

L'EXPANSION DE L'ORDRE CONCURRENTIEL DANS LES PAYS DE L'UNION EUROPEENNE

Antoine PIROVANO
Professeur Emérite
Université de Nice-Sophia Antipolis
(C.R.E.D.E.C.O.)

Le thème qui m'a été attribué par les organisateurs de ce séminaire est un thème particulièrement ouvert. Il a donc fallu faire des choix.

En premier lieu, je me dispenserai d'introduction alors pourtant que l'actualité - économique mais aussi philosophique - est propice à de belles envolées dans les domaines de la politique économique, de la psychologie et de l'anthropologie sociale, depuis le conflit sur la banane, illustration de l'ouvrage de Philippe Labarde et Bernard Maris *"Ah! que la guerre économique est jolie!"*, jusqu'au livre de Peter Gay, récemment traduit, et situant la naissance de l'idéologie compétitive dans ce que l'auteur appelle *"La culture de la haine"* (titre de l'ouvrage) forgée par la bourgeoisie occidentale du XIXème siècle.

Les propos qui suivent devraient être plus feutrés. Ils s'articuleront autour des deux axes suivants :

- . le droit européen de la concurrence (expression visant les droits nationaux et le droit proprement européen), s'insère dans un système de régulation sociale plus vaste que ce droit lui-même, universel, globalisant, l'ordre concurrentiel ;
- . l'ordre concurrentiel peut apparaître comme le droit constitutionnel du marché en ce qu'il subvertit les ordres constitutionnels internes et plus largement les systèmes juridiques nationaux.

I - Le droit européen de la concurrence s'insère dans un système de régulation sociale plus vaste que ce droit lui-même, *"l'ordre concurrentiel"*.

Cet ordre participe, à sa manière, à la transformation de l'économie de marché en société de marché puisqu'il vise à marchandiser la plus grande part des activités humaines.

Il convient de partir de l'ensemble juridique désigné sous le nom de "*droit de la concurrence*" pour en faire apparaître la complexité et les contradictions, avant de le positionner dans cet ensemble universel globalisant qu'est l'ordre concurrentiel mondial.

A - Complexité du droit européen de la concurrence

1) Un premier facteur de complexité tombe sous le sens et sera signalé brièvement. Il tient à la coexistence d'un droit européen au sens propre, droit issu de quelques articles fondamentaux du Traité de Rome, de textes dérivés (les Règlements, notamment) et d'une abondante jurisprudence (notamment de la Cour de Justice de l'Union Européenne), d'une part et de systèmes juridiques nationaux lesquels, malgré l'énorme travail d'harmonisation, conservent des îlots de réglementations particulières. "*Paradoxalement, comme l'observe C. Babuziaux, alors que les marchés s'unifiaient, le droit se morcelait*"¹. Ainsi l'ordonnance française du 1^{er} décembre 1986, à côté des règles sur les ententes, les abus de domination et les concentrations, fait toujours une place, qui n'a fait que croître au fil des réformes, à ce que l'on désigne sous l'étiquette peu convaincante de "*pratiques restrictives*", véritable manteau d'Arlequin fait de pièces disparates. Ce volet témoigne du désir très puissant du Ministère de l'Economie et des Finances de disposer d'instruments de police du marché pour lutter contre certaines dérives en matière de prix (d'où des règles très complexes de transparence tarifaire qui se sont, en quelque sorte, substituées à la réglementation des prix largement abrogée en 1986), mais aussi contre certains abus commis par la grande distribution au détriment des producteurs.

Mais il est encore bien d'autres facteurs de particularisme et de complexité comme, par exemple, la

¹ C. Babuziaux, "Pour un espace européen de la concurrence", *Dalloz*, 1998, Chr. p.249.

réglementation du prix du livre¹, inspirée d'un certain protectionnisme culturel et dont la compatibilité avec les normes concurrentielles européennes suscite une abondante jurisprudence devant la Cour de Justice de l'Union Européenne. C'est la fixation du prix du livre par l'éditeur (mais aussi par les Etats dans d'autres pays européens connaissant des règles spécifiques), qui est à l'origine d'une telle profusion. Récemment, le commissaire européen chargé de la concurrence a voulu rassurer les Ministères de la Culture des Quinze en leur adressant une lettre confirmant que le secteur du livre, secteur sensible, vecteur de la création, ne pouvait être soumis à des règles de concurrence s'appliquant mécaniquement²

2) Sur le plan de la théorie juridique, le droit européen de la concurrence (au sens large incluant aussi les systèmes nationaux), apparaît en tout cas désormais comme un monument de complexité et de subtilité de plus en plus malaisé à gérer intellectuellement. Il oblige en effet à construire des équilibres savants et fragmentaires (qui relèvent en fait de politiques de la concurrence variables en fonction des secteurs) entre les trois systèmes de normes suivants :

- . le principe de la liberté concurrentielle théoriquement porteur d'efficience économique, de gain de productivité et de rentabilité ;
- . le principe de la liberté contractuelle, lequel peut être antinomique du principe précédant (ententes, clauses d'exclusivité, discriminations) ;
- . le droit de propriété qui tend à conférer une exclusivité sur une chose mais surtout, à l'heure du virtuel, du capital symbolique dont parle Bourdieu, sur des valeurs immatérielles, la position extrême visant à protéger tout travail intellectuel exploitable à des fins lucratives (proposition Godfrain).

La combinaison de ces trois systèmes de normes est particulièrement sensible dans les réseaux de distribution, lesquels mettent en œuvre une conception impure de la concurrence, laquelle fait une place plus ou moins grande à des préoccupations d'équité contractuelle, ce qui irrite naturellement les partisans d'une conception ultra libérale.

¹ Loi Lang de 1981.

² *Le Monde*, 17 novembre 1998.

Exemplaire est, à cet égard, le règlement "*automobile*" de 1995 dans lequel la logique concurrentielle se trouve "*contrariée*" par un objectif de rééquilibrage de la relation contractuelle¹.

En matière de distribution sélective des produits de luxe (parfums essentiellement), une jurisprudence très fournie limite la liberté concurrentielle des distributeurs étrangers au réseau en "*tirant*" vers le droit de propriété (de l'image de marque sinon de la marque elle-même, laquelle doit compter avec la théorie de l'épuisement du droit).

Il s'agit là, en fait, de solutions ponctuelles, traduisant la spécialisation, la balkanisation du droit de la concurrence, celui-ci s'éloignant de plus en plus, semble-t-il, des principes généraux, universels. On avait pu voir, par exemple, l'émergence d'un tel principe dans la consécration, par l'ordonnance française de 1986, de l'abus de dépendance économique (art.8-2). On a assisté cependant à un formidable refoulement de cette notion en raison de sa forte potentialité subversive. On observera d'ailleurs que l'article 7 de l'Ordonnance algérienne du 25 janvier 1995, relatif à l'abus de position dominante, ne vise pas ce concept en tant que tel.

Il convient enfin de noter que le triptyque qui vient d'être décrit (liberté concurrentielle, liberté contractuelle, droit de propriété) doit être "*éclairé*" par un autre impliquant l'articulation de trois logiques difficilement conciliables : économie de la concurrence (théorie économique), droit de la concurrence et politique de la concurrence...

L'effort intellectuel que réclame la combinaison de ces systèmes normatifs explique sans doute, comme le remarque avec humour M.A. Frison-Roche, ce "*sentiment d'appartenance à une élite de ceux qui pratiquent le droit de la concurrence*"². Pourtant, cette élite doit faire preuve de beaucoup d'humilité. Sa démarche ressemble de plus en plus à un tâtonnement à travers des zones d'ombre et d'incertitudes. On pourrait adresser au droit de la concurrence le cri que Faust

¹ Cf. A. Pirovano, "Logique concurrentielle et logique contractuelle" in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p.293 et s.

² "Le modèle du marché", *Archives de la Philosophie du Droit*, n°40-1995.

adresse à Mefisto : "*Avec toi je suis toujours dans l'incertain!*" et ce sentiment n'est guère apaisé quand on essaie de positionner l'ordre juridique concurrentiel, lui-même très complexe, dans l'ensemble encore plus vaste et complexe qu'est l'ordre du marché mondial, celui-ci ayant tous les traits d'une théorie normative du changement social, c'est-à-dire d'une idéologie.

B - L'insertion du droit de la concurrence
dans le système idéologique de l'ordre
concurrentiel mondial

Il apparaît tout d'abord que les frontières du droit de la concurrence sont de plus en plus floues car ce droit n'est pas constitué uniquement de ce que les tables des matières des ouvrages relatifs à cette discipline désignent sous l'étiquette "*droit de la concurrence*", mais aussi de normes implicites qui ne s'affichent pas comme telles. Celles-ci investissent inexorablement des pans entiers du système juridique sinon le système juridique tout entier. D'où la réputation de "*droit coucou*" qui fait son nid partout...

C'est déjà un indice révélant que le droit de la concurrence, au sens le plus large, n'est que la traduction technique de cet ensemble plus vaste qu'est l'ordre concurrentiel, phénomène culturel de type totalitaire comme l'avaient déjà fait ressortir P. Dumouchel et J.-P. Dupuy dans "*L'enfer des choses*" et comme le souligne encore récemment Zaki Laïdi, Professeur à l'I.E.P. de Paris et chercheur au C.N.R.S. et au C.E.R.I.¹. Cet auteur a bien mis en lumière le travail d'idéologisation qui structure la société de marché. Celle-ci, on le rappelle, avait déjà été glorifiée par Hayek dans les années trente. Elle tend à expliquer tout phénomène humain par la loi de l'offre et de la demande... y compris le mariage qui pourrait bien apparaître comme un marché "*contestable*" par l'amant, voire par le P.A.C.S., lequel traduirait une "*concurrence intermodèle*"²

Le propre d'une idéologie, on le sait, est "*de ne pas se dévoiler comme telle mais en simple descriptif de l'ordre*

¹ Centre d'Etudes et de Recherches Internationales.

² Cf. M.A. Frison-Roche, op.cit., p.297.

naturel"¹. De fait, l'économie "s'autoproclame science des lois naturelles de la vie en société, en même temps que garante de l'autorégulation de la société"².

Aujourd'hui, en tout cas, ce prétendu ordre naturel n'est que "l'enchevêtrement d'une multitude de régulations sociales hétérogènes" que les individus vivent dans "un univers social fractionné par la concurrence"³. Ce fractionnement n'est d'ailleurs pas exclusif d'une homogénéisation de la demande façonnée par l'univers culturel, lequel tend à produire l'homme unidimensionnel (Marcuse), élément passif du "bétail ahuri des humains" (Mallarmé).

Les manifestations actuelles ou potentielles du processus de marchandisation des rapports sociaux sont suffisamment connues pour qu'il soit inutile de s'y attarder. Deux d'entre elles sont particulièrement importantes et déjà largement opératoires dans le cadre européen :

- . le désengagement de l'Etat des secteurs de la santé, marché très porteur (à quoi l'on peut ajouter un prévisible désengagement des secteurs de l'enseignement, voire de la police...);
- . l'élargissement des droits de propriété ;
- . (Zaki Laïdi ajoute une troisième conséquence : le renforcement du droit pénal qui pourrait devenir en fait le seul **ordre** contraignant pour les libertés individuelles, ce qui mérite discussion).

Il convient de revenir un instant sur la question de la santé. Celle-ci doit en fait être recadrée dans la problématique plus vaste de la marchandisation du vivant, étant observé que ce dernier concept, à notre sens, doit être particulièrement ouvert. Une vie digne de ce nom se devrait de bannir toute exclusion économique.

Ce que l'Europe, pour l'heure, est incapable de faire.

Le marché repose sur une demande solvable. L'on peut y voir, dès lors, une machine à fabriquer des exclus.

¹ Zaki Laïdi, op.cit., *Le Monde*, 9 juin 1988.

² J. Robin rendant compte de l'ouvrage de Dominique Meda, *Le travail in Le Monde Diplomatique*, août 1995, p.27.

³ Bernard Alain, "La confusion des ordres", *Dalloz* 1997, Chr. p.277.

Quoiqu'il en soit, même si l'on se cantonne à une approche purement biologique du vivant, l'Europe est actuellement le théâtre de formidables débats sur la brevetabilité et donc une appropriation privative des gènes et des espèces, mais aussi sur l'absorption par le marché de l'assurance des risques santé et vieillesse. Ce dernier domaine est fortement tiraillé entre les forces du marché et le principe de solidarité sociale. A propos d'un organisme chargé de la gestion d'un régime d'assurance vieillesse, la Cour de Justice des Communautés Européennes¹ a considéré *"qu'il n'y a pas forcément antinomie entre le principe de solidarité sociale et le caractère économique d'une activité. C'est une question de degré. Si l'existence de solidarité est d'une intensité telle qu'elle rende nécessaire un régime d'affiliation obligatoire à un organisme unique, pratiquant un système de répartition, la qualification d'activité économique et d'entreprise sont exclues. Si, à l'inverse (comme c'était le cas en l'espèce), le principe de solidarité laisse une possibilité de choix à l'adhérent ainsi qu'une possibilité de stratégie de marché à la Caisse, alors l'activité est économique et la qualification d'entreprise s'impose..."*. Peu après, le Conseil d'Etat, qui avait sollicité l'interprétation préjudicielle de la Cour Européenne, a estimé que cette caisse de retraite se trouvait structurellement en état d'abus de position dominante du fait que l'Etat lui avait réservé un droit exclusif et surtout un régime fiscal privilégié créateur d'une distorsion de concurrence².

En fait, même pour les organismes auxquels l'affiliation est obligatoire, comme par exemple la Sécurité Sociale, il existe un courant qui, tirant parti du déficit de cette institution, voit dans le recours aux assurances privées le remède miracle³. Ce courant est vivement combattu par ceux qui voient dans le droit de la sécurité sociale *"fondamentalement un droit qui rend compte de la faillite des mécanismes du marché dans le domaine de la protection sociale et dénoncent le raisonnement chaotique de la Cour Européenne, les contours flous du principe de solidarité*

¹ 16 novembre 1995, *Daloz* 1996.317, note Bergerès ; *Rev. trim. dr. eur.* 1996.568, obs. Blaise et Idot

² Conseil d'Etat, 8 novembre 1996, *Daloz* 1997; p.281, note Briard.

³ C. Mouly, "Sécurité Sociale et concurrence, une réforme constitutionnellement possible", *Daloz* 1996, chr. p.25.

illustrant en fait la primauté du droit de la concurrence"¹. La prestation spécifique dépendance pour les personnes âgées donne à lire, de ce point de vue, une littérature édifiante. Les textes prévoient désormais le remboursement des produits pour l'incontinence des adultes. Comme les industriels en attendent une progression des ventes, *Les Echos* des 2-3 mai 1997 n'hésitent pas à titrer : "*Le marché de l'incontinence adulte sort peu à peu de son silence*"...

Le totalitarisme du marché est en vérité encore plus profond que ne le laissent apparaître les exemples qui précèdent. Ce ne sont pas seulement les activités humaines qui sont progressivement infiltrées par la logique marchande mais aussi les ordres juridiques censés réglementer ces activités. On veut dire par là que ces ordres, tous les ordres, doivent subir le test de l'impératif concurrentiel. Ainsi, lorsqu'on se demande si l'interdiction du travail le dimanche, conquête de l'ordre public social, ne crée pas des distorsions de concurrence ; ainsi lorsqu'on estime que telle législation fiscale particulière au secteur de la mutualité n'est pas à l'origine d'inégalités dans la concurrence. Même les ordres constitutionnels nationaux ont vocation à "*passer à la moulinette*" de l'exigence concurrentielle. Voilà pourquoi il n'est pas excessif de voir dans l'ordre concurrentiel le nouveau droit constitutionnel, le droit constitutionnel de la société de marché.

II - L'ordre concurrentiel peut apparaître comme le droit constitutionnel du marché en ce qu'il subvertit les ordres constitutionnels nationaux, et plus largement encore les systèmes juridiques internes.

Le rôle fédérateur de l'idéologie du marché, comme facteur d'intégration politique, est souligné depuis quelques années. J.P. Henry, dans un article remarqué², faisait observer que la normalisation des comportements est de moins en moins le fait de l'Etat et de plus en plus celui d'un marché transétatique. L'évolution est d'ailleurs favorisée par le processus concentrationniste effréné, lequel est dialectiquement lié aux mécanismes concurrentiels, et ce avec d'autant plus de

¹ F. Kessler, "Droit communautaire de la concurrence et régime de base de protection sociale...", *J.C.P.* 1997.I.3999.

² J.P. Henry, "Le marché contre l'Etat", *Rev. dr. pub.* 1991, p.331.

force que la concentration brouille la distinction entre l'intérêt privé et l'intérêt général.

L'optique constitutionnaliste de l'ordre concurrentiel est d'ailleurs encore plus marquée, sur le plan européen, depuis le traité de Maastricht. Le nouvel article 102 A du Traité de Rome affirme : "*Les Etats membres de la communauté agissent dans le respect d'une économie de marché ouverte et où la concurrence est libre*". Un tel principe se retrouve, de manière plus ou moins diffuse, dans l'Organisation Mondiale du Commerce.

Mais, au-delà même des textes formels, certes utiles pour fonder la légitimité au plus haut niveau d'une logique de marché visant à dissoudre les barrières étatiques, cette logique produit un décloisonnement des esprits en remettant en cause - et cela est très net pour la culture juridique française - la sacro-sainte distinction du droit public et du droit privé dont certains analysent précisément la valeur sous l'angle de l'idéologie¹.

Un nombre croissant de publicistes sont contraints de transcender la distinction lorsqu'ils se demandent, comme le fait par exemple Michel Bazex, si l'érection de la concurrence comme principe général du droit relève encore de la provocation². Naturellement, si cette question s'installe dans les cerveaux c'est que l'impératif concurrentiel est devenu un principe culturel général, un instrument normatif du changement social. La mutation apparaît particulièrement éclatante lorsqu'on analyse la question de la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence. Un important colloque qui s'est tenu à Strasbourg en octobre 1996 la présente en ces termes : "*Service public et communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*". Cet intitulé, on le voit, oriente fortement le débat puisqu'en opposant intérêt général et marché on reconnaît que ce dernier ne peut à lui seul satisfaire l'intérêt général. Ainsi se trouve d'emblée réfuté, démonté, le mythe de la main invisible, d'origine anglo-saxonne.

¹ Cf. François Xavier Testut, "La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?", *Dalloz*, 1998, chr. p.345, chronique dédiée à Michel Jeantin.

² "Existe-t-il un droit de la concurrence en dehors de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ?", *Gaz. Pal.* 12-13 février 1997.

C'est oublier cependant la part de mythe qui préside au concept d'intérêt général, lequel est parfois "*confisqué par une élite au pouvoir ou par des groupements d'intérêts puissants*"¹.

Il n'est pourtant pas admissible de renvoyer dos à dos les deux mythes. Quand bien même l'histoire "*est inconcevable en dehors de ce qui déçoit*"², on peut penser que l'intérêt général, idée sociale, humaniste et "*fondamentalement républicaine*"³, n'est pas la pire défense à opposer à la conception d'une société libérale "*dominée par le paradigme de la modernité qu'est le marché*".

Le cadre limité de cette communication ne permet pas d'entrer dans les arcanes d'un débat qui a toutes les allures d'une guerre de religion et qui, de surcroît, se fragmente à l'aune des divers degrés d'évolution technologique et des rapports de force propres à chaque secteur : télécommunications, transports, énergie, service postal... Le couple service public/concurrence ne peut plus être envisagé in abstracto et, de fait, le concept de service public se diversifie de manière considérable sur le plan même des étiquettes⁴, laissant parfois le sentiment que le service de base, "*service universel*", est un service minimum pour indigents à qui on fait la charité.

On ne peut contester, tout d'abord, la formidable infiltration de la logique de marché lorsque les personnes publiques - ou ce qu'il en reste - agissent en tant qu'opérateurs économiques ayant eux-mêmes des activités de production, de distribution ou de service. La part résiduelle de service public est ici mise sous une surveillance étroite en vue d'empêcher que ces opérateurs n'abusent de leur position encore dominante, de leurs "*infrastructures essentielles*" (cf. les condamnations récentes de France Télécom.).

En fait, la mutation la plus saisissante est celle affectant les personnes publiques lorsque celles-ci agissent, non

¹ Gazin Fabienne, Rapport présenté au colloque précité.

² Cioran, *Précis de décomposition*.

³ A. Allouache et G. Koubi, colloque précité.

⁴ Cf. les neuf formulations du service public repensées par Jean-Luc Sauron, "L'ouverture des services publics à la concurrence : le retour à Colbert ?" *Dalloz*, aff. 1997.588.

pas en tant qu'opérateurs économiques, mais interviennent au titre de leurs pouvoirs constitutionnels d'intervention administrative ou normative. Ici, la rationalité du marché pénètre au cœur même de la souveraineté étatique et en sape les fondements lorsque les normes qui en sont la traduction sont accusées de créer des distorsions de concurrence, de commettre un crime de lèse-marché. Des décrets, voire des lois, sont de plus en plus souvent soumis au test de l'ordre concurrentiel qui tend à s'imposer comme un impératif catégorique. On peut y voir, avec Mireille Delmas-Marty, une privatisation de la norme¹.

A la fin des années 80, un barrage de fortune avait été dressé par le Tribunal des Conflits dans la célèbre affaire "Ville de Pamiers"². Ce dernier considéra qu'un acte de puissance publique (en l'occurrence la dévolution du service public de la distribution de l'eau) n'est pas par lui-même susceptible de fausser la concurrence sur le marché. C'était évidemment nier l'évidence et la meilleure preuve en fut que, compte tenu des nombreux abus constatés en ce domaine (ententes, favoritisme, corruption) le législateur a dû intervenir à plusieurs reprises pour améliorer la transparence de l'opération dans un but de concurrence plus ouverte.

La pression de l'ordre concurrentiel européen a été telle, après cet arrêt, que la jurisprudence française (du Tribunal des Conflits mais aussi du Conseil d'Etat) s'est progressivement délitée et a réalisé "*une extension sensible du droit de la concurrence*"³. Dans l'affaire Data Sport/Ligue Nationale de Football relative à la fourniture d'un logiciel de gestion de la billetterie "*Ticket Foot*", le Tribunal des Conflits⁴ fait disparaître le critère des effets sur le marché qui était trop contraire à l'évidence et, tout en rappelant que le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité des actes administratifs, précise qu'il incombe à celui-ci, dans le domaine d'intervention qui est le sien, de veiller au respect des règles de concurrence...

¹ Delmas-Marty Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998.

² Décision du 6 juin 1989, *Rev. dr. pub.* 1989.1780, note Gaudemet.

³ F.X. Testut, *op.cit.*, *Dalloz* 1998, chr. p.345.

⁴ T.C. 4 novembre 1996, *Act. Jur. Droit adm.* 1997, p.203, note Chauvaux et Girardet.

Plus spectaculaire encore est l'évolution du Conseil d'Etat. Après avoir fait "*triompher l'Europe de la concurrence au Palais Royal*"¹, le Conseil d'Etat décide désormais d'apprécier la légalité d'un acte réglementaire au regard du droit interne et non seulement en fonction du droit communautaire².

Michel Bazex émet dès lors l'hypothèse que la concurrence pourrait bien être un instrument de pilotage de l'économie par les pouvoirs publics³. En fait, l'impression domine plutôt que ce sont les pouvoirs publics qui sont "*pilotés*" par la concurrence car il apparaît de plus en plus que "*ce sont... toutes les mesures normatives des pouvoirs publics, et au-delà, toutes leurs interventions de puissance publique en matière économique qui devraient être dorénavant assujetties* (souligné par nous) *à l'obligation d'éviter de porter atteinte aux nécessités du fonctionnement concurrentiel des marchés*"⁴.

Naturellement, le critère de prérogatives "*typiquement*" (le mot est une création européenne) de puissance publique destinées à satisfaire l'intérêt général n'a pas complètement disparu, même dans la jurisprudence européenne, ce qui permet parfois de sauver la norme incriminée malgré ses effets anti-concurrentiels. A titre d'exemple, citons tout d'abord l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 18 mars 1997⁵ qui, reprenant la motivation de l'arrêt Eurocontrol de 1994, dénie le caractère économique à une redevance due au titre de la prévention de la pollution dans le port de Gênes, solution approuvée par L. Idot mais raisonnement contesté... Un peu plus ancien, l'arrêt de la même Cour du 17 octobre 1995 qui, tenant compte de certaines spécificités historiques nationales, justifie par des considérations d'intérêt général la réglementation italienne

¹ Briard, Note sous Cons. d'Et. 1996, D.1997.281, à propos de l'annulation d'un décret octroyant un régime fiscal privilégié à une caisse d'assurance vieillesse mutuelle agricole, sur la base de l'art. 86 du Traité de Rome.

² Cons. d'Et. 3 novembre 1997, *Rev. fr. dr. adm.* 1997, p.1228, concl. Stahl, 3 espèces concernant des entreprises de pompes funèbres.

³ Annales de la Faculté de Droit de Toulouse, tome XLV, 1997, p.207 et s.

⁴ M. Bazex, op.cit., p.215.

⁵ *Rev. trim. dr. eur.* 1997, p.459, obs. L. Idot.

soumettant l'ouverture des commerces de détail à une autorisation administrative. On peut se demander si une telle réglementation, nouvellement adoptée dans tel autre pays de l'Union Européenne, bénéficierait de la même immunité.

Il semble en tout cas que la notion de prérogatives de puissance publique soit interprétée de manière de plus en plus restrictive.

*
* *

La force du champ magnétique de la concurrence, alliée à la sacralisation du marché, permettrait de mettre en lumière bien d'autres manifestations de l'abandon, par les Etats européens, de certains caractères ancestraux de leurs souverainetés.

L'actualité oblige à privilégier l'abandon de la souveraineté monétaire au profit de la Banque Centrale Européenne, révolution en grande partie dictée par le souci d'égaliser les conditions de concurrence en se prémunissant contre tous les phénomènes de distorsion qu'induisaient dans la période passée les dévaluations compétitives.

Mais cet événement marque l'amorce d'une course en avant qui devrait conduire à remettre en cause d'autres souverainetés. Dès lors qu'il n'existe plus de possibilité de recourir à la manipulation monétaire pour fausser le jeu de la concurrence, les pays s'engageront dans une concurrence et des manipulations fiscales, dont le coût serait plus élevé que celui de la concurrence par les changes¹. Bien que l'harmonisation des fiscalités directes des entreprises ait été entreprise depuis longtemps, beaucoup de chemin reste à parcourir pour limiter la concurrence fiscale et pour remettre en cause la souveraineté fiscale des Etats membres, laquelle est un élément très sensible de la souveraineté étatique en ce qu'elle permet le financement des politiques économiques et sociales².

¹ *Le Monde*, 9 avril 1998.

² Spitz Brad, "L'harmonisation européenne de la fiscalité directe des entreprises", mémoire de D.E.A. de Droit Economique et des Affaires, Nice, septembre 1998.

Les disparités des droits du travail et des coûts salariaux induisent également un risque fort de concurrence sociale. Il paraît difficile de continuer à accepter ici une pure logique de marché, ce qui n'est pas aisé dans un contexte de mondialisation forcenée. Le modèle à suivre n'est en tout cas pas celui choisi par la Chine populaire qui, au lendemain de la rétrocession de Hong Kong, a "*suspendu*" sur ce territoire la législation du travail au nom de la compétitivité.