

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO



REVUE DE L'ASSOCIATION DES ELEVES ET DIPLOMES JURISTES DE SCIENCES PO • SEMESTRIELLE • N° 12 • AUTOMNE 2016

Les crises de l'Union européenne

Sommaire

Le mot des rédacteurs en chef	p. 3
Les membres 2016/2017 de la Revue	p. 4
Editorial	p. 5

La crise et nous
Loïc Azoulai

ACTUALITES	p. 8
-------------------	-------------

En France, le secret est-il bien gardé ?
Olivier Cousi

p. 9

La recodification du droit français des contrats et le droit européen
Aude-Solveig Epstein

p. 12

DOSSIER THEMATIQUE : LES CRISES DE L'UNION EUROPEENNE	p. 24
--	--------------

LE BREXIT	p. 25
------------------	--------------

Le Brexit au Royaume désuni
Jean-Paul Hordies

p. 26

Brexit and the City
Leila Simona Talani

p. 29

LA CRISE MIGRATOIRE	p. 40
----------------------------	--------------

L'Europe et la crise de l'accueil des réfugiés
Catherine Wihtol de Wenden

p. 41

La « crise migratoire » fantasmée ou l'échec programmé de la forteresse Europe
Karine Parrot & Louis Imbert

p. 49

LES DEFIS ECONOMIQUES	p. 63
------------------------------	--------------

La crise ? Quelle crise ? L'insolente vigueur du système européen de la concurrence
Géraldine Babin & Antoine Winckler

p. 64

Zone euro : l'impasse fédérale
Vincent Delhomme

p. 74

<i>L'impact de la crise financière sur la politique européenne</i> Charles Mosditchian	p. 84
---	-------

<i>LES ENJEUX INSTITUTIONNELS</i>	<i>p. 97</i>
--	---------------------

<i>L'Europe face à la globalisation du droit : l'exemple de la législation extraterritoriale américaine</i> Karine Berger & Pierre Lellouche	p. 98
---	-------

<i>Les crises de l'Europe : un panorama</i> Sylvain Kahn	p. 106
---	--------

A propos de la Revue des Juristes de Sciences Po	p. 118
--	--------

A propos de l'Association des Elèves et Diplômés Juristes de Sciences Po (AJSP)	p. 119
---	--------

Le mot des rédacteurs en chef

Paris, le 16 décembre 2016

Chères lectrices, chers lecteurs,

L'année 2016 fut une année riche en bouleversements pour l'Union européenne. C'est pourquoi la *Revue des Juristes de Sciences Po* vous propose le thème des *crises de l'Union européenne* pour son douzième numéro.

Deux crises majeures nous viennent immédiatement à l'esprit : le *Brexit* et la crise migratoire. Ces crises touchent l'Union européenne en son cœur au moment où il s'agit pour elle de maintenir un rêve de prospérité et de paix. De manière plus latente, l'Europe fait également face à des défis économiques et de gouvernance que les crises aiguës ne sauraient occulter. Centrés sur les questions juridiques, les articles de ce douzième numéro interrogent la capacité du Droit européen à apporter des éléments de réponse, à accompagner ces événements et à questionner l'organisation même de l'Union. C'est ainsi que vous trouverez à la suite d'une rubrique « Actualités » les analyses que proposent nos contributeurs sur quatre grands thèmes que sont le *Brexit*, la crise migratoire, les défis économiques et les enjeux institutionnels.

Depuis sa création en 2009, la *Revue des Juristes de Sciences Po* a toujours été un lieu d'échange des pensées et des opinions ; un « lieu de rencontre pour vos imaginations » comme le soulignaient ses membres fondateurs. C'est pourquoi nous avons créé le premier site internet de la Revue afin de proposer des articles en ligne parallèlement aux revues semestrielles. Ce site ainsi que le nouveau logo forment dorénavant l'identité visuelle de la Revue qui lui permet de conforter sa place parmi les grandes revues juridiques universitaires.

Nous tenons à remercier l'ensemble des auteurs pour la qualité et l'excellence de leurs contributions. Nous tenons également à remercier très chaleureusement Monsieur le Professeur Loïc Azoulai pour sa direction scientifique et ses précieux conseils. Nos remerciements s'adressent aussi aux membres du Comité de rédaction pour leur travail et détermination tout au long de l'élaboration de ce numéro.

La *Revue des Juristes de Sciences Po* reviendra au Printemps 2017 pour son treizième numéro. Son thème sera dévoilé en janvier prochain et un appel à contributions sera lancé dans le même temps.

En attendant, nous vous souhaitons, chères lectrices, chers lecteurs, une excellente lecture.

Antoine Cioffi & Alexandre Gauthier
Rédacteurs en chef

Les membres 2016/2017 de la Revue

Les rédacteurs en chef



Antoine CIOLFI
M2 *Entreprises, Marchés, Régulations*



Alexandre GAUTHIER
M2 *Entreprises, Marchés, Régulations*

Le comite de rédaction



Hugo PASCAL
M1 *Droit économique*



Sarah GLASER
M1 *Droit économique*



Tony GARCIA
M1 *Droit économique*



Bela KELBECHIVA
M2 *Droit de l'innovation*



Taieb OTMANI
Année de césure au sein du cabinet *Gide Loyrette
Nouvel* puis à l'Université de *McGill*

Editorial

La crise et nous



LOÏC AZOULAI

Professeur à l'Ecole de Droit de Sciences Po, spécialiste de droit européen, titulaire de la Chaire d'excellence FOLIE ("Forms of Life and Legal Integration in Europe")

La crise de l'Union européenne est un territoire en constante expansion. Il n'est pas difficile d'en nommer les contrées : crise financière, crise économique, crise de l'euro, crise de l'accueil des migrants, crise des valeurs, crise de l'Etat de droit, crise politique de la représentation, crise de l'appartenance à l'Union, *Brexit*, crise de la sécurité intérieure, crise des relations avec les partenaires de l'Europe dans le monde. Et cependant, prise dans son ensemble, cette crise a quelque chose d'insaisissable. Notre première tâche, assurément, est d'essayer de cerner les difficultés, de poser des diagnostics. Les articles que nous présentons dans ce numéro veulent participer à cette entreprise d'analyse. Mais, aussitôt que l'on se penche sur chacun d'eux un peu longuement, on est assailli par un questionnement plus profond : au fond, qu'y pouvons-nous ? Nous juristes européens, que pouvons-nous faire ? Qu'avons-nous à offrir pour surmonter des épreuves qui affectent nos vies et nos plus solides croyances ? Le droit que nous ne cessons d'étudier, à force d'exposition et d'exploration, nous donne-t-il les ressources pour s'orienter, pour empêcher de se perdre, pour se déprendre des discours déclinistes dominants ?

Il nous faut commencer par admettre ceci : les juristes européens ne sont pas étrangers à la crise que nous vivons. Certes, ils sont dans leur rôle en jouant aujourd'hui les bons offices, mettant leurs compétences au service de dirigeants en perdition, cherchant des instruments pour aider à apaiser les tensions et à résoudre les conflits. Mais ils sont et ils ont été bien plus que cela. Les juristes sont pour partie responsables de la crise. De quoi sommes-nous responsables ? Il nous est arrivé d'avoir la charge de la pensée de l'intégration européenne. Une pensée : soit un ensemble d'idées, de doctrines, de techniques, d'arguments et de raisonnements ayant façonné le phénomène de l'intégration, ayant donné forme à l'expérience collective qu'est l'intégration européenne. Pensée de l'autonomie de l'Union et de son ordre juridique, pensée de l'équilibre institutionnel, pensée de l'unité et de la primauté des réalisations européennes, pensée de la production du commun, pensée de la non-discrimination, pensée des finalités et du destin des Européens, etc. Une pensée que les juristes ont produite, inculquée, promue. Pensée relayée par les fonctions qu'ils ont successivement ou alternativement occupées : tout à la fois professeur, juge, agent de gouvernement, membre des institutions européennes. Partout ils ont cherché à enfermer les rapports politiques, économiques et sociaux qui constituent la matière précaire du processus d'intégration dans un réseau de doctrines et de formules susceptibles de structurer l'intégration, de la rationaliser, de la consolider. Mettre l'Europe institutionnelle et ses réalisations à l'abri des périls de la discorde politique, de la dislocation économique et de la désaffection sociale, telle est la tâche démesurée que les juristes européens se sont donnés. Le miracle, c'est-à-dire la réunion exceptionnelle de mobilisations, de croyances et d'idées convergentes, a fait que, en dépit des oppositions et des résistances, ils y sont, pour un temps, parvenus.

Le problème qui est au centre de la crise actuelle, on peut l'exprimer ainsi : comment maintenir le sens d'une expérience commune telle que l'intégration européenne, suggérant l'existence d'un « tout structuré, organisé, finalisé », alors qu'un nombre de plus en plus grand d'acteurs puissants refusent de se représenter comme étant partie intégrante à un tout et quand se recréent des chapelles et des communautés défiant toute appartenance à un ensemble commun ? D'un côté, un phénomène de désappartenance, un mouvement d'affranchissement vis-à-vis de toute obligation de coopération ; de l'autre, une impossibilité de se désaffilier, le fait de l'interdépendance toujours plus forte entre les marchés, les économies et les sociétés nationales. Ce double phénomène se traduit sur le plan quotidien par une série de tensions et de frictions, un rapport fantasmé aux frontières, un désir de repli, de distinction, voire d'arrachement et jusqu'à la tentation de la sortie ; mais, notons-le, c'est une sortie qui ne résout rien, car elle laisse intactes les raisons de l'interdépendance.

Dans son discours sur l'état de l'Union devant le Parlement européen du 14 septembre 2016, Jean-Claude Juncker, président de la Commission européenne, présente l'Union comme une force statique : c'est « une Europe qui protège » et qui « préserve notre mode de vie ». La tâche de l'Union, c'est essentiellement de poser des « règles équitables » qui « permettent de travailler ensemble ». Cela passe par la définition d'un petit nombre de « cadres juridiques » discrets. Le but est d'assurer la stabilité des systèmes institutionnels qui régissent la vie des Européens. Ne rien projeter, sans rien déstabiliser – préserver. On est loin du « phénomène juridique remarquable » que décrivait en 1972 le président de la Commission des Communautés européennes, Walter Halstein. Que sont les Communautés européennes d'alors ? Dans les premières pages de *Europe in the Making*, il répond : « c'est une création du droit ; c'est une source de droit ; et c'est un système juridique », c'est-à-dire une structure pour la définition de nouvelles conditions de vie. Tout un dispositif fait de communautés et de luttes d'intérêts, d'arrangements institutionnels, de croyances et d'adhésion est impliqué dans cette conception. On peut dire que la crise signe l'échec de ce dispositif. Le temps de la vie européenne élargie structurée par le droit est fini.

Le droit européen et la pensée de l'intégration ont cessé d'être une promesse. A l'évidence, l'Union n'a pas perdu son droit. Elle produit encore beaucoup de textes, elle imagine sans cesse de nouveaux dispositifs, notamment dans les secteurs les plus sensibles comme ceux de l'Union économique et monétaire et de l'immigration. Mais ce qui n'est pas douteux, c'est qu'elle a perdu le droit comme source de légitimation et force de mobilisation. Pour le dire autrement, il n'y a plus de culture commune de l'intégration véhiculée par le droit, conservée et traduite dans les faits par la communauté des juristes européens, ce milieu fermé et relativement homogène au centre duquel figurait la Cour de justice de l'Union. Exposés, contestés de toutes parts, le droit européen et ses gardiens semblent avoir perdu leur intégrité. Les voilà réduits à ce qu'il paraissent être – ce qu'ils ne sont pas, mais ce à quoi ils finissent parfois par ressembler. Le droit européen non plus associé à l'égalité mais aux inégalités : un droit qui créerait des gagnants – en petit nombre – et une foule de perdants ; un droit qui n'est plus associé à l'unité mais aux divisions : un droit pour les Etats rigoureux, créanciers du Nord, et un autre pour les Etats défaillants, débiteurs du Sud ; un droit pour le centre (l'Ouest), un autre pour la périphérie (l'Est) ; un droit qui n'est plus associé à la liberté mais à une forme d'autoritarisme administratif, assujettissant les Européens à des régimes d'austérité et les étrangers sur le territoire européen à des formes de privation de liberté.

A quoi rime désormais notre condition d'Européens attachés au droit de l'intégration ? Disons que nous avons deux possibilités, et elles ne sont pas inconciliables. Par la première, nous convertissons notre savoir sur le droit en arme de la critique. Si l'intégration européenne finit par favoriser l'émergence d'acteurs dominants ou des minorités de blocages, si son droit finit par créer des hiérarchies statutaires au détriment des moins favorisés, s'il fragilise les formes de vie les plus précaires, il y a lieu de déconstruire ce droit et d'utiliser les ressources qu'il recèle pour mobiliser contre les injustices qu'il produit. Par la critique, rendons-nous du moins attentifs aux effets

contradictaires, parfois pervers, que produit l'intégration. Cela s'impose à nous comme une nécessité. Mais la critique n'est pas tout et, à lui consacrer toute notre énergie, elle finirait par détruire toute conception d'une expérience commune. L'autre voie est de travailler à rendre à nouveau désirable une telle conception. Si la forme du « tout » dans lequel nous sommes intégrés n'est plus une évidence, concentrons-nous sur les parties et sur les relations entre les parties : relations politiques et diplomatiques entre les Etats membres, relations sociales entre les groupes sociaux, les communautés nationales et les individus, relations entre les différentes générations d'Européens, relations entre nous Européens et les autres. Si nous faisons comme si ces relations n'admettent plus de finalité dernière extérieure (la paix, la prospérité, la réconciliation) et si elles doivent être plus que le simple fait de l'interdépendance, de quoi sont-elles faites ? De partage de responsabilités ? De création de dispositifs de solidarité ? De luttes d'identités ? C'est à reconstruire ces concepts et ces relations qu'il faut maintenant se consacrer si nous ne voulons pas perdre, pour longtemps, le sens même de l'intégration.



ACTUALITES

Olivier Cousi

En France, le secret est-il bien gardé ?



OLIVIER COUSI

Olivier Cousi est associé au sein du cabinet d'avocats Gide Loyrette Nouel. Il a particulièrement en charge l'activité du droit des médias, des télécommunications, de la presse et de l'édition, de l'audiovisuel, de la musique, du spectacle et du cinéma, comme la gestion des droits d'auteur et droits voisins, le droit de l'art ou les questions liées au sponsoring, au mécénat ou à la publicité. Olivier Cousi fut candidat aux élections au bâtonnat de Paris des 29 novembre et 1er décembre 2016.

« Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre, et finit par perdre les deux » (Benjamin Franklin)

« **L**es Français savent-ils garder un secret ? » titrait en août le journal *The Australian* au lendemain d'une fuite massive de données sensibles, bien que non-classifiées, sur fond de cruciales négociations avec l'Australie pour la fabrication de sous-marins. Cette énième affaire d'espionnage économique a le mérite de rappeler le rôle stratégique de l'information et l'importance de sécuriser le patrimoine informationnel des organisations et en particulier des entreprises. Les conséquences d'une violation de secrets d'affaires sur la réputation des sociétés, l'innovation et, *in fine*, sur l'emploi, sont bien souvent dramatiques.

Protéger l'innovation et l'emploi...

Pourtant, si tout le monde s'accorde désormais sur le caractère stratégique de l'information, les entreprises attaquées n'ont actuellement d'autre choix que de recourir à des fondements juridiques inadaptés et parcellaires. La concurrence déloyale, le vol d'informations, le secret de fabrique, la violation de droits de propriété intellectuelle ou encore l'abus de confiance sont certes utiles mais ne sauraient remplacer l'efficacité d'un délit spécifique en matière de protection du secret des affaires et de sanction de leur divulgation. Pour combler ce manque, plusieurs textes de lois visant à instaurer un cadre légal adapté à la guerre économique, que se livrent entreprises et Etats, n'ont finalement pas abouti. Le dernier en date, un amendement contenant des dispositions relatives au secret des affaires, a été intégré dans le projet de loi Macron en 2015... avant d'être retiré par le gouvernement.

Face à la pusillanimité du législateur français, c'est finalement d'Europe que viendra la protection tant attendue. Adoptée le 8 juin 2016, la directive 2016/943 sur la protection des secrets d'affaires¹ ambitionne d'offrir un cadre harmonisé aux Etats membres et à la hauteur des législations des concurrents chinois et américains². Est désormais protégée par le secret des affaires l'information qui n'est pas publique ou « *aisément accessible* », qui a une « *valeur commerciale* » parce

¹ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

² Le 11 mai 2016, les Etats-Unis ont adopté le "Defend Trade Secrets Act" renforçant leur législation en matière de protection du secret des affaires.

qu'elle est secrète et qui fait l'objet de « *dispositions raisonnables destinées à [la] garder secrète* »³. Cette troisième condition n'est d'ailleurs pas sans conséquence. Les entreprises désireuses de protéger une information devront veiller à intégrer des dispositions spécifiques (marquage, classification ou encore dépôts) dans leur politique de confidentialité.

La directive fixe, en outre, des règles communes de protection des secrets d'affaires, notamment procédurales.

Elle instaure également des sanctions principalement civiles mais également, à la discrétion de l'Etat, pénales, en cas de divulgation illégale de ces secrets.

... sans sacrifier le droit à l'information de la société civile.

Ces dispositions destinées à faciliter la demande de réparation devant les tribunaux en cas de vol ou d'utilisation illégale d'informations confidentielles commerciales ou technologiques (recette, composant chimique, prix, date de lancement...) ont donné lieu à une très forte mobilisation de la société civile craignant que la directive ne s'applique également aux lanceurs d'alertes et aux journalistes. Ces craintes ont récemment été renforcées par l'affaire *Luxleaks* et la condamnation au Luxembourg en juin 2016 de trois lanceurs d'alertes⁴ sur les fondements de « *complicité de vol domestique, violation du secret professionnel et violation de secrets d'affaires* ».

Prenant en compte ces inquiétudes, la directive⁵ envisage plusieurs dérogations dans son application et notamment lorsque la divulgation doit permettre d'exercer le droit à la liberté d'expression et d'information et/ou de révéler une faute (professionnelle par exemple) ou une activité illégale, dès lors que le défendeur a agi dans le but de protéger l'intérêt public général. Elle devient ainsi le premier texte européen majeur à faire référence à la protection des lanceurs d'alerte en attendant un futur texte européen protégeant spécifiquement les lanceurs d'alertes⁶. Sa portée à l'égard de la protection des lanceurs d'alertes demeure toutefois ouverte dans les cas où les informations ne constituent ni une activité illégale ni même une faute mais une pratique qui pose des questions d'éthique et de morale publique essentielles. Les Etats membres auront donc à trancher, eux qui disposent de deux ans pour transposer la directive dans leur droit national, avant d'attendre une future jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

L'avocat, garant de l'équilibre entre secret et transparence ?

Reste que face à la difficile quête d'un point de Lagrange entre la nécessaire protection de l'information stratégique des entreprises et le légitime droit d'informer la société civile, les avocats ont incontestablement un rôle à jouer. La célèbre organisation non gouvernementale *Transparency International* rappelait à cet effet que l'avocat est l'interlocuteur naturel de potentiels lanceurs d'alerte perdus face à l'ampleur d'une affaire et à la complexité du droit les protégeant. Par ailleurs, fort de son secret professionnel, l'avocat est seul en mesure de pallier l'absence de *legal privilege* en droit français pour les juristes d'entreprises et peut assurer la protection d'informations sensibles ne devant pas tomber entre les mains de concurrents.

³ Article 2 de la directive sur la protection du secret des affaires, inspiré de l'article 39 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Organisation mondiale du commerce.

⁴ Antoine Deltour, Edouard Perrin et Raphaël Halet.

⁵ Article 5 de la directive sur la protection du secret des affaires.

⁶ Considérant 20 de la directive sur la protection du secret des affaires.

L'avocat est donc le tiers de confiance qui peut déterminer avec son client la nature et la portée des secrets qu'il reçoit, ou de la situation qu'il analyse, sa déontologie puissante et structurée et son serment offrant une garantie sur la sécurité juridique des faits dont il est saisi.

Pourtant, ce rôle de garant de l'équilibre entre secret et transparence est aujourd'hui menacé tant par le juge français que par le juge européen. En considérant que les écoutes et autres interceptions ne sont couvertes par le secret professionnel qu'à condition que l'avocat ait été officiellement désigné par le justiciable en cause pour assurer sa défense pénale, la Cour de cassation⁷ semble exclure le secret professionnel, non seulement du contentieux civil, commercial et prud'homal, mais également de toute activité de conseil. En outre, si le juge européen⁸ a récemment rappelé que le secret professionnel ne doit pas être limité aux situations où le justiciable serait mis en examen, témoin assisté ou placé en garde à vue, il confirme le basculement vers un secret professionnel opposable seulement a posteriori lorsque aucune participation de l'avocat lui-même à des faits constitutifs d'une infraction n'a finalement été identifiée au cours de l'enquête.

Dès lors, si cette évolution vers une restriction du secret professionnel devait se confirmer, ce serait un coup sévère porté au secret des affaires en plus d'être une atteinte grave au caractère fondamental du rôle de l'avocat, confident nécessaire dans un Etat de droit démocratique.

** N.B. : Il convient de noter que cette contribution a été rédigée avant l'entrée en vigueur de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite "Sapin II") donnant une définition des lanceurs d'alertes et sécurisant son régime.*

⁷ Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83.206, FS-P+B et n° 15-83.205 FS-P+B.

⁸ CEDH Versini-Campinchi et Crasnianski c. France, 16 juin 2016.

Aude-Solveig Epstein

La recodification du droit français des contrats et le droit européen



AUDE-SOLVEIG EPSTEIN

Titulaire d'un Master en droit économique de Sciences Po Paris et d'un Doctorat en droit privé de l'Université de Nice Sophia-Antipolis, Aude-Solveig Epstein est maître de conférences en droit privé à la Faculté de droit de l'Université de Caen Normandie. Ses travaux portent sur le droit des obligations, le droit des affaires et le droit économique de l'environnement.

La réforme du droit français des contrats est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Le droit européen, qui en a profondément influencé le contenu, en inspirera-t-il également l'interprétation ? Dans l'affirmative, la recodification nationale du droit des contrats constituerait une étape significative dans la construction d'un droit européen des contrats.

L'impression que l'Europe « se défait », jusques et y compris « par la Manche »¹, semble avoir pris le dessus. Émettre, dans ce contexte, l'hypothèse que le droit européen des contrats continuerait de « se faire » pourrait sonner, sinon comme une provocation, du moins comme une illusion mélancolique. Surtout si l'exemple pris pour illustrer l'argument était la réforme française du droit des contrats, telle qu'elle résulte de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. En effet, l'attentisme prêté au législateur français en matière de réforme du droit des obligations aurait pour une large part tenu au fait qu'il aurait cru dans l'émergence, dans un avenir raisonnable, d'un droit des obligations européen. Or, voilà que la réforme tant attendue intervient finalement, et ce à un moment où « *les projets européens d'harmonisation et, a fortiori, d'unification du droit des contrats en Europe sont au point mort* »². L'ambition de voir émerger un code européen des contrats, ou en tout cas un droit commun de la vente, ou ne serait-ce qu'une directive globale sur les droits des consommateurs semblent effectivement avoir fait long feu³. De là à en déduire que l'ordonnance du 10 février 2016 sonnerait

¹ F. AUTRET, L'Europe se défait-elle par la Manche ? : *La Tribune*, 26 févr. 2016

² M. LATINA, L'attractivité du droit des contrats : la fonction de modèle : Blog Dalloz réforme du droit des obligations, 2015 [<http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/09/17/lattractivite-du-droit-des-contrats-la-fonction-de-modele/>].

³ Les actes juridiques de l'UE dans le domaine du droit des contrats demeurent « *trop disséminés et trop mal coordonnés pour servir eux-mêmes comme base à l'élaboration de règles modèles du droit général des contrats* » (R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », *RTD Civ.* 2007 p. 451). De la sorte, la construction du droit européen des contrats continue de pouvoir être décrite comme : « *une brique de Bruxelles ici et là dans l'immeuble du droit privé national* » (O. Remien, *Ober den Stil des Europäischen Privatrechts*, *Rabels Zeitschrift*, 1996, vol. 60, p. 8, cité par J. Smits, *European private law as a mixed legal system. Towards a ius commune through the free movement of legal rules*, *Law Ukr. Legal J.*, 2013, p. 133 et s., spéc. p. 134). Pour endiguer la fragmentation à l'œuvre, certains ont fondé leurs espoirs dans une codification européenne du droit des contrats. Plusieurs projets d'harmonisation du droit européen des contrats ont d'ailleurs vu le jour avec le soutien de l'UE. Cependant, les Principes du droit européen des contrats (PDEC), le projet de Cadre commun de référence dans le domaine du droit européen des contrats (DCFR) et le Code européen des contrats ont été élaborés par des réseaux universitaires, et du fait de leur origine savante, aucune valeur obligatoire ne leur est reconnue. Le code civil européen en reste *a fortiori* « *au modeste stade des conjectures* » (C. PRIETO, *Un Code civil européen : de l'utopie à la prospective juridique*, *LPA*, 2004, n° 92, p. 19), la compétence de l'Union européenne (UE) pour imposer l'unification ne serait-ce que du droit des contrats en Europe demeurant très discutée. La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, déposée par la Commission le 11 octobre 2011, à la supposer adoptée, ne déboucherait que sur un instrument optionnel au champ d'application limité. Quant à la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, elle n'a finalement pas même harmonisé intégralement les règles consuméristes jusque-là adoptées sous forme de directives spécifiques, propres à tel ou tel aspect de tel ou tel contrat ou méthode de commercialisation. À mesure que les prétentions bruxelloises se sont ainsi faites plus discrètes, les vifs débats doctrinaux que le droit européen des contrats avait pu occasionner dans notre pays ont semblé s'essouffler.

le glas de la construction d'un droit européen des contrats, voire qu'elle aurait été destinée à en préempter l'émergence, il n'y a qu'un pas⁴. À cette aune, la recodification française du droit des contrats pourrait bien inaugurer une nouvelle ère d'affirmation nationale⁵. La perspective européenne est d'ailleurs singulièrement absente des premiers commentaires sur l'ordonnance du 10 février 2016.

Notre recodification nationale n'est pourtant pas nécessairement le signe de l'échec du projet de voir émerger un droit commun des contrats en Europe. L'émergence d'un tel droit est en effet irréductible à celle d'un code européen des contrats destiné à s'imposer dans tous les États membres. Il est d'ailleurs de plus en plus douteux que l'expérience moderne des codifications nationales, où « *un Léviathan accapare la production du droit* » pour l'unifier dans un système « *autoritaire* », autoréférentiel et autosuffisant⁶, puisse être aujourd'hui reproduite au niveau européen. Non seulement en raison du heurt des souverainetés, mais aussi du fait que « *l'idée d'imposer l'unification européenne du droit privé n'est absolument pas compatible avec le *Zeitgeist* juridique* »⁷ : postmoderne et pluraliste, ce dernier « *promeut la polycentricité et le droit d'autorité, au détriment du droit autoritaire* »⁸. Dans cette perspective, le droit européen des contrats serait donc voué à émerger progressivement du dialogue entre les différentes sources du droit des contrats à l'échelle de l'Europe.

Les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 pourraient avoir épousé ce point de vue. Ils ont effectivement pris le parti, pour dégager le nouveau droit commun des contrats français, de faire entrer en résonance le droit positif national et les corpus européens. Le rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2016-131⁹ illustre à quel point les projets européens d'harmonisation, aussi « souples » soient-ils parfois, ont servi de référence pour dégager l'architecture et la substance du droit nouveau¹⁰. Dans cette perspective, la réforme française révélerait l'ambition du législateur français de prendre part au dialogue sur l'harmonisation du droit des contrats en Europe, peut-être dictée par l'aspiration à mieux en influencer l'issue, mais non par celle d'en être le fossoyeur¹¹.

⁴ M. LATINA, L'attractivité du droit des contrats : la fonction de modèle, *op. cit.* : « *L'un des moteurs de la réforme du droit français des contrats a sans doute été la crainte que l'Union européenne ne vienne imposer un droit contractuel unifié.* »

⁵ P. LEGRAND, *Strange Power of Words: Codification Situated*, *Tulane European & Civil Law Forum*, 1994, vol. 9, p. 1 et s., spéc. p. 29 : « *the adoption of a new code is likely to privilege the dogmas of positivism and nationalism* » ; F. ZENATI-CASTAING, L'avenir de la codification, *RIDC*, 2011, vol. 63, n°2, p. 355 et s., spéc. p. 361 : « *Il semble que le phénomène des recodifications soit principalement un phénomène nationalitaire. Plusieurs pays ont refait leur code civil pour trouver leur identité juridique nationale en rompant leur dépendance à l'égard du Code Napoléon. (...) La recodification effectuée par ces pays s'inscrit parfaitement dans l'esprit de la codification moderne, qui a été un moyen d'affirmation des nations (...). L'actuel mouvement doctrinal français en faveur d'une recodification ne se différencie pas de ces codes refaits, dans le sens où il est, avant tout, l'expression d'une réaction nationalitaire.* »

⁶ F. ZENATI-CASTAING, L'avenir de la codification, *RIDC*, 2011, vol. 63, n°2, p. 355.

⁷ J. SMITS, *European private law as a mixed legal system. Towards a ius commune through the free movement of legal rules*, *op. cit.*, p. 136.

⁸ F. ZENATI-CASTAING, L'avenir de la codification, *op. cit.*, p. 374.

⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016.

¹⁰ Cette imprégnation comparatiste n'est pas le propre de la réforme française, mais un trait marquant de « *la dernière génération des codifications nationales* » (F. ZENATI-CASTAING, L'avenir de la codification, *op. cit.*, p. 368 : « *L'imprégnation de la dernière génération des codifications nationales par le droit comparé, non seulement atténue la dimension nationale des codes emprunteurs, mais fait disparaître l'idée de transfert de code, qui a tant attisé les vanités nationales. On n'emprunte plus un code, on recherche le droit commun dans plusieurs des révélations qu'en ont donné les plus réussis, parce que telle est la condition d'une meilleure identification de ce droit.* »

¹¹ Dans cette perspective, v. Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC*, 2015, n° 3, p. 616 : « *L'exemple de la réforme allemande de 2001 montre, au demeurant, contrairement à ce qu'on a longtemps cru en France, que des ambitions européennes peuvent aller de pair avec une refonte du droit national. Mieux, le meilleur moyen de peser dans un débat européen est, semble-t-il, de pouvoir prendre appui sur un droit national en ordre de marche. Même s'il présente des qualités de fond certaines, un droit qui est, pour l'essentiel, d'origine jurisprudentielle s'exporte malaisément et ne peut que difficilement être proposé comme modèle.* »

Il est vrai que le rapprochement des textes n'équivaut pas à la convergence des droits. Rien ne garantit que les nouvelles dispositions de notre Code civil soient interprétées dans une perspective européenne, et ce d'autant plus que « *les tribunaux nationaux, de même que la littérature juridique et la formation juridique [...], n'ont pour le moment pas abandonné la prédominance de leur fixation sur les codes nationaux de droit privé (ou sur le common law national).* »¹² Or, « *l'interprétation peut être source de divergences tout autant, et même souvent davantage, que de convergences ou d'unité* »¹³. Pour mesurer la contribution de la réforme française du droit des obligations à l'harmonisation du droit commun des contrats en Europe, il est donc insuffisant de constater que les corpus européens ont inspiré la rédaction des nouveaux textes (I) ; il faut encore s'interroger sur la possibilité de les voir influencer l'interprétation des nouvelles dispositions (II).

I. L'influence des corpus européens sur la rédaction des nouveaux textes

L'ordonnance n° 2016-131 est expressément placée sous les auspices de la convergence européenne. La convergence à l'œuvre s'observe tant au niveau de la terminologie (songeons ainsi à la disparition de la notion de « cause » ou à celle de l'obligation de donner) que de la structure du code (un plan plus lisible qui intègre des sections nouvelles dédiées à la formation du contrat, à la représentation ou encore aux restitutions). Elle se manifeste également dans le contenu des nouvelles dispositions. Nombre des règles techniques codifiées s'inscrivent effectivement dans la mouvance européenne. Au-delà de la convergence des solutions techniques (A), c'est le rapprochement des méthodes qui frappe l'observateur (B).

A) La convergence des solutions techniques

Nombre des dispositions techniques issues de l'ordonnance n° 2016-131 s'avèrent conformes à des solutions déjà admises en jurisprudence ou dans des législations spéciales. Cependant, toutes les solutions du droit spécial ne sont pas généralisées ; de même, tous les acquis prétoriens ne sont pas consacrés par la réforme, certains étant d'ailleurs frontalement remis en cause. Ainsi, une sélection a été effectuée ; et, parmi les critères pris en considération pour l'opérer, l'attraction de l'Europe semble avoir joué un rôle central.

La réforme consacre des solutions prétoriennes devenues classiques. Ainsi, avant cette réforme, la jurisprudence interne avait déjà admis la détermination unilatérale du prix sous réserve du contrôle de l'abus, la résolution unilatérale du contrat inexécuté et la nullité du contrat pour violence économique. Autant de solutions qui pouvaient sembler inspirées des projets d'harmonisation européens¹⁴, et qui sont dorénavant gravées dans le marbre de la loi, moyennant quelques aménagements¹⁵. Mais la réforme affirme aussi des solutions dont la portée demeurerait contestée en droit interne, mettant ainsi un terme aux hésitations, en considération, là encore, des solutions privilégiées au niveau européen. Il est dorénavant assuré que le contrat entre absents se forme, non

¹² R. ZIMMERMANN, Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé, *RTD Civ.*, 2007 p. 451.

¹³ C. MOULY, Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?, *RIDC*, 1985, vol. 37, n°4, p. 895 et s., spéc. p. 932. V. aussi B. Fauvarque-Causson, Le rôle de la doctrine en droit privé européen, in *Études offertes à Geneviève Viney* : LGDJ, Paris, 2008, p. 418 et s., spéc. p. 429 : « *Le rôle de la doctrine ne doit pas s'arrêter à l'élaboration de textes-modèles. Trop souvent, ces textes ont recours à des concepts généraux, susceptibles d'interprétations si diverses que l'unification, si elle avait lieu, serait assez formelle.* »

¹⁴ En ce sens, v. D. MAZEAUD, Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français, in G. Mäsch, D. MAZEAUD et R. SCHULZE (dir.), *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Sellier, Munich, 2009, p. 29 et s., spéc. pp. 32-39.

¹⁵ Sur la détermination unilatérale du prix, v. C. civ., art. 1164 et 1665 ; comp. PDEC, art. 6 : 105 ; Code européen des contrats, art. 31 ; DCFR, art. II. – 9 : 105. Sur la résolution unilatérale, v. C. civ., art. 1224 ; comp. Code européen des contrats, art. 114 ; PDEC, art. 9 : 301 ; DCFR, art. III. – 3:106. Sur l'annulation du contrat pour violence économique, v. C. civ., art. 1143 ; comp. PDEC, art. 4 : 109 ; DCFR, art. II. – 7:207.

pas dès l'émission de l'acceptation, mais à la réception de l'acceptation par l'offrant¹⁶. De même, il est maintenant clair qu'une partie pourra suspendre l'exécution de ses obligations par anticipation de l'inexécution de ses obligations par son cocontractant¹⁷. Enfin, il est désormais avéré que les parties ont tout intérêt à renégocier le contrat frappé d'imprévision : en cas de refus ou d'échec de la renégociation, le risque est grand que le juge ne révisé le contrat, voire qu'il y mette fin, à la date et aux conditions qu'il fixe¹⁸. Le fait que la révision du contrat pour imprévision ait dorénavant droit de cité en droit commun des contrats illustre à quel point le rapprochement avec l'Europe se traduit aussi par l'abandon de certaines jurisprudences bien ancrées.

L'influence européenne ne se découvre pas seulement à travers certaines solutions techniques particulières, telles que celles évoquées ci-dessus. Elle se révèle également dans un parti pris global : celui de généraliser, en droit commun, des solutions jusqu'ici cantonnées au droit spécial. Le processus n'est pas révélateur seulement « *d'une dialectique connue d'un droit commun qui se constitue à partir du droit spécial* »¹⁹, mais aussi d'une dynamique de fécondation du droit national par le droit européen. Parmi les sources d'inspiration du nouveau commun droit des contrats français, le droit de la consommation joue en effet un rôle de premier plan ; or la matière constitue, on le sait, l'une des pointes avancées de la législation contractuelle de l'Union européenne (UE). La reconnaissance d'un devoir général d'information précontractuelle²⁰, le réputé non-écrit des clauses abusives dans les contrats d'adhésion²¹ et l'interprétation du contrat ambigu en faveur de l'adhérent²² semblent typiques. Voilà en effet trois institutions bien connues non seulement des projets d'harmonisation doctrinaux, mais aussi de la législation de l'UE. Compte tenu du fait que la législation contractuelle bruxelloise s'est jusqu'ici développée de façon parcellaire, les États membres ne sont certes pas tenus de faire bénéficier toutes les parties de ces mécanismes protecteurs. Cependant, la coexistence entre règles nationales et européennes porte en germe un risque d'incohérence, que les législateurs nationaux peuvent aspirer à endiguer en étendant le champ d'application des normes européennes au-delà de ce que prévoient les directives. La généralisation de la sanction des clauses abusives, telle qu'elle résulte de la récente recodification du droit français des contrats²³, pourrait bien résulter de cette dynamique.

En effet, le champ d'application de la directive de 1993 sur les clauses abusives est limité aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs²⁴. La proposition de règlement sur le droit européen de la vente entend certes faire bénéficier certains professionnels de la protection contre de telles clauses, mais cette proposition, qui n'a toujours pas été adoptée, ne concerne que certains contrats de vente. C'est donc une harmonisation « pointilliste » qui continue de prévaloir, laquelle tend à altérer la cohérence du droit de l'Union tout comme celle des systèmes juridiques des États

¹⁶ C. civ., art. 1121. Comp. PDEC, art. 2:205 ; Code européen des contrats, art. 12 ; DCFR, art. II. – 4:205.

¹⁷ C. civ., art. 1220. Cette *exceptio timoris* était parfois admise par le juge des référés (A. PINNA, « L'exception pour risque d'inexécution », RTD Civ., 2003, p. 31), mais elle figurait surtout en bonne place dans la liste des remèdes offerts au créancier dans les projets d'harmonisation européens (V. Proposition de règlement sur le droit européen de la vente, art. 113 ; PDEC, art. 9:201 ; Code européen des contrats, art. 91).

¹⁸ C. civ., art. 1195. Comp. Code européen des contrats, art. 157 ; PDEC, art. 6 : 111 ; DCFR, art. III. – 1:110.

¹⁹ M. DE FONTMICHEL, Les nouvelles actions interrogatoires, D. 2016, p. 1665

²⁰ C. civ., art. 1112-1. Comp. PDEC, art. 4 : 106 ; Code européen des contrats, art. 7.

²¹ C. civ., art. 1171. Comp. DCFR, art. II. – 9:401 et s. ; Code européen des contrats, art. 30 ; PDEC, art. 4 : 110.

²² C. civ., art. 1190. Comp. PDEC, art. 5 : 103 ; Code européen des contrats, art. 40 ; DCFR, art. II. – 8:103.

²³ C. civ., art. 1171.

²⁴ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

membres²⁵. Au-delà des difficultés conceptuelles, cette harmonisation partielle est source de différences de traitement dans des situations parfois proches. Si c'est l'inégal pouvoir de négociation des parties qui justifie la sanction des clauses abusives, comme le soutient couramment la Commission européenne, pourquoi la protection contre ces clauses ne bénéficierait-elle pas, au-delà des consommateurs, ou même de certains professionnels, à toutes les parties qui adhèrent à un contrat dont elles n'ont pas réellement été en mesure de négocier les termes²⁶ ? L'UE n'est peut-être pas compétente pour réformer directement, au-delà du droit de la consommation, le droit commun des États membres, et leur imposer d'aller ainsi dans le sens de l'« *élargissement des bénéficiaires des protections consuméristes* »²⁷ auquel elle paraît favorable. Mais les États disposent, eux, de la compétence requise pour mettre un terme au risque de contradiction, précisément en faisant déborder la protection conférée par le droit européen de son champ d'application. En ce sens, l'ordonnance n° 2016-131 généralise la règle qui répute non écrites les clauses qui créent un déséquilibre significatif : « *elle devient, comme dans les PDEC [i.e. Principes de droit européen des contrats], une règle générale de protection qui a vocation à s'appliquer en faveur de tous les contractants, victimes d'une clause abusive stipulée dans un contrat d'adhésion* »²⁸. Cette solution paraît caractéristique d'un phénomène plus général où, « *par un choc en retour, c'est le droit spécial d'origine européenne qui vient façonner l'évolution du droit commun. De là à voir dans cet effet induit la volonté consciente des institutions de l'Union européenne d'imposer, par le biais du droit spécial des contrats de consommation, l'uniformisation du droit commun des contrats que, par ailleurs, elles n'ont pu faire prospérer par le biais d'un instrument global, il y a un pas que certains auteurs n'hésitent pas à franchir* »²⁹.

Mais au-delà des règles techniques, ce sont les méthodes européennes qui semblent avoir inspiré les auteurs de l'ordonnance portant réforme du droit des obligations.

B) L'inspiration méthodologique

Pour ce qui intéresse les méthodes, l'inspiration européenne s'observe principalement à deux niveaux : l'expansion des notions floues au contenu indéterminé et l'appel à un contrôle de proportionnalité. En premier lieu, l'ordonnance regorge de standards abstraits – « bonne foi »³⁰, « déséquilibre significatif »³¹, délai, coût ou personne « raisonnable »³², caractère « excessivement

²⁵ Pour certains, les « greffons » européens ne seraient pas du même bois que les « organes » nationaux ; en particulier, le droit de la consommation aurait une nature plus administrative que civile, en sorte que son irruption en droit interne pourrait et devrait laisser intacte, en droit commun des contrats, une conception plus formelle de la liberté contractuelle. Il faudrait donc se résoudre à ce que les entreprises et les particuliers n'aient plus le même droit. Mais d'autres peinent à se résoudre à ce que la justice contractuelle soit ainsi vouée à la sélectivité.

²⁶ En ce sens, v. par ex. R. ZIMMERMANN, *Consumer contract law and general contract law: the German experience*, *Current Legal Problems*, 2005, vol. 58, n° 1, p. 415 et s., spéc. p. 486 ; D. MAZEAUD, *Unfairness and non-negotiated terms*, in R. Schulze et D. Stuyck (dir.), *Towards a European contract law*, Sellier, Munich, 2011, p. 123 ; M. W. HESSELINK, *Unfair terms in contract between businesses*, in R. Schulze et J. Stuyck (dir.), *Towards a European contract law*, *op. cit.*, p. 131.

²⁷ J. ROCHFELD, *Droit commun et droit « spécial » du contrat : le droit contractuel de la consommation existe-t-il toujours ?*, *RDC*, 2013, n° 2, p. 489. L'auteur observe que la législation européenne incite formellement les États membres à étendre des dispositions protectrices des consommateurs à des professionnels. En ce sens, v. not. Directive n° 2011/83 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, consid. 13 ; Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, art. 7 et art. 13.

²⁸ B. FAUVARQUE-CAUSSON et D. MAZEAUD, *L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel*, *RDC*, 2006, n° 146, p. 3.

²⁹ M. LATINA, *V° Contrat (généralités)*, *Rép. Dalloz de droit civil*, n° 42.

³⁰ C. civ., art. 1104, art. 1112, art. 1198, art. 1342-3, art. 1352-1, art. 1352-2, art. 1352-7.

³¹ C. civ., art. 1171.

³² C. civ., art. 1116, art. 1117, art. 1123, art. 1158, art. 1188, art. 1195, art. 1197, art. 1211, art. 1218, art. 1222, art. 1226, art. 1231, art. 1301-1 et art. 1307-1.

onéreux »³³, « manifestement excessif » ou « manifestement dérisoire » d'une prérogative³⁴, « abus » dans la fixation du prix³⁵ ou « abus » d'un « état de dépendance »³⁶, conformité d'une prestation aux « attentes légitimes des parties »³⁷ ... Ces notions floues à texture ouverte fleurissent non seulement parce que la « *généralité absolue* » est inhérente au droit commun³⁸, mais aussi sous l'influence d'un processus d'harmonisation tendant à échapper aux écueils à la fois de la fragmentation et de l'unification³⁹. Ainsi, la multiplication des standards ouverts, *a fortiori* exprimés dans des termes assez proches de ceux mobilisés par les corpus européens⁴⁰, gagne à s'analyser comme un pas dans la direction d'une harmonisation des solutions à l'échelle de l'Europe.

En second lieu, l'ordonnance n° 2016-131 confère au juge du contrat une mission de contrôle de la proportionnalité. Certes, elle ne va pas aussi loin dans cette voie que l'avant-projet qui l'avait précédée. Après avoir défini la liberté contractuelle, l'article 1102 de cet avant-projet énonçait : « *Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ». Deux innovations, qui avaient partie liée, se trouvaient ainsi introduites dans le Code civil : la référence aux droits et libertés fondamentaux se doublait d'une reprise de la méthode du contrôle de proportionnalité, particulièrement chère à la Cour européenne des droits de l'homme. La crainte nourrie par l'incertitude des notions en présence, et peut-être aussi par la perspective de soumettre directement le juge contractuel français aux interprétations (constructives) de la Cour de Strasbourg, ont eu raison de la première de ces innovations ; finalement, l'ordonnance ne contient plus aucune référence aux droits fondamentaux. Cependant, le contrôle de proportionnalité, lui, n'a pas disparu. Alors que l'avant-projet d'ordonnance prévoyait (dans le sillage des Principes de droit européen des contrats⁴¹ et du projet de Cadre commun de référence⁴²) d'écarter l'exécution forcée en nature du contrat inexécuté « *si cette exécution est impossible ou si son coût est manifestement déraisonnable* », l'ordonnance vient (à l'instar de la proposition de règlement européen sur le droit de la vente⁴³) tenir cette sanction en échec « *si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier*. » Ainsi le contrôle de proportionnalité qui avait disparu à l'article 1102 refait-il surface à l'article 1221.

³³ C. civ., art. 1195.

³⁴ C. civ., art. 1141 et art. 1143.

³⁵ C. civ., art. 1164.

³⁶ C. civ., art. 1143.

³⁷ C. civ., art. 1166.

³⁸ N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Bibl. de droit privé, t. 571, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016.

³⁹ V. not. P. LEGRAND, Strange Power of Words: Codification Situated, *Tulane European & Civil Law Forum*, 1994, vol. 9, p. 1 ; M. DELMAS-MARTY, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, D. 2006, p. 951 ; L. Fin-Langer, L'intégration du droit du contrat en Europe, in M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative*, PUF, Paris, 2004, p. 37.

⁴⁰ Sur la bonne foi, v. not. PDEC, art. 1 : 201 ; DCFR, I-1 : 103 ; Code européen des contrats, art. 32 et 39. Sur l'abus dans la détermination unilatérale du prix, v. not. PDEC, art. 6 : 105 ; Code européen des contrats, art. 31 ; DCFR, art. II - 9 : 105. Sur le caractère raisonnable, v. not. PDEC, art. 1 : 302 ; DCFR, art. I-1:104 ; Proposition de règlement européen sur le droit de la vente, art. 5. Sur la prise en compte des attentes légitimes ou raisonnables, v. not. Code européen des contrats, art. 172 ; Proposition de règlement européen sur le droit de la vente, art. 5, art. 28, 2°, art. 32, 3° ; DCFR, art. II - 7 : 204. Sur l'abus d'un état de dépendance, v. not. PDEC, art. 4:109 ; Proposition de règlement européen sur le droit de la vente, art. 51 ; Code européen des contrats, art. 30 ; DCFR, art. II - 7:207. Sur le pouvoir de modération de la clause pénale, v. not. Code européen des contrats, art. 170 ; PDEC, art. 9:509.

⁴¹ V. PDEC, art. 9 : 102, 2° : « (...) l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque : (a) l'exécution serait impossible ou illicite ; (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables ; (...) » ;

⁴² V. DCFR, art. III. - 3:302, 3° : « *Specific performance cannot, however, be enforced where: (...) (b) performance would be unreasonably burdensome or expensive ; (...)* »

⁴³ Comp. Proposition de règlement européen sur le droit de la vente, art. 110 : « *L'exécution ne peut être exigée lorsque: (a) l'exécution est impossible ou devenue illicite; ou (b) la charge ou les dépenses induites par l'exécution seraient disproportionnées par rapport au bénéfice que l'acheteur en retirerait.* »

Multiplication des standards ouverts et contrôle de proportionnalité convergent pour brouiller la frontière entre l'élaboration d'une norme et son application, mettant ainsi sur le devant de la scène le pouvoir créateur du juge. En effet, les standards ouverts ne constituent pas tant une norme en eux-mêmes qu'une invitation à créer des normes nouvelles⁴⁴. De même, avec le contrôle de proportionnalité, « *ce qui est exigé du juge, c'est de réaliser un compromis entre des normes en conflit en créant une norme nouvelle, qui intègre [par exemple] des éléments de la liberté religieuse et certaines des prérogatives des copropriétaires, qui en enlève quelques-unes et qui en conserve d'autres, le tout variant selon les situations en jeu et les prérogatives invoquées* »⁴⁵. D'où les plaidoyers contemporains en faveur d'un surcroît de motivation des décisions de la Cour de cassation⁴⁶. Inviter cette dernière à se livrer à un contrôle de proportionnalité, c'est reconnaître et encourager son pouvoir créateur ; c'est, par la même occasion, remettre en cause son inclination à présenter ses solutions comme de simples déductions mécaniques de règles préexistantes. La Haute juridiction aurait à adopter un nouveau mode de raisonnement plus dialogique, tourné vers la justification des normes qu'elle aurait créées au cas d'espèce. Or, quels éléments retracer dans cette entreprise de justification, ou en tout cas quelles normes faire intervenir dans le processus de maturation de la décision ? S'en tenir à des références nationales pourrait sembler bien paradoxal : le vent européen, qui souffle sur les nouvelles règles et méthodes du droit commun des contrats français, pourrait-il s'essouffler à l'orée de leur mise en œuvre ?

II. L'influence des corpus européens sur l'interprétation des nouveaux textes

La recodification du droit français des contrats réactive la question des caractères de la codification. A-t-elle, pour reprendre les termes du débat ayant marqué les premières décennies de mise en œuvre du Code civil de 1804, une nature « additionnelle » ou « innovative »⁴⁷ ? En outre, notre Code civil peut-il être considéré comme un système auto-suffisant et auto-référent, imperméable non seulement aux influences des autres codes, mais aussi aux inspirations européennes⁴⁸ ? Il y a deux siècles, nombreux étaient les partisans du caractère « innovatif » du Code civil. Pour que, selon leur vœu, la mise en relation du droit nouveau avec le droit ancien fût rendue impossible, il eût cependant fallu, selon la formule du Chancelier d'Aguesseau, « *réformer les têtes* »⁴⁹. Faire tout bonnement table rase des interprétations du passé pour éclairer les textes nouveaux ne semble pas plus réaliste de nos jours. Cela étant, à côté des solutions du passé, d'autres ressources d'interprétation se présentent. L'imprégnation européenne des nouvelles règles du droit commun des contrats ne commande-t-elle pas, en effet, une interprétation fidèle aux corpus européens ? D'un point de vue technique, la réponse à cette question est appelée à varier en fonction de la source des corpus européens considérés. Les projets doctrinaux d'harmonisation du droit des contrats en Europe sont certes destinés à influencer, au-delà des auteurs des législations nationales, les

⁴⁴ M. W. HESSELINK, The concept of good faith, in A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, C. Joustra, E. du Perron et M. Veldman (dir.), *Towards a European Civil Code*, 3^e éd. : Kluwer Law International, New York, 2004, p. 471 et s., spéc. p. 491.

⁴⁵ C. JAMIN, Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux, Conférence à la Cour de cassation, 30 mars 2015 : [https://www.courdecassation.fr/cour_cassation_1/reforme_cour_7109/juger_motiver_31563.html]

⁴⁶ V. not. P. DEUMIER, Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation, *D.* 2015, p. 2022.

⁴⁷ M.-F. RENOUX-ZAGAME, Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du *code civil*, *Droits* 2005/1, n° 41, p. 19.

⁴⁸ Autrement dit, la codification voue-t-elle les solutions nationales à être « *élaborées en autarcie, par des instances confinées dans leur propre système de droit et qui se prononcent selon les procédures, les raisonnements qu'elles isolent et se réservent pour l'application d'un droit autosuffisant, selon des processus fermés, par des juges narcissiques ou introvertis, imperméables à tout effet exogène ?* » (G. Canivet, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, *RSC*, 2005, p. 799).

⁴⁹ M.-F. RENOUX-ZAGAME, Additionnel ou innovatif ? Débats et solutions des premières décennies de mise en œuvre du *code civil*, *op. cit.*

interprètes de ces dernières ; même quand ces projets se présentent comme une ressource d'interprétation « *en cas d'insuffisance du système ou des règles de droit applicables* »⁵⁰, ils ne lient cependant pas le juge. En revanche, les directives adoptées par l'Union européenne dans le domaine du droit des contrats peuvent constituer une source d'interprétation obligatoire, du moins lorsque les nouvelles dispositions du Code civil français entrent dans leur champ d'application. Ainsi, les dispositions issues de la réforme du droit des contrats qui entrent dans le champ d'application des directives devront faire l'objet d'une interprétation conforme au droit européen. En dehors du champ d'application des directives, les juges français seront en revanche assez libres d'éclairer ou non leurs décisions à la lueur des corpus européens. L'obligation d'interprétation conforme (A) cédera alors la place aux influences consenties (B).

A) L'obligation d'interprétation conforme

Pour unifier le droit de la vente en Europe, la proposition de règlement sur le droit européen de la vente mise sur la hiérarchie : à la hiérarchisation des normes, s'ajoute une discipline des interprétations. Une fois que les parties auraient opté pour l'application du droit européen de la vente, leur volonté serait neutralisée tout comme celle du législateur national. Le régime européen aurait à s'appliquer « en bloc », à l'exclusion de toute autre disposition de droit interne ; et, pour en interpréter les termes ou en combler les silences, il conviendrait d'avoir égard exclusivement à ses dispositions et à ses objectifs. Garante de l'uniformité de l'interprétation des règles, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) serait incitée à développer la technique des notions « autonomes ». Comme n'ont pas manqué de l'observer les commentateurs, le champ d'application de la proposition de règlement déborde en réalité du droit de la vente ; le texte couvre de nombreux aspects du droit commun, dont l'interprétation se trouverait donc unifiée sous la férule de la CJUE si le règlement était adopté en l'état.

À ce jour, l'emprise de la CJUE sur l'interprétation du droit commun des contrats des États membres ne s'exerce pourtant pas de manière aussi directe et globale, du fait que l'accent a été mis sur l'harmonisation et que l'instrument privilégié en a été la directive « sectorielle ». Il est vrai que l'influence des directives portant sur des contrats ou des méthodes de commercialisation spécifiques s'est ressentie au-delà des seules dispositions de transposition. L'étendue que la Cour de Luxembourg donne à l'obligation d'interprétation conforme a contribué à ce phénomène d'irradiation. Pour savoir si le droit interne est conforme à une directive, il ne suffit effectivement pas de comparer la loi de transposition à la directive. L'obligation d'interprétation conforme « *ne se limite pas à deux normes* »⁵¹. D'un côté, le juge interne est tenu de prendre en compte non seulement le contenu de la directive mais aussi ses objectifs ; de l'autre, il « *doit (...) rechercher s'il peut s'appuyer sur toute disposition de son ordre juridique pour parvenir à garantir l'effectivité du droit de l'Union* »⁵². Ainsi, toute disposition nationale qui entre dans le domaine d'une directive devrait être interprétée à la lueur de cette dernière⁵³. Ce faisant, dans le domaine d'application d'une directive, le droit européen supprime le droit commun des contrats dans sa propension à fournir des ressources d'interprétation pour les cas non expressément prévus⁵⁴. En revanche, en dehors du champ d'application de la directive, il n'existe pas formellement d'obligation d'interprétation conforme.

⁵⁰ PDEC, art. 1 : 101.

⁵¹ V. BOUHIER, Interprétation conforme en droit de l'Union et réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel : regards croisés, *Constitutions*, 2013, p. 195.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ V. not. CJCE, 10 avril 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen., aff. 14/83 ; CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de Alimentacion SA, aff. C-106/89.

⁵⁴ M. LATINA, Les derniers développements du droit européen du contrat, *RDC*, 2012, n° 1, p. 299.

Par suite, lorsque le droit interne généralise, en droit commun, une solution préconisée par une directive sectorielle, les juridictions nationales sont fondées à en faire une interprétation différente selon que le litige se situe dans le champ d'application de la directive ou non. Autant leur interprétation est « liée » dans le champ d'application de la directive, autant elle est « libre » pour le restant. À ce titre, le juge interne qui recherchera si le contrat passé entre deux professionnels crée un « *déséquilibre significatif* » dans les droits et les obligations des parties, au sens du nouvel article 1171 du Code civil, n'aura pas l'obligation de s'en remettre aux listes de clauses présumées abusives dans les rapports entre consommateurs et professionnels, telles qu'établies dans le sillage de la directive de 1993⁵⁵. En revanche, en cas de litige entre un professionnel et un consommateur, à supposer que l'article 1171 soit alors tenu pour applicable, il devrait vraisemblablement être interprété conformément à cette directive. D'un point de vue général, étant donné que le droit commun des contrats a par hypothèse un champ d'application plus large qu'une directive « sectorielle », il devrait continuer d'échapper, pour partie, à l'obligation d'interprétation conforme, en tout cas tant que perdurera la méthode de l'harmonisation par directives sectorielles.

Ainsi, l'emprise hiérarchique de la Cour de justice européenne sur le juge interne du contrat ne devrait pas être surévaluée⁵⁶. Si les juges français s'avéraient enclins à prendre en considération des sources européennes à l'heure où il leur faudrait interpréter les nouvelles dispositions du Code civil, c'est qu'ils y auraient consenti.

B) Les influences consenties

Hors du champ d'application des directives d'harmonisation sectorielle, la hiérarchie tend à faire place au dialogue des juges. Le renvoi préjudiciel en constitue l'un des instruments privilégiés. La Cour de Luxembourg se reconnaît effectivement compétente pour répondre aux questions préjudicielles que lui posent les juridictions nationales sur l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union que le législateur national a choisi d'appliquer au-delà du champ d'application de la directive⁵⁷. Cette solution est « *fondée sur la nature d'instrument de coopération juridictionnelle du renvoi*

⁵⁵ Cette question a pour l'heure essentiellement été abordée sous l'angle des rapports entre droit commun et droit spécial, et c'est la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 13 janvier 2011 (Décision n° 2010-85 QPC, Établissements Darty et Fils) qui en a constitué l'occasion. Dans cette affaire, le Conseil avait eu à examiner la conformité de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce au principe de légalité des délits et des peines. Ce texte sanctionne le fait, pour un professionnel, de « *soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Selon les requérants, les notions en présence auraient été par trop imprécises. Pour rejeter ce grief, le Conseil constitutionnel avait en particulier fait valoir que la notion de « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » était déjà bien circonscrite en droit de la consommation. Ce raisonnement a suscité la réprobation du juge civil et d'une partie de la doctrine (v. not. D. Fenouillet, Le juge et les clauses abusives, *RDC*, 2016, n°2, p. 358 ; M. CHAGNY, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, p. 115). Pour autant, ni les uns ni les autres n'ont paru condamner absolument toute circulation des interprétations du droit spécial vers le droit commun. Le raisonnement par analogie serait envisageable à condition que la situation présente une analogie suffisante, et non en tout état de cause. Le respect de la *ratio legis* des différents dispositifs imposerait de se garder de tout automatisme réducteur ... (sur la diversité des fondements de la protection de la partie faible, v. J. Rochfeld, Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme, in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Paris, 2008, p. 835). La problématique dépasse pourtant la seule question de l'articulation entre droit commun et droit spécial, et du degré de compénétration entre droit commun des contrats et droit de la consommation. Dans la mesure où les institutions du droit spécial généralisées par la réforme du droit des contrats ont des racines européennes, les rapports entre droit interne et droit européen sont évidemment en cause.

⁵⁶ En ce sens, v. R. ZIMMERMANN, Consumer contract law and general contract law: the German experience, *Current legal problems*, 2005, vol. 58, n° 1, p. 415 et s., pp. 464-465.

⁵⁷ V. les références citées par L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, QPC et question préjudicielle : la logique et ses impasses, *AJDA*, 2016, p. 1392.

préjudiciel, sur le principe selon lequel c'est à la seule juridiction nationale d'apprécier la nécessité d'un tel renvoi et sur l'intérêt pour l'ordre juridique de l'Union qu'une disposition de droit de l'Union reçoive une interprétation uniforme »⁵⁸.

Appliquée à la matière contractuelle, cette coopération judiciaire pourrait favoriser l'émergence casuistique d'un droit européen des contrats, issu de « *l'application combinée du droit européen et du droit [national] des contrats* »⁵⁹. Même sans recourir à la technique du renvoi préjudiciel, les juridictions françaises pourraient trouver intérêt à s'inspirer du droit européen pour interpréter les nouvelles dispositions du Code civil. Sans se substituer aux autres ressources d'interprétation des dispositions nationales, les sources européennes constitueraient une référence supplémentaire.

Certaines expressions, qui ne brillent pas par leur univocité, s'en trouveraient éclairées. Songeons ainsi à l'adjectif « raisonnable »⁶⁰ ou encore à la notion de « conditions générales ». Cette dernière joue un rôle important du fait que le nouvel article 1110 du Code civil la mobilise pour définir le « contrat d'adhésion », et que le nouvel article 1171 se réfère ensuite au « contrat d'adhésion » pour circonscrire le domaine de la sanction des clauses abusives en droit commun. Pourtant, l'article 1110 ne précise pas si les « conditions générales » désignent l'*instrumentum* séparé que les parties prennent souvent soin de qualifier comme telles ou bien la substance des clauses standardisées préétablies à l'initiative de l'une des parties. La seconde définition doit sans doute être privilégiée. S'en remettre au contenant plutôt qu'au contenu pour identifier les conditions générales favoriserait les détournements. Or, la sanction du réputé non écrit invite à voir dans l'article 1171 l'expression d'un ordre public antinomique avec toute forme d'échappatoire. De plus, les corpus européens plébiscitent cette approche substantielle⁶¹.

Dans les corpus européens, la substance prime également sur la forme lorsque la partie qui souffre du déséquilibre n'a pas pu en influencer le contenu alors même qu'une négociation a apparemment eu lieu : la clause qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et la clause sur le contenu de laquelle une partie n'a pas pu avoir d'influence sont en général assimilées⁶². Qu'en sera-t-il en droit interne ? L'interprétation nationale pourrait converger avec la solution européenne. Certes, la liberté de la négociation n'intervient pas expressément dans la définition du contrat d'adhésion prévue par le nouvel article 1110 du code civil. Cependant, « *cet élément reste un critère du contrat de gré à gré, l'alinéa 1^{er} du même texte définissant ce dernier comme « celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties »* »⁶³. De plus, écarter la protection contre les clauses abusives en présence d'un simulacre de tractation encouragerait, là encore, les contournements.

L'approche européenne des clauses abusives se caractérise par son caractère non seulement substantiel mais encore global. Ainsi, l'article 3 de la directive de 1993 sur les clauses abusives dans les contrats entre professionnels et consommateurs prévoit que l'appréciation du déséquilibre significatif créé par une clause suppose une analyse globale du contrat. Le juge commercial, lorsqu'il a eu à appliquer l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, a repris cette méthode à son compte⁶⁴, et elle est également intégrée dans la proposition de règlement européen sur le droit de la

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ J.-S. BERGE, Le titre III du livre III du Code civil peut-il s'adapter au droit européen ? Débat universitaire du 16 mars 2010, Limoges, sous la direction de Jean-Pierre Marguénaud, *RDC*, 2011, n° 1, p. 229.

⁶⁰ Cf. PDEC, art. 1 : 302 ; DCFR, art. I.-1:104.

⁶¹ Les Principes du droit européen des contrats sanctionnent les clauses abusives qui « *n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle* » (PDEC, art. 4 : 110). La plupart des autres corpus précisent en outre que la protection contre les clauses abusives dans les contrats autres que ceux passés entre professionnels et consommateurs suppose que la clause standardisée ait été rédigée à l'initiative de l'une des parties (DCFR, art. II.- 9 : 404, et II.- 9 : 405 ; Proposition de droit européen de la vente, art. 86 et art. 7 ; Code européen des contrats, art. 30 et art. 33. L'argument pourrait corroborer l'intuition que la protection contre les clauses abusives instituée à l'article 1171 ne sera pas déclenchée du simple fait que le contrat aura été rédigé par un tiers.

⁶² V. not. DCFR, art. II.- 1 : 110 ; Proposition de règlement européen sur le droit de la vente, art. 7.

⁶³ D. FENOUILLET, Le juge et les clauses abusives, *RDC*, 2016, n° 2, p. 358.

⁶⁴ En ce sens, v. not. Cass. Com. 3 mars 2015, n° 14-10.907.

vente⁶⁵. Tous les ingrédients semblent donc réunis pour que ce soit également le choix du juge appelé à mettre en œuvre le nouvel article 1171 du Code civil.

Enfin, pour appliquer ce dernier texte, « *les listes consuméristes de clauses présumées abusives pourront s'avérer utiles en droit civil, quoique dépourvues de la portée juridique que leur attache le droit de la consommation (présomption simple ou irréfragable d'abus) et il en ira de même des avis et recommandations de la Commission des clauses abusives – qui n'ont qu'une valeur facultative, rappelons-le, en droit de la consommation – ou de la Commission d'examen des pratiques commerciales* »⁶⁶. Les corpus européens présentent effectivement l'intérêt d'assortir fréquemment l'énoncé d'un principe ou d'une notion abstraite, sinon d'une définition, du moins d'une liste de cas, de critères ou d'exemples, de nature à faciliter et à unifier l'interprétation qui en sera faite. Ces listes, conditions et exemples pourraient plus généralement servir d'indices pour déterminer si le principe abstrait prévu en droit commun des contrats français a été observé ou non. À ce titre, la nature des informations à communiquer sur le fondement d'une disposition de droit spécial adoptée sous l'influence européenne pourrait plus largement éclairer la nature des données à partager avec son cocontractant dans un contexte d'asymétrie informationnelle⁶⁷.

Il reste à se demander pourquoi les juges français seraient disposés à lire les dispositions nationales à la lueur de leurs équivalents fonctionnels européens. L'engagement personnel aura sans doute sa part, mais les justifications objectives ne manquent pas. Le souci de la cohérence du système juridique pourra être invoqué, tout comme l'une des ressources les plus classiques de l'interprétation des lois, que constitue la recherche de l'intention de leur auteur. En effet, les auteurs de l'ordonnance de réforme du droit des obligations ont affiché deux ambitions. En premier lieu, il s'est agi de rapprocher le droit français du droit européen. Que les corpus européens gagnent à être pris en compte dans l'interprétation de la réforme constitue donc simplement « *la traduction de la volonté d'un législateur national d'aligner ses solutions juridiques internes sur celles définies dans le contexte communautaire* »⁶⁸ et plus largement européen. La réforme s'est également vu assigner l'objectif de contribuer au rayonnement du droit français, dans un contexte de « *concurrence des codes exportateurs* »⁶⁹. Or, les jurisprudences nationales jouent un rôle notable dans l'élaboration du droit européen. Ce dernier « *se nourrit souvent des traditions juridiques nationales et [il] lui arrive d'en déduire des règles ensuite applicables dans les différents États membres* »⁷⁰. Il arrive que « *la reprise du droit national par le droit communautaire soit le fait du « législateur » communautaire (voire du pouvoir originaire) et même qu'il fasse sienne une construction développée dans un pays n'appartenant pas à l'Union européenne* »⁷¹ ; il arrive également qu'elle soit le fait de la CJUE. Cette dernière « *mobilise les ressources du droit comparé pour discerner, notamment dans la jurisprudence des tribunaux internes, des règles qui constituent le patrimoine juridique commun des États européens.* »⁷² Cette

⁶⁵ V. art. 86, 2°.

⁶⁶ D. FENOUILLET, Le juge et les clauses abusives, *op. cit.* En ce sens, v. aussi M. CHAGNY, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif, *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, p. 115.

⁶⁷ En ce sens, v. aussi R. ZIMMERMANN, « Consumer contract law and general contract law: the German experience », *op. cit.*, spéc. p. 473.

⁶⁸ J.-S. BERGE, « Au-delà du droit communautaire, le droit national. Note sous CJCE, 16 mars 2006, Poseidon Chartering c/ Marianne Zeeschip VOF e.a., aff. C-3/04 », *RDC*, 01/07/2006 - n° 3, p. 873.

⁶⁹ F. ZENATI-CASTAING, L'avenir de la codification, *RIDC*, 2011, vol. 63, n°2, p. 355 et s., spéc. p. 368.

⁷⁰ F. MELLERAY, L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français, *AJDA*, 2004, p. 1224.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² G. CANIVET, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, *RSC*, 2005, p. 799. V. aussi P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, 1980, vol. 32, n° 2, p. 337 ; Y. GALMOT, Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes, *RFDA*, 1990, p. 255 ; V. MERTENS DE WILMARS, Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 37 ; W. VAN GERVEN, European Court of Justice case law as a means of unification of private law, *Fordham International Law Journal*, 1997, vol. 20, n° 3, p. 680 ; K. LENAERTS, Le droit comparé dans le travail du juge communautaire, in F. van der Mensbrugghe (dir.), *L'Utilisation de la Méthode Comparative en Droit Européen* : Presses Universitaires de Namur, Namur, 2003, p. 111.

démarche, qui érige le droit comparé au rang de méthode d'interprétation du droit de l'Union, assied ce dernier sur « *un principe de construction ascendant, à partir des jurisprudences nationales* »⁷³. Et c'est ainsi que « *la Cour de justice peut, sur la base d'une analyse de droit comparé, reprendre à son compte une construction développée par un ou plusieurs droits nationaux mais introuvable dans d'autres États et l'imposer à ces derniers* »⁷⁴. Cette configuration devrait inciter les juridictions à ouvrir leur mode de raisonnement, voire leur motivation, à des références européennes. Dans un monde polycentrique que la hiérarchie ne suffit pas à unifier, le rayonnement d'une interprétation dépend directement de sa force de persuasion, qui est en grande partie liée à celle des motifs qui la soutiennent⁷⁵. Or, pour que ces interprétations rayonnent en Europe, les motifs qui les sous-tendent ne devraient-ils pas être restitués dans leur contexte européen ? Peut-être que ce n'est pas aux juges qu'il revient d'exposer au grand jour les influences croisées d'où procèdent leurs décisions ; peut-être que la mission en revient au premier chef à la doctrine. Il n'en demeure pas moins que « *l'inter-normativité* » d'où procède la réforme française du droit des contrats appelle, dans son sillage, « *l'interprétation croisée* » des dispositions qui en sont issues⁷⁶.

⁷³ G. CANIVET, Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales, *op. cit.*

⁷⁴ F. MELLERAY, L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français, *op. cit.*

⁷⁵ Observant que la « *force de persuasion* » du *jus commune* « *était en grande partie liée à celle des motifs qui soutenaient la solution* », v. C. MOULY, Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?, *RIDC*, 1985, vol. 37, n° 4, p. 895 et s., spéc. p. 934.

⁷⁶ Expressions empruntées à M. DELMAS-MARTY, Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques, *D.* 2006, p. 951.



DOSSIER THEMATIQUE

Les crises de l'Union européenne



Le Brexit

Jean-Paul Hordies

Le Brexit au Royaume désuni



JEAN-PAUL HORDIES

Jean-Paul HORDIES est avocat au barreau de Bruxelles depuis 1980 et de Paris depuis 1994. Il pratique le droit européen et possède une solide expérience contentieuse devant la Cour de justice de l'Union européenne et la Commission européenne, ainsi que devant les juridictions nationales françaises et belges.

Il est Co-président de la Commission ouverte Droit et pratique de l'Union européenne, auteur de la chronique en droit du contentieux de l'Union européenne à l'Observateur de Bruxelles (revue de la Délégation des barreaux de France).

Il est le Fondateur du GEIE (groupement d'intérêt économique européen) ALPHALEX-AVOCATS qui rassemble des avocats de l'Union européenne, habilités à plaider devant les cours suprêmes nationales et européennes.

1. **L**e vote du peuple britannique en faveur du *Leave*, le 23 juin 2016, a placé l'Union européenne et le Royaume-Uni face à une situation inédite.

Outre que le droit de retrait d'un Etat membre de l'Union européenne introduit dans le traité de Lisbonne est à la fois inhabituel dans les Etats fédéraux et peu compatible avec les caractéristiques d'une union de droit disposant d'une personnalité juridique propre¹, il fut réclamé par les britanniques. L'article 50 du Traité sur l'Union européenne (TUE) fut rédigé par Lord Kerr, avec la ferme intention de ne jamais devoir l'utiliser.

Il fut conçu comme une concession faite aux britanniques les plus eurosceptiques.

2. Selon cette disposition, l'Etat membre qui souhaite quitter l'Union européenne notifie son *intention* de retrait au Conseil européen, et cela en conformité avec les exigences de son droit constitutionnel national.

Et c'est là que surgissent les premières difficultés.

Quelles sont les règles de droit constitutionnel britannique à suivre dans une telle hypothèse ?

Le moins que l'on puisse dire est que celles-ci ne sont pas claires et que cette incertitude conduit les tenants du *Brexit* à affronter les opposants au *Brexit* sur un autre terrain.

3. Il convient tout d'abord d'observer que le gouvernement de David Cameron, en organisant le référendum conformément aux promesses de campagne pour les dernières élections législatives, avait le choix de recourir à un référendum consultatif ou obligatoire.

C'est la première formule qui a été retenue, ce qui constitue un indice sérieux sur la suite à donner au vote du 23 juin 2016.

4. Ensuite, un contentieux devant les juridictions britanniques était inévitable. Des citoyens ont saisi la *High Court* de Londres pour obtenir un arrêt précisant que le gouvernement de madame

¹ Voir Jean-Victor LOUIS, *Le droit de retrait de l'Union européenne*, Cahier de droit européen, 3-4, 2006, p. 293, Editions Bruylant.

Theresa May devait passer par le Parlement avant d'engager la procédure de notification prévue par l'article 50 du TUE.

C'est en ce sens que la *High Court* s'est prononcée le 3 novembre dernier² et il appartient à la *Supreme Court* de décider de cette question.

Son arrêt est attendu en janvier 2017.

5. Il est donc vraisemblable qu'un débat parlementaire se tienne au printemps prochain, dont l'issue est incertaine.

Que se passera-t-il si le Parlement vote en sens inverse par rapport à l'expression choisie par une courte majorité du peuple britannique ?

Un tel débat illustre clairement les dangers du recours au référendum. Il ne s'agit aucunement de contester le choix retenu par les britanniques, mais de mettre en lumière les contradictions nationales, que l'on retrouve dans le contentieux de droit constitutionnel que doit prochainement trancher la *Supreme Court*.

Face à un pays coupé en deux, divisé tant au niveau des partis politiques que de ses régions, voire de ses générations, et qui se retrouve aujourd'hui complètement désuni, ne convient-il pas de réfléchir aux règles qui président dans certains pays lorsqu'il faut réviser la constitution ?³

Force est de reconnaître que la majorité simple ne suffit plus pour faire basculer un pays vers l'inconnu et que, sans doute, une règle des 2/3 ou des 3/5 des voix permettrait de clarifier les choses. L'Italie vient de donner une orientation très claire en ce domaine. En votant à hauteur de 60% en faveur du refus de la réforme constitutionnelle proposée par Matteo Renzi, la situation italienne est sans ambiguïté, même si elle ne conduit pas à la stabilité politique et à la sérénité.

6. Cela étant, "*Brexit means Brexit*" affirme Theresa May et le processus, à tout le moins politique, est mis en route au niveau britannique. Heureusement, les institutions européennes restent ferme : tant que la procédure de notification n'est pas enclenchée, il n'y a pas lieu de démarrer les négociations sur les modalités de sortie⁴. Celles-ci devant être négociées par le Royaume-Uni et le Conseil européen et elles s'annoncent particulièrement complexes.

Si le Royaume-Uni, qui a toujours eu un pied en dehors de l'Union européenne (UE), souhaite demain conserver « un pied dedans » au lendemain du futur accord de retrait, il y a tout lieu de penser que ce débat finira devant la Cour de justice, à la demande de tel ou tel Etat membre.

Si par ailleurs, le Royaume-Uni s'aligne dans ses demandes, sur les positions adoptées lors du funeste accord du 26 février 2016 avec le Conseil européen, dont la valeur juridique était très douteuse et sa conformité au droit européen fort critiquable – il est fort heureusement devenu caduque à la suite du vote intervenu – il faut craindre les pires difficultés et les réactions les plus vives de plusieurs Etats membres.

² *Miller & Anor, R v The Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (03 November 2016)

³ 2/3 des voix en Belgique, 3/5 en France, etc.

⁴ Même si la Commission européenne se déclare prête. Son négociateur, Michel BARNIER, a annoncé le 6 décembre 2016, une possible conclusion de l'accord de sortie en octobre 2018.

7. Les négociateurs seront dès lors contraints de rechercher un « *Brexit* intelligent »⁵, et de faire preuve de pragmatisme car le Royaume-Uni reste une économie forte et importante pour l'Europe continentale. Les relations politiques, économiques, culturelles, militaires, restent fondamentales pour les Etats membres de l'UE, mais pas à n'importe quel prix ! Le marché intérieur, bâti depuis plusieurs décennies, sur base d'efforts considérables et au rythme de la jurisprudence de la Cour de justice dont on ne salue pas assez le rôle moteur dans l'intégration européenne n'est pas un gadget dont on peut dépecer les éléments et ne retenir que ceux jugés utiles⁶.
8. Le *Brexit* est-il une chance pour l'Union Européenne face à la nécessité de revoir ses propres fondements ? Nombreux sont ceux qui le pensent et qui militent pour une Union Européenne réformée et résolument politique⁷.

Il est fondamental de soutenir cette approche pour ne pas laisser aux générations futures une Europe inachevée, livrée aux clichés les plus tenaces, aux campagnes politiques ignorantes des ses bienfaits et même mensongères⁸, ou tout simplement à son absence dans les débats nationaux ce qui renforce la nécessité d'une pédagogie sur l'Europe adaptée aux besoins d'information des citoyens européens sur les réalités et non sur les fantasmes des uns et les ignorances des autres.

9. En conclusion, le peuple britannique, même mal informé et soumis à la présentation tronquée du débat de fond, s'est exprimé et il convient de respecter son choix.

Il appartient aux institutions britanniques de tirer les conséquences de ce vote et de sortir de l'imbroglio constitutionnel dans lequel le Royaume-Uni est encore empêtré aujourd'hui.

Les institutions européennes devront négocier, sans esprit revanchard, avec réalisme et pragmatisme, en défendant les intérêts des citoyens européens de façon symétrique à la manière dont les britanniques défendront, à coup sûr, leurs propres intérêts.

Il faut former le vœu que cette occasion historique permette à l'Union européenne de s'affirmer, grâce à une nouvelle pédagogie de la réussite, trop souvent ignorée voire volontairement écartée à la faveur des égoïsmes nationaux qui vont jusqu'à s'exprimer au sein du Conseil européen. C'est le véritable *mal européen* remarquablement mis en lumière par Guy Verhofstadt⁹. Il y a tellement mieux et plus à faire, car l'idée européenne reste malgré tout la seule grande idée politique visionnaire des 20^{ème} et 21^{ème} siècles.

⁵ Voir l'article paru dans le quotidien LE SOIR, du 23 novembre 2016, sous la plume de Jurek KUCZKIEWICZ.

⁶ Plutôt que de fustiger inutilement le fait que « ... les juges de Luxembourg ne sont pas élus... (voir encore sur ce cliché, Olivier LACOSTE, la fin de l'Europe, p. 75, Editions EYROLLES 2016), les européens feraient mieux de saluer la modernité de certains arrêts et le travail considérable réalisé. »

⁷ Nicole FONTAINE et François POULET-MATHIS, BREXIT une chance ? Repenser l'Europe, Editions AUTEURS DU MONDE, 2016 – ZARKA, PERRINEAU et LAQUIEZE, l'Union européenne entre implosion et refondation, Editions MIMESIS, 2016.

⁸ Il suffit de penser aux déclarations de Nigel Farage pendant la campagne en faveur du *Brexit* et ce qui s'est passé dès le lendemain du vote.

⁹ VERHOFSTADT, *Le mal européen*, Editions PLON, 2016.

Leila Simona Talani

Brexit and the City



LEILA SIMONA TALANI

Leila Simona Talani is a full Professor of International Political Economy at King's College London. She was appointed as Jean Monnet Chair of European Political Economy in the department of European and International Studies at King's College London in 2012. Leila Simona Talani got her PhD with distinction at the European University Institute of Florence in 1998.

Her research interests currently focus on the global political economy and migration and on the consequences of the global financial crisis on the capitalist structures of European countries, especially Italy and the UK.

On June 23, 2016 British citizens finally voted for Brexit, opening new questions about what model will British capitalism be following in the future.

If globalization did not pose any real challenge to the City of London, Brexit might instead make it more difficult for the City to fully gather the benefits of financial globalization. Scholarly interventions have demonstrated that globalization could have indeed increased the bargaining power of the City inside the national polity, as its economic position is very likely to improve in the future thanks precisely to globalization. This will be the case no matter which definition of globalization we take into account, and regardless of whether the analysis is carried on at the macro or at the micro level.

Starting from a quantitative definition of globalization, at the macro level this implies a trade-off between national monetary autonomy and stable exchange rates. As exchange rate stability is necessary for trade liberalization, countries will need to renounce their macro-economic autonomy and integrate their monetary policy-making through global agreements and institutions.

However, the decision by the UK government not to join the Economic and Monetary Union (EMU) demonstrates that, in the trade-off between the stability of the exchange rates and autonomous monetary policy, some countries, and especially some domestic actors (notably the City of London), might still prefer the latter. The reasons are many. Primarily, financial services have everything to gain from being able to set interest rates at a higher level than the other financial centres and to keep the level of domestic regulation under control as this represents a relevant competitive advantage in attracting short- and very short-term capital. Moreover, unstable exchange rates may and do actually signify a substantial source of revenues for the City of London. Finally, the City of London is most likely to be one of the main winners of financial speculative practices.

From the micro point of view, when adopting a factorial approach, globalization favours capitalists and skilled labour and therefore, undoubtedly the City of London. Furthermore, if an interest group is able to credibly threaten to leave the country, its bargaining power increases. As a consequence, globalization reduces the capacity of the government to disregard the preferences of

the most mobile factor, which is capital and financial capital in particular, increasing the negotiation and political power of the owners of such capital: the City of London.

Finally, adopting a sectoral instead of a factorial kind of analysis, to the extent to which the City remains competitive internationally, with a high degree of openness of the markets, it will improve its position not only with respect to labour but also with respect to industrial capital.

From the qualitative point of view, around-the-clock access to financial markets all over the globe does not threaten the geographical allocation of financial power. This remained surprisingly stable and concentrated in three centres: New York, London and, to a more limited extent, Tokyo. This concentration is unparalleled in any other kind of industry and it is also extremely durable. London is the most successful of these centres and its position has certainly been strengthened by its ability to attract expertise and highly valuable skills from all over the globe, including the EU. This resulted in a virtuous circle, which made London more and more attractive to highly skilled labour and this, in turn, favoured the concentration of financial services in the British capital. Brexit most likely will revert this dynamics making London less attractive to highly skilled labour from the EU and thus also limiting the concentration of expertise and knowledge, which represents such a valuable competitive advantage for the City of London.

Moreover, Brexit can also offset other benefits of globalization, as it will undermine the ability of the City to have full access to EU markets without discrimination. This would be particularly true if the EU decides to go ahead with the Capital Markets Union, not only because the City is unlikely to be allowed to take part in it, but also because not being in the EU could mean the imposition of barriers to the free movement of capital outside the EU.

If it is true, as the analysis below will show, that the City thrives on the liberalization of financial markets, having barriers imposed by the EU as a consequence of Brexit would represent a major blow on the hegemonic position of the City in the international context.

Moreover, it remains to be seen if a stand-alone UK will be able to negotiate the same trade conditions as the EU when it comes to international trade agreements such as, for example TITP.

Maybe, at this point, the pragmatic adaptation, relying uniquely on the power of the Bank of England and the HM Treasury, will not be enough to guarantee the best possible treatment to the British financial sector internationally.

In the next section, we will explore how this “pragmatic adaptation”, relying on the friendly regulatory and economic policies enacted by the British government, has helped the City’s revival and ultimate success in the period before and after the Global Financial crisis.

Pragmatic adaptation and the success of the City of London before and after the Global Financial Crisis

Within the context of “pragmatic adaptation”, this section reviews British economic policy making between before and after the Global Financial crisis to verify to what extent the City’s special relation with the Bank of England and the Treasury confirmed and enhanced the hegemonic position of the City of London within the British capitalist structure as well as globally.

This section will try to assess whether the financial crisis that hit the global economy unexpectedly in August 2007, producing consequences comparable to the ones experienced in the course of the 1930s, has put under discussion the hegemonic position of the City of London in the domestic and international context.

It is not here the place to address the theories relating to the causes and consequences of the Global Financial Crisis (Talani 2010). It is worth noting, however, that the crisis, although originating from the U.S. housing and mortgaging markets, found very fertile ground in the

uncontrolled possibility of the financial markets to develop and sell new financial instruments that allowed the banking sector to greatly expand their capacity to extend loans and provide mortgages even to the least solvent clients. Therefore, the idea that finance was doomed after the crisis was very widespread (Bishop 2009).

In the U.K. in particular, it was felt that the financial sector could not be the main specialization of Britain any longer; the country will have to find a new one. Many British analysts, in the immediate aftermath of the global financial crisis, insisted on the changes that the global financial crisis would have not only on the British economic strategy, but more importantly on the structure of the British economy itself. It seemed almost inevitable that the role of the financial sector would decline, although it did not clearly emerge what would take its place. Further, the centrality of the City of London as the “European” financial capital or as a global financial power was felt to have been put in danger by the crisis. This led economists and commentators to identify as a solution joining the Euro-area. However surreal it may seem in light of the recent developments of the Euro-zone’s sovereign-debt crisis, the case for the U.K. joining the EMU had never been as pressing as at the start of the global financial crisis. Leading scholars and public opinion-makers in the U.K. joined the debate promoting accession on various occasions (Bishop et al., 2009).

However, in December 2010 the financial and economic situation in Europe and especially in the Euro-area was still heavily compromised. The main problems existed in the interplay between sovereign debt difficulties and the weakness of the banking sectors in some countries within the Euro-area. Taken together, these issues could bring serious consequences for the sustainability of the EMU as a whole.

At the end of 2010, it seemed that the shelter provided by the Euro and by the ECB against the worst consequences of the global financial and economic crisis had failed to work its magic. This made the British government feel good about having decided to ignore the calls to join the EMU which had been voiced in many sectors at the very beginning of the financial turmoil.

But what was the impact of the crisis on the City of London? Lord Adair Turner, the Financial Service Authority chairman, during the tragic week of October 2008 told *The Guardian* that the days of soft-touch regulation were over, warning the City that higher-paid regulators would ask tougher questions in the wake of the credit crisis. However, by now it is clear that the consequences of the crisis have been felt mainly by the workers of the British and the global financial sector. The ILO estimates total announced layoffs of 325,000 between August 2007 and February 2009 (ILO 2009:14). This figure underestimates the real number of jobs lost given that not all institutions announced their employment decisions in advance; in addition, it does not include independent mortgage brokers, other independent contractors, or the myriad of small financial firms which were likely to disappear as a consequence of the crisis.

Furthermore, it seems clear that the loss of jobs experienced by the City of London parallels similar layoffs in all the other major financial centers. This means that the position of the City of London as one of the most important global financial players does not seem to have been put under discussion. Moreover, much of the restructuring which led to the rationalization of the workforce, including some nationalizations, was the result of consolidations based on mergers and acquisitions which actually enhanced the overall importance of the financial sector globally and within the UK. Indeed, there is no evidence that the City of London lost its market share and leadership in the European financial sector.

To prove this point, it is enough to look at the data in the figure below. In 2014, the City was contending the primacy of financial markets and activities only with New York. Moreover, the outlook for many of those markets and activities had actually improved after 2008. This was the

case, for example, for the foreign exchange turnover, for OTC derivatives turnover, for marine insurance and premium income, and for private equity investment.

Figure 1: Financial markets share by country (%) - UK share of financial markets

FINANCIAL MARKETS SHARE BY COUNTRY (%)									
	UK	US	Japan	France	Germany	Singap.	H.Kong	Others	
Cross-border bank lending (Sept 2014)	17	11	11	8	8	3	4	38	
Foreign exchange turnover (Apr 2013)	41	19	6	3	2	6	4	19	
Exchange-traded derivatives, number of contracts traded (2014)	6	36	2	---	10	---	1	45	
Interest rates OTC derivatives turnover (Apr 2013)	49	23	2	7	4	1	1	13	
Marine insurance net premium income (2013)	26	5	7	4	4	1	1	53	
Fund management (as a source of funds, end-2013)	8	46	7	3	2	---	1	33	
Hedge funds assets (end-2013)	18	65	2	1	---	1	1	12	
Private equity – investment value (2013)	13	53	2	5	2	1	---	24	

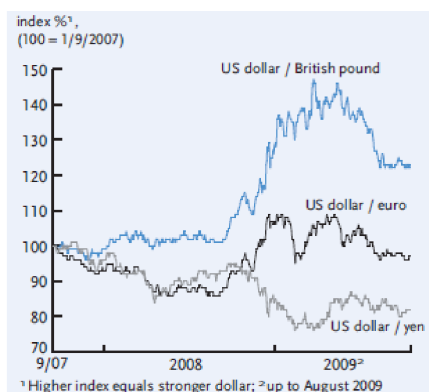
● Market leader

UK SHARE OF FINANCIAL MARKETS (%)										
	1992	1995	1998	2001	2004	2007	2010	2012	2013	2014
Cross-border bank lending	16	17	20	19	20	18	18	18	17	17
Foreign exchange turnover	27	30	33	31	32	35	37	---	41*	---
Exchange-traded derivatives	12	12	11	7	7	6	6	7	6	6
Interest rates OTC derivatives turnover	---	27	36	35	42	44	46	---	49*	---
Marine insurance net premium income	24	21	14	18	19	17	20	22	26	---
Fund management (as a source of funds)	---	---	8	8	8	9	8	8	8	---
Hedge funds assets	---	---	---	9	20	20	19	18	18	---
Private equity investments	---	---	---	6	13	7	17	10	13	---

*April 2013;
Source: TheCityUK calculations and estimates

Moreover, the City was actually able to cash on the global financial crisis. For example, unstable exchange rates may and do actually represent a substantial source of revenue for the City of London. Indeed, the volume of foreign exchange trading surged to record levels at the outset of the credit crisis as rate cutting from central banks and high volatility in exchange rates (Fig. below) caused a flight from emerging market currencies to “safe-haven” currencies such as the US dollar (IFSL 2009).

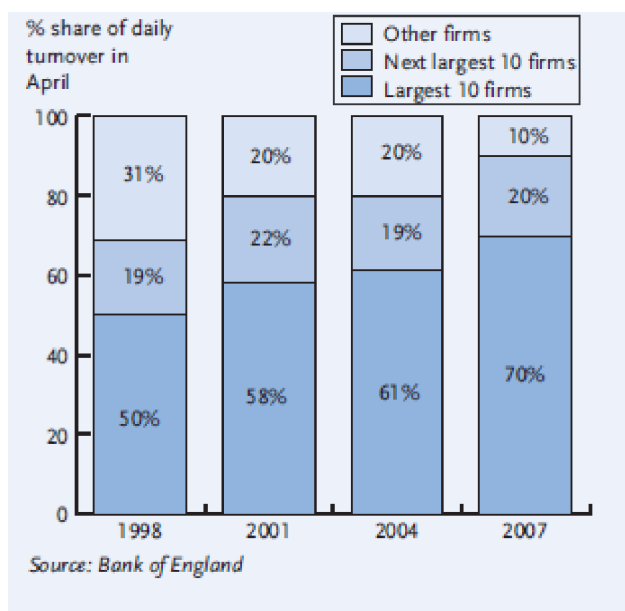
Figure 2: Exchange rate volatility since the start of the credit crisis (source : IFSL 2009)



Global bank revenues from foreign exchange trading benefited from relatively strong trading volumes since the start of the credit crisis and from higher commissions that resulted from a

widening of foreign exchange trading spreads. The UK was the main geographic centre for foreign exchange trading with nearly 36% of the global total in April 2009. Average daily turnover on the UK's foreign exchange market totalled \$1,269 billion in April 2009, with a further \$81 billion traded in currency derivatives (IFSL 2009). In the UK, the share of the largest 10 institutions rose from 61% to 70% between 2004 and 2007, continuing the trend from the 1998 and 2001 survey. Needless to say, London was the centre for foreign exchange trading (see below).

Figure 3: Concentration of Foreign Exchange Market in the UK



Overall, the City not only survived the blow but it could be argued that it turned it at its advantage.

There is, however, the possibility that things can get worse for London as a financial centre. A threat that the circumstances that have allowed London to thrive in the last few decades may be put under discussion through a radical tightening of financial service regulation. The success of the City of London has always been determined by its ability to adapt to the changing environment. Therefore, in the absence of regulatory constraints, its markets and institutions will certainly be able to react to any changing situation. However, it is precisely this capacity to change quickly and react to the changing global environment that could be put under discussion by adopting strict financial markets and banking sector regulation, including the minimal regulatory requirements connected to entry of the UK into the EMU.

Will this happen?

The need for global economic governance of the banking and financial sector has been advocated in a number of international forums. In the U.S., the Obama administration scored an unexpected victory in favor of more regulation with the passing of the Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act in July 2010. At the European level, however, to date there is nothing like a pan-European regulatory regime for the EU and Euro-area banking and financial systems.

The transformation of the existing European supervisory committees on January 1, 2011 into the European Banking Authority (EBA) based in London, and the establishment of the European Securities and Markets Authority (ESMA) in Paris and of the European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) in Frankfurt to create the new European Supervisory Authorities (ESAs) to be inserted in the European System of Financial Supervisors (ESFS) does not seem to address the issue substantially. National authorities remain responsible for the day-to-day

supervision of individual firms, with the new European architecture only providing an overarching European framework for financial supervision¹.

Even after the global financial crisis, the restructuring of the European supervisory architecture, and the partial creation of the European Banking Union, in the EU and Euro-area, banking and financial supervision remains predominantly in the hands of the national central banks.

Even more importantly, in the new British regulatory environment, following the events of October 2008, controls are still in the hands of the Bank of England especially after the Chancellor of the Exchequer of the newly elected coalition Government announced the abolition of the FSA. Thus the new system, retains the in-house structure of control for the City of London and banking supervision. So which are the challenges that the City of London will have to face in the future?

This is the subject of the following section of this contribution.

Globalisation and the future of the City of London inside or outside the EU

Globalization is one of the most hotly debated topics within the social sciences, and certainly one that has captured our imagination when looking toward the future. Globalization is not only the present, but also the future of politics and economics, and no discussion regarding future scenarios can avoid addressing it.

How will globalization affect the future of the City of London? Will financial globalization signal the end of the City's hegemony or will it guarantee its future success?

Questions related to how globalization affects domestic actors cannot be disentangled from a more general and in-depth analysis of globalization and its definitions.

The notion of globalization is not without controversy both within the academic debate and in the wider public discourse. Despite the great success of this concept in recent decades there is still some degree of confusion about its definition, and the discussion is still open about precisely how globalization modifies the capacity of the state to intervene in the domestic and in the global economy (Busch 2008:5).

However, it is possible to classify positions adopted by scholars into three broad groups, alongside the three traditional approaches to International Relations/International Political Economy (IR/IPE) (Dicken 1999:5): First, those who deny outright the very existence of the phenomenon of globalization (Hirst et al. 1999a; 1999b; Thompson 1993); second, those who recognize it but tend to give only a quantitative definition of globalization (Held et al. 2000; Holm et al 1995:3) third, those who adopt a qualitative definition (Mittlemann 2000; Hay et al. 2000; Dicken 1999;2003).

In this section, we shall deal with each of these approaches to the definition of globalization and their consequences for the future of the City of London both inside and outside the EU.

Let us start from a classical quantitative view of financial globalization. This has been well summarized by Cohen (1996):

“Financial globalization (or internationalization) refers to the broad integration of national markets associated with both innovation and deregulation in the postwar era and is manifested by increasing movements of capital across national frontiers. The more alternative assets are closely

¹ For more details see http://www.consilium.Europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/117747.pdf as accessed on December 21, 2010.

regarded as substitutes for one another, the higher the degree of capital mobility” (Cohen 1996:269).

Adopting this definition, capital mobility becomes the constituent element of financial globalization (Obstfeld et al. 2004). In macroeconomic terms, the problem is called the “inconsistent quartet” (Padoa-Schioppa 1994), the “unholy trinity” (Cohen 1996) or the “trilemma” (Obstfeld et al. 2004:29), and posits that in an economic environment characterized by free capital movement, national monetary autonomy becomes an alternative to keeping stable exchange rates. The case rests on the argument that complete capital liberalization, (as implied by the quantitative definition of financial globalization) and exchange rate stability, (as necessary, in theory, for international trade to continue unhindered) are incompatible with divergent national monetary policies.

Although in macroeconomic terms, this argument is certainly sound (or, at the least I am not in a position to criticize it), the British case is particularly relevant in highlighting how financial globalization did not particularly decrease the power of the City of London as defined here. The main point is that in the trade-off between the stability of exchange rates and autonomous monetary policy, some domestic actors (notably the City of London) might still prefer the latter, as they have demonstrated in their position toward joining the Euro area (Talani 2010). This happens for some concurring reasons.

Some sectors, like financial services, though perfectly integrated at the regional level might still prefer to keep autonomous monetary policy decision-making at the national level. In particular, setting the interest rates at a higher level than other financial centers represents a relevant competitive advantage in attracting short- and very short-term capital. This, of course, is harmful for industrial activity. However, here the issue becomes one of power relations between domestic economic sectors or interest groups. In the context of globalization, the issue is also influenced by the extent to which the industrial sector is actually relying on domestic production as opposed to production abroad (Dicken 2003).

To conclude the discussion of how the British financial sector will gain from globalization at the macro level, it is not unlikely that London will be on the winning side of speculative practices (Guth 1994; Lilley 2000). Following is just one example: In 2008, the Financial Services Authority (FSA) was compelled to pass emergency rules banning the short-selling² of UK bank shares in the City of London after the practice brought the HBOS share price to a collapse³. Well-known City operators are believed to have profited from short-selling sub-prime mortgages and betting against HBOS⁴. Hedge funds in the City of London are said to have made at least £1 billion in profits by shorting HBOS shares in June and July 2008, fuelled by City rumors that the bank was in financial distress. At one point in June of that year, a single fund, Harbinger Capital, traded more than three per cent of all HBOS shares, and is said to have made more than £280 from shorting the bank. Harbinger was run by Philip Falcone, a former Barclays trader who earned £1.7 billion in 2007 alone⁵.

It is, however, at the micro level (i.e. at the level of sectoral and domestic interest group analysis) that we see how the City of London can gain from globalization.

² Short-selling is selling borrowed shares in the hopes that their price will fall and that they can be bought back at a profit later on.

³ The ban was then lifted in January 2009

⁴ See Guardian, various issues.

⁵ See *The Telegraph*, web-site <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/2977387/Protect-bank-shares-from-short-selling-ministers-told.html> as accessed on June 28, 2010.

As Cohen correctly states, "owners of mobile capital thus gain influence at the expense of less fortunate sectors including so-called national capital as well as labor" (Cohen 1996:286).

How does this happen? To answer this question, it is necessary to adopt a domestic politics (or inside-out) approach to the international political economy.

Assuming that globalization is defined in quantitative terms as "growing global trade and financial flows" (Frieden and Rogowski 1996: 26), by applying the Heckscher-Ohlin/Stolper-Samuelson approach, it is possible to derive some interesting propositions about the distributional consequences of globalization. This would imply a rise in the domestic prices of goods whose production is intensive in the given country's abundant factors and a fall in the prices of those goods intensive in scarce factors. In this context, globalization would benefit the owners of abundant factors and disadvantage those who own scarce factors (Frieden and Rogowski 1996: 37). Therefore, as developed countries are characterized by an abundance of capital and a shortage of unskilled labor, globalization favors capitalists and skilled labor while unskilled labor is at a disadvantage. (Frieden and Rogowski 1996: 40). This is relevant for our domestic politics analysis of who wins and who loses from globalization as the City of London is composed exclusively by capitalist and skilled labor and has everything to gain from liberalization from this perspective.

There are, however, two further dimensions that strengthen the argument that the City of London will certainly gain from globalization. First, we must consider that on the basis of this analysis, the power of an interest group to assert its preferences is directly related to its capacity to move, which in turn depends on the mobility of its factor. If an interest group is able to credibly threaten leaving the country, its bargaining power increases. Therefore, globalization reduces the capacity of the government to disregard the preferences of the most mobile factor, which is capital—and financial capital in particular—and increases the negotiation and political power of the owners of such capital: to wit, the City of London (Keohane et al 1996:19; Busch 2008:8).

Moreover, adopting a sectoral rather than a factorial type of analysis, through the application of the specific factors approach (also known as Ricardo-Viner) the result is even more clearly supportive of the view that the British banking sector has everything to gain from globalization (Frieden and Rogowski 1996: 38).

This perspective suggests that factors like land, labor or capital are normally used for a specific activity or production, and therefore only price changes in their specific activity or production (not in all of the uses of the factors) will affect them. To apply it to the case of the UK, if capital is used specifically for banking and financial transactions when the terms of trade in banking change, only the banking sector will gain, not all capital. Overall, the application of the Ricardo-Viner variant implies:

- 1) That the benefits of globalization will vary with the specificity of the relevant actors' assets
- 2) That the most competitive sectors will gain more
- 3) That political pressure will happen at the sectoral rather than at the factorial level.

There is no doubt that financial capital is an abundant factor in the UK. Therefore, to the extent to which the City remains competitive internationally, and a high degree of openness is guaranteed, it will improve its position not only with respect to labor but also, more importantly given the approach adopted here, with respect to industrial capital.

Let us now address the question from the perspective of a qualitative definition of globalization. As detailed above, technological change is at the core of the qualitative definition of globalization, bringing about changes in the productive and in the financial sphere (Dicken, 2003:85).

It is technology, therefore, that produces financial globalization, defined here as the existence of around-the-clock access to financial transactions all over the world (Dicken 2003: 443).

Susan Strange identified the three most important technological changes that have produced financial globalization: computers, chips and satellites (Strange 1998: 24-26):

“Computers have made money electronic...by the mid-1990s computers had not only transformed the physical form in which money worked as a medium of exchange, they were also in the process of transforming the systems by which payments of money were exchanged and recorded” (Strange 1998: 24).

Chips (microprocessors) have allowed for the credit card revolution and will soon allow for a “smart card” revolution as well (Cohen 2001). Finally, satellites are the basis of global electronic communication (Dicken 2003:85-120).

It is impossible not to understand the implications on financial services in terms of increase in productivity; patterns of relationships and linkages between financial firms and clients, and within the financial community; velocity and turnover of investment capital and capacity to react to international events immediately (Dicken 2003:443).

But does this also mean that the physical location of financial markets loses significance or that financial elites become disentangled from national boundaries?

There is some consensus in the literature that financial globalization has “made geography more, not less, important” (Dicken 2003:59) (Coleman 1996:7). On the one hand, some financial products contain information which is the result of long, well-established business relationships and this remains the case with financial globalization. Equities, domestic bonds and bank loans have indeed a large amount of domestic information embedded within (Coleman 1996:7).

Most importantly, however, it is worth noting that despite the significant emphasis on financial globalization, the location of global financial power has remained surprisingly unchanged and concentrated in a handful of urban centers, namely New York, London and, to a more limited extent, Tokyo. This concentration is unparalleled in any other kind of industry and it is also extremely stable (Dicken 2003: 462).

In fact, London is the more broadly based financial center and its position does not seem to have changed in the last decade—the decade of globalization. If anything, with respect to many of its main markets and services, its position has improved.

However, if openness is reduced, as, for example, by closing the European single market to the UK as a consequence of a Brexit, all the advantages of globalisation are likely to be off-set.

All the above might explain why the City of London was against a Brexit. The City of London Corporation has openly supported Britain remaining in the EU.

A survey of 147 UK based financial services firms found 40% chose the UK over other centres because of access to the EU. 81% of 98 fintech start-up business published by Innovate Finance, voted to stay in the EU, this was comparable to the survey conducted by Tech London Advocates in 2015⁶.

Not a single financial trade association has been favourable to Brexit, and the representatives of major City institutions such as Lloyds of London, the London Stock Exchange, Aviva, Goldman Sachs, HSBC, Barclays, Prudential, RSA, Standard Life and Santander have all expressed their institutions’ wish that Britain will decide to remain in the EU. The reasons have been perfectly illustrated by JP Morgan. If the UK stays in the Single Market, the institutions based in the City have a passport to operate everywhere else in the EU without the need to have separate businesses

⁶ See <https://www.cityoflondon.gov.uk/about-the-city/how-we-make-decisions/Documents/implementing-markets-union.pdf> as accessed on April 28, 2016.

in other countries, with all that this means in terms of different authorisation processes, regulation as well as staffing costs. For example, of the 20,000 staff JP Morgan has in the European Union, 19,000 are in the United Kingdom, mainly in London, but also in Bournemouth and Glasgow⁷.

Conclusion

Summing up, what really counts for the prosperity of the City is a relaxed regulatory environment, which, of course can be guaranteed by a Brexit. However this is a necessary but not sufficient condition for the City to maintain its hegemony both domestically and internationally in the globalization era. The second, vital condition is open access to markets globally, but also within the EU. This can be easily jeopardised by a Brexit as it is highly unlikely the EU will grant the UK similar conditions of access to its markets as if it were still a member of the club. However this can, maybe, be a matter of negotiation of the exit terms.

References :

- BISHOP, G., (2009), “Britain’s Eternal Vulnerability: Sterling”, in Bishop, G., Buiter, W., Donnelly, B and Hutton, W., (2009) 10 years of the Euro: New Perspectives for Britain, Published by John Stevens, Sarum Colourview, London Office
- BUSCH, A., (2008), Banking Regulation and Globalization, Oxford University Press
- COHEN, B.J., (2001), “Electronic money: new day or false dawn?”, Review of International Political Economy 8: 197-225
- COHEN, B.J. (1996). ‘Phoenix Risen: The Resurrection of Global Finance’, World Politics, 48(2): 268–96 p.269
- COLEMAN, W.D., (1996), Financial services, globalization and domestic policy change, Macmillan
- DICKEN, P., (2003), Global Shift: reshaping the global economic map in the 21st century, Sage Publications
- DICKEN, P., (1999), Global Shift, transforming the world economy, Paul Chapman publishing
- FRIEDEN, J. and Ronald ROGOWSKI, “The Impact of the International Economy on National Policies: An Analytical Overview,” in Robert O. Keohane and Helen V. Milner, eds., Internationalization and Domestic Politics (New York: Cambridge University Press, 1996), pp. 25-47
- GUTH, M.A., (1994), Speculative Behavior And The Operation Of Competitive Markets Under Uncertainty, Avebury Ashgate Publishing, Aldorshot, England
- HAY, C., and MARSH, D., (2000), Demystifying Globalization, MacMillan

⁷ See <https://www.cityoflondon.gov.uk/about-the-city/how-we-make-decisions/Documents/implementing-markets-union.pdf> as accessed on April 28, 2016.

- HELD, D., MCGREW, A., GOLDBLATT, D. and PERRATON, J., (1999), *Global Transformation*, Polity Press
- HELD, D. and MCGREW, A., (2000), *The global transformations reader*, Polity Press
- HIRST, P. and THOMPSON, G., (1999a), (2nd ed), *Globalization in Question*, Polity
- HIRST, P. and THOMPSON, G., (1999b), “The tyranny of Globalization: myth or reality?” in Buelens, F., (1999), *Globalization and the Nation State*, Edward Elgar
- HOLM, H.H. and SØRENSEN, G., (1995), *Whose world order? : uneven globalization and the end of the Cold War*, Publisher: Boulder : Westview Press
- IFSL, (2009), *Foreign Exchange 2009*, web site: http://www.thecityuk.com/media/2193/CBS_Foreign_Exchange%202009.pdf as accessed on June 28, 2010
- KEOHNA, R.O and MILNER, H.V., (ed) (1996), *Internationalization and domestic politics*, Cambridge University Press
- LILLEY, P., (2000), *Dirty dealing : the untold truth about global money laundering*, London : Kogan Page
- MITTLEMAN, J.H., (2000), *The Globalization Syndrome: Transformation and Resistance*, Princeton: Princeton University Press
- OBSTFELD, M and TAYLOR, A.M., (2004), *Global Capital Markets. Integration, Crisis and Growth*, Cambridge university Press
- PADOA-SCHIOPPA, T., (1994), *The road to monetary union in Europe: the emperor, the Kings and the Genies*, Oxford: Clarendon Press
- TALANI, L.S., (2010), *The global crash*, London: Palgrave
- THOMPSON, G., (1993), *The economic emergence of a new Europe?*, Edward Elgar



La crise migratoire

Catherine Wihtol de Wenden

L'Europe et la crise de l'accueil des réfugiés



CATHERINE WIHTOL DE WENDEN

*Catherine Wihtol de Wenden est directrice de recherche au CNRS (CERI), politologue et juriste, auteur d'une trentaine d'ouvrages sur les migrations internationales, enseignante à Sciences Po Paris depuis 1997 et professeure invitée à l'Université la Sapienza et LUISS de Rome. Ses derniers ouvrages parus sont *Atlas des migrations: un équilibre mondial à inventer* (2012) et *Pour accompagner les migrations en Méditerranée* (Paris, L'Harmattan, 2013).*

Depuis ces vingt-cinq dernières années, l'Union européenne a été confrontée à des mouvements migratoires appartenant à des profils divers : regroupement familial, demandeurs d'asile, étudiants, élites qualifiées, migrants à la recherche de travail, mineurs isolés, réfugiés. Contrairement au passé, les migrations de travail sont devenues très faibles en nombre par rapport aux autres flux, de regroupement familial, d'asile, d'études. L'Union européenne reste la première destination migratoire au monde en terme de flux, devant les Etats-Unis (deuxièmes), les pays du Golfe (troisièmes), la Russie (quatrième), autres grands pôles migratoires¹.

Aujourd'hui, l'Union européenne connaît un afflux de réfugiés sans précédent (plus d'un million de demandeurs d'asile en 2015). Elle est entourée de pays en guerre ou en conflit intérieur, qui ont produit des flux de réfugiés au sens large (plus souvent demandeurs d'asile que migrants venus à la recherche de travail, mais presque tous migrants forcés) d'une ampleur exceptionnelle. Ces flux viennent actuellement de Syrie (5 millions ont migré à l'étranger, dont 3 millions sont en Turquie, plus d'un million au Liban et 600 000 en Jordanie), d'Irak, de Libye (ancien filtre des migrations sub-sahariennes vers l'Union européenne, par le biais d'accords bilatéraux conclus notamment avec l'Italie), de la corne de l'Afrique (Erythrée, Somalie), d'Afghanistan, du Soudan et du Kosovo.

Après une période de frilosité et d'atermoiements, le discours, le 7 septembre 2015, d'Angela Merkel, déclarant l'Allemagne prête à accueillir 800 000 demandeurs d'asile durant l'année 2015 et la proposition de Jean-Claude Juncker de partager 160 000 demandeurs d'asile entre les pays européens ont lancé les bases d'un nouveau tournant migratoire. Les valeurs de l'Union européenne (solidarité entre pays européens, respect des droits de l'homme et du droit d'asile) ont alors été mises à l'épreuve de la réalité. La photo, diffusée dans le monde entier, du petit Syrien de trois ans mort sur la plage turque de Bodrum suite au naufrage du bateau conduisant sa famille de la Syrie vers la Grèce à l'automne 2015, a participé à cette remise en question de l'approche sécuritaire qui a dominé la politique d'immigration et d'asile en Europe. On compte en effet 22 000 morts aux portes de l'Union européenne de 2000 à 2015 et 3 000 morts en Méditerranée pour l'année 2015, presque autant pour l'année 2016.

Ces chiffres masquent la diversité des migrants et des raisons de migrer. En réalité, beaucoup de migrants ont représenté, ces dernières années, des flux mixtes : partis à la recherche de travail, fuyant des pays en crise et n'offrant aucun avenir à leurs yeux. L'absence d'espoir, quelle qu'en soit la cause, est souvent à la source de la décision de quitter des pays mal gouvernés, instables, insécurisés et corrompus (régimes sans alternance, en proie au clientélisme, aux ressources très

¹ Catherine WIHTOL DE WENDEN, *Atlas des migrations*. Paris : Autrement, 2016.

inégalement distribuées, avec un marché du travail très étroit pour une population majoritairement jeune). Elle nourrit la cause des « *harragas* », ces « grilleurs de frontières » entre le Maghreb et l'Europe, qui recourent à des passeurs pour s'offrir une autre vie, ou ces migrants transsahariens, prêts à tout pour vivre ailleurs. Mais la cause essentielle des départs récents est la guerre, l'instabilité et la violence politiques : en Erythrée, en Somalie, en Syrie, en Irak, en Libye.

I. L'Europe, première destination migratoire au monde

Si, au sud, ce sont souvent des « flux mixtes » d'hommes jeunes venus seuls fuyant la situation économique et politique sévissant chez eux, au Proche Orient, la plupart des nouveaux venus sont des familles de demandeurs d'asile. Ceux qui empruntent les voies de la migration irrégulière transsaharienne puis méditerranéenne, ou turque, grecque et ex-yougoslave par la route des Balkans, sont le fruit d'une sélection parmi les jeunes. Il faut être en bonne santé, déterminé, capable d'affronter les difficultés de tout ordre du voyage, avoir accumulé un pécule qui peut atteindre jusqu'à 30 000 euros, et avoir pour projet de vivre à l'étranger durant une durée suffisamment longue afin de régulariser sa situation. On est loin du migrant de main d'œuvre venu en Europe par les services du patronat comme dans les années 1960, aisément régularisé et animé par le projet de 'retour au pays'. Certains ont travaillé dans les pays qu'ils traversent comme les Sub-Sahariens en Libye, et ont perdu leur emploi à cause du chaos qui y règne, d'autres ont été victimes de la guerre qui sévit chez eux (Syrie, Libye), d'autres n'ont pas trouvé après la guerre d'opportunités d'emploi (Afghanistan) et sont chômeurs dans des pays où le taux de chômage atteint 40% de la population chez les jeunes. Tous voient dans l'Europe une terre de paix, de sécurité, de respect des droits et d'avenir pour eux et leurs enfants.

L'Europe, ancienne terre de départ, ne s'est jamais pensée comme continent d'immigration et celle-ci apparaît illégitime à beaucoup de ceux qui refusent cette réalité. L'Europe a, en effet, longtemps été une terre de départ vers les grandes découvertes, la colonisation, le commerce international, les missions étrangères, le peuplement de pays vides. Il y a un siècle, on comptait 5% de migrants internationaux sur la planète contre 3,5 % aujourd'hui : la plupart étaient des Européens car l'Europe était aussi très peuplée par rapport à d'autres continents. Puis les migrants sont venus durant la période de croissance, à un moment où beaucoup de pays européens manquaient de main d'œuvre pour leur économie minière, industrielle ou agricole et pour leur reconstruction après les deux guerres mondiales qui requerrait surtout des « bras »². Tous les pays de l'Union européenne sont signataires de la Convention de Genève sur l'asile de 1951 et partagent entre eux les valeurs fondamentales de droits de l'homme qui font partie du projet politique européen. Ces pays sont pourtant traversés par la poussée des populismes qui ont placé la lutte contre l'immigration en tête de leur programme.

Depuis les années 1990, l'Union européenne n'a cessé de multiplier les initiatives destinées à dissuader les nouveaux arrivants : passage des questions d'immigration et d'asile du troisième au premier pilier communautaire (traité d'Amsterdam, en 1997) en faisant de l'immigration un thème sécuritaire, responsabilisation des transporteurs et privatisation de certains agents de contrôle des frontières, mise en place du système intégré de vigilance externe (SIVE) le long des côtes espagnoles (2002), restriction du droit d'asile (notion de pays sûr, de pays tiers sûr, de demande manifestement infondée, amendement Aznar de 1997 rendant très difficile la demande d'asile d'un pays européen à un autre), tentatives d'européanisation du droit d'asile avec les accords de Dublin I (1990), principe du « *one stop, one shop* » (Dublin II, 2003) selon lequel un demandeur d'asile doit obligatoirement voir traitée sa demande dans le premier pays d'accueil européen où il a mis le pied, informatisation des empreintes digitales (Eurodac, 2000) pour identifier les demandeurs d'asile frauduleux entre

² Georges TAPINOS, *L'immigration étrangère en France*. Paris, INED, 1975.

plusieurs pays de l'Union, militarisation des frontières extérieures et mise en commun des forces policières pour les protéger (Frontex, 2004). Un arsenal d'accords bi et multilatéraux entre pays européens et pays extra-européens (près de 300) situés de l'autre côté des frontières extérieures de l'Europe est venu compléter le dispositif à des fins de reconductions aux pays de départ ou de transit des déboutés du droit d'asile et des sans papiers.³

La gestion des frontières extérieures de l'Europe, pendant de la libre circulation intérieure établie par les accords de Schengen de 1985, est devenue l'objectif essentiel. On pensait en effet il y a trente ans, lors de l'adoption de ces accords, que l'ère des migrations de masse était terminée, que les non Européens retourneraient chez eux grâce aux politiques de retour, que la mobilité interne des Européens augmenterait significativement, qu'il y aurait substitution des nationaux et des Européens sur le marché du travail hier occupé par des immigrés non Européens et que les politiques de développement des pays de départ seraient une alternative aux migrations. Or, la plupart de ces *scenarii* se sont trouvés erronés : les Européens ont été peu mobiles pour travailler en Europe jusqu'en 2004, date de l'ouverture de l'Union à dix nouveaux pays européens, il n'y a pas eu de substitution sur le marché du travail compte tenu de la très forte segmentation de celui-ci, les retours, peu nombreux, ont été un échec. Quant aux politiques de développement, elles n'ont pas offert une alternative aux migrations et les quelques initiatives tournées vers la rive sud de la Méditerranée (accords de Barcelone de 1995 à 2005, Union pour la Méditerranée en 2007) n'ont pas été en mesure d'offrir un pendant à l'ouverture à l'est de l'Europe. Enfin, des crises telles que celles des grands lacs en Afrique, le conflit de l'ex-Yougoslavie et la crise algérienne et syrienne ont produit des demandeurs d'asile très éloignés de ceux prévus par la Convention de Genève : des demandeurs aux profils collectifs en raison de motifs sociaux, ethniques, religieux, des victimes de la société civile et non des Etats dont ils provenaient, d'où la plus grande difficulté de prise en compte de leur candidature à l'asile.

Il en a résulté un repli vers la gestion nationale des frontières du fait de l'attachement des pays européens à leur souveraineté dans ce domaine : appel à la fermeture des frontières nationales (comme cela a été le cas entre la France et l'Italie à Vintimille en 2011 et 2015, puis entre la Bulgarie et la Grèce, l'Allemagne et l'Autriche en 2015, la Hongrie et ses voisins en 2015) et hostilité à l'imposition de « partage du fardeau » entre Européens de l'Union par de nombreux pays européens de l'Est. L'Europe joue les valeurs sur lesquelles elle a été fondée à travers l'accueil fait aux demandeurs d'asile.

Des réponses peu lisibles à la crise de l'accueil des réfugiés

Face aux flux auxquels elle a été confrontée depuis ces dernières années, l'Union européenne a répondu par une position restrictive qui a accru l'influence des passeurs et provoqué des milliers de morts, transformant la Méditerranée en un vaste cimetière. On en compterait 40 000 depuis les années 1990.

La première difficulté d'une réponse solidaire a été le fait que les pays européens ont été inégalement confrontés à l'afflux d'immigrés et de demandeurs d'asile. De loin, l'Allemagne est le premier pays d'immigration en Europe avec 7 millions d'étrangers et le pays qui a accueilli les trois quarts de la demande d'asile en Europe depuis 25 ans. Elle forme avec la France, le Royaume-Uni et la Suède le peloton de tête pour l'accueil des demandeurs d'asile en matière de chiffres depuis cinq ans.

La deuxième est la difficulté d'harmoniser l'asile sans une politique étrangère commune des différents Etats. L'harmonisation de la délivrance du statut de réfugié est souvent rendue complexe en Europe par les différences d'interprétation des conflits d'un pays européen à un autre. Chaque

³ Voir les travaux de Claire RODIER, *Xénophobie business*, Paris, La Découverte, 2013 et de Migreurope.

pays a sa diplomatie, son histoire, ses voisins, ses accords politiques et commerciaux et ne donnera pas la même réponse à un même demandeur selon le risque que celui-ci présente de faire jurisprudence pour des profils analogues vers tel ou tel pays européen. De plus, le positionnement géographique entre en ligne de compte : l'Italie a accueilli le plus de migrants maghrébins et subsahariens, notamment sur ses îles comme Lampedusa. D'autres îles comme Malte ou les îles grecques de Lesbos, Kos et Samos ont dû également gérer l'accueil des touristes et celui des demandeurs d'asile sur des espaces restreints. La Grèce a aussi vu arriver par voie terrestre l'essentiel des Syriens et des autres Proche et Moyen-Orientaux frappés par la guerre : Afghans, Irakiens. La voie terrestre, via la traversée de la frontière gréco-turque, en Thrace, a conduit à la fermeture de la frontière entre la Hongrie et la Serbie, la Bulgarie et la Turquie.⁴

Enfin, la troisième raison des réticences des Etats à l'eupéanisation de l'asile réside dans leurs politiques intérieures, habitées par la montée des populismes qui sont attachés au symbole des frontières et à la confusion d'une partie de l'opinion publique entre l'immigration de culture musulmane, incluant les réfugiés, et le terrorisme.

Une porte de sortie a été tentée par l'Union européenne dans sa tentative de renforcer les frontières externes de l'Europe : en construisant des « *hot spots* » (lieux d'accueil et de rétention des nouveaux arrivants) dans les deux principaux pays d'arrivée, l'Italie et la Grèce, faute de pouvoir conclure avec les pays de la rive sud de la Méditerranée, et l'accord avec la Turquie de mars 2016. Une promesse de six milliards d'euros a été accordée en échange de l'engagement de celle-ci à contenir dans le pays les nouveaux arrivants (les négociations d'entrée dans l'Union européenne ont été rouvertes et la requête de suppression des visas pour les Turcs entrant en Europe a été introduite). Un autre instrument de contrôle des frontières a été décidé avec le sommet euro-africain de La Valette en novembre 2015 où il s'est agi de poursuivre la politique de partenariat avec les pays du sud en échange d'une aide au développement, de la facilitation des visas pour les saisonniers et qualifiés et d'une aide au retour financée par un fonds créé à cet effet.

Mais le dispositif de protection temporaire, prévu par une directive européenne de 2001 pour les Kosovars n'a pas été appliqué à la crise actuelle, et le marché du travail des étrangers non communautaires n'a pas été rouvert aux pénuries de main d'œuvre, car il semble que l'on préfère perpétuer des sans papiers plutôt que de créer un « effet d'appel ». Si l'immigration économique était plus ouverte qu'à présent, certains flux dits « mixtes » choisiraient cette voie plutôt que la demande d'asile. Ce fut le cas, dans le passé, des Portugais qui ne sont pas entrés en France comme demandeurs d'asile mais comme sans papiers et régularisés par la suite à la demande de leurs employeurs⁵. Une politique de visa plus diversifiée constituerait aussi une réponse aux nouveaux arrivants et aux besoins d'immigration qualifiée et non qualifiée. Une autre solution serait la suppression de la préférence européenne à l'emploi qui date de 1994 et qui a conduit à des pénuries sectorielles de main d'œuvre. Enfin, l'ouverture plus grande au statut de réfugié permettrait de légaliser beaucoup de demandeurs d'asile antérieurs à la crise syrienne qui s'interrogent sur leur avenir une fois déboutés et de leur ouvrir l'accès au marché du travail.

II. L'espace euro-méditerranéen, l'une des plus grandes lignes de fracture au monde

Le sud de la Méditerranée constitue, malgré la fermeture des frontières, une région d'émigration considérable : Maroc (3,5 millions d'émigrés), Turquie (5,3 millions), Egypte (2,7 millions), Algérie (un million). Au Maroc, l'émigration a doublé en onze ans.

⁴ Camille SCHMOLL, Hélène THIOULET, Catherine WITHOL DE WENDEN (dir.), *Migrations en Méditerranée*. Paris, CNRS Editions, 2015

⁵ Yvan GASTAUT, Catherine WITHOL DE WENDEN (dir.), *Frontières*. Paris, Magellan, 2015.

Les quasi-diasporas issues de l'immigration sont aujourd'hui l'objet de beaucoup de sollicitudes car elles peuvent permettre aux pays de départ d'exercer une influence dans les pays d'accueil : acceptation de la double nationalité car beaucoup de pays européens ont ouvert, au cours des années 1990, leur droit de la nationalité à des éléments de droit du sol. Tous les pays musulmans sont quant à eux des pays de droit du sang avec allégeance perpétuelle au pays de naissance comme au Maroc. On observe l'acceptation par les pays de départ des droits politiques exercés par les non communautaires à l'échelon local dans les pays d'accueil et parfois la mise en œuvre du vote à distance pour les ressortissants de l'étranger installés dans les pays d'accueil, la reconnaissance des associations militant pour la condition de leurs ressortissants dans la cité et l'implication de ces associations dans des programmes de développement local au sein des régions de départ, l'organisation du religieux à distance. Des réseaux transnationaux matrimoniaux, commerçants, entrepreneuriaux construits par les migrants traversent la Méditerranée et font de la frontière une ressource pour leurs échanges⁶.

Mais l'Europe n'attire que la moitié des migrants de la rive sud de la Méditerranée, car ils se destinent aussi aux pays du Golfe ainsi qu'aux Etats-Unis et au Canada. Certains pays de la rive sud de la Méditerranée sont aussi des pays d'immigration. C'est le cas pour Israël, la Turquie, les territoires palestiniens, la Jordanie, la Libye. Il s'y ajoute un nombre inconnu de migrants illégaux ou en transit, dont des Sub-sahariens au Maghreb, des Soudanais en Egypte.

La Méditerranée, ligne de fracture et de proximité

Des murs se sont construits comme à Ceuta à l'initiative de l'Union européenne, des frontières de barbelés au sud-est de l'Europe avec des camps dans les pays de passage comme le Maroc, la Libye mais aussi Malte ou dans les pays limitrophes : prisons, zones d'attente, centres de rétention avant la reconduction à la frontière, lieux d'accueil et d'assistance et plus récemment « *hot spots* », des centres de tri des nouveaux arrivants en Italie et en Grèce.

Durant ces soixante dernières années, la population de la Méditerranée s'est accrue de façon significative dans la région est et sud, alors qu'au nord elle stagnait. D'ici 2025, la population des Etats européens qui la bordent (Espagne, Italie, France, Grèce, Malte) aura à peine augmenté, tandis que celle des pays de son pourtour sud se sera accrue de 70%, s'approchant des 400 millions de personnes. L'écart des classes d'âge va se creuser : sur la rive sud de la Méditerranée, 50% de la population a moins de vingt-cinq ans face à une Europe du sud où l'âge médian est de plus de 40 ans. La fracture démographique est néanmoins en train de s'atténuer à cause de l'entrée de la plupart des pays de la rive sud dans la transition démographique⁷, c'est-à-dire le passage au remplacement des générations (deux enfants et demi par femme en moyenne). Aussi, la pression migratoire sud-nord en Méditerranée est en train de diminuer. Sur la rive nord de la Méditerranée, des pays comme l'Italie et l'Espagne sont entrés dans une phase de vieillissement démographique avec un nombre d'enfants par femme qui se situe au-dessous du renouvellement des générations et l'entrée dans le quatrième âge d'une part croissante de la population, ce qui nécessite un appel à de nouvelles sources migratoires pour garder les aînés. Dans le même temps, on voit apparaître des migrations nord-sud qui sont souvent un prolongement du tourisme international, chez les seniors qui décident de leur installation durable au soleil (en France pour les Britanniques, en Espagne et au Portugal pour les Allemands et les Britanniques, à Malte pour les Britanniques, au Maroc et en Tunisie pour les Français). De leur côté, les jeunes diplômés d'Europe du sud au chômage vont chercher du travail au nord de l'Europe, mais aussi au sud, en Afrique, en Amérique latine ou en Australie.

⁶ Catherine WIHTOL DE WENDEN, *La question migratoire au XXIème siècle. Migrants, réfugiés et relations internationales*. Paris, Presses de Sciences Po, 2013.

⁷ Joseph COURBAGE, Hervé LE BRAS, *Le rendez-vous des civilisations*. Paris, PUF, 2010.

Les révolutions arabes, avec l'arrivée de Libyens en Tunisie, de Tunisiens en Italie et en France, au printemps 2011, ont eu d'abord peu d'impact migratoire en Europe, car il ne s'est agi que de quelques dizaines de milliers de nouveaux venus. Quelques îles de la Méditerranée, lieux de tourisme et aussi d'arrivées récurrentes de sans papiers ont été confrontées à un dilemme difficile à gérer entre l'ouverture toute grande aux touristes et l'arrivée des illégaux : il en va ainsi de Lampedusa, de Malte, de Chypre, des îles grecques, des îles Canaries et, à moindre degré, des Baléares. De nouveaux lieux de passage, comme la « route des Balkans », ont été investis avec la crise syrienne pour laquelle il n'avait pas été anticipé que le régime syrien durerait et qu'il serait à la source d'autant de réfugiés. Les passages frontaliers, amplement médiatisés, sont souvent une mise en scène du contrôle des frontières pour l'opinion publique qui suggère la réponse de l'Europe à une invasion : dans un monde où l'aspiration à la circulation n'a jamais été aussi grande, on n'a jamais autant éprouvé le besoin de mettre des barrières à la migration.

Les îles de la Méditerranée sont devenues le lieu d'arrivée des demandeurs d'asile, des sans papiers originaires de la rive sud et du Proche-Orient, des illégaux arrivés sur des embarcations de fortune, *pateras*, *cayucos*, *zodiacs*, bateaux de pêche ou cargos hors d'âge avec le concours de passeurs tout en accueillant les touristes, leur principale ressource estivale. D'autres îles, comme les Canaries, ont aussi été le théâtre de drames humains sur leurs côtes.

Un système de contrôle des frontières marqué par la fermeture au sud

De plus en plus, la Méditerranée fait figure de nouveau Rio Grande entre sa rive nord et sa rive sud. Les visas sont accompagnés de murs, camps, radars, capteurs, drones et du système Frontex. Cette prolifération des contrôles migratoires s'appuie sur trois raisons essentielles : l'économie sécuritaire, où des sociétés privées se sont spécialisées dans le convoyage des expulsés et où la technologie militaire propose ses instruments au domaine civil, la surenchère sécuritaire, amalgamant immigration illégale et lutte contre le terrorisme international, l'utilisation des migrants comme instrument de négociation à travers les accords conclus avec les pays du sud (Sénégal, Libye, Algérie, Tunisie, Maroc).

La lutte contre l'immigration clandestine est une priorité affichée par l'Europe en Méditerranée. Des accords de réadmission entre l'Union européenne et les pays du sud de la Méditerranée tendent à faire de nombreux Etats tampons les « garde-frontières » de l'espace européen, d'autres Etats (africains notamment) étant déjà liés par une clause de réadmission obligatoire. Des officiers de liaison immigration et asile à travers le programme Frontex, formalisé dans une agence spécialisée installée à Varsovie, assurent un contrôle renforcé des frontières externes. Le rapatriement communautaire (c'est-à-dire par plusieurs pays de l'Union, qui joignent leurs efforts de façon conjointe) est considéré comme un signal fort de dissuasion.

Les autres instruments utilisés pour contrôler les frontières sud de l'Europe ont été les accords bilatéraux. Il s'agit d'accords conclus entre les pays d'entrée et de départ sur la réadmission des étrangers en situation irrégulière vers les pays d'origine. La Libye a fourni un exemple d'accords marchandés au nom de la lutte contre l'immigration clandestine. Elle n'a ni ratifié la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés ni adhéré à la politique européenne de voisinage. Quand, en 2011, 1 500 immigrés arrivés sur l'île sicilienne de Lampedusa ont été expulsés vers la Libye, les migrants à la recherche d'une protection internationale n'ont pu faire valoir leurs droits. Le colonel Kadhafi avait demandé cinq milliards d'euros à l'Union européenne pour « stopper » l'immigration illégale et la construction d'une autoroute de l'Egypte à la Tunisie. Mais la révolution de 2011 a mis fin à ces négociations.

Les accords bilatéraux ont souvent pour objet de limiter les flux migratoires en échange de politiques de développement, d'accords commerciaux ou de l'attribution de titres de séjour pour les élites. Les migrants, souvent écartés de ces accords, sont parfois revenus sur la scène par la voie de

leurs associations. Ainsi, le Mali qui en 2009 devait signer un accord bilatéral de réadmission avec la France en a été dissuadé par la mobilisation des associations de Maliens en France qui ont accusé leur Etat de les « vendre » au profit des bonnes relations entre le Mali et la France, dans une période de transition politique au Mali.

Un autre type d'accords concerne les accords multilatéraux ⁸ signés entre un pays de départ et de transit avec l'ensemble de l'Union européenne. Plusieurs pays riverains de l'Union en sont signataires. Mais d'autres résistent sur la clause migratoire, comme le Maroc en raison de la faiblesse de la contrepartie offerte par l'Europe : le Maroc souhaite en échange le statut de partenaire privilégié avec l'Union européenne, faisant valoir que la signature de tels accords risquerait de ruiner les relations qu'il entretient avec les pays d'Afrique de l'Ouest, d'où viennent de nombreux migrants qui transitent par le Maroc pour entrer en Europe.

On observe un retour à une gestion des frontières comme affaire des Etats, alors qu'est affichée avec force l'existence de frontières européennes sur les marges extérieures de l'Union, ce qui révèle un manque de confiance des Etats européens envers la politique européenne, pourtant à l'accent fortement sécuritaire.

Malgré ces fermetures, les initiatives des migrants et de ceux qui en sont issus contribuent à construire des espaces transnationaux entre la rive nord et la rive sud de la Méditerranée : d'abord par les transferts de fonds ; ensuite, par leurs associations, qui sont souvent autant de réseaux, de liens culturels, de formes de mobilisation civique ; également par les doubles nationaux dont les élites sont courtisées par les pays de départ comme éventuels investisseurs et créateurs d'entreprises ou cerveaux, mais aussi comme élus dits « de la diversité » ou comme responsables politiques dans les pays européens ; enfin par leurs pratiques transnationales au quotidien à travers les mariages, les échanges d'information, de biens, la création de petites entreprises, l'organisation de l'islam dans les pays sécularisés d'Europe. Une quantité d'initiatives culturelles métissées fleurissent dans la musique, le théâtre, la danse, le sport qui sont aujourd'hui partie prenante de la culture populaire européenne. L'Europe ne peut plus faire abstraction de cette composante de sa diversité, dont les migrants sont parmi les principaux acteurs.

La Méditerranée, lieu d'exercice essentiel de la sécurité extérieure et intérieure

L'espace sécuritaire européen trace de nouvelles frontières à la périphérie de l'Europe. Des villes frontières ont pris de l'importance et vu leur destin bouleversé. Melilla, enclave espagnole sur la côte marocaine, vit en partie de la contrebande et des migrants potentiels. Vlorë, en Albanie, est devenue durant les années 1990 le théâtre des passeurs et de ceux qui rêvaient de l'Italie vue à la télévision. Sangatte puis Calais permettent aux Anglais de déléguer à la France le contrôle de leurs frontières en amont. Les frontières se déplacent là où se dessinent de nouveaux mouvements migratoires.

L'Espagne, au premier rang de cette région stratégique, a dû mettre en place une politique migratoire dans une contradiction entre la fermeture officielle des frontières à l'immigration de travailleurs et le développement d'une économie instable et flexible qui bénéficiait largement du travail irrégulier jusqu'à la crise de 2008. La fermeture des frontières, renforcée dès 2002 par la mise en place du système SIVE autour des côtes espagnoles, loin de mettre un frein aux migrations, y a conduit à la professionnalisation d'une économie organisée du passage clandestin, une réponse à une demande massive de candidats à l'immigration. Le cas des mineurs immigrants non accompagnés s'est particulièrement répandu entre le Maroc et l'Espagne, protégés par la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant. La plupart d'entre eux resteront sur le territoire

⁸ Jean-Pierre CASSARINO, sur les accords ni et multilatéraux, in Camille Schmoll, Hélène Thiollet, Catherine Wihtol de Wenden, op. cit.

espagnol. Puis c'est l'Italie et notamment l'île sicilienne de Lampedusa, ou encore la Grèce qui ont été les plus touchées par les arrivées : les îles du Dodécanèse avec Lesbos, Cos, Samos ainsi que des points de passage terrestres à travers la Thrace et la rivière Evros, depuis la crise syrienne.

Conclusion

Au gré des régimes migratoires et des nouvelles entrées dans l'Union européenne, certaines frontières ont été supprimées pour les uns tandis que d'autres ont été érigées pour les autres. Ainsi, les Portugais, entrés pour la plupart clandestinement dans les pays européens en traversant les Pyrénées (*O salto*) avec ce qu'ils appelaient un « passeport de lapin », c'est-à-dire sans papiers, sont devenus invisibles juridiquement quand ils ont bénéficié de la libre circulation européenne en 1992 (la même année que les Grecs et les Espagnols) alors que les Algériens, qui bénéficiaient de la libre circulation aux termes des accords d'Evian (1962) et soumis à visa depuis 1986, viennent grossir le flux des « grilleurs de frontières » (*harragas*).

Mais la frontière est aussi intérieure aux Etats, entre les Européens et les extracommunautaires, pour qui le défaut de papiers en règle constitue une frontière, lourde de conséquences pour le travail, la vie quotidienne, la mobilité pour les sans-papiers. Une fois franchies les frontières juridiques, par régularisation, mariage, entrée régulière, accès à la nationalité, une autre frontière perdure : celle de la visibilité physique des imaginaires. Les nouveaux nationaux continuent alors à être considérés comme des étrangers du fait de discriminations en tout genre : assignation à résidence dans les cités, racisme institutionnel de la part des forces d'autorité, difficulté d'être considéré et traité comme un citoyen ordinaire dans l'accès au logement, à l'emploi, aux filières scolaires recherchées, jusqu'aux boîtes de nuit. Le développement de situations de bi nationalité, du fait de l'extension du droit du sol dans la plupart des pays d'accueil européens depuis les années 1990 et du maintien du droit du sang dans les pays de départ, permet de franchir les frontières du déplacement de part et d'autre des frontières externes de l'Europe, sans pour autant abolir la frontière des représentations collectives liées à la visibilité. Mais le droit de la nationalité a des règles différentes pour chaque pays européen, car il est souvent le symbole de son histoire nationale et de sa géographie, d'où un accès différencié à la citoyenneté européenne : les règles du jeu sont les mêmes pour tous ceux qui sont citoyens européens alors que le droit d'entrée dans la citoyenneté européenne tient du cas par cas (l'accès à la nationalité).

Des zones grises perdurent, avec la pratique discrétionnaire des régularisations, des critères de naturalisation, du principe de non refoulement des déboutés du droit d'asile, du maintien sur le territoire des mineurs non accompagnés, des menaces de dénaturalisation parfois introduites dans les débats publics, comme en France en 2015.

Karine Parrot & Louis Imbert

La « crise migratoire » fantasmée ou l'échec programmé de la forteresse Europe



KARINE PARROT

Karine Parrot est professeure de droit à l'Université de Cergy-Pontoise.



LOUIS IMBERT

Louis Imbert diplômé du master Droit Economique de Sciences Po Paris et étudiant du Master Droits de l'Homme à l'Université Paris-Ouest-Nanterre-La Défense.

En avril 2015, deux naufrages successifs en mer Méditerranée ont coûté la vie à un millier et demi de personnes qui tentaient de rejoindre le territoire européen. Dès le lendemain, les responsables politiques et les médias s'emparent de ces « *tragédies migratoires* » pour construire et relayer l'idée que l'Europe fait face à une « *crise migratoire* » soudaine, imprévisible et inévitable. Le 20 avril, le Conseil européen adopte ainsi un plan d'action en dix points, présenté comme une première réponse à la « *situation de crise en Méditerranée* ». Quelques semaines plus tard, la Commission européenne publie un « Agenda européen en matière de migration », toujours en réponse à la « *crise migratoire en Méditerranée* ». Rapidement, la rhétorique alarmiste de la « *crise* » se répand dans le discours des institutions européennes, des responsables politiques et des médias.

Pourtant, de crise à proprement parler, il n'est point : la situation humanitaire mondiale se dégrade de façon notoire et régulière depuis plusieurs années, notamment depuis cinq ans avec la guerre en Syrie. Déjà en 2011, 42,5 millions de personnes dans le monde avaient été contraintes de quitter leur pays ou leur région, avec un nombre « record » de 800 000 nouveaux réfugiés selon le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) qui, depuis 2012, alerte régulièrement les autorités européennes de la situation de plus en plus catastrophique¹. Certes, en 2015, près d'un million de migrants ont rejoint l'Europe², ce qui constitue une augmentation significative par rapport aux années précédentes. Mais, d'abord, cette augmentation était prévisible et n'a rien d'accidentel et, ensuite, ce chiffre d'un million est à relativiser. Il représente environ 0,2% de la population européenne³ et doit être comparé au nombre total de personnes déplacées dans le monde qui s'élève aujourd'hui à plus de 65 millions, et au chiffre global de personnes réfugiées – 21,3 millions – dont 90 % sont accueillies par des pays du Sud⁴. Avec ce million de nouvelles

¹ HCR, « Le HCR très préoccupé par l'exode croissant des Syriens », 20 juillet 2012, disponible sur <http://www.unhcr.org/fr/news/stories/2012/7/500d6498c/hcr-tres-preoccupe-lexode-croissant-syriens.html> ; HCR, « Selon le chef du HCR, un moment de vérité se profile pour la Syrie, avec le risque d'une crise ingérable », 27 février 2013, disponible sur <http://www.unhcr.org/fr/news/stories/2013/2/512f5740c/chef-hcr-verite-profile-syrie-risque-dune-crise-ingerable.html>.

² Organisation Internationale pour les Migrations (OIM), « Le nombre d'arrivées de migrants et de réfugiés en Europe atteint le million en 2015 », 22 décembre 2015, disponible sur <https://www.iom.int/fr/news/le-nombre-darrivees-de-migrants-et-de-refugies-en-europe-atteint-le-million-en-2015>.

³ Selon Eurostat, l'Union européenne compte 510 millions d'habitants au 1^{er} janvier 2016.

⁴ HCR, « Un être humain sur 113 est déraciné ; le déplacement forcé atteint un niveau sans précédent », 20 juin 2016, <http://www.unhcr.org/fr/news/press/2016/6/576404f7a/etre-humain-113-deracine-deplacement-force-atteint-niveau-precedent.html>.

arrivées, l'Europe est donc très loin de « l'invasion », mythe populiste qui sert entre autres à justifier des politiques migratoires toujours plus répressives. Aujourd'hui, dans les faits, ce sont la Turquie, le Liban et la Jordanie, pays voisins de la Syrie, qui accueillent la quasi-totalité des réfugiés syriens⁵ pendant que les dirigeants européens crient à « la crise migratoire la plus grave depuis la Seconde guerre mondiale »... Les personnes arrivées en Europe en 2015 sont pour une large part éligibles au statut de réfugié⁶ d'après la Convention de Genève de 1951. Pourtant, au lieu de les accueillir, l'Europe a inventé une « crise » et s'est bornée à renforcer les vieux dispositifs de fermeture des frontières déjà en place.

Nous montrerons ici comment cette « crise » a servi de prétexte au durcissement des politiques migratoires européennes (II), celles-là même qui sont mises en œuvre depuis plus de quinze ans et qui constituent une série d'échecs notoires (I).

I. L'échec de longue date de la forteresse Europe

Malgré des efforts de longue date, les politiques migratoires européennes échouent à remplir leur double objectif répressif – contrôle des migrations vers l'Europe (A) et maîtrise des mouvements « secondaires » au sein de l'Union européenne (B). Pour autant, elles n'en demeurent pas moins porteuses d'un système profondément injuste marqué par de nombreuses violations des droits, dont certaines ont été reconnues par la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme.

A) Le contrôle des migrations vers l'Europe

Les politiques migratoires européennes suivent les mêmes orientations répressives depuis une vingtaine d'années. Parallèlement à l'abolition des contrôles à ses frontières intérieures, l'UE a choisi de renforcer et d'harmoniser les contrôles aux frontières extérieures en vue d'établir un « espace de liberté, de sécurité et de justice », objectif de longue date et priorité officielle de l'Union depuis 2009⁷. Au-delà des murs physiques, il faut également mentionner les impressionnantes barrières juridiques.

L'une des manifestations les plus tangibles de la politique européenne de fortification est l'érection de barrières toujours plus hautes et sécurisées aux frontières extérieures, financées par l'Union. A partir des années 1990, une barrière a été construite et renforcée autour des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla, seules frontières terrestres de l'Union européenne (UE) avec l'Afrique. Au cours des années 2010, des murs ont été édifiés entre la Grèce et la Turquie, au niveau du fleuve Evros, ainsi qu'entre la Bulgarie et la Turquie. Au pied de ces barrières, les migrants subissent des violences policières récurrentes et font l'objet de renvois immédiats de l'autre côté de la frontière, en violation flagrante du principe de non refoulement posé par l'article 33 de la Convention de Genève sur le

⁵ Au 30 septembre 2016, hormis les 6 millions de déplacés internes en Syrie, on compte 2,7 millions de réfugiés en Turquie, 1 million au Liban et 650 000 en Jordanie. L'Europe au sens large (37 pays) aurait quant à elle enregistré environ 1,1 million de demandes d'asile de Syriens. Source : HCR, « Syria Regional Refugee Response Inter-Agency: Information Sharing Portal », <http://www.data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php>.

⁶ Selon l'Organisation internationale pour les migrations (OIM) et le HCR, environ la moitié étaient syriens, 20 % afghans et 7% irakiens. Source : HCR/OIM, « A million refugees and migrants flee to Europe in 2015 », 22 décembre 2015, <http://www.unhcr.org/news/press/2015/12/567918556/million-refugees-migrants-flee-europe-2015.html>.

⁷ Article 3 paragraphe 2 du Traité sur l'Union européenne : « 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. ».

statut des réfugiés et l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁸. Récemment, trois plaintes ont été déposées auprès de la Cour de Strasbourg par des personnes ayant fait l'objet de refoulements « à chaud » à la frontière hispano-marocaine de Melilla en 2014⁹. Bien que largement documentées par la presse et les associations de défense des droits des étrangers¹⁰, ces pratiques illégales ont lieu en toute impunité à la frontière sud de l'Espagne depuis plus de dix ans. Régulièrement interpellée sur la question au Parlement européen, la Commission européenne se contente de répondre qu'elle suit avec attention la situation, sans que ne s'en suive toutefois une véritable enquête et une procédure d'infraction¹¹.

L'Union se barricade également au moyen de barrières juridiques de plus en plus nombreuses et sophistiquées. En particulier, la politique communautaire des visas extrêmement restrictive empêche de très nombreux migrants, y compris des demandeurs d'asile, de rejoindre l'Europe de manière régulière. Les conditions draconiennes pour obtenir du consulat basé à l'étranger un « visa Schengen » pour entrer en Europe¹², combinées à l'impossibilité de demander l'asile avant d'atteindre ce territoire européen, freinent considérablement les arrivées et même, dans une certaine mesure, les départs¹³. Pire encore, l'UE a mis en place des dispositifs spécifiques tels que les visas de transit aéroportuaire¹⁴, qui ciblent certaines nationalités « à risque » et les empêchent de transiter par l'Europe de peur de devoir traiter (favorablement) leur demande d'asile.

Par ailleurs, l'UE a créé en 2004 l'« Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne » (Frontex)¹⁵. Initialement dotée d'un budget de 6 millions d'euros, cette agence s'est vue attribuer en 2016 un budget d'environ un quart de milliard d'euros. On notera à titre de comparaison que l'Agence des droits fondamentaux de l'UE et le Bureau européen d'appui en matière d'asile disposent respectivement d'un budget d'environ 20 millions d'euros en 2016. Avec son budget pour le moins conséquent, l'agence Frontex est censée « améliorer la gestion intégrée des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne », entre autres à travers la coordination d'opérations de « gestion des frontières » (surveillance) et de « retour » (expulsions), des activités d'« analyse de risques » et de recherche, une assistance « technique » et « opérationnelle » à certains pays et des programmes de formation pour les garde-frontières nationaux.

⁸ Ces pratiques peuvent également violer l'article 4 du protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'Homme : « *Les expulsions collectives d'étrangers sont interdites.* ».

⁹ CEDH, *N.D. & N.T. c. Espagne* (affaires jointes), req. n° 8675/15 et 8697/15 ; CEDH, *Doumbe Nnabuchi c. Espagne*, req. N°19420/15.

¹⁰ Voir notamment Migreurop, « Guerre aux migrants : Le livre noir de Ceuta et Melilla », juin 2006, <http://www.migreurop.org/IMG/pdf/livrenoir-ceuta.pdf> ; Migreurop / Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía / La Cimade, « Ceuta & Melilla, centres de tri à ciel ouvert aux portes de l'Afrique », décembre 2015, http://www.migreurop.org/IMG/pdf/fr_rapportconjoint_ceutamelilla_decembre2015.pdf.

¹¹ Pour un exemple récent, lire la réponse écrite du commissaire européen aux Affaires Intérieures Dimitris Avramopoulos à la question posée par l'eurodéputé Ernest Urtasun (Verts/ALE) le 31 août 2015 (question n°E-012287-15).

¹² Voir le règlement (CE) n°810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (code des visas) ainsi que le Règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen).

¹³ Rappelons à cet égard qu'aux termes de l'article 12 paragraphe 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, « *[t]oute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.* ».

¹⁴ Article 3 du code des visas. Au 1er juillet 2016, douze pays imposaient un visa de transit aéroportuaire aux ressortissants syriens (on trouve sur le site de la Commission européenne une liste non exhaustive des obligations imposées par les États membres en matière de visa de transit aéroportuaire : http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/borders-and-visas/visa-policy/docs/annex_7b_atv-national_lists.en.pdf).

¹⁵ Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil du 26 octobre 2004 portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (modifié en 2011 et 2014).

Plusieurs constats s'imposent ici. Tout d'abord, l'agence Frontex est emblématique de ce que, depuis de nombreuses années, des sommes astronomiques sont investies par l'Union dans la « *protection* » de ses frontières extérieures. Outre le budget exponentiel de l'agence Frontex, on pourrait citer parmi la multitude d'instruments financiers inventés¹⁶ le Fonds européen pour les frontières extérieures (2007-2013), aujourd'hui remplacé par le Fonds pour la sécurité intérieure – Frontières (2014-2020) dont l'allocation totale initiale s'élève à 2,76 milliards d'euros¹⁷. Ensuite, malgré le discours de longue date de l'agence Frontex – dont le rôle consiste singulièrement à définir autant qu'à régler le « *problème* » de l'immigration irrégulière – les fonds exorbitants investis n'ont pas permis de verrouiller les frontières de l'Europe et n'ont en pratique que provoqué le déplacement des routes migratoires, rendues à chaque fois plus longues, coûteuses et périlleuses pour les intéressés¹⁸. Au-delà de leur coût financier, les activités du bras armé des politiques migratoires ont ainsi un coût humain extrêmement lourd. Depuis que l'Europe a choisi de fermer les accès légaux à son territoire aux migrants en provenance de pays pauvres, le nombre de morts sur les routes migratoires ne cesse de croître¹⁹, ce qui n'a semble-t-il jamais ébranlé la légitimité du projet européen. Cela est d'autant plus préoccupant que les textes organisent sans le dire l'irresponsabilité de l'agence Frontex en cas de violation des droits des migrants au cours des opérations de surveillance et d'expulsion. Ce point a été soulevé en vain tant par la société civile²⁰ que par le Médiateur européen²¹ et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe²². Le problème demeure entier après la réforme de l'agence intervenue en 2011. En effet, celle-ci aborde enfin la question des droits de l'Homme mais n'instaure pas de véritable mécanisme de plainte permettant de rechercher la responsabilité de l'agence dans le cadre des opérations conjointes qu'elle a pour mandat de coordonner. Certes, d'après la Cour européenne des droits de l'Homme, les personnes interceptées en haute mer n'en demeurent pas moins sous la juridiction du ou des Etats qui mènent les opérations d'arraisonnement et de refoulement, ce qui leur permet en théorie de bénéficier des droits garantis par la Convention²³. Mais encore faudra-t-il survivre, aller jusqu'à saisir la Cour européenne et prouver que des agents étatiques et des agents de Frontex ont mené les opérations... Autre aspect préoccupant des activités de l'agence : elle conclut avec un certain nombre d'administrations d'Etats non membres de l'UE des « *accords de travail* », dont les textes sont secrets et négociés en toute opacité, sans aucun contrôle du Parlement européen²⁴.

Ces accords sont emblématiques d'une autre tendance lourde des politiques migratoires européennes, à savoir l'externalisation accrue des contrôles frontaliers, c'est-à-dire la sous-traitance

¹⁶ E. KAMARAS, M. SAUNIER et L. TODARO, « Overview on the Use of EU Funds for Migration Policies » (étude pour le Parlement européen), 31 août 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/572682/IPOL_IDA\(2016\)572682_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/572682/IPOL_IDA(2016)572682_EN.pdf).

¹⁷ Règlement (UE) n° 515/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier dans le domaine des frontières extérieures et des visas et abrogeant la décision n° 574/2007/CE.

¹⁸ C. RODIER, *Xénophobie business. A quoi servent les contrôles migratoires ?*, La Découverte, 2012.

¹⁹ Selon le consortium de journalistes The Migrants Files, on compterait entre 2000 et 2014 plus de 22 000 morts aux frontières extérieures de l'Europe. Source : OIM, « Fatal Journeys : Tracking Lives Lost during Migration », 2014, p. 24, https://publications.iom.int/system/files/pdf/fataljourneys_countingtheuncounted.pdf.

²⁰ S. CASELLA COLOMBEAU, M. CHARLES, O. CLOCHARD et C. RODIER, « Agence Frontex : quelles garanties pour les droits de l'homme ? Etude sur l'Agence européenne aux frontières extérieures en vue de la refonte de son mandat », novembre 2010, <https://www.frontexit.org/fr/docs/5-frontex-queelles-garanties-pour-les-droits-de-lhomme-/file>.

²¹ Rapport spécial de la Médiatrice européenne dans l'enquête d'initiative OI/5/2012/BEH-MHZ relative à Frontex, 7 novembre 2013, <http://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/specialreport.faces/fr/52465/html.bookmark>.

²² Assemblée parlementaire, Résolution 1932 (2013), « Frontex: responsabilités en matière de droits de l'homme », 25 avril 2013, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=19719&lang=FR>.

²³ CEDH, G.C., 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, req. n° 27765/09.

²⁴ Frontexit, « Frontex et la coopération avec les Etats non membres de l'UE. Accords de travail et autres formes de coopération », janvier 2015, <http://www.frontexit.org/fr/docs/71-la-cooperation-exterieure-de-frontex-hors-de-tout-controle-democratique-note-longue/file>.

des contrôles migratoires aux pays limitrophes de l'Union²⁵. A cette rubrique, l'UE a notamment signé une vingtaine d'accords de réadmission avec des Etats non membres de l'UE. Grâce à ces accords, l'Union peut y renvoyer selon une procédure simplifiée leurs ressortissants en situation irrégulière sur le territoire européen. Ces accords permettent aussi le renvoi, par la même procédure simplifiée, des personnes en situation irrégulière qui ont transité par le pays signataire pour gagner l'Union. Ainsi, par exemple, l'accord signé avec le Pakistan permet d'y renvoyer un Afghan en situation irrégulière sur le territoire européen à la seule condition qu'il ait transité par le Pakistan pour gagner l'Europe. La signature de nouveaux accords de ce type est envisagée, notamment dans le cadre d'une politique extérieure qui, plus largement, instrumentalise l'aide au développement pour obtenir des pays tiers qu'ils contribuent à étanchéifier la forteresse Europe²⁶. La politique d'externalisation des frontières prend également d'autres formes telles que la criminalisation de l'« émigration irrégulière » dans le droit des pays de départ adoptée sous la pression de l'Union²⁷, les sanctions édictées contre les transporteurs en cas de transport de personnes en situation irrégulière²⁸, ou encore le système des officiers de liaison²⁹.

Tous ces dispositifs visent à empêcher les migrants d'atteindre le territoire européen, qu'ils soient d'ailleurs ou non en quête de protection. Malgré les échecs de cette politique de repli, son coût financier et le nombre croissant de morts, les autorités européennes s'entêtent à poursuivre et intensifier leurs efforts pour freiner les arrivées sur le territoire de l'Union.

B) La maîtrise des mouvements « secondaires » ou la mise sous contrôle des demandeurs d'asile

Bien qu'à l'intérieur de l'Union l'espace Schengen soit censé constituer un espace de libre circulation, le règlement Dublin III³⁰ impose aux demandeurs d'asile le pays chargé d'instruire leur demande de protection. L'objectif principal de ce dispositif est de limiter au maximum

²⁵ Pour une analyse du concept d'externalisation, voir BLANCHARD Emmanuel, « Qu'est-ce que l'externalisation ? » in *Journée d'études du Gisti. Externalisation de l'asile et de l'immigration - Après Ceuta et Melilla, les stratégies de l'Union européenne*, Paris, 20 mars 2006, <http://www.migreurop.org/article974.html?lang=fr>. Voir également C. RODIER, « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE - synthèse et recommandations pour le Parlement européen », août 2006, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/619/619330/619330fr.pdf.

²⁶ Le sommet euro-africain qui s'est tenu en novembre 2015 à La Valette est un parfait exemple de la manière dont l'Union européenne cherche à inciter les pays dits « tiers » à contribuer plus activement aux contrôles migratoires en amont des frontières européennes. A l'issue de cette rencontre entre les chefs d'Etat et de gouvernement européens et africains, l'UE a annoncé la création d'un fonds fiduciaire d'urgence d'1,8 milliards d'euros, qui associe l'aide au développement à la lutte contre l'immigration « irrégulière » ainsi qu'aux questions de sécurité et de lutte contre le terrorisme.

²⁷ Sur cette question, voir notamment M.J. ALPES, N. PREISS et Ch. BLONDEL, « Pénaliser l'émigration: l'Europe complice » in *Les expulsés, leur voix, leurs droits*, *Plein droit* n°107, déc. 2015. Voir également pour un recensement des pays criminalisant le départ en droit ou de fait, Ch. Blondel, M. Conciatori, N. Preiss, M. Monras, S. Seiller, J. Uhlmannsiek, M. Jill Alpes (dir.), « Post-deportation risks: Criminalized departure and risks for returnees in countries of origin », mai 2015, disponible sur le site <<http://www.refugeelegalaidinformation.org>>.

²⁸ Directive 2001/51/CE du 28 juin 2001 visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1958. Pour une analyse de la question, voir V. BAUDET-CAILLE, « Les 'contrôleurs d'immigration' », *Plein Droit*, n° 55, décembre 2002, pp. 26-28 ; V. GUIRAUDON, « Logiques et pratiques de l'Etat délégué : les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance. Partie 1 », *Cultures & Conflits*, n° 45, printemps 2002.

²⁹ Règlement (CE) n° 377/2004 du Conseil du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison "Immigration".

³⁰ Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).

les mouvements « *secondaires* » de demandeurs d'asile au sein de l'espace Schengen. Sorte de machine à gaz répartitrice des demandeurs d'asile, le système Dublin est aussi injuste qu'inefficace.

Ce système a initialement été mis en place par une convention internationale signée à Dublin en 1990 par les Etats membres de la Communauté européenne³¹ afin de corriger plusieurs phénomènes. D'une part, certains demandeurs d'asile pouvaient faire plusieurs demandes d'asile en Europe, lorsque d'autres à l'inverse ne trouvaient aucun Etat pour examiner leur demande (« *réfugiés sur orbite* »). D'autre part, chacun avait la possibilité de demander l'asile où bon lui semblait, ce qui a pu engendrer une répartition inégale des demandeurs en Europe. Si le « système Dublin » permet d'attribuer, selon une liste de critères objectifs et hiérarchisés³², la responsabilité de l'examen de la demande d'asile à un seul et unique pays, c'est souvent le premier pays par lequel le demandeur a pénétré sur le territoire européen qui est désigné. Communautarisé par l'intermédiaire d'un premier règlement³³, réformé en 2013, le mécanisme de répartition repose notamment sur la base de données Eurodac³⁴, censée contenir les empreintes digitales de tous les demandeurs d'asile et des personnes interpellées en train de franchir irrégulièrement les frontières extérieures de l'Union.

Le système Dublin est critiqué par des acteurs très divers : des universitaires³⁵, des organisations non gouvernementales³⁶, le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe³⁷, le HCR³⁸ ou

³¹ Convention relative à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres des Communautés européennes, JO n° C 254 du 19.8.1997, p. 1–12. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1997.

³² Selon le règlement Dublin III, les critères d'attribution de la responsabilité de la demande d'asile sont, dans l'ordre et sous réserve du respect de certains délais, la minorité et les liens familiaux avec des personnes déjà présentes sur le territoire de l'UE (articles 8 à 11), la délivrance par un Etat membre de titres de séjour ou de visas (article 12), l'entrée et/ou le séjour irrégulier dans un Etat membre (article 13), l'entrée sous exemption de visa dans un Etat membre (article 14) et la demande de protection internationale présentée dans la zone de transit international de l'aéroport d'un Etat membre (article 15). Lorsque aucun Etat membre ne peut être désigné responsable selon ces critères, la responsabilité d'examiner la demande incombe au premier pays où une demande de protection internationale a été introduite (article 3 paragraphe 2 alinéa 1). En outre, si le transfert vers l'Etat désigné est impossible du fait de probables défaillances systémiques dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil du pays de destination, le pays où se trouve le demandeur doit poursuivre l'examen des critères (article 3 paragraphe 2 alinéa 2). Par ailleurs, si le transfert est impossible vers l'Etat désigné sur la base des critères du règlement ou vers le premier pays où une demande a été introduite, l'Etat membre où se trouve le demandeur devient responsable de l'examen de la demande (article 3 paragraphe 2 alinéa 3). Enfin, en vertu de clauses discrétionnaires (article 17), tout Etat peut décider d'examiner une demande dont la responsabilité ne lui incombe pas selon les critères du règlement, notamment pour des raisons humanitaires.

³³ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, dit « règlement Dublin II ».

³⁴ Règlement (UE) n° 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) n° 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des Etats membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'Eurodac présentées par les autorités répressives des Etats membres et Europol à des fins répressives, et modifiant le règlement (UE) n° 1077/2011 portant création d'une agence européenne pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

³⁵ Voir, par exemple, S. BARBOU DES PLACES, « Le dispositif Dublin 2 ou les tribulations de la politique communautaire d'asile », European University Institute Working Paper, LAW, No. 2004/06.

³⁶ Voir, par exemple, European Council on Refugees and Exiles, « ECRE Comments on Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) », mars 2015, http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/07/ECRE-Comments-on-the-Dublin-III-Regulation_March-2015.pdf.

³⁷ Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Communiqué de presse 683(2010) « Le 'règlement de Dublin' porte atteinte aux droits des réfugiés », 22 septembre 2010, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=PR683\(2010\)&Language=lanFrench&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=PR683(2010)&Language=lanFrench&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true).

³⁸ HCR, « UNHCR comments on the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third country national or a stateless person ("Dublin II") (COM(2008) 820, 3 December 2008) and the European Commission's Proposal for a recast of the Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of [the Dublin II Regulation] (COM(2008) 825, 3 December 2008) », 12 mars 2009, <http://www.refworld.org/docid/49c0ca922.html>.

encore, plus récemment, des parlementaires français³⁹. Ce dispositif est tout d'abord considéré comme injuste car il écarte par principe et *ab initio* la volonté du demandeur. En effet, il attribue arbitrairement la responsabilité de la demande d'asile à un Etat membre sans prendre en considération les langues parlées, les compétences professionnelles et les réseaux de solidarité nationaux, culturels et familiaux au sens large. En outre, le système Dublin porte en germe des violations des droits des demandeurs, notamment en permettant leur transfert vers des Etats membres où les conditions d'accueil sont constitutives de traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme et à l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Dans plusieurs affaires, les cours de Strasbourg et de Luxembourg n'ont ainsi eu d'autre choix que de condamner les Etats responsables de tels transferts⁴⁰, ce qui a eu pour effet de suspendre partiellement l'application du règlement Dublin, manifestement incompatible avec la réalité très disparate de l'asile en Europe et le plein respect des droits des demandeurs d'asile. Enfin, le système Dublin demande une logistique importante, ce qui explique en partie pourquoi il est très largement inefficace. Entre 2010 et 2014, environ 10% des demandeurs d'asile ont fait l'objet d'une demande de transfert, et au total, seuls 2% des demandeurs d'asile dans l'UE ont réellement été transférés vers un autre pays⁴¹. Ici encore, la volonté affirmée de contrôler le sort des demandeurs d'asile est un échec. Et l'échec était prévisible tant le système – inique pour les demandeurs d'asile – fait peser un poids particulier sur les pays frontaliers par lesquels ils pénètrent en Europe.

II. L'échec programmé de la gestion d'une « crise » fantasmée

En avril 2015, la couverture médiatique de deux naufrages ayant causé la mort de près de 1 500 personnes en Méditerranée combinée à l'exode continu du peuple syrien ont contraint les dirigeants européens à adapter leur discours sur la « *gestion des flux migratoires* ». Jusqu'alors, la figure du « migrant économique », qui par hypothèse n'a pas vocation à obtenir le statut de réfugié, permettait de légitimer la lutte contre l'immigration irrégulière et son corollaire : l'impossibilité pour les migrants de gagner l'Europe par des voies légales afin d'y déposer une demande d'asile. L'émotion téléguidée de « l'opinion publique » mais surtout le nombre important de Syriens parmi les migrants⁴² a changé la donne : fuyant un pays en guerre depuis plus de cinq ans, les Syriens relèvent manifestement du champ de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés. Autrement dit, ils ont droit à la protection internationale. Il était d'autant plus difficile pour les instances européennes de mettre en doute ce droit que l'accueil et la solidarité envers les « véritables » demandeurs d'asile sont souvent présentés comme une contrepartie de la lutte active contre l'immigration irrégulière et son lot d'injustices. Depuis que le droit d'asile relève des compétences de l'Union, l'objectif officiel est d'instaurer « *un espace commun de protection et de solidarité fondé sur une procédure d'asile commune* »⁴³, et sur « *l'application intégrale et globale de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés* ». Dans une allocution du 9 septembre 2015, le président de la Commission européenne

³⁹ G. GORCE et J. LEGENDRE (sénateurs), « Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées. L'Europe au défi des migrants : agir vraiment ! », n° 795 (2015-2016), 13 juillet 2016, pp. 70-73, <https://www.senat.fr/rap/r15-795/r15-7951.pdf>.

⁴⁰ CEDH, G.C., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09; CJUE, G.C., 21 décembre 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, Aff. C-411/10 et C-493/10. Dans une affaire plus récente (CEDH, G.C., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12), la CEDH a suspendu le transfert d'une famille de la Suisse vers l'Italie en raison des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile dans le pays de destination.

⁴¹ Bureau européen d'appui en matière d'asile, « Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union 2015 », 2016, https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EN_%20Annual%20Report%202015_1.pdf, p. 30.

⁴² En septembre 2016, l'Agence nationale des Nations unies pour les réfugiés comptabilisait plus de 4,8 millions de réfugiés syriens dans les pays limitrophes.

⁴³ Programme de Stockholm adopté par le Conseil européen lors de sa réunion des 10 et 11 décembre 2009.

Jean-Claude Juncker déclarait : « *Nous, Européens, devrions savoir, et ne devrions jamais oublier, pourquoi il importe tellement de donner l'asile et de respecter le droit fondamental à l'asile* ».

Dans un premier temps, donc, plusieurs Etats européens mais aussi l'Union européenne ont affiché leur volonté de respecter le droit d'asile et d'ouvrir ainsi un peu leur porte aux Syriens. Un agenda européen pour les migrations a été adopté en mai 2015⁴⁴, dans lequel on peut lire que « *l'impératif absolu est le devoir de protection des personnes dans le besoin* » et que « *[l']Europe doit continuer à être un havre sûr pour ceux qui fuient les persécutions* ». Mais à côté des bons mots, les mesures concrètes proposées pour surmonter ce qui était devenue une « *crise migratoire* » consistent pour une large part à renforcer les mesures mises en œuvre depuis quinze ans : fermer les frontières de l'Europe et travailler à la délocalisation du traitement de l'asile par les pays tiers, voire même par les Etats membres aux frontières extérieures de l'Union. On commencera par l'exposé des deux seules mesures véritablement nouvelles – les relocalisations et les réinstallations (A) – qui s'insèrent dans un maillage de dispositifs anciens légèrement remaniés : la mise en place de camps de tri et la signature d'accords de coopération avec, en l'occurrence, la Turquie pour la sous-traitance de la fermeture des frontières (B).

A) Relocalisation, réinstallation

Au vu des routes migratoires actuelles, la Grèce et l'Italie ont été les premiers pays en Europe à être confrontés à l'accroissement des migrations observées en 2015, avec près d'un million de migrants arrivés sur leurs côtes en 2015 et 300 000 pour les neuf premiers mois de l'année 2016⁴⁵. Il s'agit principalement de Syriens, d'Afghans, d'Irakiens, d'Erythréens et d'Albanais. Or, comme nous l'avons vu, le système Dublin fait mécaniquement peser sur les Etats européens situés en périphérie de l'espace Schengen un « fardeau » plus lourd en matière d'asile. Les modifications successives des règlements Dublin n'ont jamais profondément ébranlé la règle suivant laquelle l'Etat par lequel l'individu pénètre en premier sur le territoire européen est celui compétent pour traiter sa demande d'asile. Face à l'incapacité des centres d'accueil des migrants et d'enregistrement des demandeurs d'asile de faire face à ces arrivées, la Commission européenne a appelé à un mouvement de solidarité envers ces deux Etats, en proposant notamment que 40 000 Syriens et Érythréens arrivés en Italie ou en Grèce à compter du 15 avril soient relocalisés à travers l'Union européenne, offrant aux Etats 6 000 euros par personne relocalisée sur leur territoire⁴⁶. Quelques mois plus tard, en septembre 2015, la Commission propose la relocalisation de 120 000 personnes supplémentaires⁴⁷. Finalement, c'est bien le projet de relocaliser 160 000 demandeurs d'asile qui sera validé par le Conseil dans deux décisions des 14 et 22 septembre 2015, où figure une clé de répartition des migrants entre les Etats membres combinant plusieurs critères (PIB, nombre d'habitants, taux de

⁴⁴ Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions : Un agenda européen en matière de migration », 13 mai 2015, COM(2015) 240 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/TXT/?uri=CELEX%3A52015DC0240>.

⁴⁵ OIM, « Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond. Compilation of Available Data and Information. Reporting period : 7 sept/21 sept 2016 », 22 septembre 2016, <http://migration.iom.int/docs/WEEKLY%20Flows%20Compilation%20No25%2022%20September%202016.pdf>.

⁴⁶ Le mécanisme proposé en mai 2015 s'appuie sur l'article 78 §3 du TFUE, encore jamais utilisé, qui prévoit : « *Au cas où un ou plusieurs États membres se trouvent dans une situation d'urgence caractérisée par un afflux soudain de ressortissants de pays tiers, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des mesures provisoires au profit du ou des États membres concernés. Il statue après consultation du Parlement européen* ».

⁴⁷ Voir Commission européenne, « Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil : Gestion de la crise des réfugiés : mesures opérationnelles, budgétaires et juridiques immédiates au titre de l'agenda européen en matière de migration », 29 septembre 2015, COM(2015) 490 final, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/communication_on_managing_the_refugee_crisis_fr.pdf.

chômage et nombre de demandeurs d'asile déjà présents). D'après le plan adopté, les personnes éligibles à la relocalisation sont les ressortissants non européens ayant « manifestement besoin d'une protection internationale », c'est-à-dire plus précisément les demandeurs d'asile ayant la nationalité d'un Etat dont les ressortissants obtiennent le statut de réfugié en première instance à un taux supérieur ou égal à 75% en moyenne à l'échelle européenne ! L'objectif est ainsi d'éviter la relocalisation de celles et ceux qui n'auraient pas vocation à obtenir le statut de réfugié. Le tri entre les demandeurs d'asile doit s'effectuer pour une large part dans les *hotspots*, nouveaux centres multifonctionnels parallèlement mis en place par l'Union en Grèce et en Italie. Fait marquant : les Etats membres ont été en mesure de formuler « des préférences » quant aux types de demandeurs à accueillir, notamment quant aux qualifications, aux langues parlées ou à la situation familiale particulière des intéressés. Parallèlement, un plan concernant la réinstallation de 22 500 personnes a été adopté par le Conseil sur proposition de la Commission. Cette fois, il s'agit pour les Etats membres de se répartir des personnes qui se trouvent dans des Etats non européens et qui ont manifestement besoin d'une protection internationale. Autrement dit, il s'agit simplement d'accorder l'asile à des personnes qui se trouvent aux portes de l'Europe, soit dans des camps de réfugiés surpeuplés aux conditions de vie désastreuses, soit dans des villes où leur nombre rend très difficile leur « insertion » dans la communauté locale.

En juin 2016, neuf mois après l'entrée en vigueur des plans de relocalisation et de réinstallation, la Commission publiait son quatrième rapport sur leur mise en œuvre⁴⁸ : entre octobre et juin, sur les 160 000 prévus, seuls 2 280 demandeurs d'asile avaient été relocalisés depuis la Grèce et l'Italie. Un an après la mise en place des programmes, en septembre, le bilan reste maigre : au total, seules 5 651 personnes ont été relocalisées, c'est-à-dire 3,5 % du contingent programmé. Il apparaît donc clairement – en dépit des « progrès » salués par la Commission⁴⁹ – que le mécanisme de relocalisation qui devait, en soulageant la Grèce et l'Italie, permettre aux migrants d'être accueillis décemment sur le territoire européen et d'y déposer une demande d'asile n'a pas fonctionné. Les différents obstacles sont listés par la Commission. Ils sont nombreux et ils étaient prévisibles, relevant à la fois de la logistique et de la politique. D'abord, la volonté politique de se partager « le fardeau de l'asile » n'est pas uniformément partagée par les Etats membres, dont certains n'ont relocalisé aucun demandeur d'asile à ce jour⁵⁰. En particulier, la Hongrie et la Slovaquie ont déposé un recours en annulation contre les décisions du Conseil entérinant les programmes de relocalisation. La Hongrie, qui rechigne par ailleurs à reprendre les demandeurs d'asile dont elle est responsable selon le règlement Dublin, a également organisé un référendum national sur les « quotas imposés par Bruxelles », qui a été précédé d'une campagne massive d'affiches publicitaires xénophobes aux frais du contribuable hongrois. Après l'invalidation du référendum du 2 octobre faute d'une participation suffisante, le premier ministre Victor Orban a annoncé son intention d'engager une révision constitutionnelle sur la question⁵¹.

⁴⁸ Commission européenne, « Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council : Fourth Report on Relocation and Resettlement », 15 juin 2016, COM(2016) 416 final, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160615/4th_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf.

⁴⁹ Commission européenne, « Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council : Sixth Report on Relocation and Resettlement », 28 septembre 2016, COM(2016) 636 final, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160928/sixth_report_on_relocation_and_resettlement_en.pdf.

⁵⁰ Au 27 septembre 2016, l'Autriche, le Danemark, la Hongrie et la Pologne n'avait accueilli personne au titre de la relocalisation. La Bulgarie avait accueilli 6 demandeurs, la République tchèque 12 et la Slovaquie 3. Voir la fiche de la Commission : Commission européenne, « Relocation and Resettlement - State of Play », 28 septembre 2016, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/20160928/factsheet_relocation_and_resettlement_-_state_of_play_en.pdf.

⁵¹ Le Monde, « Migrants : La Hongrie veut amender sa constitution », 4 octobre 2016, http://www.lemonde.fr/international/article/2016/10/04/migrants-la-hongrie-veut-amender-sa-constitution_5008155_3210.html.

Ensuite, le procédé de la relocalisation prend du temps et nécessite une coordination assez poussée entre l'Etat de départ et celui où le demandeur d'asile sera relocalisé. La première étape, décisive, qui consiste à trier les migrants et à constituer des dossiers pour les personnes éligibles à la relocalisation, a longtemps été rendue très délicate par la surpopulation des camps – *hotspots* – où sont retenus les étrangers arrivant en Grèce et en Italie. Si la surpopulation n'a pas cessé, des « experts » de l'EASO, le Bureau européen d'appui en matière d'asile⁵², ont été dépêchés sur place pour monter les dossiers de demandes de relocalisation. Quoi qu'il en soit, avec à peine un peu plus de 5 000 personnes relocalisées, la mesure est quasiment anecdotique si l'on veut bien voir que ce sont actuellement plus de 60 000 migrants qui se trouvent pris au piège en Grèce, dont près de 14 000 enfermés à ciel ouvert sur les îles, attendant que leur demande d'asile soit traitée ou enregistrée. La situation en Italie n'est pas meilleure, les arrivées ayant augmenté avec le renforcement des contrôles au départ de la Turquie vers la Grèce : entre le 12 juillet et le 28 septembre 2016, plus de 52 000 migrants ont gagné la péninsule italique. Finalement, face aux réticences de plusieurs pays, une décision du Conseil du 29 septembre 2016 – qui fait suite à la déclaration de Bratislava du 16 septembre – enterre sans le dire le mécanisme. Les Etats sont ainsi admis à troquer leur contingent de personnes à relocaliser contre la réinstallation d'un nombre équivalent de ressortissants syriens présents en Turquie⁵³.

Cette nouvelle décision n'aura sans doute pas un effet significatif au vu du bilan des 22 500 « réinstallations » déjà programmées depuis l'été 2015. Un an après l'entrée en vigueur du programme, 10 700 personnes, dont seulement 1 600 Syriens, avaient effectivement été réinstallées, essentiellement au départ de la Turquie, du Liban et de la Jordanie. Et surtout, les Etats réfractaires aux relocalisations n'ont ici non plus guère joué le jeu des réinstallations, ce qui prive *ab initio* la décision du 29 septembre de tout effet utile. Quoi qu'il en soit, si l'on se souvient que la Turquie, le Liban et la Jordanie accueillent ensemble plus de 4 millions de réfugiés syriens, les programmes de relocalisation et de réinstallation imaginés par l'Union européenne – même suivis d'effet – ne pouvaient pas constituer « une réponse » satisfaisante à l'augmentation des migrations observées depuis 2015.

Si globalement ces programmes n'ont pas amélioré la condition des migrants aux frontières de l'Union, ils se sont accompagnés de deux dispositifs censés permettre le contrôle effectif des flux migratoires.

B) L'approche *hotspot*

D'abord, le mécanisme de relocalisation nécessitait un tri préalable des migrants entre ceux et celles ayant « manifestement besoin de protection internationale » et les autres qui ont vocation à être expulsés. C'est essentiellement pour faire ce tri, et corrélativement pour améliorer les capacités d'enregistrement des migrants arrivant en Grèce et en Italie, que l'Union a imaginé « l'approche *hotspot* »⁵⁴. Proposée par la Commission européenne en mai 2015, l'idée consiste à installer aux points d'arrivée des migrants des centres multifonctions capables d'effectuer les principales

⁵² Le Bureau européen d'appui en matière d'asile a été créé en 2010 pour « renforcer la coopération entre les États membres dans ce domaine et de les aider à faire face aux situations de crise » (voir le règlement (UE) n° 439/2010 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 2010 portant création d'un Bureau européen d'appui en matière d'asile).

⁵³ Article 1 de la décision (UE) 2016/1754 du Conseil du 29 septembre 2016 modifiant la décision (UE) 2015/1601 instituant des mesures provisoires en matière de protection internationale au profit de l'Italie et de la Grèce.

⁵⁴ Le terme même de *hotspot* dénote la criminalisation des migrants puisqu'il désigne dans le vocabulaire policier américain des zones géographiques à forte « densité criminelle ». Voir, par exemple, le rapport spécial pour le Département américain de la Justice : ECK John et al., « Mapping Crime : Understanding Hot Spots », août 2005, <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/209393.pdf>.

opérations de « gestion des flux » migratoires : identification des migrants (et parmi eux des passeurs), tri, dépôt (voire traitement) des demandes d'asile, enfermement des déboutés dans l'attente du « retour » et hébergement des candidats à une relocalisation. Au 30 septembre 2016, il y avait 4 *hotspots* en Italie⁵⁵ et 5 en Grèce⁵⁶, avec des capacités totales respectives de 1 600 et 5 400 places disponibles. La Commission met particulièrement l'accent sur « l'identification » des migrants, qui consiste essentiellement en une prise d'empreintes, cruciale pour accélérer le rejet d'une demande d'asile déjà examinée ou déclencher plus tard un « transfert Dublin ». Mais l'identification va de pair avec le tri : le migrant est questionné sur ses origines et son parcours afin de savoir s'il a vocation à obtenir le statut de réfugié ou si au contraire, il doit être considéré comme un « migrant économique ». Près de 400 officiers de l'agence Frontex et 100 agents de l'EASO ont été déployés dans les centres grecs pour soutenir les fonctionnaires nationaux dans ces différentes tâches, y compris pour l'éloignement des « migrants irréguliers ». Naturellement, fichage et tri des arrivants avaient déjà cours en Grèce et en Italie, mais les vieux centres d'accueil et/ou de rétention grecs et italiens, déjà surpeuplés⁵⁷, fonctionnaient mal. Cela s'explique par le manque de moyens matériels mais aussi par le fait que les autorités locales pouvaient avoir intérêt à laisser les migrants s'enfoncer *incognito* dans le territoire européen, ce qui leur évitait d'avoir à endosser le traitement de leur demande d'asile. Avec la transformation des vieux centres nationaux en *hotspots* (ou la création de *hotspots* sur les îles grecques), l'Union tente de reprendre la main sur le contrôle de l'entrée sur son territoire. Toutefois, sans surprise, les capacités des centres (de l'ordre de 7 000 places au total) ne permettent toujours pas de faire le tri entre ceux qui sont éligibles au statut de réfugié et les autres dans des conditions respectueuses du droit à demander l'asile. En Grèce, en particulier, la surpopulation dans les camps et les conditions de vie misérables imposées pendant des mois aux migrants sont sources de violences. La situation est aujourd'hui explosive dans plusieurs centres insulaires, notamment à Lesbos et Chios où près de 10 000 migrants se trouvent enfermés à ciel ouvert sur deux îles.

En réalité, « l'approche *hotspot* », qui consiste ni plus ni moins en une modernisation et l'amélioration des capacités de contrôle et de tri des « primo-arrivants » sous l'égide de Frontex et de l'EASO, était elle aussi vouée à l'échec au vu du nombre de migrants arrivant sur les côtes italiennes et grecques (autour d'un million en 2015). Or, ni l'Italie ni la Grèce ne désirent voir s'installer durablement sur leurs côtes de nombreux camps d'étrangers immanquablement destinés à croître, à l'image du camp français de Calais. En fait, aux yeux des dirigeants européens, la meilleure solution consisterait à ce que la « gestion des flux migratoires » ait lieu en amont, avant que les migrants ne pénètrent le territoire européen. A cette rubrique, la Turquie s'impose désormais, comme hier la Libye, en tant que partenaire incontournable : depuis 2015, l'Union s'est engagée avec elle dans des négociations ponctuées de « plan d'action » et « déclaration » informels ayant notamment abouti à la déclaration du 18 mars 2016. Élaborée par les dirigeants européens et turcs en dehors de tout cadre institutionnel, cette dernière prévoit que « tous les nouveaux migrants en situation irrégulière qui partent de la Turquie pour gagner les îles grecques à partir du 20 mars 2016 seront renvoyés en Turquie » et que « pour chaque Syrien renvoyé en Turquie au départ des îles grecques, un autre Syrien sera réinstallé de la Turquie vers l'UE en tenant compte des critères de vulnérabilité des Nations unies »⁵⁸. Officiellement, l'accord a pour objectif

⁵⁵ Sur les sites de Lampedusa, Pozzallo, Taranto, Trapani.

⁵⁶ Sur les sites de Lesbos, Chios, Samos, Leros et Kos.

⁵⁷ Voir par exemple l'affaire *Khlaifia et autres c. Italie* (CEDH, 1^{er} septembre 2015, req n° 16483/12). L'Italie est condamnée pour avoir détenu arbitrairement (article 5) les requérants dans un CSPA (Centre d'Accueil Initial et d'Hébergement) de l'île de Lampedusa, surpeuplé et transformé pour la circonstance en centre de rétention. Selon la Cour, les requérants, trois Tunisiens appartenant à un groupe d'une centaine de personnes, y ont été soumis à des traitements dégradants (article 3) pour finalement faire l'objet d'une expulsion collective, sans examen individuelle de leur situation, en violation de l'article 4 du Protocole 4 annexé à la Convention.

⁵⁸ En échange, la Turquie obtient une ouverture de crédit de 3 milliards pour l'accueil des réfugiés sur son territoire et la promesse d'une relance du processus d'adhésion qui commencerait notamment par la libéralisation du régime des visas.

principal de « *démanteler le modèle économique des passeurs et d'offrir aux migrants une perspective autre que celle de risque leur vie* ». En fait, il s'agit de tarir le nombre d'arrivée en Grèce depuis la Turquie, concomitamment à la fermeture de la « route des Balkans », empruntée ensuite par les migrants pour gagner l'intérieur de l'Europe. Le premier effet mécanique de l'accord a été de transformer les *hotspots* grecs, et en particulier celui de Moria sur l'île de Lesbos, en centres de détention. En application de l'accord, les migrants arrivés en Grèce après le 20 mars ont été enregistrés et empêchés de quitter l'île et, de fait, le camp. Les autorités grecques, épaulées par Frontex et l'EASO, ont commencé à examiner les demandes d'asile, étant entendu que, d'après la déclaration du 18 mars, le migrant dont la demande est jugée « infondée ou irrecevable » doit être renvoyé en Turquie. La déclaration incite ici à renvoyer en Turquie des demandeurs d'asile, notamment au motif qu'ils proviennent d'un « premier pays d'asile » ou d'un « pays tiers sûr » au sens de la directive européenne qui harmonise les procédures en matière d'asile⁵⁹.

Comme l'a souligné la doctrine⁶⁰, il est très discutable de tenir la Turquie pour l'un ou l'autre. D'une part, il est difficile de la considérer comme un « pays tiers sûr », puisque la directive exige une application et un respect pleins et entiers de la Convention de Genève, là où la Turquie refuse de donner effet au protocole de 1967 qui étend le champ d'application de la Convention de Genève aux non-Européens⁶¹. D'autre part, il est difficile de la considérer comme un « premier pays d'asile » étant donné le faible niveau de protection dont bénéficient les réfugiés en Turquie. Mais cela n'a, semble-t-il, pas posé de difficulté aux signataires de la déclaration du 18 mars 2016, qui ont ainsi pu imaginer un sinistre troc de Syriens : pour chaque Syrien rapatrié vers la Turquie, un autre qui n'aura pas tenté de pénétrer irrégulièrement en Europe pourra y être « réinstallé » en toute légalité. Chacun se fera son propre jugement sur un tel marchandage qui réduit les migrants à des entités abstraites interchangeables...

En pratique, l'objectif premier de l'accord a été atteint : le nombre d'arrivées en Grèce depuis la Turquie a très nettement diminué depuis avril 2016, passant d'une moyenne de 2 900 arrivées par jour en été 2015 à 80 sur la période des 4 derniers mois⁶². Les garde-côtes turcs reçoivent un soutien logistique et financier de l'UE pour surveiller leur frontière tandis que l'agence Frontex coopère activement avec l'Organisation du Traité Atlantique Nord (OTAN) en mer Egée depuis février 2016⁶³, dans le cadre d'opérations militaires de « *lutte contre les réseaux de passeurs et de trafiquants d'êtres*

⁵⁹ Articles 35 et 38 de la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte).

⁶⁰ Notamment, P-F LAVAL, « L'instrumentalisation de l'Etat tiers : vers un dévoiement de la coopération européenne en matière d'asile », *Revue de l'Union européenne* 2016, p. 339. Egalement SLAMA Serge, « Le droit d'asile dans les limbes de l'accord entre l'Union européenne et la Turquie sur les réfugiés », *Dalloz* 2016, p. 832.

⁶¹ Précisément, la Turquie a ratifié le protocole de New-York de 1967 mais l'instrument d'adhésion stipule que « le Gouvernement turc maintient les dispositions de la déclaration qu'il a faite en vertu de la section B de l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés, en date, à Genève, du 28 juillet 1951, *selon laquelle il n'applique la Convention qu'aux personnes qui sont devenues des réfugiés par suite d'événements survenus en Europe*, ainsi que la réserve qu'il a formulée au moment de la ratification et selon laquelle aucune disposition de cette Convention ne peut être interprétée de façon à accorder aux réfugiés plus de droits que ceux reconnus aux citoyens turcs en Turquie », souligné par nous.

⁶² Entre le 15 juin et le 28 septembre 2016, le rapport recense 9 250 migrants arrivés en Grèce depuis la Turquie. Voir Commission européenne, « Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council : Third Report on the Progress made in the Implementation of the EU/Turkey Statement », 28 septembre 2016, COM (2016) 634 final, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160928/3rd_report_on_the_progress_made_in_the_implementation_of_the_eu-turkey_statement_en.pdf.

⁶³ OTAN, « Fiche d'information : Déploiement de l'OTAN en mer Egée », juillet 2016, http://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/pdf_2016_07/20160627_1607-factsheet-aegean-sea-fr.pdf.

humains »⁶⁴. Par ailleurs, les candidats au départ savent qu'une fois arrivés sur les îles grecques, il leur est désormais quasiment impossible de poursuivre directement leur route vers le continent. En pratique, ils se trouvent confinés dans les *hotspots*, souvent pendant des mois, en attendant une éventuelle (hypothétique) relocalisation, le traitement de leur demande par la Grèce ou leur expulsion vers la Turquie⁶⁵.

Au final, la déclaration du 18 mars 2016 a eu pour effet d'augmenter le nombre de personnes enfermées dans les *hotspots* dans des conditions toujours plus précaires et dangereuses. Les quelques centaines d'agents et d'« experts » dépêchés sur place par l'Union ne parviendront ni à faire cesser les détentions arbitraires ni à garantir aux milliers de migrants présents en Grèce un accès effectif au droit d'asile. Parallèlement, il n'existe aucune garantie concernant le versement des 3 milliards d'aide humanitaire promis à la Turquie pour améliorer la vie de ses 3 millions de réfugiés, dont 90% vivent en dehors de camps. L'aide promise a été consentie sans que le budget de l'UE ne soit officiellement engagé, de sorte qu'il reviendra aux Etats membres de décider du montant à allouer au programme.

Si l'objectif de tarir le nombre d'arrivées en Grèce a effectivement été atteint, comme à l'accoutumé, d'autres routes migratoires sont apparues en remplacement : depuis la fermeture de la route des Balkans et la déclaration signée avec la Turquie, ce sont les départs depuis la Libye – et dans une moindre mesure depuis l'Egypte – en direction de l'Italie qui ont fortement augmenté. Entre janvier et septembre 2016, 130 000 migrants sont arrivés par la mer en Italie, laquelle « accueille » au 20 septembre 2016 près de 160 000 migrants dans les *hotspots* et autres centres d'identification⁶⁶. Entre les deux premiers trimestres de 2016, le nombre de primo-demandeurs d'asile a augmenté de 21%⁶⁷. Autrement dit, l'objectif principal des dirigeants européens – celui d'empêcher les migrants, demandeurs d'asile compris, de parvenir en Europe – n'est toujours pas atteint. Depuis quinze ans, les moyens employés sont inchangés (contrôles renforcés aux frontières extérieures, coopération avec les pays tiers limitrophes pour la sous-traitance du contrôle en amont, création de camps d'identification et de tri) et impuissants à fermer véritablement les portes de l'Europe aux migrants. Qui peut encore croire que le nouveau « corps européen de gardes-frontières et de garde-côtes » qui remplace Frontex en augmentant ses capacités⁶⁸ changera la donne ? En pratique, le seul effet véritable de cette politique migratoire consiste à fermer les voies de migrations

⁶⁴ L'opération de l'OTAN n'est en effet pas la première. Le 22 juin 2015, l'Union européenne a lancé l'opération militaire « Sophia » (d'abord nommée EUNAVFORMED) en Méditerranée centrale sur la route reliant la Libye à l'Italie. Cette opération d'un mandat initial d'un an (depuis reconduit) consiste à « démanteler le modèle économique des réseaux de trafic de clandestins et de traite des êtres humains », d'abord en collectant des informations au large des côtes libyennes (phase 1), puis en intervenant en haute mer (phase 2A) et en démantelant directement les réseaux dans les eaux territoriales libyennes (phase 2B, qui requiert le consentement de la Libye ou de l'ONU) ou même sur le territoire libyen (phase 3). Le 20 juin 2016, l'Union a prolongé le mandat d'un an et confié deux prérogatives supplémentaires à la mission : une contribution à la mise en oeuvre de l'embargo des Nations Unies sur les armes en haute mer au large des côtes libyennes, et la formation des garde-côtes libyens et de la marine libyenne.

⁶⁵ Les renvois vers la Turquie dans le cadre de la déclaration du 18 mars 2016 ont finalement été relativement peu nombreux, à savoir 578 depuis le 4 avril 2016. Il y aurait eu, par ailleurs, 1000 expulsions de la Grèce vers la Turquie en dehors du cadre de l'accord et 1 900 auraient quitté la Grèce « volontairement » en direction de leur pays d'origine, incité par le programme de retour « volontaire » orchestré par l'OIM.

⁶⁶ OIM, « Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond. Compilation of Available Data and Information. Reporting period : 7 sept/21 sept 2016 », 22 septembre 2016, pp. 21 et s., <http://migration.iom.int/docs/WEEKLY%20Flows%20Compilation%20No25%2022%20September%202016.pdf>.

⁶⁷ Eurostat, « Asylum Quarterly Report. First-Time Asylum Applicants and First-Instance Decisions on Asylum Applications: Second Quarter 2016 », 21 septembre 2016, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report.

⁶⁸ Règlement (UE) 2016/1624 du Parlement européen et du Conseil, du 14 septembre 2016 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes, modifiant le règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant le règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement européen et du Conseil, le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil et la décision 2005/267/CE du Conseil.

légales et à forcer les migrants à voyager par l'intermédiaire de passeurs pour des sommes astronomiques et au péril de leur vie. Inexorablement, le nombre de morts en mer continue d'augmenter : plus de 3 600 personnes se sont noyées en Méditerranée en 2015, funeste record déjà atteint sur les neuf premiers mois de l'année 2016⁶⁹...

Conclusion : La « crise migratoire », une opportunité manquée pour l'Europe

Finalement, face à l'augmentation du nombre de migrants qui tentent de gagner l'Europe depuis 2015, les dirigeants européens s'entêtent à poursuivre la politique féroce de fermeture des frontières initiée il y a vingt ans, celle-là précisément qui a conduit à la situation actuelle devenue intenable. Refusant d'admettre leur échec, faisant une nouvelle fois le choix du repli, ils attisent la méfiance et l'animosité envers les étrangers au lieu de saisir l'occasion de penser un véritable projet politique européen. La « crise migratoire » fantasmée est ainsi la démonstration que l'Europe, du moins ceux qui la gouvernent, ne veut pas s'ouvrir sur le reste du monde. Pourtant, l'histoire montre que le choix du repli n'est pas tenable à moyen terme et que les murs – qui s'érigent ici où là en Europe pour barrer la route aux migrants – ne résisteront pas au temps.

Au lieu d'appréhender les nouveaux arrivants comme une chance pour la communauté européenne, sources de richesses culturelles et humaines, au lieu de prendre à bras le corps le beau défi consistant à accueillir plusieurs centaines de milliers de personnes qui ont fui leur pays, l'Europe fait des comptes d'apothicaire pour justifier une politique de « *gestion des flux* » qui a déjà coûté la vie à plusieurs dizaines de milliers de personnes. Et pour éviter d'avoir à faire preuve de fraternité avec les Syriens, elle pactise désormais avec la Turquie dont le régime autoritaire ne cesse de se durcir.

La « crise migratoire » n'est pas le seul échec récent auquel l'Union européenne n'a pas su réagir. Lorsqu'en juin 2016 le Royaume-Uni a décidé de sortir de l'Union, la réaction des dirigeants européens a été de menacer les autres Etats membres en leur signifiant que s'ils souhaitaient en faire de même, l'Union serait intraitable avec eux. Au lieu d'appréhender les causes de ce qui était pour eux un échec, les responsables politiques européens ont choisi de gouverner par la peur. Et c'est aussi cette vieille technique de gouvernement par la peur qui est à l'œuvre en matière migratoire. Contrairement aux apparences et aux multiples rapports officiels criblés de chiffres, la politique de « *gestion des flux migratoires* » repose pour une large part sur des mythes : l'étranger barbare et envahisseur et le besoin insatiable de sécurité. Sous cette configuration, l'organisation politique étatique (ou supra-étatique) apparaît comme seule garante de la sécurité des populations, ce qui permet notamment de justifier le renforcement incessant des structures sécuritaires, alors même qu'elles sont inutiles et meurtrières. Gageons que les hommes et les femmes qui habitent le territoire européen, quelle que soit leur origine ou leur nationalité, ne sont pas dupes. Bientôt, ils et elles sauront se réapproprier le politique et bâtir un monde véritablement égalitaire où même les pauvres pourront circuler librement.

⁶⁹ OIM, « Mediterranean Migrant Arrivals Reach 314,003; Deaths at Sea: 3,610 », 7 octobre 2016, <http://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-reach-314003-deaths-sea-3610>.



Les défis économiques

Géraldine Babin & Antoine Winckler

La crise ? Quelle crise ? L'insolente vigueur du système européen de la concurrence



GERALDINE BABIN

Géraldine Babin est une collaboratrice au sein du bureau de Bruxelles de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. Elle a rejoint le cabinet en novembre 2015 et se spécialise dans le domaine du droit européen et français de la concurrence. Géraldine Babin a obtenu un LL.M. à l'Ecole de Droit de Columbia University, après avoir été diplômée en droit économique et en affaires européennes à Sciences Po en 2014 et 2013. Lors de son LL.M. elle a effectué un stage au sein de la Federal Trade Commission et a travaillé en tant qu'assistante de recherche au European Legal Studies Center de l'Ecole de Droit de Columbia University.



ANTOINE WINCKLER

Antoine Winckler est associé du cabinet Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, basé à Bruxelles et à Paris, et exerçant ses activités dans le domaine du droit européen et français de la concurrence et intervenant pour des entreprises industrielles, des institutions financières, de même que des gouvernements et des entreprises publiques en matière d'aides d'Etat. Antoine Winckler représente des clients devant la Commission européenne, les Cours européennes de Luxembourg, l'Autorité de la concurrence française et la Cour d'appel de Paris. Il a rejoint le cabinet en 1985, est devenu associé en 1992 et a publié des articles et participé à des conférences sur tout l'éventail des sujets de droit européen de la concurrence. Maître Winckler est également maître de conférences à l'Ecole de Droit de Sciences Po Paris.

I. INTRODUCTION¹

Alors que l'Union européenne traverse actuellement une crise de nature multiple (institutionnelle, économique et migratoire), le droit de la concurrence fait figure d'exception. La très solide réputation de ce système institutionnel et fonctionnel et sa relative immunité aux critiques méritent que l'on se penche sur les raisons de son succès relatif.

La Direction Générale de la Concurrence (« DG Concurrence ») et les autorités nationales de concurrence (« ANC »), rassemblées au sein du Réseau Européen de la Concurrence (« REC »), forment un solide système européen de concurrence à la légitimité et au mode de fonctionnement très largement incontestés. Celui-ci s'appuie sur des objectifs et des règles de gouvernance clairement définis, une répartition des compétences et une coordination efficaces entre la Commission européenne et les ANC et entre ces dernières, permises notamment par le système décentralisé et les mécanismes de renvoi prévus par les règlements 1/2003 et 139/2004 (II)². Même la crise financière de 2007-2008 n'a su ébranler le système européen de concurrence, qui, dans une large mesure, a su s'adapter avec flexibilité à la situation de crise aiguë, notamment en favorisant une restructuration importante du secteur financier (III).

¹ Cet article reflète uniquement les vues de l'auteur et ne représente ni n'engage la position de Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP ou de ses clients.

² Règlement (CE) 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 /1 du 4 janvier 2003 et règlement (CE) 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24/1 du 29 janvier 2004.

Ainsi, bien loin de subir la crise, le droit européen de la concurrence fait preuve d'une insolente vigueur et exerce son influence normative de façon internationale, de nombreux pays et organisations régionales s'inspirant de dispositions de droit européen de la concurrence lors de la formulation de leurs propres régimes de concurrence.

II. UN SYSTÈME INSTITUTIONNEL EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE ROBUSTE ET AU FONCTIONNEMENT EFFICACE

Le système institutionnel de concurrence de l'Union européenne, élément clef de celle-ci, voit sa légitimité et son mode de fonctionnement très largement incontestés (**A**). Celui-ci s'appuie sur une articulation efficace des compétences entre la Commission européenne et les autorités de concurrence des Etats membres (**B**), ainsi que sur une articulation horizontale de celles des autorités nationales entre elles, grâce au forum de coopération et d'échange que constitue le REC (**C**).

A) Un consensus autour des objectifs de politique de la concurrence face à des critiques à caractère minoritaire

Alors que de très nombreuses politiques européennes font l'objet de dissensions importantes et de traditions nationales opposées, la politique de la concurrence européenne fait curieusement assez peu question – si l'on excepte les très timides propositions, françaises en général, visant à cantonner la politique de la concurrence (par exemple l'effort du gouvernement Sarkozy en 2007 pour retirer la « concurrence libre et non faussée » de la liste des objectifs de l'Union lors de la négociation du Traité de Lisbonne ou le souhait formulé par F. Hollande en juin dernier d'assouplir les règles européennes de concurrence afin de permettre la création de champions mondiaux)³. La réalité est que même si la politique de la concurrence est loin d'être également populaire partout, il demeure un consensus assez large autour de l'idée que des marchés concurrentiels sont importants économiquement parce qu'ils évitent la création de rentes inefficaces, sortes d'impôts privés sur l'économie, et qu'ils sont importants politiquement parce qu'ils assurent la mise en cause de l'accumulation de pouvoirs économiques excessivement concentrés. En période de crise en particulier, le maintien d'une politique de concurrence énergique évite que se créent des politiques corporatives et malthusiennes de protection des positions acquises et d'aggravation des difficultés économiques par les obstacles mis à la croissance et aux gains de productivité. Les commentateurs les plus récents insistent de façon intéressante sur le fait que la lutte contre la concentration du pouvoir économique et les rentes anti-concurrentielles possèdent un rôle important à jouer dans la réduction des inégalités.

Historiquement, il est intéressant de constater que la tradition ordo-libérale allemande de défense d'une « constitution ouverte » des marchés – qui fait de la concurrence un moyen de défense démocratique et sociale de l'économie – est restée très prégnante en Europe. En ceci, même si les tenants des « champions nationaux » font régulièrement entendre leur voix, il ne serait pas excessif de dire que pour le moment aucune majorité ne s'est dégagée en Europe pour proposer une approche économique radicalement différente qui marquerait par exemple un retour aux thèses industrialistes ou néo-colbertistes des années 50 ou 60. L'Europe est alignée sur les positions nord-américaines et d'une certaine façon chinoises (qui ont adopté un modèle de politique de la concurrence sur le modèle européen). La seule chose que l'on puisse regretter en France, est que le

³ Voir notamment *La Tribune*, « Brexit : les Vingt-Sept déterminés à aller de l'avant... sans les Britanniques », 29 juin 2016, disponible à l'adresse suivante : <http://www.latribune.fr/economie/union-europeenne/brexit-les-vingt-sept-determines-a-aller-de-l-avant-sans-les-britanniques-583306.html>.

soutien à la politique de la concurrence est restée un soutien « par défaut », de nature largement technocratique en ce qu'il fait très rarement l'objet d'un réel débat politique ou même d'une explication destinée aux citoyens.

B) Articulation efficace des compétences et pouvoirs entre la Commission européenne et les ANC

Le règlement 1/2003 a instauré un système décentralisé de mise en œuvre des règles européennes de concurrence, tandis que le règlement 139/2004 a prévu des mécanismes de renvoi entre Commission et ANC. Cette organisation permet une articulation efficace des compétences de la Commission et des ANC et une application cohérente des droits européen et nationaux de la concurrence⁴.

1) La centralisation/déconcentration de l'application du droit européen de la concurrence

Remplaçant le système bureaucratique antérieur de notification centralisée, le règlement 1/2003 a institué entre la Commission européenne et les ANC un système de mise en œuvre du droit européen de la concurrence collaboratif et très original. Il a ainsi inauguré une triple logique : (a) une décentralisation fonctionnelle de l'application du droit européen de la concurrence vers les régulateurs et les juridictions nationaux qui laisse néanmoins à la Commission un rôle central – notamment parce que la jurisprudence de la Cour lui a reconnu un pouvoir de dire le droit dans ses décisions qui s'imposent aux autorités comme au juge national (jurisprudence *Masterfoods* de la Cour de justice)⁵ ; (b) un système largement informel et non hiérarchique d'échange d'information et de règles non impératives d'allocation des cas entre autorités où la Commission joue le rôle de *primus inter pares* ; et enfin (c) une possibilité de « préemption » (article 11 du règlement 1/2003) qui vient contrebalancer le principe d'application parallèle coordonnée/rationalisée du droit⁶.

2) Des mécanismes et instruments favorisant une articulation optimale des compétences de la Commission européenne et des ANC

Dès 2004, la Commission définissait le REC comme un « *forum de discussion et de coopération pour l'application de la politique [européenne] de la concurrence et son contrôle* » (considérant premier) se donnant pour objectif « *une division efficace du travail et une application efficace et homogène des règles* » européennes de concurrence (troisième considérant)⁷. A titre d'exemple, l'article 11 du règlement 1/2003 prévoit la possibilité pour la Commission de se saisir d'une affaire, ce qui a pour conséquence de dessaisir les ANC de cette même affaire, dans un souci d'application cohérente du droit de la concurrence de l'Union (ce droit de « préemption » n'a à ce jour jamais été exercé de façon « contentieuse »). Les articles 20 à 22 du règlement 1/2003 organisent quant à eux les pouvoirs d'inspection et d'enquête de la Commission et des ANC. Par ailleurs, l'équipe responsable des technologies de l'information au sein de la DG Concurrence a développé un système de gestion

⁴ Règlement (CE) 1/2003 et règlement (CE) 139/2004, précités.

⁵ CJCE, 14 décembre 2000, *Masterfoods Ltd et HB Ice Cream Ltd*, aff. C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689, points 49 et suivants.

⁶ Règlement (CE) n°1/2003 précité, « *L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Si une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence* ».

⁷ Commission européenne, Communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JO C 101/43 du 27 avril 2004, disponible à l'adresse suivante : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(02)&from=FR), considérants premier et troisième.

des dossiers permettant de transmettre plus facilement les informations clefs relatives à un dossier, notamment celles relatives aux parties, produits, territoires et à la violation alléguée du droit de la concurrence en cause⁸. B. Lasserre, Président de l'Autorité de la concurrence, est d'avis que « *la répartition des cas entre la Commission européenne et les autorités nationales s'opère de façon fluide, et bien rares sont les cas de réallocation à la Commission après les premiers actes d'instruction réalisés par des autorités nationales* »⁹. Ainsi, rares sont les affaires ayant fait l'objet d'une réallocation. Lorsque cela est cependant le cas, la décision de réallocation résulte de façon consensuelle de l'ampleur de la pratique en cause (plus de trois Etats membres). Ce fut par exemple le cas dans l'affaire du verre automobile, qui concernait six ANC¹⁰.

Dix ans après la création du REC, la Communication de la Commission européenne relevait que la mise en œuvre des règles de concurrence de l'Union par les ANC s'était développée à un rythme remarquable, avec 122 affaires instruites par la Commission et 665 par les ANC entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 décembre 2013¹¹. La Commission considérait alors que le règlement 1/2003 représentait « *une évolution majeure dans la façon dont le droit de la concurrence de l'UE est mis en œuvre* », les ANC s'étant imposées comme un pilier essentiel de son application et ayant gagné en autonomie et efficacité¹². B. Lasserre considère ainsi que les membres du REC « *ont réussi à développer entre eux un système d'attribution des cas à la fois prévisible et efficace* »¹³. On constate, en pratique, une répartition des tâches dans l'intervention des ANC et de la DG Concurrence, les ANC se concentrant sur les affaires nationales ou les pratiques de type vertical, tandis que la Commission accorde la priorité à la lutte contre les ententes transnationales¹⁴.

C) Grâce au REC, une articulation horizontale des compétences efficace entre les ANC

Le REC s'est imposé comme un forum non-hiérarchique favorisant la coopération entre les ANC, qui s'informent mutuellement des affaires qu'elles traitent (article 12 du règlement 1/2003), et l'alignement de leur procédures (programme de clémence, instruments similaires aux décisions d'engagement). Dix ans après la création du REC, celui-ci constitue une indéniable réussite qui, grâce à son utilisation d'outils de coopération entre ANC, résulte en une plus grande cohérence de leur activité¹⁵. En outre, au-delà des outils prévus par le règlement 1/2003, le REC a su encourager un mouvement de convergence volontaire entre les ANC.

1) Le REC, forum encourageant et facilitant les échanges entre ANC et la cohérence de leur action

De fait, le REC a favorisé un cercle vertueux permettant aux régulateurs nationaux les plus avancés de faire « converger » les ANC plus récentes vers un modèle de gouvernance commun. En

⁸ M. KEKELEKIS, *The European Competition Network (ECN): It Does Actually Work Well*, 2009, p. 37.

⁹ B. LASSERRE, *Dix ans après : Quel avenir pour le Réseau Européen de Concurrence ?*, 2014, p. 74.

¹⁰ Voir la décision, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39125/39125_1806_5.pdf ainsi que le communiqué de presse, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-05-63_en.htm.

¹¹ Commission européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil : Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n°1/2003 : bilan et perspectives, COM(2014) 453, disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0453&qid=1471935423517&from=EN>, considérant 8.

¹² *Ibid.*, considérants 23 et 26.

¹³ B. LASSERRE, *Dix ans après : Quel avenir pour le Réseau Européen de Concurrence ?*, 2014, p. 74.

¹⁴ Commission staff working document, Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003, 9 juillet 2014.

¹⁵ B. LASSERRE, *Dix ans après : Quel avenir pour le Réseau Européen de Concurrence ?*, 2014, p. 74.

favorisant les échanges en son sein, le REC permet aux ANC d'entretenir un dialogue permanent entre elles, ce qui, par un processus de fertilisation croisée, permet de renforcer la cohérence de leurs interventions¹⁶. Une des réussites du REC est d'avoir instauré une culture de coopération et d'échange entre ses membres¹⁷. Ainsi, entre mai 2004 et décembre 2015, le REC a été informé de 2.066 enquêtes, que ce soit par une ANC ou par la Commission¹⁸. A travers ses sous-groupes sectoriels et ses groupes de travail horizontaux, le REC contribue à harmoniser l'action des ANC, notamment en facilitant le partage de leurs meilleures pratiques. Le REC a par exemple mis en place des groupes de travail, constitués d'agents des ANC y participant volontairement, relatifs à certaines questions de procédure ou liées aux sanctions, ainsi que des comités consultatifs en vertu de l'article 14 du règlement 1/2003. Par ailleurs, l'article 11, paragraphes 3 et 4, du règlement 1/2003 vise à faciliter un échange entre autorités de concurrence en amont de la procédure et à accorder le traitement de l'affaire à l'autorité la mieux placée pour traiter celle-ci. Le REC a su s'emparer et faire bon usage du mécanisme d'échange systématique entre autorités de concurrence concernant les affaires pouvant donner lieu à l'application des articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après « TFUE »), innovation clef prévue par le règlement 1/2003. Le REC a fait un travail très important en matière de convergence procédurale entre ANC, notamment en réalisant des rapports de synthèse des différents systèmes en présence et en publiant, en décembre 2013, une série de recommandations, notamment relatives aux pouvoirs d'enquête, aux mesures conservatoires et aux pouvoirs d'injonction¹⁹. L'article 22, paragraphe 1, du règlement 1/2003 permet la coopération en matière d'enquêtes en ouvrant la faculté pour une autorité nationale de solliciter l'assistance d'une autre autorité afin de réaliser des actes d'enquête sur son territoire pour le compte de l'autorité requérante. Entre 2006 et 2013, l'Autorité de la concurrence a ainsi reçu une vingtaine de demandes d'assistance en vue de la réalisation, sur le territoire français, d'auditions ou de visites domiciliaires, ayant quant à elle sollicité d'autres ANC à 21 reprises sur la même période²⁰. Les échanges horizontaux entre ANC se sont tant développés que la Commission apparaît aujourd'hui à certains comme un *primus inter pares* au sein du REC²¹.

2) Le REC, outil utile dans des secteurs et domaines variés, bien que n'ayant pas de pouvoir décisionnel contraignant pour ses membres

Le REC ne jouit pas de pouvoir décisionnel contraignant afin d'encourager une harmonisation des règles de concurrence et de leurs modalités d'application. En effet, les ANC qui constituent le REC ont toute discrétion quant à leur organisation institutionnelle en matière de droit de la concurrence et aux modalités d'exécution des règles de concurrence²². Malgré cette limitation, le REC s'est tout de même révélé particulièrement utile dans des secteurs et domaines variés, tels que dans le secteur des paiements, celui de l'agriculture et du commerce alimentaire, ainsi qu'en matière de clémence²³. Depuis sa création, le REC a été particulièrement actif, un rythme soutenu rendu possible par les instruments de coopération innovants prévus par le règlement 1/2003²⁴.

En effet, le programme modèle réalisé par le REC en matière de clémence s'est révélé particulièrement utile aux ANC et à la Commission européenne, en facilitant le traitement des

¹⁶ *Ibid.*, p. 75.

¹⁷ M. KEKELEKIS, *The European Competition Network (ECN): It Does Actually Work Well*, 2009.

¹⁸ DG Concurrence, statistiques disponibles à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>.

¹⁹ B. LASSERRE, *Dix ans après : Quel avenir pour le Réseau Européen de Concurrence ?*, 2014, p. 79.

²⁰ *Ibid.*, p. 77.

²¹ *Ibid.*

²² A. ITALIANER, *The ECN, convergence and enforcement of EU competition law: achievements and challenges*, 3 octobre 2013.

²³ *Ibid.*

²⁴ B. LASSERRE, *Dix ans après : Quel avenir pour le Réseau Européen de Concurrence ?*, 2014, p. 77.

demandes parallèles de clémence²⁵. La Commission a notamment considéré ledit programme modèle comme une bonne illustration de la capacité du réseau à mettre au point des instruments d'intervention efficaces, permettant un alignement de la pratique des ANC sur celui-ci²⁶. Le succès du REC s'est donc notamment matérialisé par la mise en place du programme modèle de clémence dans les affaires d'ententes. Celui-ci a eu un effet d'entraînement au sein du REC, 28 de ses 29 membres étant aujourd'hui dotés de programmes de clémence globalement convergents avec le programme modèle²⁷. En outre, le règlement 1/2003 et les échanges qu'il a permis entre les ANC ont indirectement favorisé un mouvement volontaire de rapprochement des modèles institutionnels. Ainsi, les ANC se sont familiarisées avec leurs modèles réciproques, faisant du modèle moniste administratif le modèle prédominant en Europe (22 Etats membres sur 28 en 2014)²⁸. La première décennie d'existence du REC a donc validé son utilité ainsi que celle des outils et mécanismes le composant²⁹.

III. LA FLEXIBILITÉ ET LA ROBUSTESSE DU SYSTÈME VALIDÉES PAR L'ÉPREUVE DE LA CRISE FINANCIÈRE DE 2007-2008

On oublie souvent que la crise de 2007-2008 aurait pu déboucher sur un désastre plus grave que celui de 1929 avec des chaînes de faillites bancaires dans les pays les plus exposés (du Sud de l'Europe), ou des courses aux aides publiques entre des Etats membres devenus rivaux entraînés par le risque systémique de banques *too big to fail*, et un éclatement du système de l'Euro. La contribution européenne à une stabilisation de la crise a été aussi considérable que rarement mentionnée.

Le système européen de concurrence, reposant notamment sur l'allocation des compétences entre la Commission et les Etats membres, a joué un rôle important dans cet effort de sauvetage coordonné. La flexibilité et la robustesse du système européen ont été en réalité validées lors de la crise financière de 2007-2008. En 2007, lorsque la crise a vu le jour, aucun système européen de sauvetage des banques en détresse n'avait été prévu ; le système européen de concurrence a alors su faire face, en utilisant le droit européen des aides d'Etat de façon innovante (A). Au-delà du régime européen des aides d'Etat, c'est également le système plus général de concurrence de l'Union qui est sorti renforcé de la crise de 2007-2008 (B).

A) Le droit européen de la concurrence, un outil mobilisé en réponse à la crise et à la souplesse inattendue

1) Le cadre juridique européen classique d'examen des aides d'Etat

On sait que, conformément à l'article 107(1) du TFUE, et sauf certaines exceptions soigneusement limitées prévues à l'article 107(3) du même texte, les aides d'Etat sont généralement prohibées. En règle générale, une aide d'Etat doit être notifiée à la Commission, qui a la

²⁵ Voir le programme modèle du REC en matière de clémence, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_fr.pdf. M. KEKELEKIS, *The European Competition Network (ECN): It Does Actually Work Well*, 2009.

²⁶ Commission européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil : Dix ans de mise en œuvre des règles concernant les pratiques anticoncurrentielles sous le régime du règlement n°1/2003 : bilan et perspectives, COM(2014) 453, disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0453&qid=1471935423517&from=EN>, considérant 39.

²⁷ B. LASSERRE, *Dix ans après : Quel avenir pour le Réseau Européen de Concurrence ?*, 2014, p. 78.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*, p. 82.

compétence exclusive, en vertu de l'article 108(3) du TFUE, de l'approuver ou la refuser, une aide non notifiée étant illégale et devant en principe être récupérée par l'Etat membre. Etant donné l'intensité de la crise financière de 2007-2008, les Etats membres ont été obligés d'intervenir en urgence en injectant de façon massive des fonds publics au secours des institutions bancaires, afin d'éviter leur défaillance. Le risque était grand que ces sauvetages interviennent de façon anarchique, voire dans des directions opposées et dictées par des impératifs nationaux antagonistes. Dans de telles circonstances, la Commission a été appelée à jouer un rôle de premier plan dans la formulation de la réponse européenne coordonnée à la crise financière et pour la sauvegarde du secteur bancaire européen³⁰.

2) La flexibilité insoupçonnée de l'application par la Commission du droit européen des aides d'Etat lors de la crise financière

Ainsi, lors de la crise, la Commission a dû s'improviser régulateur des banques en détresse. J. Almunia lui-même a affirmé que la Commission et sa DG Concurrence ont alors rempli le vide laissé par un système financier de régulation très incomplet au niveau européen et se sont imposées comme instance de résolution de la crise³¹. Le droit européen des aides d'Etat s'est imposé comme le cadre de coordination des politiques nationales. La Commission a dû se prononcer sur toute une variété d'instruments de réponse à la crise mobilisés par les Etats membres afin de sauver les banques menacées (octroi de lignes de liquidité, garanties, recapitalisation et liquidation/cession d'institutions financières³²). La Commission a maintenu l'application des dispositions du TFUE relatives aux aides d'Etat, plutôt que de céder aux demandes de suspension de celles-ci en réponse à la crise³³. Lors de son examen des mesures étatiques en réponse à la crise, la Commission a continué d'appliquer le principe de non-discrimination, d'examiner le caractère approprié, nécessaire et proportionnel de l'aide³⁴. Confrontée à des circonstances exceptionnelles, la Commission a fait une utilisation innovante et expansionniste de l'article 107(3)(b) du TFUE (la Communication de la Commission du 13 octobre 2008 ayant reconnu l'applicabilité de cette disposition à la crise financière)³⁵. La base pour cette politique a été trouvée dans cette disposition qui ouvrait la possibilité qu'une aide d'Etat soit déclarée compatible avec le marché intérieur dans la mesure où celle-ci est destinée à « *remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre* »³⁶. Dans le passé, la Commission avait été très réticente à appliquer cette disposition du TFUE, ayant par exemple refusé de l'invoquer afin d'autoriser des mesures d'aides à des institutions financières individuelles (affaires *Crédit Lyonnais* et *GAN*) ou à des banques individuelles affectées par la crise des *subprimes*³⁷.

³⁰ Voir notamment F.-C. Laprévote, *State aid in financial services: An overview of EU and national case law*, juillet 2014.

³¹ J. ALMUNIA, *Restructuring the banking sector in the EU: A State aid perspective*, discours 12/481 du 21 juin 2012, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-481_en.htm, p. 3 (« *a de facto crisis management and resolution authority at the EU level* »).

³² F.-C. Laprévote, *Le Contrôle Communautaire des aides d'Etat aux établissements financiers dans la crise: un premier bilan*, 2009, p. 134.

³³ A. WINCKLER et F.-C. LAPREVOTE, *When the watchman must take the wheel – State aid control of financial institutions and other political imperatives during the economic crisis*, 2009, p. 17.

³⁴ F.-C. LAPREVOTE, *Le Contrôle Communautaire des aides d'Etat aux établissements financiers dans la crise: un premier bilan*, 2009, pp. 131-132.

³⁵ Le changement d'orientation de la Commission européenne date en réalité du 10 octobre 2008, date à laquelle la Commission a autorisé le plan de soutien danois sur la base de l'article 107(3)(b) du TFUE ; voir Commission européenne, décision du 10 octobre 2008, affaire NN51/2008, *Guarantee scheme for banks in Denmark*, C(2008)6034.

³⁶ Article 107(3)(b) du TFUE.

³⁷ Commission européenne, décision 95/547/CE du 26 juillet 1995 portant approbation conditionnée de l'aide accordée par la France à la banque Crédit Lyonnais, JO L 308/92 du 21 décembre 1995 ; Commission européenne, décision 98/490/CE du 20 mai 1998 concernant les aides accordées par la France au groupe Crédit Lyonnais, JO L 221/28 du 8 août 1998. F.-C. Commission européenne, décision 98/204/CE du 30 juillet 1997 portant approbation conditionnée des aides accordées par la France au groupe GAN, JO L 78/1 du 16 mars 1998. Laprévote, *Le Contrôle Communautaire des aides d'Etat aux établissements financiers dans la crise: un premier bilan*, 2009, p. 130.

Par ailleurs, pour éviter précisément l'expédient du *too big to fail* et encadrer l'octroi d'aides qui sans cela auraient encore accru le *moral hazard*, la Commission a mis en place un cadre juridique temporaire et exceptionnel en réponse à la crise financière. A partir d'octobre 2008, la Commission a su adopter dans l'urgence pas moins de six Communications afin d'adapter le cadre juridique européen à la situation de crise systémique que traversait alors l'Union, répondant au vide réglementaire existant alors³⁸. Ces régimes d'encadrement ont permis d'adopter une approche commune et coordonnée à la question de la résolution de la crise bancaire autour de principes communs : des aides proportionnées au risque systémique, une pénalisation des actionnaires et prêteurs des institutions dysfonctionnelles (contre le *moral hazard*), des mesures de restructurations profondes comme condition de l'aide (la Commission européenne a été la seule institution internationale à imposer ce principe pour lutter contre le *too big to fail*), voire un abandon de certains modèles de business trop risqués, ainsi que l'adoption de plans de redressement crédibles et vérifiés (pour éviter la création de banques « zombies » et la mauvaise gestion de l'argent public). De façon certes peu surprenante, J. Almunia considère que la Commission « *peut être fière du travail qu'elle a su réaliser en utilisant un instrument qui ne fut pas conçu à cette fin* »³⁹.

En outre, la Commission a su faire face à l'explosion du nombre de notifications d'aides d'Etat en renforçant son activité décisionnelle. De fait, dès le début de la crise financière en août 2007, la Commission européenne a dû se prononcer sur des interventions de sauvetage ou de restructuration d'établissements financiers⁴⁰. L'intensification de la crise financière à partir de septembre 2008 a eu pour conséquence l'explosion du nombre d'interventions étatiques au sein de l'Union. Dans ces circonstances inédites, la Commission a fait face à une avalanche de notifications d'aides d'Etat, et ce en un temps record, prenant notamment des décisions en l'espace de 24 heures ou d'un week-end⁴¹. Ainsi, d'octobre à décembre 2008, la Commission a traité environ une quarantaine d'affaires, dont 15 plans de soutiens nationaux et une dizaine d'interventions individuelles en faveur d'établissements bancaires. Entre décembre 2008 et juillet 2014, elle a adopté plus de 300 décisions autorisant des aides à des banques⁴². Il est ainsi frappant que la réglementation européenne en matière d'aide d'Etat ait si bien su s'adapter afin de faire face à la situation exceptionnelle de crise.

B) Au-delà du régime européen des aides d'État, un système plus général sorti indemne de la crise et au rayonnement international

1) Le fonctionnement inchangé des autres domaines du droit de la concurrence de l'Union européenne

Le droit européen des aides d'Etat n'est pas le seul à avoir su résister à la crise. C'est en effet le système plus général de droit de la concurrence de l'Union qui en est sorti indemne et a vu son

³⁸ Voir notamment la Communication de la Commission du 13 décembre 2008, Application des règles en matière d'aides d'Etat aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale, JO C 270/8 du 25 octobre 2008 et le Communication de la Commission, Recapitalisation des établissements financiers dans le contexte de la crise financière actuelle : limitation de l'aide au minimum nécessaire et garde-fous contre les distorsions indues de concurrence, JO C 10/2 du 15 janvier 2009.

³⁹ J. ALMUNIA, Restructuring the banking sector in the EU : A State aid perspective, discours 12/481 du 21 juin 2012, p. 3.

⁴⁰ Voir notamment Commission européenne, décision du 5 décembre 2007, affaire NN70/07, *Northern Rock*, JO C 43/1 du 16 février 2008 (décision d'autorisation prise en huit jours par la Commission européenne) et Commission européenne, décision du 21 octobre 2008, affaire C 10/2008 (ex NN 7/2008), *IKB*, JO L 278/32 du 23 octobre 2009.

⁴¹ F.-C. LAPREVOTE, *Le Contrôle Communautaire des aides d'Etat aux établissements financiers dans la crise: un premier bilan*, 2009, p. 126.

⁴² *Ibid.*, p. 129 ; F.-C. LAPREVOTE, *State aid in financial services : An overview of EU and national case law*, juillet 2014, p. 1.

fonctionnement inchangé suite à celle-ci. La crise n'a par exemple pas eu d'incidence sur le contrôle européen des concentrations. Ainsi, après le pic atteint par le nombre de concentrations notifiées à la Commission en 2007, avec 402 opérations (représentant une augmentation de plus de 12% en comparaison avec l'année 2006), leur nombre est demeuré stable, avec par exemple 277 opérations notifiées en 2013, 303 en 2014 et 337 en 2015⁴³. De même, la crise n'a eu aucune conséquence sur l'activité de la Commission en matière d'ententes et d'abus de position dominante, celle-ci demeurant également stable. A titre d'exemple, la Commission a traité 30 affaires d'ententes en 2000-2004 (amendes imposées d'un montant total de 3,5 milliards d'euros), 33 en 2005-2009 (9,4 milliards d'euros) et 30 en 2010-2014 (8,7 milliards d'euros)⁴⁴.

Loin de sombrer sous les coups de la crise et des efforts de lobbying des intérêts corporatistes, comme ce fut le cas pendant la crise de 1929 (y compris aux Etats-Unis), il semble ainsi que le système plus général de droit de la concurrence de l'Union ait traversé la crise financière de 2007-2008 sans faillir ni en porter les séquelles. La DG Concurrence considère par exemple qu'en 2008, soit au cœur de la crise, l'application par la Commission des outils de politique de concurrence a résulté en bienfaits pour les consommateurs d'une valeur estimée à plus de 11 milliards d'euros⁴⁵. En 2016, le système européen de concurrence fait donc figure d'oublié de la crise multidimensionnelle (institutionnelle, économique et migratoire) que traverse actuellement l'Union. Au contraire, le modèle européen de droit de la concurrence, non seulement ne faillit pas face à la crise, mais continue d'exercer son influence internationalement.

2) Le rayonnement international du droit européen de la concurrence

Les droits de la concurrence de nombreux pays s'inspirent du droit européen de la concurrence, notamment certaines juridictions africaines et organisations régionales. Ceci est par exemple le cas de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (« CEDEAO »), organisation régionale se donnant pour mission la promotion de l'intégration économique et l'union commerciale de ses quinze Etats membres⁴⁶. Ainsi plusieurs membres de la CEDEAO ont adopté des législations dont certaines dispositions s'inspirent du droit européen de la concurrence⁴⁷. L'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (« UEMOA ») s'est également dotée d'institutions et de dispositions de droit de la concurrence rappelant celles de l'Union européenne⁴⁸. Le Marché Commun du Sud (« MERCOSUR ») a adopté en décembre 1996 le Protocole Fortaleza, qui aborde des questions de concurrence et présente également des similitudes avec le droit européen de la concurrence (et notamment les articles 101 et 102 du TFUE)⁴⁹. Par ailleurs, le Protocole Fortaleza adopte une procédure de coopération parmi les autorités de la concurrence de chaque Etat membre et le Comité de Concurrence du MERCOSUR, organisation rappelant le

⁴³ Voir notamment C. COOK, *Recent developments in EU merger remedies*, 4 mars 2015, p. 3 ; Commission européenne, *Report on Competition Policy Including Commission Staff Working Document*, 2007, p. 17 ; DG Concurrence, Statistiques relatives au contrôle des concentrations, disponibles à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

⁴⁴ DG Concurrence, Statistiques relatives à la lutte contre les ententes anticoncurrentielles, disponibles à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

⁴⁵ Selon la méthodologie utilisée pour calculer les bienfaits pour les consommateurs telle que présentée dans le Management Plan de la DG Concurrence pour 2009, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_management_plan/amp_2009_en.pdf.

⁴⁶ Les Etats membres de la CEDEAO sont le Bénin, le Burkina Faso, le Cap-Vert, la Côte d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, la Guinée, la Guinée Bissau, le Liberia, le Mali, le Niger, le Nigéria, la Sierra Leone, le Sénégal et le Togo.

⁴⁷ Voir notamment : loi 15/94/ADP du 5 mai 1994 portant organisation de la concurrence au Burkina Faso ; loi 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique du Sénégal ; loi 91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence de la Côte d'Ivoire.

⁴⁸ Voir la directive 01/2002/CM/UEMOA et les règlements 2/2002/CM/UEMOA et 3/2002/CM/UEMOA.

⁴⁹ A.S. PAPADOPOULOS, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, octobre 2010, pp. 177-178 ; M. Toscano, *The Law of MERCOSUR*, 29 octobre 2010, p. 304.

REC⁵⁰. Les accords de coopération dans le cadre du Partenariat Euromed constituent d'autres exemples d'influence internationale du droit de la concurrence de l'Union, de même que les accords de partenariat économique (« APE ») signés par l'Union avec certains pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, dont certaines dispositions font échos à celles du droit européen de la concurrence et notamment aux articles 101, 102 et 106 du TFUE⁵¹.

Conclusion

Un examen du système de concurrence de l'Union européenne révèle rapidement sa nature à la fois robuste et souple, cette dernière s'étant particulièrement manifestée lors de la crise financière de 2007-2008. Reposant sur des règles de gouvernance clairement définies, une répartition des compétences et une coordination efficaces entre la Commission européenne et les autorités nationales, ainsi qu'entre ces dernières, le système européen de concurrence fait preuve d'une insolente vigueur dans un contexte de crise généralisée. En témoigne l'influence qu'il exerce internationalement, de nombreux pays et organisations régionales s'inspirant de certaines de ses dispositions afin de se doter d'un système similaire. Dès lors, de telles réussites posent la question de la potentielle utilisation de la politique européenne de concurrence comme modèle pour d'autres politiques intégrées au sein de l'Union.

⁵⁰ Voir notamment Global Competition Review, Article relatif au Protocole Fortaleza, disponible à l'adresse suivante : <http://globalcompetitionreview.com/features/article/2724/fortaleza-protocol-mercosur-competition-law/>.

⁵¹ Voir notamment T. J. DOLEYS, *Promoting Competition Policy Abroad: European Union Efforts in the Developing World*, pp. 353-363. La loi 4054 sur la protection de la concurrence de 1994 et le communiqué 1997/1 relatif aux concentrations adoptés par la Turquie s'inspirent de dispositions de droit européen de la concurrence, et notamment des articles 101, 102 et 106 du TFUE ; voir T. J. Doleys, précité, p. 338.

Vincent Delhomme

Zone euro : l'impasse fédérale



VINCENT DELHOMME

Vincent Delhomme est sorti diplômé en 2016 du Master de Droit économique et actuellement étudiant au sein du Département d'études juridiques européennes du Collège d'Europe. Il s'intéresse particulièrement au fédéralisme et à la régulation économique.

Réflexions autour du rapport des cinq présidents : « Compléter l'Union économique et monétaire européenne »

La crise des dettes souveraines, dont la zone euro peine toujours à se remettre, l'a conduite au bord du précipice. Est apparue au grand jour la fragilité de l'édifice construit autour de la monnaie unique, qui n'a dû sa survie qu'à l'enchaînement des plans de sauvetage, sommets de la dernière chance, et, au final, à un nouvel arsenal législatif qui a considérablement renforcé la résilience de la zone euro et les règles qui la gouvernent. Les institutions européennes, la Commission en tête, continuent néanmoins de considérer l'Union économique et monétaire¹ (UEM) comme incomplète, et son achèvement figure au rang des priorités du mandat de Jean-Claude Juncker, à la tête de la Commission depuis 2014. Les leaders nationaux ne sont pas en reste, comme le Président français François Hollande qui appelle régulièrement à la mise en place d'un gouvernement économique de la zone euro².

Le rapport des cinq présidents³ « Compléter l'Union économique et monétaire européenne », publié le 22 juin 2015 par la Commission européenne, s'inscrit dans cette dynamique. Il vise à « l'achèvement »⁴ de l'UEM à l'horizon 2025, afin d'en faire « un lieu de stabilité et de prospérité pour tous les citoyens des Etats membres de l'UE ayant adopté la monnaie unique »⁵. Nous nous demanderons dans quelle mesure les réformes proposées par ce rapport sont susceptibles de doter la zone euro d'un véritable gouvernement économique et de conduire, comme on l'entend souvent⁶, au fédéralisme⁷, qui demeure l'impensé de la construction européenne.

¹ L'UEM à proprement parler ne concerne pas uniquement les Etats membres de la zone euro mais seuls ceux-ci ont pris la voie d'une union économique et monétaire. Cet article se consacre donc avant tout à la question de la zone euro, même si certaines des dispositions évoquées s'appliquent également aux autres Etats membres.

² « Hollande plaide pour un « gouvernement de la zone euro », Le Monde, 19 juillet 2015, [http://www.lemonde.fr/europe/article/2015/07/19/hollande-plaide-pour-un-gouvernement-de-la-zone-euro_4689349_3214.html].

³ COMMISSION EUROPEENNE, « Compléter l'Union économique et monétaire », 22 juin 2015, [http://ec.europa.eu/priorities/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_fr] ; les cinq présidents sont Jean-Claude Juncker, président de la Commission européenne, Donald Tusk, président du Conseil, Jeroen Dijsselbloem, président de l'Eurogroupe, Mario Draghi, président de la Banque centrale européenne et Martin Schulz, président du Parlement européen.

⁴ *Idem*, p. 6.

⁵ *Id.*, p. 5.

⁶ Voir par exemple l'appel de Jean Tirole, Prix Nobel d'économie : « Pour un fédéralisme européen », Le Monde, 23 juin 2015, [http://www.lemonde.fr/idees/article/2015/06/23/quel-avenir-pour-le-federalisme-europeen_4660181_3232.html].

⁷ Cet article se concentre sur les politiques économiques et budgétaires et sur l'évolution institutionnelle de la zone euro. Il n'évoque que les chapitres 2, 3 et 5 du rapport et laisse de côté l'Union bancaire et l'Union des marchés de capitaux.

Nous définirons le fédéralisme avant tout dans un sens politico-juridique, dont « *la vérité [...] comme projet d'association d'Etats [...] réside dans une modalité particulière d'organisation du pouvoir entre un centre fédéral et des composantes étatiques périphériques* »⁸. En ce sens, un gouvernement économique de la zone euro, ou fédéralisme économique, suppose l'exercice des fonctions économiques traditionnellement attachées à l'Etat, telles que définies par Richard Musgrave⁹, au niveau de ce centre fédéral. Ces trois fonctions sont : l'affectation de ressources productives, la répartition de la richesse et des revenus, et la stabilisation macroéconomique. Le fédéralisme est avant tout une réalité politique, il ne saurait donc exister de fédéralisme économique indépendamment du fédéralisme politique.

De ce point de vue, c'est pour une question de nature plus que de degré que la zone euro n'a pas encore atteint le stade fédéral. C'est avant tout le résultat d'un refus du politique dont la conséquence est une intégration économique inaboutie (I). Le rapport des cinq présidents s'inscrit dans cette logique et ne marque pas l'avènement d'un gouvernement économique dont la réalisation dépend, à ce stade, d'avancées réconciliant l'économique et le politique (II).

I. L'économie sans le politique : un fédéralisme inabouti

Dès ses origines, l'Europe s'est avant tout construite par l'économie. Il en résulte un déficit politique et démocratique que les mesures prises pendant la crise de la zone euro n'ont pas permis de pallier (A). De ce fait, et malgré un degré déjà avancé d'intégration, la zone euro est encore loin d'instituer entre ses membres un véritable fédéralisme économique (B).

A) L'évitement du politique

La déclaration du Ministre des Affaires Etrangères français Robert Schuman, prononcée le 9 mai 1950, est considérée comme l'événement fondateur de la construction européenne après-guerre. Elle marque le début d'un processus qui débouchera quatre ans plus tard sur la signature du traité de Paris et la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Surtout, elle inaugure une méthode qui servira de fil conducteur à l'intégration du continent, celle de privilégier l'économique au politique, et les avancées progressives aux grandes réalisations d'un soir. Dans les mots de Robert Schuman : « *L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait. [...] Ainsi sera réalisée simplement et rapidement la fusion d'intérêts indispensable à l'établissement d'une communauté économique qui introduit le ferment d'une communauté plus large et plus profonde* »¹⁰.

Suivant cette logique dite « fonctionnaliste », l'économique fabrique une communauté d'intérêts qui forment non seulement les conditions préalables à l'unification, mais, par engrenage, deviennent eux-mêmes la force motrice de l'intégration. Les premières institutions créées par la Communauté économique européenne (CEE), purement économiques, permettent déjà de se projeter dans le politique. C'est par exemple le cas de l'union douanière qui redéfinit le territoire de chacune des composantes de la communauté en supprimant les barrières internes et en établissant une frontière commune¹¹. Ensuite, la logique économique prend le relais en fournissant une justification aux

⁸ S. ROLAND, « L'identification du fédéralisme économique dans l'Union européenne », in *L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités*, S. DE LA ROSA et al. dir., coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 55.

⁹ O. CLERC et P. KAUFMANN, « La Genèse du fédéralisme économique américain : quels enseignements pour l'Europe contemporaine ? » *op. cit.*, pp. 61-62.

¹⁰ R. SCHUMAN, « Déclaration du 9 mai 1950 », Fondation Robert Schuman, p. 2, [http://www.robert-schuman.eu/fr/doc/divers/Declaration_du_9_mai_1950.pdf].

¹¹ S. ROLAND, « L'identification du fédéralisme économique dans l'Union européenne » *op. cit.*, p. 47.

différentes étapes de l'intégration, justification d'autant plus puissante que les impératifs de prospérité et de croissance ont toujours été aux fondements de la construction européenne : c'est la théorie économique qui impose de passer d'un marché commun à un système monétaire commun, puis à une monnaie commune, qui entraîne elle-même une coordination des politiques économiques, préalable peut-être à la constitution d'un gouvernement économique de type fédéral.

Le juriste Léontin-Jean Constantinesco oppose cette méthode fonctionnaliste à la méthode dite « fédérale-constitutionnelle » : « *contrairement à la méthode fonctionnelle, qui conçoit l'unification politique comme le couronnement final de l'extension progressive et désordonnée de la coopération dans les domaines les plus divers, la volonté de l'unification politique se trouve, dans la conception fédérale-constitutionnelle, affirmée dès le début* »¹². Cette affirmation passe par un acte fondateur de type constitutionnel qui pose dès le départ la vocation politique d'une telle union, tout ce que l'Europe a délibérément refusé de faire en choisissant la voie de traités interétatiques périodiquement renégociés.

Or, ce point est capital, car « *le passage d'une association économique d'Etats à une union politique rend nécessaire un acte solennel qui le concrétise* »¹³. Le transfert des compétences de l'Etat vers un gouvernement central ne peut être fait que par une décision traduisant l'expression d'une volonté politique. Faute d'un tel moment constituant, d'un « pacte fédératif », l'Union européenne ne peut pour le moment prétendre former une union de type fédéral¹⁴.

Par ailleurs, il serait faux de voir dans ce manquement originel une simple différence d'ordre symbolique. Au contraire, « [...] *ce processus d'intégration économique pensé de manière autonome se traduit, sur le plan institutionnel, par une dissociation nette entre la sphère économique et la sphère politique. Ces deux sphères cessent en effet de coïncider dès lors que la mise en place d'institutions ou de structures fédérales ou fédératives techniquement compétentes dans le domaine économique interdit de raisonner en termes de choix ou de décisions politiques [...]* »¹⁵.

En lieu et place de la délibération politique qui caractérise les structures fédérales apparaît un « fédéralisme tutélaire »¹⁶ reposant avant tout sur la règle. La mise en place d'un outil de type fédéral comme la monnaie sans les institutions politiques pour l'accompagner a certes préservé un semblant de souveraineté nationale, mais a ouvert la voie à une régulation intergouvernementale d'inspiration ordolibérale qui génère une frustration démocratique. Cette « voie allemande », qui défend l'édiction d'un ensemble de règles sur lequel il ne peut y avoir de débat, un constitutionnalisme économique en quelque sorte, s'oppose notamment à la position de la France qui souhaite avant tout un renforcement des procédures décisionnelles démocratiques dans leur élaboration¹⁷. « *Or, le fédéralisme politique de l'Europe ne peut pas être dissocié du renforcement des mécanismes démocratiques au niveau européen.* »¹⁸

¹² L.-J. CONSTANTINESCO, « Fédéralisme-constitutionnalisme ou Fonctionnalisme ? (Réflexions sur la méthode de l'intégration européenne) », in Mélanges Franklin Dehousse, Paris, Fernand Nathan/Labor, 1976, p. 23, cité par S. ROLAND, « L'identification du fédéralisme économique dans l'Union européenne » *op. cit.*, p. 54.

¹³ S. ROLAND, « L'identification du fédéralisme économique dans l'Union européenne » *op. cit.*, p. 57.

¹⁴ Sur l'importance du pacte fédératif et sa différence avec les traités internationaux qui forment toujours la base juridique de l'Union européenne, voir G. MARTI, « Le pouvoir constituant européen », thèse de doctorat, soutenue le 22 novembre 2008.

¹⁵ S. ROLAND, « L'identification du fédéralisme économique dans l'Union européenne » *op. cit.*, p. 52.

¹⁶ M. DEVOLUY, « Table ronde : conditions et moyens économiques du fédéralisme », in *L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités*, S. DE LA ROSA et al. dir., coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2015.

¹⁷ B. BRUNESSEN, « Intégration politique et intégration économique : la dialectique des intégrations », in *L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités*, S. DE LA ROSA et al. dir., coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 134.

¹⁸ *Ibidem*.

Une parfaite illustration de cette prééminence de la règle sur le débat démocratique en Europe est la matière budgétaire. L'Union européenne ne dispose pas d'un budget conséquent sur lequel puisse se tenir un débat et se mettre en place une politique, elle se contente donc d'exercer une tutelle de plus en plus forte sur les budgets nationaux, et ce notamment depuis la crise et les modifications apportées par le *six-pack*¹⁹ et le *two pack*²⁰ au Pacte de Stabilité et de Croissance²¹. Une des nouvelles dispositions de ce Pacte impose par exemple aux Etats membres de la zone euro de soumettre chaque année à la Commission européenne un plan budgétaire triennal et un projet de budget pour l'année suivante. Le projet de loi de finances des Etats est transmis à la Commission laquelle l'examine et formule un avis avant que les Etats n'en délibèrent eux-mêmes et ne l'adoptent²². Sans elle-même exercer de pouvoir dans le domaine budgétaire, la Commission exerce une vraie tutelle sur celui des Etats.

Pour bâtir une Europe fédérale, il est donc nécessaire d'opérer une « *politisation* »²³ qui rééquilibre la part respective des logiques démocratique et régulatrice, car cette dernière ne pourra jamais constituer à elle seule le fondement de la légitimité de l'Union européenne à agir en tant qu'entité politique. Or, sans une telle légitimité, le fédéralisme ne restera qu'un vœux pieu.

Mais cette impasse politique du fédéralisme européen étend également ses effets à la sphère économique, car l'intégration économique faite au détriment du politique ne peut être qu'imparfaite. Il existe en effet « [...] *un point de butée : celui à partir duquel la poursuite du processus d'intégration économique fait surgir la question du pouvoir, c'est-à-dire la question de savoir quelle est l'instance qui doit être titulaire de la décision, non pas parce que cette instance serait économiquement la plus efficace, mais parce qu'elle est perçue comme politiquement légitime.* »²⁴

B) Une intégration économique inachevée

Pendant un temps, la logique fonctionnaliste décrite ci-dessus a effectivement permis à l'Europe d'avancer dans l'intégration économique. La première étape importante est celle de la création par

¹⁹ PE et Cons. UE, Règl. n° 1175/2011 du 16 novembre 2011, modifiant le Règl. (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JOUE, n° L 306 du 23 novembre 2011, p. 12 ; Cons. UE, Règl. n° 1177/2011 du 8 novembre 2011, modifiant le Règl. (CE) n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JOUE, n° L 306 du 23 novembre 2011, p. 33, deux règlements sur la surveillance macroéconomique : PE et Cons. UE Règl. n° 1176/2011 du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, JOUE, n° L 306 du 23 novembre 2011, p. 25, PE et Cons. UE Règl. n° 1174/2011 du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, JOUE, n° L 306 du 23 novembre 2011, p. 8 ; Egal PE et Cons. PE et Cons. UE Règl. n° 1173/2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, JOUE, n° L 306 du 23 novembre 2011, p. 1, Cons. UE Dir. 2011/85 du 8 novembre 2011, sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des Etats membres, JOUE, n° L 306 du 23 novembre 2011, p. 41.

²⁰ PE et Cons. UE, Règl. n° 427/2013 du 21 mai 2013 relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des Etats membre de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière, JOUE, n° L 140 du 27 mai 2013, p. 1 ; PE et Cons. UE Règl. n° 473/2013 du 21 mai 2013, établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les Etats membres de la zone euro, JOUE, n° L 140 du 27 mai 2013, p. 11.

²¹ Celui-ci consiste en une résolution du Conseil européen du 17 juin 1997 et deux règlements du Conseil du 7 juillet 1997 : n° 1466/97 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JOCE, n° L 209 du 2 août 1997, p. 1 ; n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JOCE, n° L 209 du 2 août 1997, p. 6.

²² L. CLEMENT-WILZ, « Essai de délimitation de la compétence économique de l'Union à l'aune des « mesures anti-crise » », in *L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités*, S. DE LA ROSA et al. dir., coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 113-114.

²³ T. CHOPIN, « Pour une théorie de la politisation de l'Europe », *Pour une théorie politique appliquée à l'intégration européenne. État des lieux d'un champ de recherche en construction*, Congrès AFSP Aix 2015.

²⁴ S. ROLAND, « L'identification du fédéralisme économique dans l'Union européenne », *op. cit.* 55.

le traité de Rome, ou traité CE, du marché commun et de l'union douanière, formellement réalisés respectivement le 1^{er} janvier 1993 et le 1^{er} janvier 1968. Après le lancement de la CEE, l'idée d'une Union économique et monétaire progresse rapidement pour pallier les déséquilibres entre les devises des six Etats membres qui freinent alors les échanges commerciaux au sein de la Communauté. Un premier pas est franchi lors du sommet européen de La Haye en décembre 1969 qui débouche sur la création en 1972 du Serpent monétaire européen, qui réduit la marge de fluctuation des monnaies intracommunautaires, puis suivra en 1979 le Système monétaire européen, qui met en place un mécanisme de taux de change fixes mais ajustables entre les monnaies des pays de la CEE afin de créer une zone de stabilité monétaire.

Mais l'analyse économique continue à plaider pour l'existence d'une monnaie unique en Europe²⁵. Sous l'impulsion de la Commission européenne et de son président de l'époque, Jacques Delors, l'UEM prend enfin son envol et voit le jour en trois étapes²⁶ : le renforcement de la coopération entre les banques centrales et la libération complète des mouvements des capitaux à partir du 1^{er} juillet 1990, la création de l'Institut monétaire européen à partir du 1^{er} janvier 1994, et la fixation irrévocable des taux de change, l'introduction de l'euro et d'une politique monétaire unique menée par la Banque centrale européenne à partir du 1^{er} janvier 1999.

Ensuite, la nécessité d'une coordination et d'une convergence des politiques économiques prend le relais. En juin 1997, le Conseil européen adopte le Pacte de Stabilité et de Croissance qui vise à assurer la discipline budgétaire dans l'UEM. Cette logique se trouvera renforcée par la crise de 2008, à la faveur de laquelle de nouveaux mécanismes voient le jour afin d'assurer la stabilité de la zone euro, l'assistance aux pays en difficulté et le contrôle et la coordination des politiques économiques des Etats membres. En soixante ans, l'intégration économique des pays membres de l'Union européenne, et surtout de la zone euro, a indéniablement progressé pour s'établir à un niveau relativement élevé.

Néanmoins, malgré ces avancées concrètes, il demeure toujours impossible de parler de fédéralisme économique ou de gouvernement économique au sujet de la zone euro. Celle-ci reste au stade de la gouvernance économique, un système de prise de décision polycentrique dont émane un pouvoir doux (*soft power*), où la coordination et la régulation prévalent sur l'autorité politique²⁷. « *Par opposition, le gouvernement économique renvoie à l'exercice d'un leadership top down, à la capacité de mettre en œuvre des politiques de gestion des biens communs et à une légitimité unitaire de nature politique.* »²⁸ Un tel gouvernement devrait porter l'intérêt général européen là où la gouvernance économique de l'Union européenne est aujourd'hui encore totalement prisonnière des intérêts nationaux.

L'inexistence de cette légitimité politique constitue un frein à l'intégration économique à double titre. Elle empêche d'abord la pleine mise en œuvre des outils déjà existants. Si l'on prend le cas de la procédure concernant les déficits excessifs, censée sanctionner à terme les Etats ne se conformant pas à leur obligation d'un déficit public inférieur à 3% de leur Produit Intérieur Brut²⁹, celle-ci n'a encore jamais donné lieu à de telles sanctions, alors même que certains pays violent allègrement la règle depuis de nombreuses années. En juillet dernier ce sont l'Espagne et le Portugal qui ont ainsi

²⁵ Pour des arguments voir C. BRUNO *et al.*, « L'Union monétaire européenne : état des lieux, projets et enjeux », OFCE, *Observations et diagnostics économiques*, n° 38, octobre 2011.

²⁶ Banque Centrale Européenne, « L'Union économique et monétaire », [<http://www.ecb.europa.eu/ecb/history/emu/html/index.fr.html>].

²⁷ T. CHOPIN, « Pour une théorie de la politisation de l'Europe », *op. cit.*

²⁸ O. CLERC et P. KAUFMANN, « La Genèse du fédéralisme économique américain : quels enseignements pour l'Europe contemporaine ? », in *L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités*, S. DE LA ROSA *et al.* dir., coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2015, p.60.

²⁹ Cette procédure trouve son fondement dans l'article 126 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), sa mise en œuvre est précisée par le Pacte de Stabilité et de Croissance.

échappé de peu à la punition³⁰. Cela montre l'extrême difficulté pour la Commission européenne de procéder à des sanctions contre des gouvernements démocratiquement élus, comme pour le cas du Portugal où la nouvelle majorité de gauche s'est faite élire sur une plateforme éloignée de l'orthodoxie budgétaire.

Ensuite, il manque toujours à l'Union européenne de nombreux leviers politiques pour lui permettre de constituer un embryon de gouvernement économique. Elle ne dispose par exemple que d'un budget très limité, environ 1% de son PNB³¹, et se trouve dans l'incapacité de mener une politique budgétaire autonome de celles de ses membres, aux conceptions par ailleurs très divergentes s'agissant du rôle de l'Etat, de la gestion des biens collectifs ou de l'orientation à donner aux politiques économiques³².

Les transferts entre les Etats membres sont de ce fait très limités alors qu'ils sont cruciaux pour que le gouvernement puisse remplir les fonctions économiques déjà évoquées que sont l'affectation des ressources productives, la répartition de la richesse et des revenus, et la stabilisation macroéconomique. Ainsi, de tels transferts devraient pouvoir financer des biens collectifs d'une composante par des fonds venant d'une autre, assurer une redistribution des composantes les plus riches vers les plus pauvres, et opérer une stabilisation en cas de choc asymétrique frappant une composante. La politique de cohésion économique, sociale et territoriale de l'Union européenne est bien loin de cet objectif³³.

Instaurer un véritable gouvernement économique pour la zone euro ne pourra donc se faire sans assumer la vocation politique et fédérale de l'Union européenne.

II. La voie politique vers le gouvernement économique

Si l'on s'intéresse maintenant au rapport des cinq présidents, on s'aperçoit qu'il ne permet pas de lever l'impasse dans laquelle se situe la zone euro **(A)**. En effet, seule la réconciliation de l'économie et du politique peut ouvrir la voie au fédéralisme **(B)**.

A) Rapport des cinq présidents : l'impasse fonctionnaliste

Le rapport des cinq présidents se construit autour de deux phases : une première d'approfondissement par la pratique consistant à mieux exploiter les instruments déjà existant, puis une seconde prévoyant la prise de nouvelles mesures de plus grande ampleur.

L'ambition politique étant quasi absente de ce rapport, les progrès sur le volet économique sont, sans surprise, assez limités, alors même que ce document est censé mener à « *l'achèvement* » de l'Union économique et monétaire³⁴.

Pour commencer, la méthode suivie n'est pas celle d'un acte politique fort ou même d'un nouveau traité, mais celle d'un cheminement progressif passant par de nouveaux actes de droit dérivé : « *Pour avancer sur la voie d'une Union économique de la convergence, de la croissance et de l'emploi, ce ne sont pas de*

³⁰ S. MOREL, Dépassement budgétaire : Madrid et Lisbonne échappent aux sanctions européennes, *Le Monde*, 27 juillet 2016, [http://lemonde.fr/economie/article/2016/07/27/madrid-et-lisbonne-echappent-aux-sanctions-europeennes_4975434_3234.html].

³¹ J.-F. JAMET, « Un gouvernement économique européen : du slogan à la réalité ? », Fondation Robert Schuman, *Question d'Europe*, n°167 et 168, 26 avril 2010, p.14.

³² *Id.*, p.5.

³³ *Ibid.*

³⁴ COMMISSION EUROPEENNE, « Compléter l'Union économique et monétaire », *op. cit.*, p. 6.

nouveaux « pactes » qui sont nécessaires, mais des progrès concrets sur la base du droit européen. »³⁵ Compte-tenu de la situation dans laquelle est actuellement plongée l'Union européenne, cette prise de position n'est néanmoins guère étonnante.

S'agissant de ce que le rapport appelle « l'Union économique », la coordination et la convergence des politiques économiques, la phase 1 vise des progrès à droit constant : « inspirés de l'esprit du « pacte pour l'euro plus » de 2011, qui visait à instaurer une coordination renforcée des politiques économiques pour la compétitivité et la convergence »³⁶, et la phase 2 prévoit l'élaboration de nouveaux outils juridiques.

La proposition la plus concrète est celle de créer un système d'autorités de la compétitivité de la zone euro³⁷, une piste également défendue par l'institut de recherche Bruegel³⁸. Chaque Etat membre se verrait doté d'une autorité indépendante nationale chargée d'évaluer ses performances économiques et son niveau de compétitivité afin de limiter les divergences économiques entre Etats et de renforcer la mise en œuvre des réformes nécessaires. Ces autorités indépendantes devront « déterminer si les salaires évoluent en accord avec la productivité, par comparaison avec l'évolution dans d'autres pays de la zone euro et chez les principaux partenaires commerciaux comparables »³⁹, comme cela est prévu par le pacte pour l'euro plus. Elles seraient rassemblées avec la Commission européenne au sein d'un système qui coordonnerait leurs actions sur une base annuelle. Ces autorités constituent une avancée intéressante mais qui s'inscrit pleinement dans le registre de la régulation et de l'intergouvernementalité, ce que signale leur caractère national. Ce n'est pas l'outil du fédéralisme économique⁴⁰.

C'est pourtant la seule véritable innovation contenue dans ce rapport qui préconise essentiellement une application plus rigoureuse des outils déjà existants, en rendant la procédure concernant les déséquilibres économiques⁴¹ (PDM) plus robuste, en renforçant la coordination des politiques économiques et le Semestre européen⁴², ou en améliorant les performances des Etats membres dans le domaine social afin que l'Europe obtienne un « triple A social »⁴³.

En phase 2, il s'agit de rendre le processus de convergence plus contraignant, et « d'adopter un ensemble commun de normes de haut niveau qui seraient définies dans la législation de l'UE »⁴⁴ qui concernerait principalement « les marchés du travail, la compétitivité, l'environnement des entreprises et l'administration publique, ainsi que certains aspects de la politique fiscale »⁴⁵. On reste dans la logique tutélaire d'une « constitutionnalisation » de l'ordre économique qui, sans nul doute, viendra un peu plus se heurter à la légitimité politique de gouvernements voyant leur marge de manœuvre se réduire.

Sur le volet budgétaire, le rapport suit la même logique. Il propose la création d'un comité budgétaire européen consultatif qui « fournirait, au niveau européen, une évaluation publique et indépendante des budgets – et de leur exécution – à l'aune des objectifs économiques et des recommandations formulés dans le cadre de la gouvernance budgétaire de l'UE. »⁴⁶

³⁵ *Id.*, p. 8.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Id.*, p. 9.

³⁸ A. SAPIR et G. B. WOLFF, « Euro-area governance: what to reform and how to do it », 27 février 2015, [<http://bruegel.org/2015/02/euro-area-governance-what-to-reform-and-how-to-do-it/>].

³⁹ COMMISSION EUROPEENNE, « Compléter l'Union économique et monétaire », *op. cit.*, p. 9.

⁴⁰ Voir M. SBAIHI, « How to fix the euro area without breaking it », 9 juin 2015, [<https://www.bloomberg.com/professional/blog/how-to-fix-the-euro-area-without-breaking-it/>].

⁴¹ COMMISSION EUROPEENNE, « Compléter l'Union économique et monétaire », *op. cit.*, p. 9.

⁴² *Id.*, p. 10.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Id.*, p. 11.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Id.*, p. 16.

La phase 2 aborde la question d'un mécanisme de stabilisation macroéconomique⁴⁷ susceptible d'absorber les chocs auxquels serait confrontée la zone euro, mais il est aussitôt précisé que ce mécanisme « *ne devrait pas conduire à des transferts permanents entre pays ni à des transferts en sens unique ; c'est pourquoi la convergence vers l'Union économique est une condition préalable à toute participation. Il ne devrait pas non plus être conçu en vue d'égaliser les revenus entre les États membres* »⁴⁸. Ce paragraphe révèle à lui-seul le problème auquel est confrontée la zone euro car un véritable gouvernement économique, on l'a vu précédemment, suppose justement de tels transferts entre composantes d'une union de type fédéral. Mais il n'est politiquement pas envisageable de demander aux peuples européens d'accepter de tels transferts tant qu'ils n'ont pas eux-mêmes consentis à faire partie d'une telle union.

Ce problème politique est posé par le rapport qui y consacre une partie entière intitulée « *Responsabilité démocratique, légitimité et renforcement institutionnel* »⁴⁹ et rappelle qu'« *il est temps à présent de réexaminer et de consolider notre construction politique, et de bâtir la prochaine phase de notre Union économique et monétaire.* »⁵⁰

Là encore les avancées, réelles, sont modestes et insuffisantes. Il est proposé de renforcer le rôle du Parlement européen et des parlements nationaux : tenue de débats en séance plénière au Parlement européen dans le cadre du Semestre européen, mise en place de réunions interparlementaires avec des représentants de la Commission ou du Conseil, mise en pratique du droit reconnu par le *two pack* à un parlement national d'inviter un Commissaire européen à s'exprimer devant lui, meilleure association des parlements nationaux aux programmes de réforme et de stabilité. Le rapport avance aussi des pistes pour approfondir le rôle de l'Eurogroupe comme la création d'une présidence à temps plein. Enfin, il propose la création d'un Trésor de la zone euro qui inaugurerait un système de responsabilité et de légitimité démocratique, sans qu'il soit donné plus de précision. Ce Trésor pourrait constituer un premier élément de fédéralisation de la zone euro selon le rôle qui lui serait attribué⁵¹.

Ces différentes mesures sont les bienvenues, mais elles consistent essentiellement à mieux associer les institutions démocratiques existantes aux décisions prises dans le cadre de la gouvernance européenne, pas à démocratiser cette gouvernance ni à lui donner une vraie légitimité politique et à la doter d'un exécutif de type fédéral. Pour le dire simplement, elles ne permettent pas « *d'introduire un lien direct entre le vote des Européens, les décisions des institutions communautaires et l'orientation des politiques publiques.* »⁵² Pourtant, il semble à ce stade très difficile de faire un pas de plus vers un gouvernement économique sans progresser au préalable dans l'intégration politique.

B) Réconcilier l'économique et le politique

Se doter d'un gouvernement économique nécessite par exemple pour l'Union européenne de pouvoir jouer sur le levier budgétaire pour mener une politique de relance ou financer des biens publics. Pour conduire de telles politiques à l'échelle, il faudrait augmenter le budget de la zone euro de manière assez significative, autour de 2,5 à 3 % du PIB européen⁵³. Une telle augmentation représenterait déjà une inflexion politique majeure.

⁴⁷ *Id.*, p. 17.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Id.*, pp. 19-20.

⁵⁰ *Id.*, p. 19.

⁵¹ J. PISANI-FERRY, « Assurance mutuelle ou fédéralisme : la zone euro entre deux modèles », Bruegel, 8 octobre 2012, [<http://bruegel.org/2012/10/assurance-mutuelle-ou-federalisme-la-zone-euro-entre-deux-modeles>].

⁵² T. CHOPIN, « Pour une théorie de la politisation de l'Europe », *op. cit.*, p. 8.

⁵³ O. CLERC et P. KAUFMANN, « La Genèse du fédéralisme économique américain : quels enseignements pour l'Europe contemporaine ? » *op. cit.*, p. 80.

Ce budget pourrait provenir de contributions nationales, d'un impôt européen ou bien d'*Eurobonds*⁵⁴, des titres d'emprunt directement émis par l'Union européenne. Développer une fiscalité européenne aurait l'avantage de doter l'Union d'une politique fiscale lui permettant un certain interventionnisme économique et social⁵⁵. Les *Eurobonds* serviraient aux pays les plus fragiles à bénéficier de conditions d'emprunt moins onéreuses car assises sur un marché de taille continentale et supposeraient un droit de regard encore accru des différents Etats membres sur les politiques budgétaires de leurs partenaires, ainsi qu'une assistance et des transferts en cas de défauts.⁵⁶

Or, outre leur acceptabilité politique, on voit mal de tels instruments se développer sans qu'ils soient soumis à un contrôle démocratique de la part des institutions européennes, sous la forme par exemple d'un exécutif de la zone euro, incarné par l'Eurogroupe ou un ministre des finances, responsable devant une assemblée délibérante, Parlement européen ou Parlement de la zone euro créé *ad hoc*. C'est ce que proposent le gouvernement français ou les économistes Jean Pisany-Ferry⁵⁷ et Thomas Piketty⁵⁸. On en revient donc à la question de la nature de l'Union européenne, zone de coopération économique ou union politique.

De la même manière, donner de tels pouvoirs à l'Union européenne, concurrents de ceux des Etats dans ce qui leur reste de leur souveraineté économique, ne pourra se faire sans un acte politique fondateur susceptible de réunir l'assentiment de toutes les parties prenantes, Etats et citoyens⁵⁹. A terme, une refonte des traités fondateurs est indispensable à la « fédéralisation » de la zone euro et à l'émergence d'un gouvernement économique européen.

Conclusion

Comme le dit Jacques Le Cacheux, « [...] à ce stade, il est sans doute difficile de faire plus de progrès dans le fédéralisme économique sans opérer un saut dans le fédéralisme politique. »⁶⁰, ce que vient parfaitement illustrer, *a contrario*, le rapport des cinq présidents. Pour avancer, la zone euro a vitalement besoin d'une impulsion politique, si difficile soit-elle à ce moment donné de la construction européenne.

Bien sûr, il est possible de vouloir en rester là et de ne pas vouloir faire de la zone euro l'embryon d'une union fédérale, mais ce serait finalement préserver une souveraineté nationale de façade tout en continuant à *corseter* l'action des gouvernements par de nouveaux pactes et de nouvelles règles. On risquerait alors d'accentuer davantage le décalage entre économie et politique et de nourrir un peu plus la frustration démocratique qui menace déjà l'édifice européen. De plus, l'approfondissement du marché intérieur et l'harmonisation des politiques socio-fiscales, renforçant l'intégration économique entre les pays membres de la zone euro, risquerait d'accentuer les inégalités déjà présentes entre les différents pays européens⁶¹, ce qui relance le débat sur les

⁵⁴ J. PISANI-FERRY, « Assurance mutuelle ou fédéralisme : la zone euro entre deux modèles », *op. cit.*

⁵⁵ O. CLERC et P. KAUFMANN, « La Genèse du fédéralisme économique américain : quels enseignements pour l'Europe contemporaine ? » *op. cit.*, p. 81.

⁵⁶ O. CLERC et P. KAUFMANN, « La Genèse du fédéralisme économique américain : quels enseignements pour l'Europe contemporaine ? » *op. cit.*, p. 75.

⁵⁷ J. PISANI-FERRY, « Assurance mutuelle ou fédéralisme : la zone euro entre deux modèles », *op. cit.*

⁵⁸ C. GATINOIS et A. SALLES, « Thomas Piketty : « Il faut donner un parlement à l'euro » », 20 mai 2014, [http://www.lemonde.fr/europeennes-2014/article/2014/05/20/thomas-piketty-la-democratie-contre-les-marches_4421986_4350146.html].

⁵⁹ J.- F. JAMET, « Un gouvernement économique européen : du slogan à la réalité ? », Fondation Robert Schuman, *Question d'Europe*, n°167 et 168, 26 avril 2010, p.15.

⁶⁰ J. LE CACHEUX, « Table ronde : conditions et moyens économiques du fédéralisme », in *L'Union européenne et le fédéralisme économique. Discours et réalités*, S. DE LA ROSA et al. dir., coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 85.

⁶¹ P. FREMEAUX, « La monnaie unique et les inégalités de développement entre les pays membres », *Alternatives économiques*, mai 1998, [http://crdp-montpellier.fr/ressources/dda/euro/dda2_d4_a3.html].

transferts de richesse entre régions. On peut donc s'attendre à ce que la question politique resurgisse à un moment ou à un autre.

Charles Mosditchian

L'impact de la crise financière sur la politique européenne de la concurrence



CHARLES MOSDITCHIAN

Charles Mosditchian est diplômé de Sciences Po Paris et exerce en tant qu'avocat en droit de la concurrence et droit commercial au sein du département Droit économique et européen du cabinet Gide Loyrette Nouel à Paris.

Le droit de la concurrence entretient des relations ambivalentes avec la notion de crise économique. Deux remarques liminaires permettent d'illustrer ce constat. D'abord, la notion de crise est difficile à circonscrire en droit de la concurrence parce qu'elle n'est pas précisément définie par les textes. Les premières clarifications de la notion ne sont apparues que récemment, à l'occasion de la crise de 2008, notamment dans les communications adoptées par la Commission européenne, qui définissent la crise comme « *une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre* ». Le caractère volontairement général de cette définition laisse donc à la Commission une marge d'appréciation notable dans la qualification de la notion.

Ensuite, les autorités de concurrence ont souvent une attitude *a priori* intransigeante à l'égard d'un inflexionnement éventuel des règles de concurrence en raison des circonstances économiques. Ainsi dans le document de synthèse de son rapport annuel pour 2012, l'Autorité de la concurrence française, qui s'interrogeait sur la nécessité, pour les autorités de concurrence, de faire preuve de modération « *à l'heure d'une crise économique sans précédent* », répondait sans détours que la crise ne justifie nullement un inflexionnement de la politique de concurrence, bien au contraire¹.

Adoptant une approche tout aussi orthodoxe, la Commission a, elle aussi, profité des turbulences économiques de la crise de 2008 pour réaffirmer la nécessité de rester ferme dans l'application des règles de concurrence en vigueur². Neelie Kroes, alors Commissaire à la concurrence, avait, au commencement de la crise, appelé avec force à entretenir une continuité dans la politique de concurrence de la Commission, tout en prenant en compte l'environnement économique. Son successeur Joaquín Almunia avait martelé le même message en soulignant qu'une situation de crise économique « *ne justifie pas une moindre sévérité dans l'application des règles mais requiert au contraire une plus grande vigilance* »³. Nul besoin de préciser que Margrethe Vestager, actuelle Commissaire à la concurrence, s'inscrit dans la même lignée que ses prédécesseurs, tant sa position proactive depuis son entrée en fonction laisse peu de doutes sur sa volonté de continuer à faire appliquer les règles préexistantes en période de crise.

¹ Synthèse du Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2012.

² F. BRUNET, Le droit de la concurrence face aux défis de la crise mondiale, *Revue Lamy de la Concurrence*, juillet-septembre 2009.

³ B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, Crise économique concurrence et compétitivité, *Concurrence* n° 2-2012.

Les représentants des autorités nationales ont, eux aussi, invoqué la nécessité de « *maintenir le cap* » et de préserver la concurrence en temps de crise. Ainsi, le président sortant de l'Autorité française, Bruno Lasserre, a-t-il rappelé que, dans la gestion de la crise, « *la concurrence constitue une solution et non un problème* ». Angel Gurría, Secrétaire général de l'Organisation de coopération et de développements économiques (OCDE), soulignait, pour sa part, en février 2009, à l'occasion du Forum mondial sur la concurrence, que « *c'est précisément en ces périodes de turbulence que la concurrence peut apaiser les tensions économiques* »⁴.

En adoptant cette posture en apparence sans équivoque, et en appelant unanimement à l'application des règles en vigueur, les autorités de concurrence sont, au fond, dans leur rôle de garantes de *l'ordre concurrentiel*. On peut même souligner le bien-fondé d'une telle position à l'aune des raisons de la crise financière ; l'idée qui sous-tend cette apparente intransigeance étant que la crise financière a été en partie causée par un défaut de régulation des autorités prudentielles de régulation bancaire et que l'action des régulateurs de concurrence se doit de demeurer consciencieuse et efficace précisément afin d'éviter tout dérapage similaire.

Pourtant, force est de constater qu'en dépit de ces nombreuses déclarations d'intentions, les autorités de concurrence tendent, depuis la naissance même du droit de la concurrence, à opérer des ajustements dans ses règles substantielles et procédurales, en vue de s'adapter aux situations de crise, comme si le droit de la concurrence était « *trop en prise avec l'économie pour ne pas être impacté par la crise* »⁵.

En jurisprudence pré-crise de 2008, on observe en effet que les autorités de concurrence s'adaptaient déjà aux circonstances économiques. La décision qui a fait date en la matière est un arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis rendu en 1933, à l'occasion duquel celle-ci avait validé, au titre de la règle de raison, une entente portant sur un système de quotas organisé entre producteurs de charbon, dans le contexte de la crise de 1929. La Cour Suprême avait alors considéré qu'une telle entente préservait l'emploi d'une part, et profitait aux consommateurs d'autre part, parce qu'elle permettait le maintien d'un concurrent face aux autres énergies ; justifiant ainsi son exemption. Si cette décision est souvent présentée comme une exception par la doctrine, elle témoigne malgré tout d'une volonté de prendre en considération le facteur de crise économique pour justifier une pratique prohibée par ailleurs.

En France, la décision emblématique de l'adaptation des autorités de concurrence en période de crise est la décision relative au marché du sel rendue en date du 3 mai 1988, dans laquelle le Conseil de la concurrence avait validé la détermination d'un prix en commun à la production par une organisation de producteurs de sel, en constatant la « *nécessité d'assurer la survie d'exploitations soumises à d'importantes et imprévisibles variations de production (...)* »⁶.

Plus proche de nous, la même tendance à l'assouplissement des règles existantes a été observée à la suite de la crise de 2008. Ainsi, malgré les déclarations des autorités, des inflexions significatives ont été opérées dans les différentes branches du droit de la concurrence, confirmant l'idée selon laquelle « *la position officielle des autorités de concurrence qui consiste à expliquer qu'aucune adaptation n'est nécessaire à quelque chose d'incantatoire* »⁷.

S'il est patent que les autorités de concurrence tendent à s'adapter à l'environnement économique en temps de crise, il faut, par ailleurs, relever qu'elles le font en empruntant - alternativement ou

⁴ A. GURRIA, Allocution d'ouverture du Forum mondial sur la concurrence, 19 février 2009.

⁵ N. JALABERT-DOURY, L. Nouvel, D. LE MAREC, A. TERCINET, P. LE MORE, Crise et concurrence : les premiers signes d'impact de la crise sur les politiques de concurrence, Chronique Politiques de concurrence, RDAI/IBLJ, N°3, 2009.

⁶ Conseil de la concurrence, 3 mai 1988, déc. n° 88-D-20 relative à des pratiques relevées sur le marché du sel.

⁷ D. BOSCO, Droit des concentrations, Contrats concurrence consommation n°6, juillet 2010, chron. 1.

cumulativement - deux voies distinctes que sont l'application d'un régime d'exception, ou l'assouplissement des règles existantes⁸. Les quelques huit années écoulées depuis le début de la crise financière permettent de disposer du recul nécessaire à l'évaluation de l'action des autorités dans les trois branches du droit de la concurrence, et de déterminer ainsi les voies d'adaptation qui ont été privilégiées dans chacune d'entre elles.

S'agissant du droit des aides d'Etat, les autorités de concurrence ont eu tendance à associer régime d'exception et assouplissements du fond du droit, avec l'adoption d'un nouveau *corpus* de règles, qui, sous l'impulsion du sauvetage des institutions financières de l'Union européenne (UE), a profondément remodelé le paysage du contrôle des aides d'Etat (I). Le contrôle des concentrations est demeuré, pour l'essentiel, assez stable dans sa mise en œuvre, mais a été marqué par un rendez-vous manqué avec la théorie de l'entreprise défaillante et la montée en puissance des exécutifs nationaux en tant que garants de l'intérêt général (II). Enfin, concernant la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, dans un domaine où les autorités de concurrence conservent une réputation de grande sévérité, la principale variable d'ajustement en temps de crise est devenue la détermination du montant des amendes prononcées (III).

I. Le contrôle des aides d'Etat

L'exemple le plus frappant de l'infléchissement de la politique concurrentielle de la Commission en réaction à la crise économique est celui du contrôle des aides étatiques, qui a subi des transformations importantes à la suite de la crise de 2008. En effet, la Commission tente désormais de concilier deux objectifs dans sa politique de contrôle des aides d'Etat : le maintien de règles du jeu équitables pour l'ensemble des entreprises intervenant sur le marché commun européen, mais aussi un objectif systémique de sauvetage dans des secteurs où il existe un « *risque de retombées importantes d'une crise spécifique sur le système en général* »⁹.

A cet effet, la Commission a adopté un nouveau *corpus* de règles relatives aux aides d'Etat dans le secteur financier, qui ont été maintenues et progressivement renforcées, jusqu'à nos jours (A). Par plusieurs arrêts consacrant l'application de ces règles nouvelles, le juge de l'UE est venu conforter le pouvoir discrétionnaire de la Commission dans ce domaine et confirmer le glissement d'une politique de *bailout*, dans laquelle les autorités européennes contribuaient seules au sauvetage de l'entreprise en difficulté, vers une politique de *bail-in* où les investisseurs de l'entreprise concernée sont désormais mis à contribution en cas de sauvetage financier, de façon à limiter le concours de fonds publics (B).

A) L'adoption d'un nouveau *corpus* de règles et sa pérennisation progressive

Historiquement, le contrôle des aides étatiques opéré par la Commission est l'une des branches du droit de la concurrence qui suscite le plus de critiques de la part des pouvoirs publics nationaux car il relève d'enjeux à coloration non seulement économique mais aussi sociale (e.g. le maintien de l'emploi dans un secteur donné). Les passes d'armes régulières entre l'exécutif des Etats membres et

⁸ L. VOGEL, Introduction in *Le droit de la concurrence à l'épreuve de la crise économique* de l'Atelier de la consommation du 27 avril 2009.

⁹ Communication Comm. UE, 11 janvier 2011, Cadre communautaire temporaire pour les aides d'Etat destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, C-6/5.

la Direction générale de la concurrence sont symptomatiques des vives tensions qui existent entre les acteurs nationaux et les instances européennes sur ce sujet¹⁰.

On rappellera brièvement ici que l'article 107(1) Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (ancien article 87(1) CE) interdit les aides étatiques octroyées à une entreprise nationale, sauf exceptions limitativement énumérées à l'article 107(3) TFUE (ancien article 87(3) CE). Ainsi toute aide doit être notifiée à la Commission afin d'être autorisée par elle, sous peine d'être déclarée illégale.

Parmi les exceptions limitativement énumérées, l'article 107(3) (b) TFUE stipule qu'une aide qui vise à « *remédier à une perturbation importante de l'économie d'un Etat membre* » peut être déclarée compatible au droit de l'UE. Cet article adopte une approche systémique et entend valider une aide sans laquelle l'ensemble de la structure économique d'un marché donné serait menacé. Il pose ainsi le principe selon lequel, en cas de risque systémique, la solidarité entre les Etats membres doit prévaloir sur la politique d'intégration de l'UE.

L'article 107(3) (c) TFUE autorise, quant à lui, les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques ; il fonde donc son exemption sur une approche régionale ou sectorielle pour autoriser ponctuellement une aide étatique.

Avant la crise de 2008, la Commission considérait que l'article 87 (3) (b) CE (nouvel article 107(3) (b) TFUE) devait être appliqué de façon extrêmement restrictive. Cette lecture la conduisait à refuser systématiquement d'autoriser les aides étatiques sur ce fondement et à lui préférer l'article 87(3) (c) (nouvel article 107(3) (c) TFUE), rejetant ainsi toute approche systémique. Bien que la Commission ait longtemps persisté dans cette voie¹¹, le défaut de la banque Lehman Brothers en octobre 2008 et la rapidité de propagation de la crise économique et financière l'a contrainte à infléchir sa position et à adapter le droit des aides d'Etat à l'environnement économique dégradé auquel les Etats membres faisaient face.

La Commission s'est alors dotée d'une approche novatrice en créant un nouveau *corpus* de règles qui complète et précise les règles préexistantes en matière d'aides étatiques, en adoptant dans un premier temps, plusieurs communications relatives au secteur bancaire et financier. La première, adoptée en octobre 2008¹² trouve sa principale nouveauté dans le fondement qui y est utilisé, à savoir l'article 107(3) (b) TFUE. Des communications subséquentes visant à proroger ces dispositions temporaires, d'abord pour une année¹³, puis *sine die*¹⁴ ont, par la suite, été adoptées.

¹⁰ A. ROBERT, La guerre est déclarée entre Arnaud Montebourg et Joaquín Almunia, euractiv.com, 22 janvier 2014, [<https://www.euractiv.fr/section/commerce-industrie/news/la-guerre-est-declaree-entre-arnaud-montebourg-et-joaquin-almunia/>].

¹¹ Déc. Comm. CE n° 2007/6127, 5 déc. 2007, Northern Rock, aide d'Etat NN 70/2007, JOCE 16 févr. 2008, n° C 43 ; Déc. Comm. CE n° 2008/1628, 30 avr. 2008, Aide au sauvetage en faveur de WestLB, aide d'Etat, NN 25/2008, JOCE 26 juill. 2008, n° C 189 ; Déc. Comm. CE n° 2008/2669, 4 juin 2008, Sachsen LB, aide d'Etat C 9/2008, JOCE 24 avr. 2009, n° L 104 ; Déc. Comm. CE n° 2008/4138, 31 juill. 2008, Roskilde, aide d'Etat NN 36/08, JOCE 17 sept. 2008, n° C 238 ; Déc. Comm. CE n° 2008/5673, 1er oct. 2008, Bradford and Bingley, aide d'Etat NN 41/08, JOCE 13 nov. 2008, n° C 290 ; Déc. Comm. CE n° 2009/775, 21 oct. 2008, IKB, aide d'Etat n° C 10/08, JOCE, 23 oct. 2009, N° L 278.

¹² Communication Comm. CE, 13 oct. 2008, sur l'application des règles en matière d'aides d'Etat aux mesures prises en rapport avec les institutions financières dans le contexte de la crise financière mondiale, JOCE 25 oct. 2008, n° C 270.

¹³ Communication Comm. UE, 1er déc. 2010, concernant l'application, à partir du 1er janvier 2011, des règles en matière d'aides d'Etats aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, JOUE 7 déc. 2010, n° C 329 ; Communication Comm. UE, 1er déc. 2010, concernant l'application, à partir du 1er janvier 2012, des règles en matière d'aides d'Etats aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière (« Communication concernant le secteur bancaire »), JOUE 6 déc. 2011, n° C 356.

¹⁴ Communication Comm. UE, concernant l'application, à partir du 1er août 2013, des règles en matière d'aides d'Etats aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière, JOUE 30 juill. 2013, n° C 216/1.

Il faut souligner que la Commission continue aujourd'hui d'utiliser les dispositions temporaires relatives au secteur financier adoptées à la suite de la crise de 2008. Ainsi, à l'occasion d'une décision récente rendue le 16 décembre 2015, la Commission a, par exemple, autorisé des mesures étatiques de restructuration de la banque hongroise *MKB*¹⁵ sur le fondement de l'article 107(3) (b) et de la Communication concernant l'application des règles en matière d'aides d'Etat aux aides accordées aux banques dans le contexte de la crise financière dite « Communication concernant le secteur bancaire »¹⁶.

Au-delà des prorogations successives des dispositions temporaires adoptées après la crise et de leur utilisation toujours effective par la Commission, un autre élément témoigne de leur pérennisation dans le système juridique de l'UE. Depuis 2008, les nouveaux textes contraignants relatifs à la régulation du secteur bancaire, adoptés par les institutions de l'UE parallèlement aux communications précitées, ont été rédigés en totale cohérence avec lesdites dispositions temporaires. L'alignement sur ces dispositions initialement provisoires de nouveaux instruments ayant vocation à s'appliquer de manière permanente (*voir par exemple la Directive relative au redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement*¹⁷, qui instaure un contrôle prudentiel des établissements financiers dans l'UE) semble témoigner d'une volonté des institutions européennes de continuer à bâtir le nouvel édifice juridique propre au secteur financier sur les fondations des textes adoptés à la suite de la crise. Ce constat atteste, là encore, de l'installation toujours plus pérenne des dispositions provisoires adoptées à la suite de la crise de 2008, dans le paysage européen des aides d'Etat.

B) La consécration jurisprudentielle des dispositions nouvelles : l'avènement d'une politique de *bail in*

Les quelques années qui nous séparent de l'adoption des communications précitées permettent de disposer du recul nécessaire pour apprécier l'étendue du pouvoir discrétionnaire de la Commission en matière de contrôle étatique dans le secteur financier. En effet, la reconnaissance de l'applicabilité de l'article 107(3) (b) à la crise financière et la grande marge d'appréciation de la Commission dans la fixation des conditions financières ont été consacrées par plusieurs arrêts récemment rendus par la Cour de Justice¹⁸.

La première confirmation est intervenue par un arrêt *West LB*¹⁹, à l'occasion duquel, le Tribunal de l'UE a validé la possibilité pour la Commission d'imposer des conditions lorsqu'elle autorise une aide sur le fondement de l'article 107(3) (b). La position du Tribunal dans cet arrêt confirme d'abord le passage d'une politique de *bailout* (sauvetage de l'entreprise en difficulté par les pouvoirs publics) à une politique de *bail-in* (obligation de contribution des investisseurs privés) dans l'UE. L'arrêt conforte ensuite le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de la Commission dans l'application de cette politique de *bail-in* en lui octroyant une marge de manœuvre conséquente dans l'évaluation qu'elle opère quant à la contribution des investisseurs.

¹⁵ Déc. Comm. UE, 16 déc. 2015, *Magyar Kereskedelmi Bank Zrt*, aide d'Etat 40441.

¹⁶ Communication concernant le secteur bancaire, *supra* note 14.

¹⁷ Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil, en date du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

¹⁸ La nouvelle approche de la Commission en matière d'aides étatiques au secteur financier, Adrien de Hauteclocque, *Journal de droit européen*, 2015, pp 11-13.

¹⁹ Tribunal de l'UE, 17 juill. 2014, *Westfälisch-Lippischer Sparkassen und Giroverband c. Commission*, T-457/09, Rec. EU:T:2014:683.

Dans un arrêt récent rendu à l'occasion de l'affaire dite des « Banques slovènes »²⁰, la Cour a confirmé cette approche en considérant qu'une répartition des charges entre les investisseurs privés en vue d'obtenir l'autorisation par la Commission d'une aide d'État en faveur d'une banque déficitaire, n'enfreignait pas le droit de l'Union. Elle a par ailleurs considéré qu'« *une solution contraire risquerait de provoquer des distorsions de concurrence, dans la mesure où les banques dont [les investisseurs] n'auraient pas contribué à la diminution du déficit de fonds propres recevraient une aide d'État plus élevée que celle qui aurait été suffisante pour combler le déficit résiduel de fonds propres*²¹ ».

Le pouvoir discrétionnaire de la Commission dans l'établissement de conditions relatives au sauvetage d'une banque a néanmoins été tempéré à l'occasion de deux arrêts rendus par le Tribunal puis la Cour dans l'affaire *ING*²². Dans cette affaire, les Pays-Bas et la banque *ING* demandaient l'annulation d'une décision de la Commission approuvant plusieurs aides visant à restructurer la banque, mais dans laquelle la Commission avait qualifié d'aide d'État la modification des conditions de remboursement de la banque, en s'abstenant de soumettre cette mesure au test de l'investisseur privé *i.e.* en omettant de vérifier que l'État néerlandais s'était effectivement comporté en investisseur public en l'espèce.

Le Tribunal puis la Cour ont annulé la décision de la Commission en rappelant que cette dernière ne saurait, sans méconnaître la notion d'aide au sens du TFUE, se soustraire à son obligation d'examiner la rationalité économique des mesures d'aides contemplées. Ainsi, conformément au droit des aides d'État, la Commission ne pouvait se limiter à constater que la modification de conditions de remboursement constituait une aide au sens du Traité sans vérifier que l'État ne s'était pas comporté en investisseur privé.

Ces deux arrêts opèrent une forme de rappel à la Commission des critères classiques du contrôle des aides d'État, en lui remémorant que le large pouvoir discrétionnaire dont elle dispose en matière d'obligation à contribution des investisseurs ne lui permet pas pour autant de s'écarter de ces critères.

On soulignera enfin que la crise n'a pas affecté le seul droit substantiel des aides d'État. En effet, plusieurs décisions tendent à démontrer un infléchissement de certaines dispositions procédurales, consenti par les juridictions de l'UE. Le sursis à exécution est un exemple révélateur à cet égard. Ainsi à l'occasion d'une ordonnance rendue en 2012²³, le Tribunal a accordé la non-exécution provisoire d'une décision de la Commission dans une affaire où la Grèce avait été condamnée par la Commission à rembourser des compensations versées en 2009 par l'organisme grec d'assurances agricoles aux agriculteurs grecs pour des dommages survenus à la suite de mauvaises conditions climatiques. Ces compensations d'un montant total de 425 millions d'euros avaient été qualifiées d'aides d'État illégales par la Commission.

Dans l'ordonnance précitée, le Tribunal, après avoir souligné que le paysage économique grec est caractérisé « *par une situation financière générale extrêmement difficile* » et que « *le climat social en Grèce est actuellement marqué par une détérioration de la confiance à l'égard des pouvoirs publics, par un mécontentement généralisé et par un sentiment d'injustice* », a mis en balance les différents intérêts en présence, et a estimé que, dans ces circonstances exceptionnelles, il convenait de reconnaître la priorité aux intérêts consistant à préserver la paix sociale et à prévenir les troubles sociaux en Grèce.

²⁰ CJUE, grande chambre, 19 juillet 2016, Tadej Kotnik e.a./Državni zbor Republike Slovenije, C-526/14).

²¹ Communiqué de presse de l'arrêt dans l'affaire C-526/14, Tadej Kotnik e.a./Državni zbor Republike Slovenije.

²² Tribunal de l'UE, 2 mars 2012, Pays-Bas et ING Groep NV / Commission, aff. jointes T-29/10 et T-33/10 ; CJUE, 3 avr. 2014, Commission / Royaume des Pays-Bas et ING Groep NV, C-224/12 P.

²³ Trib. UE, ord., 19 sept. 2012, T-52/12 R, République hellénique c. Commission.

Pour conclure, il faut souligner que, malgré l'interprétation d'une partie de la doctrine qui réfute toute idée d'infléchissement de la politique menée par la Commission en matière d'aides d'Etat, en invoquant que l'article 107(3) (b), bien qu'inutilisé, préexistait à la crise de 2008, le paysage du contrôle des aides étatiques a subi une évolution profonde du fait de l'émergence de ce fondement et de son interprétation extensive. En somme, l'adoption de ce nouveau *corpus* de règles, qui tend à devenir pérenne et la grande marge de manœuvre qui est octroyée à la Commission dans son application, témoignent du rôle déterminant que celle-ci joue désormais dans la gestion et la résolution des crises²⁴.

II. Contrôle des concentrations

S'agissant du contrôle des concentrations, on peut considérer que la crise de 2008 et ses suites n'ont, dans l'ensemble, pas eu pour effet d'amener les autorités de concurrence à faire preuve de plus de souplesse dans l'application des règles existantes (**A**). La notion d'entreprise défaillante, elle-même, dont on aurait pu penser qu'elle ferait l'objet d'une clarification de la part des autorités européennes de concurrence, en raison de son actualité dans la crise, n'a pas connu d'évolution notable pendant la période qui nous sépare du début de la crise (**B**). La principale évolution sur laquelle il convient de s'attarder pendant cette période semble moins relever de la modification substantielle des règles en matière de concentrations que de l'adoption d'une méthode plus conciliante des autorités de concurrence à l'égard des exécutifs des Etats membres (**C**).

A) Une relative stabilité dans la pratique décisionnelle post-crise

On rappellera à titre liminaire que les périodes de crises sont propices à une multiplication relative des mouvements de concentrations d'entreprises et à une accélération dans le déroulement de ces opérations. L'émergence d'opportunités de croissance externe peu coûteuses, notamment par l'absorption de concurrents en difficultés financières, et la volonté des entreprises d'atteindre une taille critique afin d'être plus à même de faire face à l'environnement économique dégradé (*e.g.* par la recherche d'économie d'échelle), sont les raisons les plus souvent mises en avant pour expliquer ce phénomène.

Par ailleurs, il faut souligner que le contrôle des concentrations est la branche du droit de la concurrence qui, plus que toute autre, admet traditionnellement que des éléments autres que purement concurrentiels puissent intervenir dans la décision d'autorisation ou non d'une opération de concentration²⁵. La prise en compte de la situation économique de l'entreprise concernée est donc capitale dans le processus de décision.

Ces éléments expliquent, au moins pour partie, la relative stabilité dont a fait preuve la pratique décisionnelle du contrôle des concentrations à la suite de la crise de 2008, et ce en dépit des effets d'annonces de la Commission. En effet, au printemps 2009, au cœur de la crise financière, Neelie Kroes, alors Commissaire à la concurrence, avait déclaré s'agissant du contrôle des concentrations dans l'Union : « *It's business as usual in merger control – for all our sakes* »²⁶, manifestant ainsi la volonté de la Commission de ne pas infléchir sa pratique décisionnelle en raison des circonstances économiques.

²⁴ F.-C. LAPREVOTE, La crise économique et financière en France et dans l'Union européenne, RLC n° 38, janvier-mars 2014, page 51.

²⁵ C. MONTALCINO, La crise au travers des décisions des autorités de concurrence, in *Le droit de la concurrence à l'épreuve de la crise économique*, Atelier de la consommation du 27 avril 2009.

²⁶ Discours de Neelie KROES, Competition, The crisis and the road to recovery, 30 mars 2009.
ndlr : « *Le contrôle des concentrations demeure identique – dans notre intérêt à tous* » (notre traduction)

Elle avait néanmoins tempéré ses propos en indiquant que la Commission serait disposée à appliquer la théorie de l'entreprise défaillante si nécessaire, et ainsi à autoriser une opération limitant la concurrence, dans les cas où l'entreprise cible, serait en tout état de cause amenée à disparaître et ainsi à susciter une détérioration de la situation concurrentielle sur le marché pertinent et ce, alors même que ladite opération risquerait de renforcer une position dominante.

Au regard des décisions intervenues entre le début de la crise et aujourd'hui, force est de constater que seule la première assertion de Neelie Kroes s'est vérifiée en pratique. Ainsi, à l'échelle européenne, une seule décision refusant d'accorder l'autorisation à une concentration a été rendue, à l'occasion de l'affaire *NYSE Euronext / Deutsche Börse*²⁷.

En l'espèce, deux opérateurs boursiers actifs sur les marchés européens (*Deutsche Börse* et *NYSE Euronext*), avaient notifié à la Commission un projet de fusion. Par une décision en date du 1^{er} février 2012, la Commission a déclaré l'opération de concentration incompatible avec le marché intérieur en considérant que le projet conduirait probablement à entraver de manière significative la concurrence en créant une position dominante ou une situation de quasi-monopole sur les marchés de certains instruments financiers dérivés européens négociés en bourse²⁸.

Cette décision, récemment confirmée par un arrêt du Tribunal de l'UE en date du 9 mars 2015²⁹, fait figure d'exception dans le paysage du contrôle européen des concentrations post-crise et une partie de la doctrine la considère comme une décision d'espèce, en considérant que les raisons d'un tel refus sont sans doute à rechercher dans le caractère inopportun de fusionner deux acteurs boursiers en pleine crise financière.³⁰

B) Le rendez-vous manqué de la théorie de l'entreprise défaillante

S'agissant de la théorie de l'entreprise défaillante, le souhait d'une partie de la doctrine de voir ce motif d'autorisation propre au droit des concentrations clarifié et utilisé comme un outil de régulation à la suite de la crise de 2008, n'a pas été exaucé.

On rappellera ici que, pour pouvoir bénéficier de la théorie de l'entreprise défaillante, apparue dans les années 1930 aux Etats-Unis dans l'arrêt de la Cour Suprême américaine, *International Shoe Company v. Federal Trade Commission*³¹, puis transposée pour la première fois en droit européen à l'occasion de l'arrêt *Kali und Salz*³² et précisée dans l'arrêt *BASF* du 11 juillet 2001³³, les parties doivent démontrer qu'en l'absence de concentration, la détérioration de la structure concurrentielle du marché serait au moins aussi grave que si l'opération avait effectivement eu lieu.

²⁷ Décision C (2012) 404 déclarant une concentration incompatible avec le marché commun et l'accord EEE (affaire COMP/M.6166 – Deutsche Börse/NYSE Euronext).

²⁸ Selon la Commission, « la concentration aurait abouti à une structure verticale unique, réalisant la négociation et la compensation de plus de 90% des transactions mondiales de produits dérivés européens négociés en bourse. », Communiqué de presse du Tribunal de l'Union européenne n°32/15, 9 mars 2015.

²⁹ Trib. UE, 9 mars 2015, aff. T-175/12, Deutsche Börse AG c. Commission.

³⁰ E. BARBIER DE LA SERRE, D. GERARD, O. d'ORMESSON et P. SPILLIAERT, Le droit de la concurrence est-il adapté à la crise, Cahiers de droit de l'entreprise n°1, janvier 2013.

³¹ Cour Suprême américaine, *International Shoe Company v. Federal Trade Commission* 280 U.S. 291, 302 (1930).

³² Comm. CE, déc. 14 déc. 1993 (Affaire n° IV/M.308 Kali+Salz/MdK/Treuhand) : JOUE n° L186 21 juill. 1994, p. 38.

³³ Comm. CE, déc. 11 juill. 2001 (Affaire COMP/M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim) : JOUE n° L132, 17 mai 2002, p. 45.

Ce moyen est donc accueilli par les autorités de concurrence lorsque trois conditions sont réunies : (i) l'impossibilité pour l'entreprise cible de survivre sans l'opération en question, (ii) la démonstration qu'en cas de disparition de la cible, ses parts de marchés échoiraient en tout état de cause à l'acquéreur, et (iii) l'absence de toute alternative moins attentatoire à la concurrence. Autrement dit, cette théorie est retenue quand il est démontré qu'il n'existe pas de lien de causalité entre la concentration contemplée et la détérioration de la structure concurrentielle du marché³⁴.

On aurait valablement pu anticiper un retour de cette notion dans la pratique décisionnelle des autorités de concurrence du fait de l'attrait et de la résonance qu'elle peut avoir en période de crise économique. Pourtant, à rebours de ce qu'annonçait une partie de la doctrine, cet outil n'a été utilisé qu'à de très rares occasions par les instances communautaires et n'a pas connu l'essor qui lui était promis ces dernières années³⁵.

C) La montée en puissance des motifs d'intérêt général

Finalement, la principale évolution de la pratique décisionnelle qu'il convient de signaler est l'approche conciliante de la Commission, qui, dans certaines affaires, a fait preuve d'une inaction bienveillante (*stand-still*) à l'égard des opérateurs économiques concernés.

En effet, certaines autorités nationales de concurrence, ont, dès le début de la crise, introduit des exceptions relevant de considérations d'intérêt public afin d'autoriser une opération donnée. Le cas le plus révélateur de ce type de comportement est celui de la prise de contrôle de banque *HBOS* par la banque *Lloyds TSB* survenu à la fin de l'année 2008. Dans cette affaire, l'Autorité anglaise (*Office of Fair Trading*), qui s'appropriait à renvoyer l'opération contemplée devant la Commission comme soulevant des préoccupations de concurrence, s'était vu opposer des considérations d'intérêt public par le Secrétaire d'Etat à l'Industrie britannique et avait dû retarder sa décision de renvoi. Pendant ce délai, le Secrétaire d'Etat avait alors adopté un Ordre ajoutant à la liste des considérations légitimes d'ordre public « *l'intérêt de maintenir la stabilité du système financier du Royaume-Uni* ». Fort de ce nouveau motif d'exemption, le Secrétaire d'Etat avait, par la suite, autorisé l'opération sans condition³⁶.

D'autres Etats membres ont usé de techniques similaires octroyant au pouvoir politique la possibilité de statuer en dernier ressort pour des motifs d'intérêt général, notamment fondés sur le développement industriel, la compétitivité des entreprises, le maintien de l'emploi³⁷.

En France c'est le ministre de l'Economie qui, pour des motifs d'intérêt général, peut intervenir à l'égard d'une opération notifiée à l'Autorité de la concurrence³⁸. En Irlande cette tâche est dévolue au ministre des Finances s'agissant des opérations relatives au secteur financier. L'Allemagne a, pour sa part, créé un fonds contrôlé par l'Etat, dont le rôle est de recapitaliser ou de garantir les institutions financières en difficulté, excluant toute application du droit des concentrations en cas de prise de contrôle de l'entité concernée par ledit fonds³⁹.

³⁴ A. WINCKLER, La théorie de l'entreprise défaillante « *Failing Firm Defense* » : une renaissance dans la crise ?, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2009 20.

³⁵ E. BARBIER DE LA SERRE, D. GERARD, O. d'ORMESSON et P. SPILLIAERT, *supra* note 27.

³⁶ N. JALABERT-DOURY, L. NOUVEL, D. LE MAREC, A. TERCINET, P. LE MORE, *supra* note 5.

³⁷ T. OSTER, Le contrôle des concentrations en temps de crise : business as usual ?, *Cahiers de droit de l'entreprise* n°3, mai 2009, dossier 17.

³⁸ F. DE BURE, Le pouvoir d'intervention du ministre de l'Economie en matière de contrôle des concentrations, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2009, 18.

³⁹ T. OSTER, *supra* note 34.

En conclusion on soulignera que, même si l'émergence du pouvoir politique des Etats membres comme garant de l'intérêt général a pu, par moment, s'apparenter à un contournement des règles de concurrence en matière de concentration, le contrôle des concentrations demeure la branche du droit de la concurrence dont les règles substantielles ont été le moins altérées par la crise. La pratique décisionnelle qui a, dans l'ensemble, fait preuve d'une stabilité qui mérite d'être soulignée dans une période de turbulences économiques, vient conforter ce constat.

III. Les pratiques anticoncurrentielles

Dans l'évaluation de l'impact de la crise sur la politique de concurrence, le cas des pratiques anticoncurrentielles est à part dans la mesure où les autorités de concurrence considèrent bien souvent ce type d'infraction comme des pratiques injustifiables (*hardcore cartel*) du fait de la gravité de leurs conséquences sur l'économie. Il découle de ce constat que la jurisprudence admet de manière unanime que le fait que le secteur économique traverse une crise économique, n'empêche nullement l'application des règles posées par les articles 101 et 102 du TFUE relatives à la prohibition des ententes et des abus de position dominante dans l'UE⁴⁰.

En somme, pour les autorités de concurrence, « *s'il y a une mesure à écarter dans la gestion de crise, c'est bien l'acceptation des cartels de crise et plus généralement, toutes les politiques ou réglementations par lesquelles les pouvoirs publics délégueraient à des associations d'entreprises elles-mêmes le soin de prendre des mesures de gestion de la crise, au risque de susciter des ententes nuisant aux consommateurs et à la reprise économique.* »⁴¹

C'est donc principalement dans la modération des sanctions que les effets de la crise économique ont été canalisés dans la pratique décisionnelle relative aux pratiques anticoncurrentielles. A cet égard, on notera que, bien que les autorités françaises et européennes de concurrence aient récemment modéré le montant des amendes prononcées dans quelques affaires d'ententes dans des secteurs spécifiques (B), la politique de la concurrence post-crise de 2008 dans ce domaine est caractérisée par la persistance d'une certaine sévérité dans la fixation du montant des sanctions (A).

A) Le maintien de la sévérité dans la détermination de la sanction

La continuité dans l'application des règles propres aux ententes et aux abus de position dominante en période de crise ne fait pas obstacle à la prise en compte du contexte économique dans leur application en matière de sanction. En pratique, dans le cadre de l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles, la Commission fait souvent preuve d'une grande sévérité concernant le calcul des sanctions, comme en témoigne l'augmentation régulière du montant annuel des amendes qu'elle prononce sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE.

Par ailleurs, la méthodologie utilisée par la Commission, contenue dans les Lignes directrices⁴², est le reflet de cette sévérité. En effet, la crise économique ne figure pas parmi les circonstances atténuantes susceptibles de moduler le montant de la sanction. L'unique possibilité de réduction de l'amende prononcée réside dans le point 35 des lignes directrices qui se réfère à « *des circonstances exceptionnelles, (...), [de nature à entraîner] irrémédiablement [la] mise en danger de la viabilité économique de l'entreprise concernée* ».

⁴⁰ CJCE, *Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, C-209/07, Rec. p. I-8637.

⁴¹ Le droit et la politique de concurrence au défi de la crise financière et économique, Jean-Yves Chérot, RFDA 2010, p. 745.

⁴² Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003.

Ce niveau d'exigence très élevé pour accepter la diminution d'une sanction est suivi par le juge communautaire. Ainsi dans l'affaire dite du « *Verre automobile* », le Tribunal a refusé de modérer l'amende prononcée par la Commission à l'encontre de plusieurs entreprises de fabrication de verre automobile, en rappelant que l'effectivité de la politique de concurrence pourrait être compromise si les conséquences des amendes infligées ne revêtaient pas « *un certain caractère de gravité* » pour les entreprises mises en cause⁴³. La Cour de Justice de l'Union a confirmé cette décision à l'occasion d'un arrêt rendu le 7 septembre 2016⁴⁴.

Le juge communautaire considère par ailleurs de manière constante que la Commission n'a pas l'obligation de prendre en compte la situation économique difficile d'une entreprise dans la détermination du montant de l'amende⁴⁵.

B) De rares exceptions appliquées dans des secteurs spécifiques

Les quelques exceptions portées à ce principe de sévérité relèvent, dans la majorité des cas, de crises sectorielles. L'affaire de la viande bovine qui a suivi la crise sanitaire de la vache folle est révélatrice à cet égard. Lors d'un arrêt rendu en 2006, le juge communautaire a, en effet, fait passer la réduction de l'amende prononcée par la Commission pour une entente particulièrement grave sur les prix, conclue entre des fédérations syndicales de producteurs de 60% à 70%. Pour réduire un peu plus l'amende déjà modérée par la Commission, le Tribunal a précisé que les circonstances identifiées et prises compte par la Commission dans la décision attaquée revêtaient « *un caractère très exceptionnel* » qui découlait « *tant des caractéristiques particulières des requérantes et de leurs missions et secteurs d'activité respectifs, que, plus particulièrement, des circonstances propres au contexte économique spécifique de l'espèce* »⁴⁶.

Les raisons de cette diminution spectaculaire sont certainement à rechercher dans la grande fragilité du secteur agricole et particulièrement du secteur de la viande bovine à l'issue de la crise sanitaire de la vache folle. En tout état de cause, un tel arrêt témoigne de la spécificité du secteur agricole et de sa difficile prise en considération par le droit de la concurrence⁴⁷.

Au-delà des crises sectorielles, la Commission peut dans certains cas, prendre en compte les difficultés particulières d'une entreprise pour modérer la sanction. Les cas de diminution d'amendes individuelles sont pourtant peu nombreux. On peut citer ici l'affaire relative aux services de déménagements internationaux, dans laquelle la Commission a, là encore, prononcé une baisse significative de 70% de l'amende de l'une des entreprises mise en cause, afin de prendre en compte les circonstances particulières de l'espèce, *i.e.* l'incapacité de l'entreprise concernée à payer ainsi que sa reprise par un nouvel actionnaire postérieurement aux faits reprochés⁴⁸.

S'agissant de la pratique décisionnelle française, bien qu'officiellement l'Autorité considère que demander la diminution d'une amende en invoquant une situation de crise revient à « *dire en creux*,

⁴³ Trib. UE, 17 décembre 2014, aff. T-72/09, *Pilkington Group Ltd et al.*

⁴⁴ CJUE, 7 sept. 2016, aff. C-101/15 P, *Pilkington Group e.a. / Commission*.

⁴⁵ TPICE, 19 mars 2003, aff. T-213/00, CMA CGM et al. c. Commission : Rec. CJCE 2003, II, p. 913 ; TPICE, 25 oct. 2005, aff. T-38/02, Groupe Danone c. Commission : Rec. CJCE 2005, II, p. 4407.

⁴⁶ TPICE, 13 déc. 2006, aff. T-217/03 et T-245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV)*.

⁴⁷ V. PIRONON et C. DEL CONT, L'affaire de la viande bovine irlandaise, La production et la commercialisation des denrées alimentaires et le droit du marché, Journées Louis Lorvellec, 3 et 4 déc. 2009, Table ronde n°2.

⁴⁸ Comm. CE, déc. 11 mars 2008 relative à une procédure d'application de l'article 81 du Traité CE et de l'article 53 de l'accord EEE, COMP/38.543, Services de déménagements internationaux.

que l'on accepte que les pratiques anticoncurrentielles perdurent et fleurissent durant cette période »⁴⁹, il arrive dans certaines affaires qu'une plus grande flexibilité soit introduite dans le calcul des amendes de cartels par l'Autorité.

A ce titre deux affaires récentes sont notables. Dans l'affaire dite des « Volailles », l'Autorité a en effet déterminé la sanction applicable aux entreprises ayant pris part à des concertations sur les prix entre 2000 et 2007, en s'écartant de la méthodologie qu'elle utilise habituellement. Dans cette affaire, l'Autorité n'a pas expressément invoqué la crise pour justifier de la détermination du montant de l'amende mais elle a pris en compte plusieurs facteurs économiques tels que (i) la grande volatilité des prix des matières premières, qui justifiait l'existence d'une régulation professionnelle informelle, mais aussi (ii) l'engagement de la part des opérateurs dans la formation future d'une organisation interprofessionnelle de la volaille⁵⁰.

La tension existant entre le secteur agricole et le droit de la concurrence s'est manifestée de manière encore plus vive dans l'affaire dite du « Cartel des endives ». En 2012, l'Autorité avait sanctionné plusieurs organisations de producteurs d'endives pour une entente complexe et continue ayant duré quatorze ans, visant à fixer un prix minimum de production des endives⁵¹. Lors d'un arrêt rendu en mai 2014, la Cour d'appel de Paris a réformé cette décision en estimant que les dispositions du Code de commerce relatives aux ententes « ne s'appliquent à la production et au commerce du secteur agricole que dans la mesure où leur application ne met pas en péril la réalisation des objectifs de la Politique agricole commune (PAC) et n'entravent pas le fonctionnement des organisations nationales des marchés agricoles dont les mécanismes de régulation sont [...] dérogatoires au droit commun ».

L'Autorité a, par la suite, formé un pourvoi, au cours duquel la Cour de Cassation a transmis deux questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'Union, relatives à l'application du droit commun des aides d'Etat au secteur agricole⁵². L'arrêt de la Cour de Justice, qui devrait être rendu dans le courant de l'année 2017 compte tenu du calendrier de la procédure, apportera sans doute de précieux éclairages sur l'articulation complexe de la PAC avec le droit de la concurrence.

Conclusion

En somme, comme le souligne une partie de la doctrine « la concurrence ne semble (...) pas en voie d'être sacrifiée sur l'autel de la crise »⁵³. A la lumière de ce qui vient d'être développé, il convient d'effectuer un triple constat.

(1) Il faut d'abord souligner que durant la crise de 2008, les autorités de concurrence ont adopté une approche à la fois souple et plurielle⁵⁴ qui leur a permis de faire preuve d'une grande plasticité dans la mise en œuvre des règles de concurrence, notamment dans des secteurs spécifiques comme le secteur financier et le secteur agricole. Cette grande capacité d'adaptation et la large palette d'outils utilisée par les autorités de concurrence en temps de crise, constituent à la fois le prix de la crédibilité de la politique européenne de concurrence et le gage de son efficacité.

⁴⁹ Synthèse du Rapport annuel de l'Autorité de la concurrence pour 2012, *supra* note 1.

⁵⁰ D. Bosco, Affaire des « volailles » : une décision exceptionnelle de l'Autorité ?, Contrats concurrence consommation, juillet 2015.

⁵¹ Autorité de la concurrence, décision n°12-D-08 du 6 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives.

⁵² Cass. com., 8 déc. 2015, FS+P+B, n° 14-19.589.

⁵³ N. JALABERT-DOURY, L. NOUVEL, D. LE MARC, A. TERCINET, P. LE MORE, *supra* note 5.

⁵⁴ E. BARBIER DE LA SERRE, D. GERARD, O. d'ORMESSON et P. SPILLIAERT, *supra* note 27.

(2) Ensuite, l'assouplissement des règles de concurrence, notamment par la modération du montant des amendes, s'inscrit dans une tendance plus lourde en droit de la concurrence, celle de l'émergence d'autorités à vocation plus régulatrice que punitive. On peut en effet valablement considérer que, de plus en plus, les autorités de concurrence tendent à embrasser leur rôle de régulateur ; et que la crise agit comme un catalyseur de ce changement.

(3) Enfin, il faut souligner le pragmatisme dont les autorités de concurrence font preuve pour assurer la conciliation permanente des deux objectifs que sont la préservation de la politique de concurrence et la sauvegarde de certains opérateurs économiques en temps de crise. En adoptant une telle approche, les autorités remplissent leur rôle d'accompagnement des évolutions de l'environnement économique, en revoyant leurs grilles d'analyse, tout en s'inscrivant dans une continuité juridique certaine, sans jamais révolutionner la matière.

Notons brièvement ici que cette approche pragmatique n'est pas l'apanage des autorités de concurrence. Ainsi, en matière commerciale, la Cour de Cassation a récemment jugé, dans un arrêt largement commenté, qu'une entreprise ayant rompu ses relations avec un partenaire commercial pouvait s'affranchir de son obligation de respecter un préavis, prévue à l'article L. 442-6 du Code de commerce, si la rupture était intervenue du fait de la baisse de l'activité de l'entreprise concernée, elle-même causée par la crise économique⁵⁵.

Que ce pragmatisme, appliqué par les autorités de concurrence, provoque un profond remodelage du contrôle des aides d'Etat dans le secteur financier en réintroduisant un fondement délaissé, qu'il apporte des assouplissements notables des formes procédurales et du mode de détermination des sanctions dans la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, ou encore, qu'il consacre une forme de *statu quo ante* dans le contrôle des concentrations, force est de constater qu'il résulte invariablement dans le constat que le droit de la concurrence continue d'irriguer l'économie en temps de crise.

Ces observations conduisent à présenter la politique européenne de concurrence post-crise comme une forme de *Real Wettbewerbspolitik*, une politique empreinte, sinon de bon sens, d'un degré élevé de réalisme, qui lui permet de garantir la continuité et la pérennité de l'application des règles de concurrence en toutes circonstances.

⁵⁵ Cass. com., 12 févr. 2013, n° 12-11.709, où la Cour a relevé que « la baisse de commandes des sociétés X auprès de la société Y, (...) s'expliquait par la diminution des propres commandes des sociétés X, qui justifiaient d'une diminution de leur activité de 70 % entre 2007 et 2008, consécutive à la crise économique et financière de 2008 ».



Les enjeux institutionnels

Karine Berger & Pierre Lellouche

L'Europe face à la globalisation du droit : l'exemple de la législation extraterritoriale américaine



KARINE BERGER

Karine Berger est Députée de la Première circonscription des Hautes-Alpes. Economiste diplômée de l'École polytechnique, de l'ENSAE et de Sciences Po, elle a commencé sa carrière professionnelle au Ministère de l'Économie et des Finances où elle a dirigé plusieurs services de prévisions économiques, de concurrence et de anti-trust, de conjoncture et de budget. Après avoir poursuivi sa carrière dans le privé, Karine Berger est devenue membre de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale en 2012. Elle est particulièrement engagée sur les sujets de régulation financière, de développement économique et les enjeux fiscaux et budgétaires à l'Assemblée nationale. Elle a été secrétaire nationale à l'économie du Parti socialiste de 2012 à 2015. Elle est la rapporteure de la mission d'information sur l'extraterritorialité du droit américain.



PIERRE LELLOUCHE

Pierre Lellouche est Député et Conseiller de Paris. Universitaire et avocat de formation (après des études de droit à Nanterre, Sciences Po et Harvard), il fut le conseiller diplomatique de Jacques Chirac de 1989 à 1995 avant d'être élu à l'Assemblée nationale à partir de 1993. Spécialiste des questions internationales et de défense, il occupa, sous la présidence de Nicolas Sarkozy, plusieurs fonctions au Gouvernement de François Fillon, d'abord comme Représentant de la France pour l'Afghanistan et le Pakistan (2008), puis en tant que Secrétaire d'Etat aux Affaires Européennes (2009-2011) et, enfin, Secrétaire d'Etat au Commerce extérieur (2011-2012). Pierre Lellouche est aujourd'hui le Délégué Général des Républicains aux Affaires internationales et whip de la Commission des Affaires étrangères de l'Assemblée nationale. Il est par ailleurs l'auteur de nombreux ouvrages de politique étrangère. Il est le Président de la Mission d'information commune sur l'extraterritorialité de la législation américaine.

Depuis quelques années – depuis 2008 pour être précis –, la chronique est régulièrement défrayée par les amendes colossales infligées aux États-Unis à des entreprises européennes (BNP Paribas, Alstom, Deutsche Bank etc.). Cette situation a conduit l'Assemblée nationale à constituer une mission sur l'extraterritorialité du droit américain. Notre rapport, publié en octobre 2016, souligne entre autres la faiblesse de l'unité européenne tant d'un point de vue juridique que d'un point de vue politique, face à cet impérialisme grandissant des États-Unis dans le domaine du droit économique.

Le rapport identifie notamment les difficultés relatives à l'articulation entre l'Union européenne et ses États membres en ce qui concerne l'élaboration et l'édiction de réponses à des sanctions internationales. Partant d'une analyse du droit américain et de certains impacts extraterritoriaux de ce droit, il aboutit à poser la question de l'action au niveau européen : action politique de construction de réponses à une échelle européenne, action juridique de coordination des droits des États européens, action souveraine de confrontation éventuelle entre l'Europe et les

Etats-Unis à la fois sur le terrain du commerce mondial, et aussi de la suprématie des monnaies, euro et dollar.

Constat : des réponses européennes souveraines encore rares face à l'impérialisme juridique américain

L'Union européenne a, dans un passé qui n'est pas si lointain, accepté des confrontations avec les États-Unis concernant des lois extraterritoriales, confrontations qui ont conduit les administrations américaines à reculer.

i. L'affaire du gazoduc sibérien

Au début des années 1980, la France et l'Allemagne étaient entrées en négociation avec l'URSS pour accroître la fourniture de gaz soviétique à l'Europe occidentale, ce qui passait par la construction d'un gazoduc depuis le gisement d'Ourengoï en Sibérie. Un consortium fut alors constitué, comprenant plusieurs filiales européennes d'entreprises américaines.

Cependant, l'administration américaine était décidée à bloquer un projet qui renforçait la dépendance européenne aux hydrocarbures soviétiques et devait amener des devises à l'URSS. Suite à l'instauration de la loi martiale en Pologne en décembre 1981, le président Ronald Reagan décréta des sanctions économiques contre l'URSS, notamment dans le secteur énergétique, qui s'imposaient également aux filiales américaines à l'étranger. Cela n'empêcha pas la signature du contrat avec les Soviétiques et la Communauté européenne réagit aux pressions américaines par des mesures radicales, comme la réquisition des entreprises qui prétendaient appliquer les sanctions américaines ou la menace de poursuites pénales contre elles.

Après une phase de grande tension, où les États-Unis révoquèrent les licences d'exportation de certaines entreprises européennes, l'évolution de la situation politique (avec la libération de M. Lech Walesa en Pologne) permit un apaisement : les États-Unis levèrent leurs sanctions et rétablirent les licences européennes suspendues¹.

ii. Les lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy

En 1996, le Congrès avait adopté les lois dites *Helms-Burton* et *d'Amato-Kennedy* qui sanctionnaient délibérément les entreprises non-américaines qui auraient certaines activités économiques à Cuba, en Libye et en Iran. Ce qui était encore la Communauté européenne avait là-aussi réagi vivement (de même que d'autres pays pourtant très liés aux États-Unis, comme le Canada). La réaction européenne avait comporté :

- l'adoption en 1996 d'un règlement interdisant aux citoyens et entreprises communautaires de se conformer à ces lois² ;
- une action devant l'OMC (procédure non aboutie car abandonnée) ;
- la recherche d'une solution politique négociée.

¹ B. AUDIT, *Extra-territorialité et commerce international, l'affaire du gazoduc sibérien*, *Revue critique de droit international privé*, 1983, page 101 et suivantes

² Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant

De fait, la réaction européenne avait été efficace : lors du sommet Communauté/États-Unis du 18 mai 1998, les deux parties étaient parvenues à un accord sur la levée des procédures contre les entreprises européennes qui étaient dans le viseur de l'administration américaine (notamment *Total* pour ses investissements en Iran) et des dispositifs durables de dérogation au profit de ces entreprises, en échange d'engagements européens de principe (tels que tenter de dissuader l'Iran d'acquiescer des armes de destruction massive).

Mais ces réponses aujourd'hui manquent face à une nouvelle forme d'extraterritorialité, dans un contexte de mondialisation économique. Selon une formule entendue plusieurs fois, les États-Unis ont une « politique juridique extérieure », ce qui n'est sans doute pas le cas de la plupart des autres États.

De nombreuses législations ou réglementations américaines peuvent ainsi, à des degrés divers, être considérées comme plus ou moins « extraterritoriales ». Trois domaines particulièrement problématiques ont clairement été identifiés par la mission :

- les régimes américains de sanctions internationales, avec les pénalités financières considérables payées notamment par les banques européennes accusées de les avoir violés ;
- la législation américaine réprimant la corruption d'agents publics à l'étranger, dont le non-respect a également entraîné de lourdes pénalités pour des entreprises européennes ;
- l'application de la fiscalité personnelle américaine aux citoyens américains non-résidents, même « accidentellement » américains, application rendue plus systématique par la loi et les traités *Foreign Account Tax Compliance Act* dits « FATCA ».

Prenons l'exemple de la corruption internationale : les États-Unis justifient leur volonté d'« exporter » et d'imposer leur modèle de lutte, incarné par le *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) de 1977, par la recherche d'une concurrence non faussée, sur les marchés tiers, entre leurs entreprises et les autres et en établissant des liens avec la stabilité internationale et donc leur sécurité nationale. Les États-Unis ont à ce titre été parmi les principaux promoteurs de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) le 21 novembre 1997. Par ailleurs, la question de la sécurité nationale était le thème central de l'« *Agenda global anti-corruption* » publié par la présidence américaine en 2014.

Face à cette montée en puissance de l'extraterritorialité du droit américain, ou de moins de son impact extraterritorial dans un contexte de mondialisation économique, l'Union européenne paraît aujourd'hui sans réponse. Elle laisse chaque Etat répondre plus ou moins activement à cette nouvelle forme d'affaiblissement souverain. Pourtant des solutions européennes sont envisageables puisque justement les règles de commerce international sont du ressort de l'Union. Reste qu'il manque une volonté politique affirmée d'évoluer vers des solutions communes.

Des réponses possibles en matière de coordination juridique : l'embryon de l'OLAF

La première réponse logique - sur le plan juridique - aux mises en accusations américaines en matière de corruption semble être d'instituer une sorte d'équivalent européen du service compétent du Trésor américain, l'*Office of Foreign Assets Control* (OFAC) : une agence européenne qui serait chargée d'appliquer les sanctions européennes du point de vue administratif (délivrance des licences et contrôle de l'application des mesures, avec ensuite transmission éventuelle des dossiers litigieux aux administrations et juridictions des États membres). Pourquoi l'Union européenne ne se

doterait-elle pas, comme en matière de droit de la concurrence, des moyens administratifs d'appliquer un droit qu'elle édicte ?

Il est difficile de croire à cette option dans le contexte présent de l'Union européenne et propose donc des pas intermédiaires : mise en place de transmissions directes d'informations sensibles aux juridictions amenées à se prononcer sur le bien-fondé de sanctions individuelles ; harmonisation des procédures nationales de licences ; adoption de dispositions répressives « crédibles » ; meilleur partage des informations entre agences nationales et recours à des panels d'experts au niveau européen...

Faut-il pour autant renoncer à l'idée d'un équivalent européen de l'OFAC ? On peut en fait se demander si l'« OFAC européen » n'existe pas déjà, en puissance, dans le cadre de l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF). L'OLAF a été institué en 1999 et son champ de compétence s'étend à tous les comportements illégaux portant préjudice aux intérêts financiers de l'Union européenne. Or, les droits de douane représentent l'une des ressources propres de l'Union et, pour cette raison, l'OLAF est habilité à mener des enquêtes sur les fraudes douanières et le fait effectivement. Les rapports relatifs à son activité ⁽³⁾ mentionnent par exemple :

– la détection d'importations frauduleuses de biodiesel « indien », lequel provenait en réalité des États-Unis et ne transitait par l'Inde (où l'on y rajoutait un peu de carburant local ou bien procédait à un vague « traitement ») que pour bénéficier d'une exemption de droits de douane à l'entrée dans l'Union ;

– le contournement des droits anti-dumping européens sur les panneaux solaires chinois en falsifiant leur origine et en faisant transiter ceux-ci *via* le Japon ou la Malaisie.

En menant ce genre d'enquêtes, l'OLAF a montré qu'il était capable de conduire des investigations internationales, impliquant des entreprises dans plusieurs pays, sur des flux commerciaux illicites. Il pourrait donc sans doute faire de même s'agissant de la violation d'embargos commerciaux (et probablement d'embargos financiers), étant rappelé qu'en tout état de cause l'office n'a pas de pouvoir de sanction (les dossiers établissant des infractions sont transmis aux autorités nationales compétentes).

Il faut toutefois signaler une difficulté institutionnelle susceptible de rendre difficile, dans le système européen, un élargissement des missions de l'OLAF aux questions de sanctions économiques ou l'établissement d'un équivalent de l'OFAC par un autre biais : les sanctions relèvent de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC), laquelle, issue du « deuxième pilier » de l'Union, reste selon le traité sur l'Union européenne une politique strictement intergouvernementale (compétence exclusive du Conseil européen et du Conseil des ministres ; exigence d'unanimité ; absence d'actes législatifs ; rôles réduits du Parlement européen, qui doit seulement être consulté, et de la Commission ; compétence très restreinte de la Cour de justice) ; cela rend *a priori* plus complexe la mise en place de ce qui serait une nouvelle agence administrative opérationnelle, car celle-ci ne pourrait pas être rattachée à la hiérarchie administrative classique dépendant de la Commission et son action devrait s'exercer dans un cadre intergouvernemental régi à l'unanimité.

Il convient de chercher à surmonter les difficultés résultant de l'articulation actuelle des dispositifs de sanctions internationales dans l'Union européenne (édiction au niveau communautaire de dispositifs appliqués nationalement) par des mesures telles que :

³ Voir les rapports annuels d'activité de l'OLAF, ou bien le document de la Commission : « La lutte de l'UE contre la fraude et la corruption – Dans les coulisses de l'OFAC, l'Office européen de lutte antifraude ».

- la facilitation des échanges d'informations entre les services chargés de l'application de ces sanctions dans les différents États membres ;
- la poursuite de l'harmonisation des pratiques nationales, notamment en matière de délivrance de licences ;
- un effort d'harmonisation de la répression des violations, qui devrait atteindre un minimum de crédibilité et de publicité dans tous les États membres ;
- un meilleur accès des juridictions européennes aux informations qui justifient les mesures individuelles de gels d'avoirs, afin de limiter les cas où ces juridictions censurent ces mesures ;
- le lancement d'une initiative en vue de créer un office européen chargé d'appliquer les mesures édictées par l'Union (gestion des licences, information des entreprises et le cas échéant investigation et sanction administrative des infractions), éventuellement par élargissement des missions de l'Office européen de lutte anti-fraude (OLAF).

Enfin, une façon très pragmatique et rapide de répondre de manière coordonnée aux mises en accusations américaines serait de lancer ou relancer le processus d'actualisation du règlement européen de blocage de 1996, afin de l'étendre, le cas échéant, à d'autres législations américaines que les lois *d'Amato-Kennedy* et *Helms-Burton*.

De manière plus générale, il est nécessaire d'établir un rapport de force concernant les sanctions internationales des États-Unis, si possible dans le cadre des organes internationaux de commerce⁴. C'est le second volet, plus politique, de réponse possible de l'Union européenne.

Des réponses possibles sur le terrain de la confrontation : les négociations commerciales internationales

Ainsi que le développe le professeur Bismuth⁵, le recours à l'OMC pourrait offrir « *des chances raisonnables de succès afin de contester les mesures extraterritoriales américaines dans le domaine des sanctions économiques unilatérales* ».

Mais l'auteur ajoute aussitôt : « *s'il s'agit certainement du forum le plus adéquat pour que soient débattues de telles questions dans un contexte multilatéral, il faut néanmoins une volonté politique de l'Union européenne à s'engager dans cette voie* » : en effet, la saisine de l'organe de règlement des différends de l'OMC appartient aux seuls États ou entités liées par l'OMC et exerçant les compétences commerciales internationales, donc, pour l'Union européenne et ses membres, à la seule Commission européenne.

La Commission aurait-elle cette volonté d'accepter la confrontation avec les États-Unis aujourd'hui ? On peut en douter vu les préoccupations présentes de l'Union européenne et le poids relatif qui est celui des pays les plus « atlantistes ».

Par ailleurs et surtout, il faut être conscient qu'une éventuelle invocation aux règles de l'OMC risquerait de fragiliser tout autant les régimes européens de sanctions internationales que les régimes américains... En effet, il y a une différence fondamentale entre la situation de 1996 et celle de 2016 : il y a vingt ans, l'Union européenne ignorait largement les politiques de sanctions économiques internationales, qu'elle ne pratiquait pas ou seulement en suivant le Conseil de sécurité

⁴ Recommandation n° 8 de notre Rapport

⁵ R. BISMUTH, « Les nouvelles pulsions extraterritoriales américaines (affaires Alstom et BNP Paribas) : de l'importance de nuancer et de séparer le bon grain de l'ivraie », article à publier à Annuaire français de droit international

des Nations-Unies ; mais aujourd'hui, l'Union a fait des sanctions l'un des outils essentiels de son action diplomatique propre (de fait le principal concernant par exemple la Russie) ; de plus elle s'efforce d'adopter lesdites sanctions en coordination avec celles des États-Unis.

En tout état de cause, il semblerait utile d'expertiser la conformité des régimes de sanctions internationales des États-Unis aux engagements pris dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce, ainsi que l'opportunité d'une saisine de l'organe de règlement des différends de celle-ci dans un contexte où l'Union européenne utilise également de plus en plus l'instrument des sanctions économiques. Si une telle saisine se révèle opportune, introduire un recours devant l'organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

La négociation en cours du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI ou TTIP sous l'acronyme anglophone) n'a, semble-t-il, pas de lien direct avec les problèmes d'extraterritorialité, qui ne sont notamment pas évoqués dans le mandat de négociation donné aux négociateurs européens. Mais ils pourraient y rentrer plus ou moins directement et délibérément – pour autant que cette négociation débouche, hypothèse à ce jour de plus en plus aléatoire, mais c'est une autre question...

Les accords de libre-échange ne comprenaient pas, en général, de clauses concernant la corruption, mais le récent TPP y déroge en prévoyant des dispositions de « lutte contre la corruption » et les États-Unis ont proposé un texte de même nature pour le PTCI.

Le texte du TPP comprend des engagements précis pour les États signataires, non seulement de réprimer pénalement la corruption, mais aussi d'interdire la déduction fiscale des versements de corruption, d'adopter des règles contre la falsification comptable, de mettre en place des systèmes de dénonciation anonyme, voire un engagement moins contraignant d'« encourager » les entreprises à mettre en place des systèmes internes de prévention et de détection de la corruption.

Bref, il semble s'agir d'« exporter » le modèle américain de lutte contre la corruption.

Le dispositif comprend toutefois une précaution de taille : les contestations relatives à l'application par les différents signataires de leurs législations anti-corruption respectives ne peuvent pas être soumises au système d'arbitrage interétatique (contraignant et pouvant déboucher sur des mesures de compensation ou de rétorsion) prévu par le traité. Bref, un pays (les États-Unis par exemple...) ne pourra pas prétexter qu'un autre signataire n'applique pas vraiment ses lois anti-corruption pour déclencher contre lui une procédure conduisant éventuellement à la suspension des préférences commerciales accordées dans l'accord.

L'inscription de telles clauses dans le PTCI, sans changer en soi la problématique de l'application extraterritoriale des lois américaines en la matière, donnerait encore plus de force aux arguments américains selon laquelle cette application extraterritoriale serait « normale », puisqu'un accord international qui engagerait en l'espèce l'Union européenne aurait acté la validité internationale de ce « modèle ».

En contrepartie, l'Union européenne, si elle acceptait ce type de clauses anti-corruption dans le PTCI, pourrait au moins demander une clause « *non bis in idem* », inscrite dans le traité, de renonciation américaine à poursuivre les entreprises européennes pour corruption dès lors que l'Union ou ses États membres mettraient eux-mêmes en place un système anti-corruption efficace répondant aux prescriptions du traité et équivalent à celui des États-Unis. Par ailleurs, l'insertion, comme dans le TPP, d'une clause excluant les questions d'application des lois anti-corruption des dispositions d'arbitrage interétatique est nécessaire pour préserver les souverainetés nationales.

Aussi, si tant est que la négociation globale ne soit pas suspendue, il pourrait être utile d'expertiser l'insertion dans le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI) :

- des clauses de publicité et de transparence obligatoires du champ d'application extraterritoriale éventuelle des législations des parties ;
- une obligation de réponse par les parties aux demandes d'information des entreprises des autres parties quant à la conformité des opérations qu'elles envisagent à ces législations ;
- des engagements anti-corruption comprenant une clause de « *non bis in idem* » en cas de poursuites par l'une des parties et une exclusion des questions d'application des lois anti-corruption des dispositions d'arbitrage interétatique.

Pour autant, les outils et les leviers existants, et leurs activations plus ou moins voulues, ne font que souligner le manque de cohérence politique de l'Union européenne lorsqu'il s'agit d'organiser une réponse collective à une confrontation souveraine avec les Etats-Unis. L'outil par excellence de la souveraineté, la monnaie, est l'arme à disposition de l'Union européenne, si elle souhaitait l'activer, pour contrer l'influence du dollar dans le cadre de la mondialisation économique. Force est là encore de constater que ce n'est pas le chemin que l'Union européenne emprunte actuellement.

La bataille monétaire, vrai signal à terme d'une volonté souveraine européenne

Les démarches juridiques américaines contre les entreprises européennes s'appuient continûment sur l'utilisation du dollar dans leurs transactions incriminées ; c'est même le fondement des pénalités contre des banques européennes.

S'agissant de ce problème posé, des stratégies de contournement sont envisageables :

– il y a d'abord l'option des financements privés et paiements non bancaires, qui a été grandement explorée par certains pays (il semble ainsi que la Turquie réglait en or une part importante de son commerce avec l'Iran ces dernières années – c'est du moins l'explication la plus convaincante que l'on peut trouver au niveau élevé des « exportations » d'or depuis la première vers la seconde, alors même que la Turquie n'est pas productrice du métal précieux) ;

– il y a aussi celle du recours à des banques « petites » ou « moyennes » qui ne sont pas exposées aux États-Unis. Le système bancaire allemand, beaucoup moins concentré que le nôtre, semble offrir à cet égard des opportunités ;

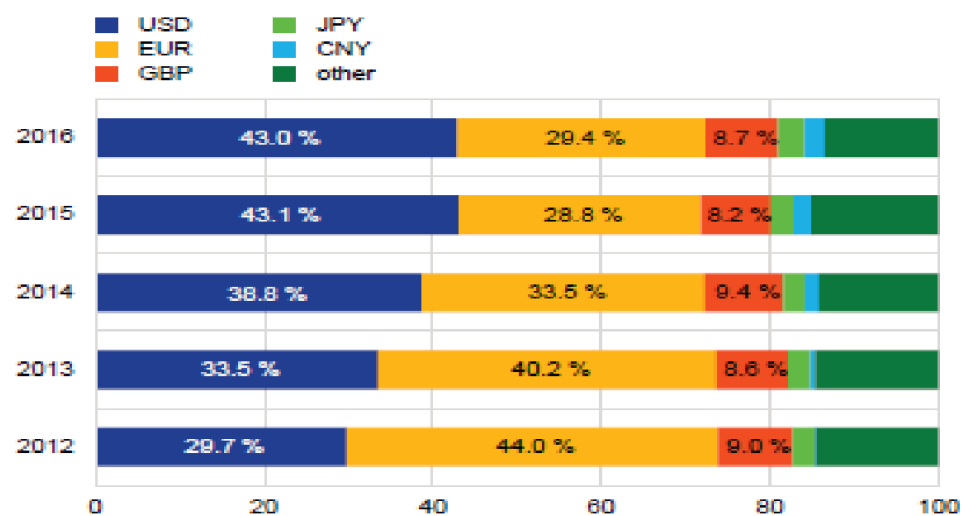
– il y a enfin et surtout, puisque le cœur du problème est l'usage du dollar, la question du rôle de l'euro.

Mais un problème majeur demeure : il semble que l'euro se soit peu imposé comme monnaie de substitution au dollar pour ce qui est de la facturation et du paiement des flux commerciaux internationaux. Les grands marchés internationaux de matières premières, en particulier, restent libellés en dollars. Certes, d'après les statistiques de la Banque centrale européenne ⁽⁶⁾, l'euro serait la monnaie de facturation de 58 % des échanges de la zone euro (avec des pays hors zone euro) en 2015. Mais ce taux est tendanciellement en recul : il était proche de 70 % en 2011. S'agissant de la globalité des paiements internationaux, l'euro a également perdu du

⁶ Voir les rapports annuels de la BCE : « The international role of the euro », notamment diffusés sur le site de la BCE <https://www.ecb.europa.eu>

terrain depuis quelques années. Sa part dans les paiements globaux serait même passée depuis 2012 de 44 % à 29 % !

Évolution de la part des différentes monnaies dans les paiements internationaux globaux sur la plateforme SWIFT



Source: SWIFT.

Notes: Inbound plus outbound payments. Based on value. Data for each year refer to the end of January.

Source : rapport de la BCE sur le rôle international de l'euro, juin 2016.

De récentes statistiques⁷ de la plate-forme de paiements interbancaires internationaux SWIFT portant sur la monnaie de libellé des « crédits documentaires », qui constituent l'un des modes classiques de règlement des transactions commerciales courantes, sont encore plus accablantes : le dollar y reste prédominant, avec près de 80 % de « part de marché » ; depuis 2013, la seconde devise y est désormais le yuan, du fait d'une politique volontariste de la Chine, avec, début 2015, une part de marché de 9,4 % ; l'euro n'arrive plus qu'en troisième position, à 6,4 %.

Ces chiffres ne rendent sans doute compte que d'une fraction du commerce international, mais doivent cependant faire réfléchir.

Malgré ces constats d'un déclin du rôle international de l'euro depuis quelques années (sans doute lié à la crise de confiance dans la zone euro), la Commission européenne a produit un rapport sur le sujet (présenté et discuté à l'Eurogroupe du 11 février 2016) sur la base duquel elle déduit qu'il n'est pas nécessaire de prendre d'actions supplémentaires pour remédier aux obstacles microéconomiques à l'utilisation de l'euro.

S'il est bien une recommandation à formuler pourtant, c'est d'inviter les instances européennes à enrayer le déclin de l'usage international de l'euro dans les paiements depuis quelques années et à promouvoir la monnaie européenne comme monnaie internationale. Ce serait la manière la plus convaincante d'emmener l'ensemble des pays de la zone euro à réfléchir aux meilleures réponses coordonnées à apporter aux nouveaux enjeux juridiques et souverains de la mondialisation économique. Bref, de poursuivre l'intégration lancée avec le Traité de Maastricht et qui semble aujourd'hui au point mort.

⁷http://www.swift.com/about_swift/shownews?param_dcr=news.data/en/swift_com/2015/PR_RMB_second_most_used_currency.xml.

Sylvain Kahn

Les crises de l'Europe : un panorama



SYLVAIN KAHN

Sylvain Kahn est professeur agrégé au sein du master affaires européennes et du département d'histoire à Sciences Po. Depuis 2001, il enseigne les questions européennes, notamment l'histoire de la construction européenne.

Depuis dix ans, l'Union européenne traverse une tourmente inédite par son ampleur. Le *Brexit* nous fournit aujourd'hui un prisme à travers lequel on peut observer les contradictions qui traversent l'Union Européenne permettant de poser le problème avec justesse.

La victoire du « oui » au référendum britannique du 23 juin 2016 sur la sortie de l'Union européenne fut une réponse désarçonnante à cette question. Une interprétation possible du *Brexit* est que le sentiment de défiance vis-à-vis de l'Union européenne est devenu majoritaire dans l'opinion publique européenne. Bien des commentateurs en font la synecdoque de cette crise globale qui caractérise l'Union européenne depuis 2005. Serait-ce le premier acte de la déconstruction de l'Europe ?

Mais, le cas britannique demeure très particulier et il faudrait en nuancer la portée représentative de l'Europe (les Britanniques sont entrés à reculons dans la communauté économique européenne en 1973, entrée assortie de clauses d'exemption, et maintien caractérisé par l'opposition à toute avancée fédérale). Un certain euroscepticisme a toujours caractérisé le discours des partis britanniques. Significativement, au Parlement européen, le parti Tory n'a cessé d'hésiter entre le PPE (parti populaire européen, le grand groupe parlementaire démocrate chrétien et conservateur) et des groupes parlementaires souverainistes et relativement marginaux, comme, depuis 2009, le CRE.

Ceci étant, la majorité des électeurs britanniques s'est exprimée pour le *Brexit* dans un mouvement de défiance envers *l'establishment* et la foi aveugle que celui-ci porte aux bienfaits de la mondialisation, avec tout ce qu'elle suppose : flux migratoires, creusement des inégalités, accroissement de la pauvreté depuis la crise financière et bancaire de 2008... autant de phénomènes imputés à l'appartenance à l'Union européenne. D'ailleurs, la carte électorale du “oui” au *Brexit* épouse les contours des espaces périphériques, en particulier ceux victimes de la désindustrialisation, et qui ont particulièrement souffert du *thatcherisme*.

Si le *Brexit* s'inscrit dans la crise globale de l'Union européenne, il témoigne davantage encore de la crise des sociétés européennes et occidentales face aux inégalités de la mondialisation et, dans ce sillage, de la poussée de la xénophobie et du repli identitaire que nous observons partout en Europe. Pour les britanniques, cela a abouti au retrait de l'Union européenne. Mais, s'agissant des autres

pays européens, la crise actuelle ne prend pas tant la forme d'une déconstruction du territoire communautaire que d'une construction alternative de ce territoire.

Si le Brexit n'est donc pas le nom de cette crise de l'Union européenne, il convient de chercher à caractériser cette crise profonde - inédite par son ampleur et la simultanéité de ses registres.

Si la crise actuelle peut être qualifiée d'inédite, elle peut l'être à plusieurs titres.

Les crises qu'elle affronte sont respectivement politique et démocratique depuis 2005 (I), économique et sociale depuis 2008 (II), géopolitique depuis 2011 (III).

Face à ces défis graves et simultanés, de plus en plus de citoyens et d'acteurs portés par les médias se demandent si plus d'intégration est la solution ou l'origine du mal, tant et si bien que s'y ajoute une crise de défiance.

Nous assistons pour la première fois à une crise du territoire intégré de l'Union européenne : à la fracture *Nord-Sud* et *Est-Ouest* s'ajoute de façon inédite une rupture d'égalité entre Etats qui trahit l'esprit du pacte communautaire originel et une remise en question de ce que l'on prenait pour acquis : si l'intégration ne se renforce pas, au moins la cohésion acquise ne saurait elle reculer.

I. Une crise politique et démocratique

A) La montée des partis eurosceptiques et/ou peu attachés de l'Etat de droit

Dans la plupart des Etats-membres, les partis populistes se caractérisent par le fait d'être eurosceptiques et xénophobes et, pour nombre d'entre eux, très conservateurs et bien peu respectueux de l'Etat de droit. Pour les citoyens qui concourent aux succès électoraux européens de ces partis, l'Union européenne est un problème et non la solution.

Plus généralement, une majorité de citoyens européens doute de la capacité de l'Union européenne à relever les grands défis internes et externes auxquels elle est confrontée. Cette défiance est notamment tangible dans les enquêtes Eurobaromètre.

Les sondages spécialisés Eurobaromètre estiment le niveau de confiance des citoyens de l'Union européenne dans celle-ci : ce niveau est passé de 61% en 1979 à 31% en 2013. Seuls 28% des sondés se sentent représentés par les institutions de l'Union européenne. Il convient néanmoins de relever des nuances : la confiance dans l'Union européenne résiste mieux dans les Etats-membres les plus récents ainsi que dans ceux qui n'ont pas l'euro.

La composition du parlement européen élu en mai 2014 traduit cette défiance : 29,55% des 751 eurodéputés sont eurosceptiques et opposé à l'euro. Dans l'euro-parlement élu en 2009, ils étaient 20,37%.

Un nombre croissant de pays donnent des scores significatifs à ces partis populistes, qu'on a aussi appelé protestataires, qui se caractérisent par le fait d'être très défavorables à l'islam, aux migrants et à la construction européenne. Chacun de ces partis a construit un positionnement particulier dans la vie politique de son pays, et ils n'ont pas tous un programme identique. Ils se classent néanmoins à l'extrême-droite de l'échiquier politique en raison de cette combinaison variable du rejet d'une société ouverte à l'étranger et à l'Autre, d'une invocation du Peuple qui revient à stigmatiser, à

discriminer et à exclure une partie de la population, d'une absence de respect des libertés et des droits individuels, de la démocratie représentative, du pluralisme politique en général et dans les médias en particulier, d'un mépris certain de l'Etat de droit et des mécanismes institutionnels de séparation des pouvoirs et de soutien aux contre-pouvoirs.

Pour autant, on voit aussi que les scores de ces partis fluctuent d'une élection à l'autre. Ainsi, en Finlande (parti des vrais finlandais), aux Pays Bas (parti pour la liberté), en Italie (ligue du nord ; mouvement cinq étoiles) et en Bulgarie (Ataka), ils baissent entre les dernières élections législatives et les élections européennes de 2014. Tandis qu'ils augmentent en Hongrie (Jobbik), en Grèce (Aube dorée), et même spectaculairement au Royaume-Uni (UKIP), en France (FN), au Danemark (parti populaire danois), en Suède (parti des démocrates suédois), en Slovaquie (parti populaire notre Slovaquie). On voit également que cette défiance s'exprime autant dans des Etats-membres anciens que récents, dans des pays très touchés et peu touchés par le chômage et la crise de l'Euro.

La défiance envers l'Union européenne (UE) trouve donc une traduction électorale authentique, mais fluctuante, par l'incrustation durable de partis populistes dans les vies politiques. Il est tout aussi constatable que, si elle augmente en tendance, elle reste minoritaire dans tous les Etats-membres à l'exception du Royaume-Uni à la faveur du référendum sur le *Brexit*.

Ces partis populistes souvent divisés entre eux et minoritaires ne gouvernent pas - d'où cette qualification de protestataire ou de tribunicien. Pour autant, leur influence sur les actions des partis qui gouvernent s'accroît. La Hongrie et le Royaume-Uni illustrent remarquablement cette tendance de l'influence de l'extrême droite sur l'action gouvernementale des partis classés à droite. Le FIDESZ d'Orban, au pouvoir depuis 2010, concurrence ainsi le Jobbik en matière de xénophobie et de mépris du pluralisme démocratique qui caractérise l'Etat de droit. Il est pourtant toujours membre du PPE, la grande fédération européenne des partis démocrate-chrétiens et conservateurs.

Au Royaume-Uni, le parti Tory bien que traditionnellement en débat sur l'intégration européenne, n'a jamais sérieusement ni majoritairement envisagé une sortie de l'UE. Sous David Cameron, ce parti a même gouverné en coalition avec le parti pro-européen des Lib-dem de 2010 à 2015. Son idée d'organiser un référendum sur la sortie de l'UE est empruntée au programme du UKIP. La majorité absolue obtenue en 2015 n'a pas dissuadé plusieurs grandes figures du parti Tory de faire une alliance objective avec UKIP en entraînant une partie des Tories à faire campagne pour le *Brexit*.

Il convient de noter que des situations analogues se sont produites et se produisent depuis une dizaine d'années avec les partis déjà cités dans les pays scandinaves et aux Pays Bas, mais aussi en Belgique, en Autriche, en Pologne (avec le retour au pouvoir du PiS fin 2015 dont la pratique gouvernementale présente de fortes analogies avec celle du FIDESZ hongrois), en Slovaquie, en République tchèque. En Italie (avec la Ligue du nord associée au pouvoir sous Silvio Berlusconi), en France (avec la place donnée à « l'identité nationale » sous la présidence de Nicolas Sarkozy sous l'influence du FN), c'est également le cas. En Allemagne, l'AfD a fait des scores compris entre 12 et 25% dans les élections régionales de 2015 et 2016. Mais, pour l'instant, la chancelière démocrate-chrétienne Angela Merkel et son gouvernement ne font pas de concessions idéologiques et politiques à ce nouveau parti eurosceptique, xénophobe et islamophobe.

En résumé, si l'extrême-droite n'est qu'une minorité, notamment au Parlement européen où elle est fragmentée, ses valeurs colorent de plus en plus les positions et les programmes des partis classiques et des gouvernements nationaux. En Hongrie, le premier ministre Viktor Orban cherche à définir une doctrine à cette inflexion de l'idéologie et des politiques des partis conservateurs. Il théorise ainsi la démocratie *illibérale* dans laquelle, selon lui, l'universalité des droits de l'Homme, les fondements de l'Etat de droit et les ressorts de la démocratie représentative sont relativisés, tandis que la construction européenne devrait être détournée au profit de la préservation de ce que Viktor Orban

nomme la « civilisation européenne » - c'est-à-dire une représentation selon laquelle l'identité européenne est chrétienne et doit se prémunir contre les influences étrangères et les intrusions de l'islam.

B) Le traité de Lisbonne vécu comme une trahison démocratique

Comment en est on arrivé là ? Ou, pour le dire autrement, de quoi cette montée est-elle le nom ?

Elle est le nom d'une crise de défiance envers la vie politique de l'UE. Cette crise éclate en mai et juin 2005. A quelques jours d'intervalle, les peuples français et hollandais rejettent par référendum le traité établissant une constitution pour l'Europe. Ce double rejet jette une lumière crue sur ce que des politistes et des politiques nommaient, dès l'année 2000, année de l'adoption du traité de Nice, le déficit démocratique de la construction européenne. Dirigeants et partisans du oui sont d'autant plus interdits par ce double « non » que le TCE est le fruit d'une élaboration visant à substituer à la légitimité diplomatique une légitimité démocratique (voir la déclaration du Conseil européen de Laeken en 2001, puis la Convention sur l'avenir de l'Europe en 2002-2003). Bien que dix-huit Etats sur vingt cinq aient d'ores et déjà ratifié ce traité, le choc fut immense et le processus de ratification suspendu. L'adoption, quatre années plus tard, du traité de Lisbonne, quasi identique, par voie parlementaire (sauf en Irlande), conforte ceux pour qui l'Europe se construit contre la souveraineté populaire. Cet argument est tout à fait recevable, pour ne pas dire indéniable.

Pour autant, il est tout aussi recevable d'argumenter que le rejet par deux Etats-membres ne délégitime pas la ratification par dix-huit autres, dont deux par référendum (l'Espagne et le Luxembourg). Il y a donc sur le territoire de l'UE une question à résoudre d'expression démocratique : l'UE n'est ni un Etat-nation ni un Etat souverain, mais la souveraineté de l'UE existe, limitée et circonscrite, tandis que celle de ses Etats-membres incorpore l'UE. On n'a pas encore trouvé l'agencement qui permettrait de mettre en oeuvre une démocratie vécue comme telle à l'échelle de l'UE, car un nombre encore important des citoyens européens pensent et vivent l'expression démocratique dans un cadre national et/ou la source de la souveraineté dans un peuple qui ne peut être qu'une communauté nationale - sans parler ici de ceux pour qui la démocratie ne peut s'exprimer que sous d'autres formes que la démocratie représentative. C'est donc pour un faisceau de raisons que l'adoption du traité de Lisbonne a amplifié la question de l'UE et de la démocratie déjà soulevée par l'abandon du TCE.

La crise de défiance s'alimente aussi à d'autres sources. D'une part à celle de l'élargissement aux anciens Etats communistes des années 2004 (Estonie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Hongrie, République tchèque, Slovaquie, Slovénie), 2007 (Roumanie et Bulgarie) et 2010 (Croatie). Celui-ci clive encore aujourd'hui, et souvent de façon irrationnelle. Les représentations négatives de cet élargissement aux PECO (Pays d'Europe Centrale et Orientale) ont donné de la vigueur aux réticences à la suppression des frontières intérieures effectives depuis 1993, quand elles ne les ont pas provoquées. La discrimination et le racisme envers les migrants et les communautés roms en témoignent avec une acuité particulière.

Autre signe, déjà évoqué, le gouvernement à tendance autoritaire, « illibéral », xénophobe et antisémite de Viktor Orban en Hongrie bénéficie depuis son installation en 2010, de la complaisance du parti populaire européen dont le FIDESZ est membre.

Face à ces éléments de crise politique, la société politique communautaire n'est pourtant pas restée inerte. Les élections européennes de 2014 se sont caractérisées par une parlementarisation du système et de la vie politique européens (promue mais débattue par certains politistes, comme en a témoigné la fameuse controverse entre les professeurs Bartolini et Hix) : les groupes politiques du

PE et la Commission ont imposé aux Etats membres des têtes de listes européennes aux élections européennes dont le vainqueur deviendrait le président de la Commission, ce que ne prévoit pas le traité de Lisbonne. Le PPE (démocrates chrétiens et conservateurs) étant arrivé premier, sa tête de liste Jean-Claude Juncker est ainsi devenue président de la Commission avec l'accord de l'ADLE (libéraux) et des S&D (centre gauche, socio-démocrates et socialistes). Mais, alors que le taux d'abstention global aux élections européennes n'a jamais été inférieur à 40%, cet approfondissement de la parlementarisation de l'UE ne peut suffire à apaiser ce procès en déficit démocratique de l'UE et l'attractivité des partis populistes, xénophobes, souverainistes et euro-sceptiques.

II. Une crise économique et sociale

Cette crise de défiance est aussi alimentée par l'installation dans la durée de problèmes économiques et sociaux qui inquiètent et mécontentent les Européens, comme le chômage, le déclassement, la précarité et les inégalités. Ces problèmes économiques et sociaux sont un défi posé depuis la charnière des années 2008/2009 : une crise économique et sociale sans précédent depuis 1945. A l'échelle de l'Europe, le chômage atteint des proportions inédites depuis la grande dépression de l'entre-deux-guerres. Les Etats, très endettés, ont de grandes difficultés à soutenir leurs sociétés. L'UE y répond par de nouveaux traités institutionnels sur les finances publiques et l'euro, dont certains économistes, comme Thomas Piketty ou Joseph Stiglitz, estiment qu'ils aggravent le mal.

A) La crise des dettes souveraines

Cette crise a été provoquée par la crise américaine des *subprimes* ouverte en 2007 et ponctuée par la faillite de la banque américaine *Lehman Brothers* le 15 octobre 2008 qui affecta en profondeur le crédit interbancaire, et donc l'économie, à l'échelle mondiale. Les Etats-membres de l'UE se sont considérablement endettés pour sauver leurs banques. Cet endettement a mis certains Etats au bord de la faillite, entraînant l'UE et la BCE à les soutenir avec le concours du FMI. La contrepartie de ces sauvetages sont de très rigoureux plans d'économies budgétaires et de réformes structurelles à la limite de la soutenabilité en Irlande, au Portugal et en Espagne voire insoutenable en Grèce.

De 2007 à 2013, l'Union européenne à 28 a eu un solde négatif de 3,5 millions et demi d'emplois. L'emploi industriel, en particulier, a reculé de 6,4 M (-16%). Le taux d'emploi de l'UE est sensiblement plus faible qu'aux Etats-Unis et au Japon, alors que sa démographie est peu dynamique. Le taux officiel de chômeurs déclarés s'est durablement installé à 11% de la population active (25,4 M de chômeurs en avril 2014). Il n'est repassé à 10% qu'à l'été 2016 dans la zone euro (et au printemps 2015 dans l'UE), alors qu'il était de 7% début 2008 dans la zone euro et dans l'Union européenne. Les moins de 25 ans ("jeunes actifs") sont particulièrement exclus du marché du travail. Certains territoires sont plus sinistrés que d'autres, ce qui crée de nouvelles frontières, voire des fractures spatiales¹.

Dans l'ensemble, le débat sur la résolution de la crise dans la zone euro est un débat sur les politiques économiques pertinentes. Il traverse tous les pays. Une solution à deux volets a été adoptée en 2012 par l'UE à l'écrasante majorité des Etats-membres et du Parlement européen. Le volet 1 est le mécanisme européen de stabilité (MES). C'est un fond de garantie des dettes souveraines et de prêt aux Etats qui n'ont plus la confiance des marchés financiers. Il est abondé par les Etats-membres de la zone euro, proportionnellement à leur PIB. Le volet 2 est décliné dans le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance - TSCG - dénommé "pacte budgétaire": les

¹ Cartes et graphiques d'Eurostat

Etats s'engagent au désendettement et à la discipline budgétaire sous peine de sanction possibles et acceptées à l'avance. Ce traité confirme et creuse le sillon ordo-libéral tracé par les traités de Maastricht sur l'Union économique et monétaire (1991) et du pacte de stabilité et de croissance institué par le traité d'Amsterdam (1997). Ceux qui, d'inspiration keynésienne ou souverainiste, critiquent cette orientation, considèrent parfois qu'elle est inspirée par une vision allemande de l'économie. Ainsi le célèbre sociologue Ulrich Beck, connu pour son illustration et sa défense d'un cosmopolitisme européen, a-t-il publié en 2013 un essai *Non à l'Europe allemande* dans lequel il estime que les gouvernements de Angela Merkel imposent à l'Union européenne de s'acculturer à l'ordo-libéralisme qui modèle l'Allemagne fédérale, de l'ouest puis unifiée, depuis 1949, quand ils devraient puiser dans la position forte de leur pays la volonté de faire émerger un intérêt général européen nourri par tous les membres de l'UE.

Ce débat a connu en 2015 une intensité particulière : le nouveau gouvernement grec, issu de la majorité donnée au parti de gauche radicale SYRIZA par les élections du 25 janvier, a cherché à infléchir la politique financière et économique mise en oeuvre, collectivement, par l'Union européenne dans le cadre de l'euro-zone. Ce que cette crise révèle c'est avant tout l'écart et l'incompréhension grandissante entre ceux qui sont considérés être les gagnants de l'intégration européenne et ceux qui se sentent discriminés à rebours, et laissés pour compte des avantages qu'offrent l'euro-zone.

B) Les institutions de l'Union européenne au défi des clivages “centre-périphérie” qui se creusent

La politique publique européenne dédiée plus particulièrement à la convergence a été et demeure la politique dite régionale. Elle représente plus du tiers du budget communautaire. Elle a joué un rôle d'effet de levier tout à fait significatif. Les pays dits de la cohésion ont en effet bénéficié de fonds européens significatifs tout au long des années 1990 et 2000 : Irlande, Portugal, Espagne ou encore Grèce. La quasi totalité du territoire était éligible à ces « fond structurels » ; ces financements européens dédiés au rattrapage économique et d'infrastructures, au développement économique et à la formation et à la qualification de la main d'oeuvre.

La crise a stoppé net la convergence vers le haut des territoires européens. Elle a rouvert la disparité nord-sud alors que la disparité est-ouest n'était pas résorbée. Les menaces sur la cohésion entre un centre dynamique et des périphéries qui se sentent dominées met sous tension les institutions et la vie politique communes.

Certains territoires sont plus sinistrés que d'autres, ce qui crée de nouvelles frontières, voire des fractures.

Dans l'Union européenne, on trouve bien une logique « centre-périphérie », des *nords* (espaces développés qui concentrent les centres de décisions et les richesses) et des *suds* (espaces moins prospères, plus inégalitaires, moins développés, qui dépendent de décisions prises ailleurs). Au sein de l'Union européenne, ces disparités font-elles plus clivage qu'aux Etats-Unis, au Brésil ou en Chine ? Non. Néanmoins, à la différence de ces derniers, l'UE n'est pas un Etat-nation mais une association volontaire d'Etats-nations aux héritages, aux langues et aux cultures politiques spécifiques. Comme toute entreprise, la construction européenne est réversible et périssable. Ce qui pousse depuis un petit demi-siècle les Européens à s'associer par-delà ces héritages pourrait ne plus paraître pertinent un jour.

En terme de richesses produites, les disparités ouest-est semblent également persistantes.

La crise a mis en lumière deux des causes les plus fortes de cette situation. D'une part, leur croissance économique n'est pas tirée par l'innovation et les secteurs de technologie de pointe. D'autre part, ces pays entrés dans l'UE dans les années 2000 ont une économie très largement dépendantes de capitaux, des inventions et des centres de décisions des entreprises du reste de l'UE. Pour autant, l'observation à l'échelle des pays montre des différences au sein de ce groupe : la Bulgarie et la Roumanie y sont plus pauvres.

L'autre cartographie des contrastes oppose le nord et le sud. Le PIB/hab du Portugal, de Malte, de Chypre, de la Grèce, de l'Espagne et de l'Italie est moins élevé que celui des pays du nord. Les chiffres reflétant le chômage des jeunes actifs ne font qu'appuyer cette analyse: la crise de 2008 frappe bien plus durement ces pays. En 2013, 45,5% des jeunes actifs étaient au chômage en Espagne et 52% en Grèce. En octobre 2016, le taux de chômage des jeunes s'est établi à 18,4% dans l'UE des 28 et à 20,7% dans la zone euro, contre respectivement 19,9% et 22,2% en octobre 2015. Le taux le plus faible est en Allemagne (6,9%) et les plus élevés en Grèce (46,5%), en Espagne (43,6%) et en Italie (36,4%).

Néanmoins, à une échelle plus fine, remarquons l'existence de disparités régionales dans chacun des pays. La carte des disparités régionales du Royaume-Uni se superpose d'ailleurs en bonne part à la carte électorale du *Brexit* majoritaire.

A ce stade, les politiques publiques mises en place depuis 2009 n'ont pas prouvé leur efficacité partout. Et, dans les pays où le taux de chômage est à nouveau comparable à son niveau d'avant crise, la proportion des travailleurs à temps partiel et/ou pauvres a cru de façon significative. Alors que, tout au long des années 1990, l'Euro à venir fut « vendu » aux citoyens européens comme un levier de croissance pour tous et de convergence vers le haut d'économies aux niveaux hétérogènes, la crise financière mondiale a révélé que cette convergence n'a pas eu lieu, que l'euro a masqué les faiblesses et que l'endettement des européens est tel que les Etats ne parviennent pas à rebondir.

Ce hiatus alimente durablement la crise de défiance envers l'UE, mais également une crise géopolitique interne.

Le pacte budgétaire (nouveau traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance adopté en 2012 par une grande majorité de gouvernements et de députés), censé y remédier, ne convainc pas : il est perçu dans les pays du sud de l'Union Européenne comme une mise sous tutelle ou comme une manière d'assumer la politique allemande alors même qu'en Allemagne il est critiqué par les électeurs, dont ceux toujours plus nombreux du parti extrémiste AfD.

Depuis 2010, les quatre pays bénéficiaires des fonds structurels avant que ne s'y ajoutent les pays d'Europe de l'est - l'Irlande, la Grèce, le Portugal et l'Espagne - ont rebasculé dans une situation de périphéries fragiles du territoire européen. Economistes et géographes débattent sur l'origine de cette évolution brusque : la crise a-t-elle révélé des faiblesses structurelles que seules une terrible austérité et une profonde libéralisation parviendront à dépasser ? Ou ce basculement a-t-il été provoqué par les conditions drastiques de remboursement des prêts consentis par le FMI et les autres Etats-membres de l'UE pour renflouer le secteur bancaire de ces Etats - quand bien même ce dernier est largement responsable de la crise qui a appauvri les sociétés de ces pays ?

Le gouvernement grec a cherché à infléchir la politique financière et économique mise en oeuvre collectivement par les institutions de l'UE. Cette bataille politique et économique s'est terminée par une défaite d'Alexis Tsipras le 13 juillet 2015. Indépendamment des enjeux économiques, l'issue de cette confrontation peut concourir à approfondir encore les interrogations sur le statut de la

démocratie au sein de l'UE : on peut en effet voir dans les décisions de ce conseil de l'eurozone une trahison du projet européen et de son esprit.

Ces clivages politiques et ces divergences territoriales sur la solidarité au sein de l'UE en favorisent d'autres. Dans plusieurs régions (Catalogne, Ecosse, Flandre, Italie du nord), il existe la tentation de la sécession. Les Britanniques vont se retirer de l'UE suite au *Brexit*. Le V4 (Pologne-Hongrie-Tchéquie-Slovaquie) refuse d'appliquer les décisions prises en octobre 2015 à la majorité qualifiée sur les migrants. Le couple franco-allemand tourne au ralenti.... On peut donc avoir le sentiment que les égoïsmes nationaux et locaux sont de retour et qu'ils prévalent sur l'intérêt général européen.

III. Une crise géopolitique

A) L'Union européenne au défi de l'attraction migratoire

On a vu préalablement que les Européens doutent de la capacité des institutions de l'UE à faire face aux graves défis économiques et sociaux qu'ils affrontent. Cette crise de défiance est aussi alimentée par leurs inquiétudes face à trois défis extérieurs très compliqués : l'attraction migratoire ; le voisinage avec la Russie et le djihadisme.

Depuis 15 ans, l'espace européen exerce une attraction toujours plus forte sur un grand nombre d'individus qui, pris au piège des guerres, des oppressions et des blocages socio-économiques, migrent dans l'UE qui durcit ses frontières extérieures. Le réseau *Migreurope* (et ses cartes) estime à 20 000 le nombre de personnes décédées en tentant de les franchir en 20 ans. Depuis peu, il avance le nombre de 30 000 migrants décédés ou disparus aux frontières de l'UE en 25 ans. A la différence des Etats-Unis, du Canada, de l'Australie et de très nombreux pays, les Européens ont mauvaise conscience quand il s'agit d'assumer leur politique migratoire. Ce qui n'empêche pas des approches différentes selon les Etats, comme en témoigne les politiques nationales d'asile. La pression migratoire aux frontières de l'Europe est en augmentation constante, et plus récemment encore à la suite des révolutions du « Printemps arabe » qui ont déstabilisé plusieurs Etats du bassin méditerranéen - en Libye, en Egypte, ou en Syrie. Alors que les conditions d'accueil et la politique de l'UE se durcissent, de plus en plus de migrants cherchent à gagner l'Europe en prenant des risques considérables (noyade, asservissement pour rémunérer les passeurs, exposition à des situations de grande précarité). Dans la quasi totalité des Etats-membres, un débat se polarise entre les partisans de la liberté de migrer au nom des droits de l'homme et ceux pour qui l'UE fixe des flux migratoires et expulse les personnes y vivant sans autorisation (couramment nommées les "sans papiers") au nom de la souveraineté et des intérêts nationaux. Pour les premiers, le système de visa de l'espace Schengen est devenu avant tout une politique répressive de surveillance et de fichage des individus qui doit et peut être infléchi. Pour les seconds, la politique migratoire de l'UE est une politique de solidarité interne qui affirme une souveraineté européenne. Pour autant, tous les Etats membres ne font pas (encore) partie de l'espace Schengen.

Ce débat se nourrit de la formation progressive de communautés d'Européens et d'étrangers originaires ou descendants des territoires qui furent envahis et colonisés par les puissances européennes du 17^e siècle aux années 1960. Les chercheurs se disputent pour savoir si il y a ou non un problème d'intégration de ces communautés.

La xénophobie et le rejet des migrants joue maintenant un rôle très important dans le vote en faveur des partis populistes et eurosceptiques. Ce fait est d'autant plus notable qu'il est régionalisé : l'AfD a opéré sa véritable percée dans les *Länder* de l'Est de l'Allemagne, au détriment de Die Linke, et elle l'a fait sur ce thème. La Ligue du Nord consolide ses bastions électoraux d'Italie et commence à percer dans l'Italie du centre avec ce glissement du rejet des migrants internes de l'Italie du sud et de

l'assistance au *Mezzogiorno* vers un rejet xénophobe des migrants des Balkans, du monde arabe et d'Afrique. Toutefois, il y a aussi, à l'inverse, un nombre non-négligeable de citoyens et de groupes de la société civile qui reprochent aux Etats-membres et à l'UE leur frilosité, ou leur manque d'inventivité dans l'accueil des personnes migrantes qui, en provenance du Moyen-Orient, fuient les persécutions et les guerres pour chercher asile dans l'UE.

La crise migratoire accentue donc le mécontentement envers l'UE d'une part ; les divergences et les tensions entre les Etats-membres d'autre part ; les tensions entre territoires d'un même Etat-membre enfin. Elle pousse enfin une UE au bord de la crise de nerfs à perdre son sang froid et à s'éloigner de certains de ses principes gravés depuis 2000 dans le marbre des traités par la charte de l'UE des droits fondamentaux tant dans ses politiques intérieures que dans sa politique étrangère (accords de réadmission, externalisation des camps de rétention aux pays du voisinage).

Plusieurs moments depuis août 2015 témoignent de cette inflexion et de cette confusion :

- L'Allemagne accueille les migrants syriens de façon généreuse et unilatérale (août) ; depuis ils sont 1M.
- La Commission et le Conseil ont décidé en octobre 2015 de la répartition de 160 000 réfugiés syriens dans toute l'UE. Cette décision est prise à la majorité. Elle est censée s'imposer à tous, mais la Hongrie, la Pologne, la République Tchèque et la Slovaquie s'y opposent, tant et si bien que Jean-Claude Juncker, le président de la Commission, a fini en septembre 2016 par renoncer à la mise en oeuvre de cette décision.
- Les pays de la « route des Balkans » rétablissent le contrôle aux frontières et refusent l'accès de leur territoire aux migrants depuis janvier 2016.
- En conséquence, la Grèce devient un « cul-de-sac » pour les migrants syriens et afghans venus par la Turquie et la mer Egée. Ils ont été jusqu'à près de 100 000 en mars 2016. Les conditions humanitaires sont très détériorées. Ce fait inquiète considérablement l'Allemagne en raison du troisième « plan d'aide » accordé à la Grèce de juillet 2015.
- L'Allemagne a négocié de façon solitaire, avant de le faire adopter par l'ensemble de l'UE, un accord avec la Turquie au terme duquel cette dernière retient les migrants syriens sur son territoire en échange de la suppression (toujours pas mise en oeuvre fin 2016) de visas pour ses ressortissants qui veulent entrer dans l'UE et de la reprise des négociations d'adhésion de la Turquie à l'UE (dans les faits de nouveau en suspens en raison des « purges » pratiquées par l'administration du président Erdogan en réaction au coup d'Etat manqué de l'été 2016).

La crise dite « migratoire » est exemplaire du caractère multi-registres de la crise européenne globale des années 2005-2020. Elle a, certes, des causes externes assez aisément repérables : les printemps arabes, les effets directs et indirects des interventions militaires américaines et européennes au Moyen-Orient et en Libye, la violence extrême de *Daesh*, du régime syrien de l'Etat éthiopien.

Pour autant, l'augmentation des morts en Méditerranée (30 000 en vingt-cinq ans) et la multiplication des camps de fortune aux frontières de l'UE et maintenant en son sein sont un signe de la dynamique interne et non externe propre à cette crise. La crise migratoire révèle une grande réticence de certaines sociétés européennes à accueillir ces migrants et à les considérer comme des réfugiés en puissance. Les tensions internes qui en résultent entraînent le renforcement ou re-matérialisation des frontières nationales - alors que leur ouverture à la libre circulation en interne était une tendance structurante du projet de la construction européenne depuis le traité de Rome. Ainsi, la crise de politique extérieure "migratoire" se répercute en crise de *l'Espace de liberté, de sécurité et de justice*.. La crise migratoire, tout en amplifiant les contradictions de l'UE en politique étrangère alimente aussi sa crise interne.

B) Le voisinage tendu avec la Russie et la confrontation avec les djihadistes

Depuis 1999, la Russie s'oppose à l'UE sur un très grand nombre de dossiers. Depuis la guerre franco-britannique en Libye (2011), cette opposition est devenue une confrontation dure avec une guerre brève en Géorgie en 2008, une autre en Ukraine, aux portes de l'UE, depuis 2014, et des cyber-attaques contre les Etats baltes. Enfin, depuis 2015, la Russie intervient directement et très brutalement, dans la guerre civile syrienne aux côtés du régime de Bachar El Assad. Tout cela souligne l'indécision, voire l'impuissance européenne face à trois défis majeurs : les réfugiés de guerre, l'Etat islamique et l'instabilité de son voisinage. Cette situation rend pessimiste sur la capacité de l'UE à doter les Européens d'une politique étrangère et de défense dans une époque et un monde à nouveau structurés par le rapport de force.

Les élargissements ont fait de la Russie un voisin qui partage avec l'UE 2 700 km de frontières. Comme l'UE est un projet post-nationaliste, elle est très attractive pour les pays confrontés au renouveau du nationalisme russe. Dirigée par Vladimir Poutine depuis 1999, la Russie s'oppose à l'UE sur cette attraction et un très grand nombre de dossiers. Elle mène donc des guerres à sa périphérie, comme en Ukraine, pour faire peur aux Européens ou les mettre en contradiction avec eux-mêmes.

Pour Pierre Hassner (novembre 2014), non seulement la PESC (Politique Etrangère et de Sécurité Commune de l'UE) et la politique de voisinage de l'UE ne permettent pas de faire face à la crise ukrainienne mais l'ont peut-être même en partie provoquée : les événements en Ukraine constituent pour l'UE un rappel sévère à la réalité. Comme l'écrit ma collègue Anne-Marie Le Gloannec, « *son attitude révèle combien la Politique européenne de voisinage souffre d'un manque de stratégie, d'absence de vision* ». Le projet d'extension de la zone de libre échange européenne à l'Ukraine a déclenché l'intervention militaire russe en Crimée désormais annexée à la Fédération de Russie et dans l'est de l'Ukraine. Le bilan de cette guerre non déclarée et non assumée, qualifiée d'hybride par certains chercheurs, est de 10 000 morts et de 500 000 réfugiés.

A ce jour, on peut néanmoins constater avec Marie Mendras que, sur un des dossiers au moins, celui de l'intervention militaire russe dans le Donbass (est de l'Ukraine), les Européens unis tiennent leur cap des sanctions économiques contre la Russie et des accords de Minsk qui ont préservé l'Etat ukrainien et fait considérablement baisser l'intensité de la guerre².

La politique européenne de voisinage n'a pas forcément été plus clairvoyante au sud de la Méditerranée. Il est en effet possible de voir dans le *Printemps Arabe* l'écho des hypocrisies, à tout le moins des impuissances et des illusions de la politique méditerranéenne de l'UE. Lancée en 1995 sous le nom de « processus de Barcelone », elle a été incluse dans la politique de voisinage en 2004. L'aphasie et le retard à l'allumage de l'UE en 2011, la guerre et le renversement de Kadhafi sans vision ni politique de suivi en Libye, sa paralysie et son indécision dans la guerre civile syrienne et les milliers de morts de migrants en Méditerranée n'occultent cependant pas complètement les réussites ponctuelles ou discrètes, puis les inflexions de cette politique de coopération avec les pays du monde arabe riverain de la Méditerranée. Depuis l'émergence et l'avancée fulgurante de l'Etat Islamique en 2014 les Européens semblent à nouveau louvoyer entre le soutien aux régimes autoritaires au nom du danger islamiste et le soutien à la démocratisation. Il est vrai que les sociétés civiles sont elles mêmes clivées, comme en a témoigné la guerre civile en Algérie dans les années 1990 et l'adhésion d'une partie des égyptiens au coup d'Etat militaire (le 3 juillet 2013) un an après les victoires électorales des Frères Musulmans (2011-2012). Plusieurs experts estiment aussi que le plus sage est d'intervenir avec une très grande prudence, voire de s'abstenir, dans une guerre qualifiée d'interne

² Entretien accordé au *Monde* du 16 octobre 2016

au monde arabo-musulman³. Le fait est que les Européens et les Américains soutiennent avec leur aviation et leurs capacités de renseignement les armées kurde et arabe qui combattent avec un certain succès l'Etat islamique, tandis qu'ils laissent depuis 2015 le champ libre à la Russie qui mène une guerre affichée pour sauver le régime de Bachar El Assad et rétablir son emprise territoriale sur tout l'ouest de la Syrie au prix de bombardements indifférenciés et meurtriers sur les populations civiles, comme à Alep.

Cette guerre contre l'Etat islamique commence en 1991 quand les Européens mènent, avec les Etats-Unis, mais aussi plusieurs Etats du monde arabes, des guerres en Irak et en Afghanistan. Sur ce terreau, les talibans et d'autres organisations cherchent à déstabiliser les pays et les sociétés occidentales au travers d'attentats terroristes menés notamment dans les métropoles depuis 2001, comme à New York, Londres, Madrid (ainsi que Bombay et Bagdad). Leur capacité de séduction est entre autres alimentée par le ressentiment post-colonial, la divergence sur le statut des femmes et la modernité, et l'invasion de l'Irak par les Occidentaux en 2003.

Face à ce défi, les Européens peuvent avoir la tentation de jouer la carte sécuritaire au détriment des libertés et de la mobilité. Dans un premier temps, cette menace djihadiste est venue légitimer et amplifier la politique publique européenne de police et de justice dite de *l'espace Schengen*, imaginée en 1985, et opérationnelle depuis 1995. Néanmoins, depuis l'été 2015, comme évoqué plus haut, les Européens sont à la fois débordés et désunis par le très important afflux de syriens qui fuient l'atroce guerre civile qui déchire leur pays depuis 2011. Plusieurs Etats ont rétabli le contrôle aux frontières et érigé des clôtures, plusieurs Etats ont fait échec au plan d'accueillir des réfugiés adopté à la majorité qualifiée en 2015, tout en reprochant à l'Allemagne de les accueillir unilatéralement. Enfin, les attentats de Paris ont mis en lumière des failles inquiétantes et inattendues dans le dispositif de surveillance du territoire européen. Cela pousse, là encore, à restreindre la libre circulation au sein de l'espace européen. Ce danger, couplé à celui d'une confrontation avec la Russie, pose aussi la question, par la voix du président de la Commission en 2015, d'une armée européenne, dont le principe est inscrit dans les traités de l'UE, ainsi que celle d'un parquet européen.

La grande capacité de séduction du djihadisme touche les Européens au coeur d'eux mêmes. C'est autant un défi géopolitique externe qu'un défi social, culturel et géopolitique interne. Face à ce danger, les dirigeants Européens ont déjà la tentation de jouer la carte sécuritaire au détriment des libertés et de la mobilité qui sont au fondement du projet européen. Et donc d'infléchir en profondeur les institutions européennes elles-mêmes.

En ce qui concerne le bras de fer avec la Russie (Georgie 2008, Ukraine depuis 2014, guerres au Moyen Orient) : la préférence européenne pour le *soft power*, le commerce et la mutualisation de territoires souverains est-elle, plus encore qu'un échec, un voile illusoire en train d'être déchiré ?

Conclusion

La crise que l'Union européenne affronte est politique et démocratique depuis 2005, économique et sociale depuis 2008, géopolitique depuis 2011.

Elle est inédite en raison de la simultanéité de ces trois registres qui est en soi problématique, et en démultiplie l'ampleur et le rayonnement, la profondeur et l'extension.

Les multiples registres dont relève la crise présente en marquant la spécificité par rapport aux crises précédentes qui ont secouées l'Union européenne (échec de la CED en 1954 ; crise de la chaise vide en 1966 ; celle consécutive à la fin des accords de Bretton Woods, ou aux chocs pétroliers et à la

³ Romain CAILLET, *LeMonde.fr* du 19 juin 2014

politique européenne du Royaume-Uni de 1973 à 1984). L'Europe est entrée dans une crise de défiance.

Nos réponses traditionnelles semblent inopérantes pour relancer la construction européenne : on pense notamment au fédéralisme budgétaire - MES (mécanisme européen de stabilité, 2012) et TSCG (traité sur la coordination et la gouvernance au sein de l'union économique et monétaire, couramment appelé "pacte budgétaire européen", 2013) -, à la parlementarisation de l'U en 2014 et à la naissance d'une politique européenne russe et moyen-orientale avec les accords de Minsk.

Pour autant, les divergences de vue et les insatisfactions au sein des Européens sont pour l'instant telles, qu'aucune de ces avancées politico-institutionnelles n'a fait l'effet d'une de ces « fameuses relances » (Messine 1956, La Haye 1969, Fontainebleau 1984, auxquelles il convient d'ajouter Maastricht 1991) caractéristiques de l'histoire des crises de la construction européenne.

Références bibliographiques :

- M. AGLIETTA (2015), « Monnaie et souveraineté : comment compléter l'euro? », in *La BCE peut-elle sauver l'Europe ?*, *L'économie politique* n°66
- Ü. BECK (2013), *Non à l'Europe allemande*, Autrement
- C. BLOT, O. ROZENBERG, S. SARACENO, I. STREHO, dir. (2014/3), *Réformer l'Europe*, Revue de l'OFCE, (N° 134)
- J.-Y. CAMUS (2015/2), « La recomposition des droites nationalistes et radicales en Europe », in *Le Débat* (n° 184)
- C. DIDELON, Y. RICHARD, G. VAN HAMME (2011), *Le territoire européen*, PUF
- « *L'Union européenne à la peine. Entretien avec Pierre Hassner* », P@ges Europe mis à jour le 19/11/2014, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/pages-europe/d000754-l-union-europeenne-a-la-peine.-entretien-avec-pierre-hassner/article>
- P. GRADVOHL, « *Hongrie. Bras de fer avec l'Union européenne* » P@ges Europe mis à jour le 02/04/2012, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/pages-europe/d000496-hongrie.-bras-de-fer-avec-l-union-europeenne-par-paul-gradvohl/article>
- S. KAHN (2014) « L'Etat-nation comme mythe territorial de la construction européenne », in *L'espace géographique*, Belin, tome 43 n°3
- « *Une trahison du projet européen* », entretien de l'auteur au site web de Sciences Po suite au troisième plan d'aide de l'UE à la Grèce, 15/07/2015, <http://www.sciencespo.fr/actualites/actualite/C3%A9s/%E2%80%9Ctrahison-du-projet-europ%C3%A9en%E2%80%9D/1456>
- P. MAGNETTE, (2000), *L'Europe, l'Etat et la démocratie. Le souverain apprivoisé*, Bruxelles, Editions complexe
- Revue Projet (2013/4), *Migrations : quelle autre politique pour l'Europe ?*, (n°335)

A propos de La Revue des Juristes de Sciences Po

Fondée en 2009, la *Revue des Juristes de Sciences Po* est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur *LexisNexis*, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques. Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'Ecole de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui douze numéros. Un treizième est en préparation pour le printemps 2017.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la *Revue des Juristes de Sciences Po* entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.

Tous les numéros de la *Revue des Juristes de Sciences Po* sont disponibles sur les bases de données *LexisNexis*.



A propos de l'Association des Elèves et Diplômés Juristes de Sciences Po (AJSP)

Créée en 1999, l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) est une association permanente de l'Ecole de Droit de Sciences Po. L'AJSP s'engage à faire vivre le droit à Sciences Po et à mettre en relation les étudiants avec les professionnels du droit.

Tout au long de l'année, le Pôle *Evènements* de l'AJSP organise des conférences et des rencontres régulières avec des praticiens du droit. L'AJSP entend renforcer les relations entre les étudiants de Sciences Po et les professionnels ainsi que mettre en valeur leur formation juridique auprès des cabinets d'avocats les plus reconnus. Le Pôle *Revue* est en charge de la publication de la *Revue des Juristes de Sciences Po* ; revue publiée semestriellement par *LexisNexis* depuis 2014. Enfin, le Pôle *Vie de Master* organise des rencontres entre étudiants, des visites au Palais de Justice et édite un Yearbook que chacun reçoit lors de sa diplomation.



SciencesPo
ÉCOLE DE DROIT

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO
ISSN 2111-4293

WWW.REVUEDESJURISTESDESCIENCESPO.COM
CONTACT@REVUEDESJURISTESDESCIENCESPO.COM

REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS
JURISTES DE SCIENCES PO (AJSP)
27, RUE SAINT-GUILLAUME - 75006 PARIS
WWW.AJSP.FR

DIRECTION SCIENTIFIQUE :
LOIC AZOULAI

REDACTEURS EN CHEF :
ANTOINE CIOLFI, ALEXANDRE GAUTHIER

COMITÉ DE RÉDACTION :
TAIEB OTMANI, BELA KELBECHÉVA, HUGO PASCAL, SARAH GLASER,
TONY GARCIA

POUR CITER UN ARTICLE :
[Nom de l'auteur / Titre], La Revue des Juristes de Sciences Po,
automne 2016, n°12, ISSN 2111-4293

La Revue des Juristes de Sciences Po, ses membres ainsi que son directeur scientifique n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans chaque article. Les opinions doivent être considérées comme propres à chaque auteur et n'engagent aucunement la responsabilité de La Revue des Juristes de Sciences Po, d'un de ses membres ou de son directeur scientifique.



www.revuedesjuristesdesciencespo.com