que le droit européen est bien trop interventionniste pour laisser fleurir, de manière généralisée, des situations de concurrence ouverte entre les États membres²². Par ailleurs, si l'autonomie des sujets de droit privé s'est incontestablement développée dans nos sociétés contemporaines, spécialement à travers la figure du choix du droit applicable aux situations privées internationales, bien malin est celui qui peut affirmer (le plus souvent sans chercher véritablement à le démontrer) que cette évolution est la conséquence directe et immédiate de la construction européenne²³.

166. Une fois de plus, il faut donc délaissier ces considérations générales et préférer une explication particulière, basée sur des exemples concrets. Faute de pouvoir tous les traiter, le choix a été fait de nous appuyer exclusivement sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente²⁴. Le choix de cette proposition n'est pas le fait du hasard. En effet, le droit commun européen de la vente se prête

²⁰ Voir spécialement l'introduction de C. KESSEDJIAN, *supra*.

²¹ Pour une approche actuelle et renouvelée de ces questions, voir notamment : L. AZOULAI, Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne, *RTDE* 2010, 823. Voir de manière plus générale sur l'impact exercé par le droit européen sur les situations de droit privé : A. Hartkamp, *European Law and National Private Law*, Kluwer, 2012.

²² Voir *supra*.

²³ Ce phénomène peut être observé dans bon nombre de systèmes de droit international privé, y compris ceux qui sont étrangers à la construction européenne. Il a une dimension globale (dans le monde occidental en tout cas). Pour une présentation du phénomène en général, voir par exemple, avec les différents auteurs cités, l'analyse proposée par J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Règle de conflit et théorie économique, *RCDIP* 2012, p. 521, spéc. § n° 6.

²⁴ Com (2011) 635 final.

particulièrement bien aux analyses économiques du droit du type de celles que l'on rencontre sur la question de la concurrence normative²⁵. Nous répondrons donc à la question posée dans cette partie en prenant appui sur la proposition. Les éléments de réponse qui suivent distinguent deux types de situations : les rapports externes à l'Union européenne et les rapports internes à l'Union européenne.

167. Dans les rapports externes à l'Union européenne, on peut s'interroger sur le point de savoir si la perspective du développement d'un droit commun européen de la vente n'est pas un outil de mise en concurrence normative entre le droit européen et le droit international. Cette analyse peut séduire, spécialement sur la question des rapports entre ce droit commun européen de la vente et le droit uniforme de la vente internationale de marchandises²⁶. Mais, on va s'efforcer de le montrer, elle est trompeuse.

168. La proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente semble mettre ouvertement en concurrence le droit européen et la CVIM. Dans l'un des motifs, en effet, il est précisé que le choix par les contractants de l'instrument européen vaut nécessairement renoncement à l'application de la CVIM²⁷. C'est donc que le texte européen semble permettre aux acteurs privés d'arbitrer, par leur volonté autonome, une concurrence frontale entre le droit européen et le droit conventionnel de la vente internationale de marchandises qui lie une large majorité des États membres de l'UE²⁸.

169. Sans être fausse, cette approche concurrentielle des rapports entre le droit européen et le droit international mérite d'être dépassée. La partie qui se joue est autrement plus complexe. En affirmant son applicabilité immédiate sur le droit international existant, le droit européen cherche, en effet, à affirmer son existence propre et autonome par rapport à un droit – en l'occurrence international – des États membres qui lui a préexisté. La figure rhétorique ici retenue dans la proposition de règlement n'est pas sans rappeler celle d'un arrêt dont on fête, cette année, le cinquantième anniversaire²⁹. Le problème n'est pas tant ici de mettre en concurrence le droit européen et le droit international que de permettre au droit européen d'exister dans un domaine – le droit substantiel de la vente internationale de marchandises – jusqu'alors délaissé. Mais cette situation de mise en concurrence entre le droit européen et le droit international n'est que provisoire. Si le droit commun européen de la vente acquiert un jour valeur de droit positif alors l'Union européenne pourra s'estimer investie de la compétence externe lui permettant de négocier sa participation, par exemple, à la CVIM. La mise à l'écart de ce dernier texte ne doit donc pas tromper. Elle est destinée à permettre une préemption de la compétence actuellement partagée avec les États membres dans

²⁵ Voir sur ce thème, le numéro spécial consacré par la *Common Market Law Review* à « A Law and Economics Approach to European Contract Law », vol. 50, Special Issue 2013.

²⁶ Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises (CVIM – 1980).

²⁷ Voir le § 25 des motifs du règlement.

²⁸ À l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande, du Portugal et de Malte.

²⁹ CJCE, 5 févr. 1963, *Van Gend [amp] Loos*, aff. 26/62, préc.

les rapports intra-européens, compétence qui, une fois préemptée au niveau européen, deviendrait exclusive dans les rapports externes à l'Union européenne³⁰.

170. Par ailleurs, la lecture concurrentielle des rapports entre le droit commun européen de la vente et la CVIM ne tient pas compte des différences fortes qui existent entre les deux instruments. Le droit commun européen de la vente contient des dispositions impératives protectrices des consommateurs³¹ qui sont totalement absentes de la CVIM qui ne s'applique qu'aux rapports entre professionnels. Il est donc difficile de parler de mise en concurrence frontale des deux instruments alors que leur économie générale n'est pas la même.

171. Pour ce qui est des situations de mise en concurrence normative dans les rapports internes à l'Union européenne, on peut démontrer que 1^o) si l'autonomie du droit commun européen de la vente s'appuie, dans une certaine mesure, sur l'existence d'une volonté autonome des sujets de droit privé, elle ne postule pas la mise en concurrence ouverte et frontale des systèmes juridiques nationaux ; 2^o) au contraire, si concurrence il y a, elle est plutôt l'expression d'une autonomie préservée par les États membres et d'une absence de construction autonome d'un droit en commun ; 3^o) enfin la volonté des sujets de droit privé demeure largement contrainte dans le contexte européen, de sorte qu'il est difficile d'en faire la clé de dénouement des rapports entre le système juridique de l'UE et les systèmes juridiques des États membres.

172. Reprenons ces trois temps de la démonstration. Sur le premier temps, il n'est pas difficile d'observer que la proposition de droit commun de la vente n'a pas pour effet de stimuler un rapport de concurrence normative entre le droit des États membres mais cherche, au contraire, à le neutraliser. L'hypothèse même d'un droit européen autonome met à mal, en effet, toutes les constructions économiques qui chercheraient à voir dans le droit européen un outil de mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux des différents États membres.

173. Sur le deuxième temps, on peut, au contraire, défendre l'idée que si une concurrence subsiste malgré tout entre le droit des États membres, c'est que l'objectif de définir un droit de la vente en commun aura échoué. En effet, c'est seulement si le droit commun européen de la vente est incomplet et qu'il laisse ainsi subsister une place aux droits nationaux, qu'une concurrence perdue entre les systèmes juridiques nationaux. Or tel n'est pas l'ambition de la proposition qui affiche haut et fort son aptitude à se substituer totalement aux droits nationaux des États membres³². Même si cet idéal est, de notre point de vue, utopique et sans fondement³³, le fait est qu'il infirme une lecture concurrentielle des rapports entre le droit national des contrats.

³⁰ C'est le schéma emprunté par la célèbre jurisprudence *AETR* : CJCE, 31 mars 1971, aff. 22/70.

³¹ L'annexe 1 du règlement distingue, sur de nombreux sujets, les relations entre professionnels et les relations entre professionnels et consommateurs.

³² Article 11 du règlement ; article 4 de l'annexe 1.

³³ Voir, pour une analyse critique de la posture de droit national adoptée par le règlement, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* n° 2012/2, p. 569.

174. Sur le troisième temps, il serait faux de considérer que la proposition de règlement portant droit commun européen de la vente est une consécration du principe d'autonomie de la volonté, présentée comme la clé de dénouement des rapports entre le système juridique de l'UE et les systèmes juridiques des États membres. S'il est vrai que l'applicabilité du droit commun européen de la vente est tributaire du choix exprimé par les parties au contrat, ce choix est loin d'être totalement libre et autonome. Les contraintes imposées aux parties sont extrêmement fortes. Le choix du droit commun européen de la vente n'est possible que dans la limite du domaine d'applicabilité matérielle et spatiale du règlement³⁴. Par ailleurs, si volonté de choix il y a, elle doit se soumettre à un formalisme d'un genre nouveau qui n'a rien à envier au formalisme d'antan³⁵.

175. La figure du droit commun européen de la vente n'est donc pas de celles qui permettraient d'affirmer que le droit européen (autonome) organise un rapport de concurrence entre États (autonomes) dont l'arbitre serait la volonté (autonome) des sujets de droit privé.

*

**

176. Du plus général au plus particulier, telle a été la dialectique retenue pour cette contribution. De manière générale, nous avons observé que le sujet semblait prendre acte de l'existence d'une concurrence normative entre États, organisée à l'échelle européenne. Notre conclusion, formulée dans son acception la plus particulière (à propos de la proposition de règlement portant droit commun européen de la vente), est de dire que les sujets de droit privé ne sont pas, dans l'expression de leur volonté autonome, les arbitres généraux des rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit des États. C'est donc, et vous l'aurez bien compris, que nous remettons en cause le prisme de la concurrence normative comme constituant une grille générale de lecture du droit de l'Union européenne. Tout au plus cette grille est utile, à titre particulier, dans des situations on ne peut plus particulières !

³⁴ Articles 4 et s. du règlement.

³⁵ Articles 8 et s. du règlement.

DISCUSSION SUR LA PARTIE I

Présidence Catherine KESSEDJIAN

Catherine Kessedjian : Soyez remercié d'avoir mis en lumière les trois strates de l'autonomie, étape indispensable pour comprendre la place et le rôle de ce concept dans l'ordonnement juridique de l'Union européenne. Mais ne peut-on pas dire que l'autonomie de la volonté est la grande porte d'entrée dans le droit, notamment le droit matériel des libertés de circulation ?

Quant à la vente, le projet d'instrument en préparation offre un mimétisme étonnant avec des instruments que nous connaissons, notamment la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Or l'Union européenne décide, comme l'a rappelé Jean-Sylvestre Bergé, que les normes de l'instrument européen devront être interprétées de manière autonome, quand bien même la norme serait identique à la norme internationale et alors même que nous avons maintenant vingt ans d'expérience sur l'application de ces normes, dans un grand nombre de pays, notamment européen. N'est-ce pas une source d'insécurité juridique que de dire qu'une même norme sera éventuellement interprétée différemment selon qu'elle est mise en œuvre dans l'Union européenne ou dans une relation qui se noue avec un État tiers. La cohérence du droit, pour les opérateurs économiques et leurs partenaires et clients me paraît être en jeu.

Claire-Françoise Durand : Je voulais revenir sur la subsidiarité. Vous nous avez parlé de la dénaturation d'un principe et de repolitisation. Mais le principe de subsidiarité est à l'origine un principe juridique inscrit dans le traité et susceptible d'un contrôle par la Cour de Justice. Ce n'est que postérieurement, notamment avec l'association de la société civile, que le concept s'est politisé et que l'ambiguïté s'est installée. Mais à l'origine, ce principe s'est traduit par des actes juridiques. Ma question porte sur votre réflexion sur l'implication des parlements nationaux. Je me demande si cette implication peut effectivement être considérée comme une conséquence du principe juridique de la subsidiarité qui,

après tout, concerne seulement les questions de délimitation de l'exercice de des compétences par l'Union. Mais si l'on admet ce lien, alors n'est-ce pas un signe de fédéralisation plutôt que de subsidiarité. En d'autres termes, ce serait le contraire de l'autonomie de la volonté des parlements nationaux et cela rejoint le débat qui a été abordé de tout à l'heure sur l'instrumentalisation de l'autonomie de la volonté dans le système européen.

Loïc Azoulay : J'aimerais revenir à la question posée par Catherine Kessedjian, c'est-à-dire qu'est-ce qui justifie un espace autonome ? C'est une question qui s'est posée en matière de droits fondamentaux avec la fameuse affaire Kadi. Elle rebondit dans d'autres domaines. Il me semble qu'il s'agit d'une question d'identité. Francesco Martucci a fait référence à la question de la dérive identitaire, mais je crois que la question doit se poser maintenant en termes de justifications : qu'est-ce qui justifie, dans les conditions actuelles, au point où nous en sommes de l'évolution de l'Union européenne, la création d'un espace autonome. Autrement dit, en quoi l'Union européenne peut-elle revendiquer une identité particulière dans un domaine de régulation ?

Sylvaine Poillot-Peruzetto : Pour rebondir sur ce que viennent de dire Loïc Azoulay et Catherine Kessedjian, je me demande si, dans l'espace européen, l'autonomie est une question d'identité ou plutôt simplement une question de méthode ?

Francesco Martucci : Sur les parlements nationaux, vous me demandez si l'on est encore dans la subsidiarité quand on associe les parlements nationaux à un contrôle politique. C'est présenté comme tel dans le Traité : les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité dans les conditions précisées par les protocoles ; et les protocoles renvoient à cette procédure particulière organisée autour de l'idée que les parlements sont des lanceurs d'alerte (jaune ou rouge). les Traités prévoient aussi la possibilité pour un État membre, à la demande de son parlement, de saisir la Cour de Justice. Il s'agit d'une juridictionnalisation du principe.

Sur la question posée par Loïc Azoulay, quand je disais dérive identitaire, ce n'était pas péjoratif c'est-à-dire que le principe de subsidiarité à mon sens prend de plus en plus une perspective, une dimension humaine en dérivant vers l'identité nationale, et si on définit l'identité, on la définit toujours par rapport à une autre. En négatif on a tracé les contours de l'identité européenne, c'est peut-être ce qui est en jeu derrière cette jurisprudence. Je n'ai pas pu insister sur les justifications mais bien sûr, on s'appuie sur ces justifications pour construire en négatif une identité européenne. C'est un processus et l'autonomie participe à la formation de cette identité.

Dominique Berlin : On retrouve toujours, dans la question de l'autonomie, l'identité européenne. Cela me paraît inéluctable. Mais sur la question, qu'est-ce qui justifie aujourd'hui que l'Union européenne ait une identité distincte par rapport au cadre international, je suggère que la seule justification est une justification économique. Il faut savoir si cette justification économique est toujours la même ou si elle peut varier selon les thèmes et les domaines dans lesquels l'autonomie intervient.

Jean-Sylvestre Bergé : Dans la perspective de van Gend en Loos, l'autonomie du droit européen, c'est faire au niveau européen ce qui se fait uniquement par l'Europe, grâce à l'Europe. L'Union a été créée pour les libertés transfrontalières qui n'existent nulle part ailleurs. On est autonome parce qu'on est soi-même, quelque chose de particulier avec une part d'originalité.

Pour ce qui est de la vente, c'est autrement plus compliqué, parce que l'Union européenne n'est pas la première à débarquer sur le terrain de la vente. Le droit national occupe le terrain depuis des millénaires et le droit international l'occupe solidement depuis trente ans. Il y a deux solutions : soit l'on considère que le droit européen de la vente doit exister parce qu'il est de conception proprement originale, soit il doit rechercher la cohérence tant avec les droits nationaux qu'avec le droit international. IL me semble que le droit de la vente européen est original, surtout dans son pan « consommateur ». Le droit européen est donc plus complet dans son ampleur des questions couvertes. Il valorise une identité régionale qui marque une spécificité de l'Europe. Ceci étant dit, là où le bât blesse, c'est par rapport au droit national. Contrairement à ce que l'on veut nous faire croire, l'instrument européen est destiné à se substituer aux droits nationaux. Donc faire de l'autonomie en droit européen c'est construire quelque chose de différent, comme la solidarité européenne et, dans une certaine mesure, le respect des droits fondamentaux. L'autonomie c'est une machine qui s'auto-alimente.

Catherine Kessedjian : Permettez-moi d'user de la présidence pour lancer deux idées complémentaires : on ne naît pas autonome, on le devient. L'autonomie se construit et c'est une construction permanente. En ce sens, je rejoins Sylvaine Poillot-Perruzetto, l'autonomie peut être considérée comme une méthode. Mais en doctrine, on trouve des affirmations selon lesquelles l'autonomie, et notamment l'autonomie de la volonté, est en soi un principe général de droit européen. Mais cette affirmation n'est pas démontrée. On a l'impression que les membres de la doctrine qui procèdent à cette affirmation érigent l'autonomie en principe de valeur presque ontologique.

Quant au droit de la vente, n'est-ce pas dangereux, sans l'avoir conceptualisé ni en avoir analysé les conséquences sur l'ordonnancement général du système juridique européen (qui ne peut être isolé des droits nationaux ni du droit international), que le projet européen soit avant tout un projet de protection du consommateur auquel on assimile la petite et moyenne entreprise. Or, si l'on applique en pratique la définition donnée par le texte de ce que l'on entend par « petite et moyenne entreprise », c'est 80 % de l'économie européenne qui est concernée. A-t-on vraiment évalué les conséquences de ce futur instrument sur le tissu économique de l'Union.

Etienne Pataut : J'ai une question pour Dominique Berlin. Vous parlez de la concurrence fiscale dommageable et déloyale. Pourriez-vous développer un peu car, en matière sociale, nous assistons au même phénomène, notamment en raison de l'arrêt Viking et Laval.

Ma question pour Jean-Sylvestre Bergé est la suivante. Il existe deux sortes de concurrence : l'une entre les droits nationaux et le droit de l'Union européenne,

l'autre entre le droit de l'Union européenne et le droit international. Pourriez-vous exposer votre position sur cette seconde sorte de concurrence ?

Sébastien Roland : Il a été dit que le principe de subsidiarité est d'abord un terme technique, un principe de technique juridique. Or, fondamentalement, je pense que le principe de subsidiarité est un principe politique. C'est vrai au moment où il est dégagé, à la fin du XIX^e siècle, au moment où naît le catholicisme social. C'est vrai aussi dans la tradition du fédéralisme allemand. C'est vrai évidemment quand il sert à catégoriser les Européens entre les États qui sont les tenants du fédéralisme européen pour accélérer le fédéralisme européen par rapport à l'opposition de la Grande-Bretagne pour laquelle, finalement, la subsidiarité est un moyen de brider l'Europe. Sa dimension politique entraîne inmanquablement une dimension identitaire. Si l'on raisonne en termes de communauté, on voit qu'elles ne sont pas distinctes les unes des autres, elles sont emboîtées les unes dans les autres, en ce sens qu'au bout de la chaîne on rencontre le citoyen, qui se projette dans sa commune, dans son département, dans sa région, dans son État, dans l'Union européenne de sorte qu'il y a un arbitrage politique qui est fait par le citoyen qui doit déterminer quel est le niveau d'action pertinent. On peut prendre l'exemple assez parlant de l'éducation. En termes d'efficacité une action au niveau européen serait extrêmement efficace. La raison pour laquelle on ne peut la mettre en place c'est l'élément politique, identitaire, qui fait que l'éducation reste foncièrement et fondamentalement un choix national. Le résultat est que l'Union européenne ne peut intervenir qu'à titre subsidiaire. Tout cela me fait penser que la compétence dévolue par le Traité de Lisbonne aux parlements nationaux est le moyen de donner aux communautés politiques la possibilité d'intervenir dans le plein respect du principe de subsidiarité et c'est une mise en adéquation entre ce qu'est fondamentalement le principe de subsidiarité et les moyens juridiques prévus par les traités européens.

Jean-Sylvestre Bergé : Sur la dimension externe, l'existence d'une concurrence normative est un sujet à part entière que je n'ai pas traité. Mais je ferais deux remarques. La première, c'est qu'il est très troublant que l'on se retrouve exactement dans le même schéma que l'argumentaire historique de l'autonomie de l'Union européenne. On utilise la différenciation droit européen/droit international pour concurrencer le droit international. C'est particulièrement clair en matière de vente de marchandises (Convention de Vienne). Ceci est fait pour mieux dominer le rapport droit européen/État membre. C'est comme ça que ça se passe dans l'histoire européenne et c'est ça qui est en train de se refaire. On nous explique que le choix d'un droit européen de la vente implique nécessairement l'exclusion de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, je ne comprends pas cette assertion autrement que par cette perception de rapports de systèmes où le droit européen, en s'appliquant, chasse en quelque sorte le droit international.

Ma deuxième remarque porte sur un exemple plus optimiste. L'Union européenne cherche à devenir un partenaire à part entière dans la sphère internationale. Elle le fait par différents moyens et en fonction des compétences

internes qu'elle a acquises, mais elle se pose en partenaire international. L'exemple de son adhésion à la Conférence de La Haye fait partie de cette politique à visée internationale. Elle participe alors pleinement (et mieux que lorsqu'elle est simplement observateur) à la création de la norme internationale.

Dominique Berlin : Sur la question de la concurrence fiscale dommageable, je dirais qu'il s'agit d'une concurrence fiscale sauvage, pleine et entière, avec une fiscalité relative aux investissements et à l'époque, pour replacer les choses dans leur contexte, c'est l'échec d'une harmonisation européenne qui a entraîné cette concurrence, parce que certains États étaient opposés à une harmonisation. Mais c'est un jeu auquel tout le monde perd, les États sentent bien qu'il faut faire quelque chose, la concurrence normative intégrale n'est pas possible, elle est trop coûteuse, donc on se met d'accord sur un instrument hybride, un code de bonne conduite en quelque sorte, où les États décident de neutraliser ce qu'ils considèrent comme trop dommageable. On dit « dommageable », mais certains disent déloyal et déloyal pour ceux qui le pensent, c'est tout simplement la concurrence fiscale qui est déloyale. Ainsi certains États créent un régime fiscal uniquement tourné vers les investisseurs étrangers et qui n'a rien à voir – et ils n'en bénéficient d'ailleurs pas – avec les opérateurs nationaux. Il s'agit véritablement d'un système artificiel, destiné plutôt aux investisseurs financiers. Ce sont ces régimes-là qu'on a voulu combattre. On a utilisé d'ailleurs une méthode d'élaboration, une sorte de procédé assez original pour l'Union européenne, puisqu'on a confié une mission à un groupe d'experts qui devait identifier les régimes fiscaux dommageables, ce qui a été fait en 1966. Mais on a refusé, dans un premier temps, de passer par une coordination de l'autonomie. Quant à assimiler la concurrence fiscale à une concurrence déloyale, on a la réponse de la Cour de Justice en 2003 avec l'arrêt *Ramstedt*. Le gouvernement suédois se plaignait du fait que ses ressortissants allaient souscrire leur police d'assurance-vie à l'étranger car ils y subissaient une fiscalité moins élevée, et donc pouvaient s'offrir des produits plus attractifs. Il disait que cette « évasion » du système suédois aboutissait à remettre en cause l'ordre social suédois longuement élaboré et qui faisait la spécificité de la société suédoise. La Cour de Justice a purement et simplement balayé l'argument en disant que les excuses de type économique ne sont pas acceptables pour justifier les entraves aux libertés de circulation. Elle ne s'est même pas interrogée sur le point de savoir si la qualification « argument économique » était correcte en l'espèce.

Il apparaît ainsi qu'il n'est pas possible de justifier la lutte contre la concurrence fiscale, et aussi législative, que lorsqu'elle est dommageable au sens où on l'a défini à l'époque parce qu'au moment où elle devient simplement déloyale, ou simplement attractive, on se trouve pris dans une contrainte mise en place par la Cour de Justice et dont elle ne se départit pas. Je suis d'accord avec vous pour dire que le mécanisme est parallèle si ce n'est identique en matière sociale.

Francesco Martucci : Sur la subsidiarité, reprenons la communication de la Cour de Justice [à la conférence intergouvernementale chargée d'élaborer le traité de Maastricht], qui disait : *“nonobstant la connotation largement politique du principe de subsidiarité, l'examen par la Cour d'un tel moyen – celui de la*

violation du principe – *ne poserait pas à la Cour des problèmes de caractère nouveau.*” La Cour ajoute qu’il “*suffit d’employer un autre principe qui, [...] depuis longtemps, est pris en compte comme élément d’interprétation pour la délimitation des compétences permettant aux institutions d’imposer des obligations aux citoyens communautaires, et notamment aux opérateurs économiques, et dont la violation constitue également un moyen d’annulation et d’exception, à savoir le principe de proportionnalité.*” Je suis d’accord pour dire que le principe de subsidiarité est un principe éminemment politique. S’il est devenu technique, c’est parce qu’il est envisagé à travers le prisme de la répartition des compétences et de l’exercice de ces compétences. Parce qu’en réalité, la difficulté qui se posait, c’était qu’entre l’Union et le citoyen, il y avait l’État et la compétence qui protégeait en quelque sorte l’État. Or, si on va dans la logique politique de la subsidiarité, il faudrait considérer que l’État est un échelon comme un autre. Il faudrait, en quelque sorte banaliser l’État, considérer que c’est une communauté humaine, une communauté politique comme une autre. La difficulté réside dans la position intermédiaire qu’occupe l’État. L’État et sa position intermédiaire fait qu’on est soit dans une logique très allemande, maître des traités, assis sur la compétence plus fédérale, ou bien on a l’individu au cœur du projet et dans ce projet l’individu participe à plusieurs communautés politiques, dont l’État.

Catherine Kessedjian : Ne pourrait-on pas dire que la technicité dont se pare le concept de subsidiarité n’est là que pour donner une légitimité à une décision politique qui, en elle-même, n’en possède aucune, sauf peut-être celle de l’efficacité de la norme à créer. Quant à la sphère internationale, il y a de ça des années, j’avais parlé de « subsidiarité à l’envers », c’est-à-dire que l’Union européenne devrait s’abstenir de légiférer dans des domaines qui sont mieux réglementés au niveau international. C’est l’idée qui se cache derrière le membre de phrase (qui a fait couler un peu d’encre) inséré au dernier moment dans ce qui allait devenir l’article 65 du TCE après la Traité d’Amsterdam, “*pour les besoins du marché intérieur*”. Cette phrase, énigmatique pour toute personne qui n’avait pas participé à sa rédaction, voulait dire que l’Union ne devait intervenir que lorsque la norme envisagée ne pourrait pas être créée au niveau international. C’était donc la spécificité de la facture de la société européenne qui devait justifier l’intervention normative de l’Union européenne, qui devait la légitimer. La société européenne a des besoins qui ne peuvent être pris en considération et ne peuvent se traduire correctement dans une norme internationale. On en revient à l’identité qui a été le fil rouge de ce début de matinée.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	11
PREMIÈRE PARTIE – Les acteurs de la création normative	19
L'autonomie entre efficacité et proximité.	
Quelques réflexions sur la subsidiarité	21
I. L'autonomie oubliée : la dénaturation institutionnelle du principe	25
<i>A. La dépolitisation du principe induite par l'efficacité</i>	25
1. Le renversement législatif	26
2. Le dévoiement légistique	27
<i>B. La re-politisation du principe favorisée par la proximité</i>	29
1. L'implication de la société dans la décision	29
2. L'association des parlements nationaux au contrôle	31
II. L'autonomie retrouvée : l'évitement juridictionnel du principe de subsidiarité	32
<i>A. La fondamentalisation négatrice de l'autonomie</i>	33
1. La limitation du contrôle juridictionnel au détriment de l'autonomie des États membres	33
2. La banalisation de l'autonomie juridique dans la société	35
<i>B. La lecture « identitaire » de l'autonomie</i>	37
1. La subsidiarité juridictionnelle	37
2. L'autonomie normative	38
Concurrence normative entre les États.	
Comment est-elle gérée par le droit européen ?	41
I. Autonomie des États en l'absence d'une norme de l'Union	44
<i>A. Une autonomie encadrée</i>	45
1. Le cadre général de l'Union	45
a) La question des situations purement internes	47
b) La coexistence de politiques nationales et de politiques de l'Union	48
2. Le cadre spécifique de l'élaboration de la norme de l'Union	51

<i>B. Exercice concurrent de compétences autonomes : les limites</i>	52
1. Les limites que le droit de l'Union pose aux réactions à la concurrence normative	52
2. De la tentative de coordination comme réponse à la concurrence normative	56
II. Autonomie des États en présence d'une norme de l'Union	59
<i>A. La norme de l'Union et l'autonomie normative de l'État membre</i>	60
1. Autonomie des États et caractère obligatoire du but à atteindre ...	61
2. Autonomie des États quant à la forme et aux moyens	64
<i>B. La norme de l'Union et la concurrence normative entre États</i>	65
1. Concurrence normative et harmonisation partielle ou minimale ..	66
2. Concurrence normative et harmonisation complète	68
Concurrence normative et autonomie en droit européen :	
de quoi parle-t-on ?	71
I. Que faut-il entendre par concurrence normative dans le contexte juridique européen ?	72
II. De quelle « autonomie » parle-t-on dans le contexte juridique européen ?	77
III. Le droit européen (autonome) organise-t-il un rapport de concurrence entre États (autonomes) dont l'arbitre serait la volonté (autonome) des sujets de droit privé ?	78
Discussion sur la partie I	83
DEUXIÈME PARTIE – Les méthodes de création normative	89
L'autorégulation dans le droit européen :	
l'autonomie comme méthode alternative de création normative ?	91
Introduction	91
I. L'autorégulation par autonomie concédée, l'équilibre du système	94
<i>A. L'équilibre par une autonomie concédée et contrôlée</i>	94
1. L'autonomie concédée	94
2. L'autonomie contrôlée	97
<i>B. Les fonctions de l'autonomie concédée</i>	97
1. Une fonction politique	97
2. La fonction économique : l'efficacité	99
II. L'autorégulation par autonomie conquise, vers l'évolution du système .	99
<i>A. La perturbation et l'évolution du système</i>	100
1. Les risques de déséquilibre	100
2. Les risques de dissolution de la règle et d'une moindre identification	100
3. La chance d'une évolution	101
<i>B. Les fonctions de l'autonomie conquise</i>	101
1. Une fonction d'innovation	101
2. Une fonction sociale par la constitution de « réseaux » transversaux	101

La corégulation – Le processus Lamfalussy et une généralisation de celui-ci ?	105
I. Corégulation et comitologie ordinaire	107
II. Corégulation et processus Lamfalussy	110
III. Corégulation et autorités européennes de surveillance	113
IV. Généralisation de la corégulation pratiquée dans le domaine des services financiers ?	117
Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : dialogue social européen et autonomie de la volonté	119
I. Les partenaires sociaux européens législateurs ?	121
<i>A. Les accords collectifs de niveau Européen</i>	123
<i>B. La difficile mise œuvre des accords de niveau européen</i>	123
1. Légitimité des acteurs	123
2. Nature juridique des accords	125
II. L'autonomie de la volonté des partenaires sociaux nationaux, facteur d'élaboration d'un droit social transnational	128
<i>A. Conflit de lois, territorialité et relations collectives de travail</i>	128
<i>B. Droit substantiel, harmonisation sociale et autonomie de la volonté</i>	130
1. Les accords internationaux d'entreprise	131
2. Le législateur et les syndicats : l'exemple du comité d'entreprise européen	133
Discussion sur la partie II	137
TROISIÈME PARTIE – Les conséquences de l'autonomie	143
Autonomie en droit de l'établissement	145
I. L'autonomie protégée	146
<i>A. Une protection de principe</i>	147
1. Le choix d'une protection étendue	147
2. Les raisons de la protection	149
<i>B. Des limites éclatées</i>	152
II. La concurrence limitée	155
<i>A. Concurrence réglementaire : théorie et réalités</i>	155
<i>B. Les limites à la concurrence des droits en Europe</i>	158
1. Les limites tenant aux opérateurs économiques	159
2. Les limites tenant aux intermédiaires	162
3. Les limites tenant aux comportements des États	164
Conclusion	165
Autonomie et concurrence : un couple impossible ?	167
I. Autonomie des acteurs et élaboration de la règle	169
<i>A. Le recours à la soft law</i>	170
1. Consolidation au niveau de l'Union européenne	170

2. Généralisation dans les États membres	171
<i>B. La réception de la soft law</i>	172
II. Autonomie des acteurs et stratégies contentieuses	175
<i>A. L'élargissement des choix ouverts aux entreprises parties</i>	175
1. En contrôle des concentrations	176
2. En antitrust	177
<i>B. La confirmation des choix ouverts aux tiers</i>	181
1. La dualité des voies d'action : <i>public enforcement</i> et/ou <i>private enforcement</i>	181
2. La multiplicité des choix en matière de <i>private enforcement</i>	183
L'autonomie de l'individu européen et la question du statut	187
<i>A. La langue du droit de l'Union</i>	187
<i>B. La souveraineté transnationale du sujet du droit de l'Union</i>	190
<i>C. Le concept de personne et la transformation du cadre de l'autonomie</i> .	193
<i>D. L'idée du statut et le souci du concret</i>	197
<i>E. L'idée de statut et l'émergence d'un droit transitionnel</i>	200
<i>F. « Je veux, donc j'ai des droits »</i>	204
L'abus de droit en droit de l'Union européenne	207
I. La notion d'abus de droit dans les ordres juridiques des États membres	208
<i>A. La conception subjective</i>	209
<i>B. La conception subjective tempérée</i>	209
<i>C. La conception objective</i>	210
<i>D. Ignorance de l'abus de droit</i>	211
II. Le caractère polymorphe de l'abus de droit en droit de l'UE	212
<i>A. Les formes de l'abus de droit</i>	213
<i>B. La définition de l'abus de droit</i>	214
1. Les premiers indices	214
2. L'étape fondamentale : l'arrêt Emsland-Stärke. La définition de l'abus de droit	214
<i>C. Les stratégies acceptables</i>	216
1. La citoyenneté de l'Union	217
2. Le tourisme médical	217
3. Le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services	218
III. Le statut de l'interdiction de l'abus de droit en droit de l'UE : dédoublément grevé sur une double autonomie	219
<i>A. Abus de droit et autonomie des ordres juridiques nationaux</i>	219
<i>B. Abus de droit et autonomie du droit de l'UE</i>	221
Conclusion	222
L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ?	223
I. Des mots et de leur fonction	224
<i>A. Polysémie de l'ordre public en droit européen</i>	224

<i>Table des matières</i>	277
<i>B. La fonction de l'ordre public en regard de l'autonomie</i>	227
II. Les passerelles : de l'ordre public national à l'ordre public européen et retour	230
<i>A. La figure de l'encadrement</i>	231
<i>B. La figure de l'absorption et la création d'un ordre public européen</i>	234
<i>C. Le retour de l'ordre européen vers l'ordre national</i>	237
III. Autonomie et ordre public : l'interdépendance en guise de conclusion .	241
Discussion sur la Partie III	243
Remarques conclusives : pourquoi parlons-nous aujourd'hui d'« autonomie » ?	251
I. Perspective et préconceptions	252
II. Autonomie et séparation	252
III. Autonomie et Union européenne	253
IV. Autonomie et sujet	255
V. Ce qui manque	255
VI. L'Union européenne – trois étapes de l'autonomie	256
Bibliographie sélective	257
I. Ouvrages généraux	257
II. Aspects philosophiques	257
1. <i>Ouvrages</i>	257
2. <i>Articles</i>	257
III. Concurrence des droits / ordres juridiques	258
1. <i>Ouvrages</i>	258
2. <i>Articles</i>	258
IV. Autorégulation / co-régulation / autonomie des parties ou des États	260
1. <i>Ouvrages</i>	260
2. <i>Articles</i>	261
Biographies des intervenants et présidents de séances	267