



HAL
open science

Intégration du cadre économique et juridique européen et attractivité des espaces régionaux

François-Xavier Borsi

► **To cite this version:**

François-Xavier Borsi. Intégration du cadre économique et juridique européen et attractivité des espaces régionaux. Economies et finances. Université Nancy 2, 2008. Français. NNT : 2008NAN20016 . tel-01752966

HAL Id: tel-01752966

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01752966>

Submitted on 29 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

Intégration du cadre économique et juridique européen et attractivité des espaces régionaux

THESE
pour l'obtention du grade de
Docteur ès Sciences Economiques

Présentée et soutenue publiquement par

François-Xavier BORSI

Le 17 octobre 2008
A l'Université Nancy II

JURY

Ségolène Barbou Des Places	Professeur à l'Université de Picardie
Arnaud Bourgain	Professeur à l'Université du Luxembourg (rapp.)
Bruno Deffains	Professeur à l'Université Paris X
Pierre Kopp	Professeur à l'Université Paris I (rapp.)
Anthony Ogus	Professeur à l'Université de Manchester

LE CORPS ENSEIGNANT

de la Faculté de Droit, Sciences Economiques & Gestion

DOYEN

M. Olivier CACHARD

DOYENS HONORAIRES

MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI

PROFESSEURS ÉMÉRITES

M. VITU, Professeur de Droit Pénal
M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public
M. JAQUET, Professeur de Droit Public
M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
M. BORELLA, Professeur de Droit Public
Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé
M. GROSS Bernard, Professeur de Droit Privé

PROFESSEURS

M. RAY Jean-Claude	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUROT François	Professeur de Sciences Économiques
M. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian	Professeur d'Histoire du Droit
M. SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
M. MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
M. BUZELAY Alain	Professeur de Sciences Économiques
M. JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
M. ARNOULD Daniel	Professeur de Sciences Économiques
M. CRIQUI Etienne	Professeur de Science Politique
M. BILLORET Jean-Louis	Professeur de Sciences Économiques
M. PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
M. GOSSEREZ Christian	Professeur de Droit Public
M. GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
M. EBOUE Chicot	Professeur de Sciences Economiques
M. DEFFAINS Bruno	Professeur de Sciences Economiques
M. MAZIAU Nicolas	Professeur de Droit Public
M. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
M. BISMANS Francis	Professeur de Sciences Economiques
M. ASTAING Antoine	Professeur d'Histoire du Droit
Mme DORIAT-DUBAN Myriam	Professeur de Sciences Economiques
M. STASIAK Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier	Professeur de Droit Privé
M. GRY Yves	Professeur de Droit Public
M. LAMBERT Thierry	Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Professeur de Droit Privé
M. PLESSIX Benoît	Professeur de Droit Public
Mme TISSERAND-MARTIN Alice	Professeur de Droit Privé
Mme LEMONNIER-LESAGE Virginie	Professeur d'Histoire du Droit
Mme SPAETER-LOEHRER Sandrine	Professeur de Sciences Economiques
Mme UBAUD-BERGERON Marion	Professeur de Droit Public

MAÎTRES DE CONFÉRENCES

M. BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
M. BEAUFORT Jean-Louis	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHARDIN France	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GERMAIN Eric	Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
M. VENANDET Guy	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GUIGOU Jean-Daniel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Eliane	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. AIMAR Thierry	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DANTONEL-COR Nadine	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FOURMENT François	Maître de Conférences de Droit Privé
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. PY Bruno	Maître de Conférences de Droit Privé
M. BERNI Daniel	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Elodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. PFISTER Etienne	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme LELIEVRE Valérie	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. PREVOT Jean-Luc	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. WEBER Jean-Paul	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. CHOPARD Bertrand	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle PIERRE Nathalie	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier	Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline	Maître de Conférences de Droit Privé
M. ZIANE Ydriss	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. GABUTHY Yannick	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle BLAIRON Katia	Maître de Conférences de Droit Public

M. FERREY Samuel
M. MULLER François

Maître de Conférences de Sciences Economiques
Maître de Conférences de Droit Public

M. FERRY Frédéric
Mme MOUKHA Stéphanie
M. GAUDEL Pierre-Jean
M. GUENOT Jacques
M. GREGOIRE Christian
M. BERNARDEAU Ludovic

Maître de Conférences associé de Droit Privé
Maître de Conférences associé de Droit Privé
Maître de Conférences associé de Droit Public
Maître de Conférences associé de Droit Privé
Maître de Conférences associé de Sciences Economiques
Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS - PRAG

Mlle ABALLEA Armelle
M. ECKERSLEY David
M. LOVAT Bruno
Mme DIEHL Christel

Assistant de Droit Public
Assistant d'Anglais
PRAG de Mathématiques
PRAG d'Anglais

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur.

A mes proches...

Remerciements...

La présente thèse a été réalisée sous la direction conjointe du Professeur Bruno Deffains de l'Université Paris X et du Professeur Patrice Pieretti de l'Université du Luxembourg. Je les remercie pour la confiance qu'ils m'ont accordée durant ces trois années et demie, leur soutien permanent et pour les échanges, parfois intenses, toujours enrichissants, que j'ai pu avoir avec eux. Je remercie d'ailleurs le Professeur Pieretti pour la collaboration particulière que nous avons eue à l'égard d'un des chapitres de ce travail.

Je remercie également les Professeurs Arnaud Bourgain et Pierre Kopp de m'avoir fait l'honneur d'être les rapporteurs de la thèse, ainsi que les professeurs Ségolène Barbou des Places et Anthony Ogus d'avoir accepté de juger mon travail.

Je tiens aussi à remercier l'ensemble des personnes avec qui j'ai pu partager une expérience scientifique et qui, en cela, m'ont beaucoup apporté. Je pense notamment aux membres des laboratoires BETA-REGLES de Nancy (en particulier Bertrand Chopard, Myriam Doriat-Duban, Samuel Ferey, Yannick Gabuthy, Eric Langlais) et CREA de Luxembourg (notamment François Aka, Arnaud Bourgain, Luisito Bertinelli, Philippe Courtin, Geneviève Schlink), mais aussi des laboratoires d'économie de Lille. A cet égard, je remercie le Professeur Hubert Jayet de m'avoir accueilli au laboratoire MEDEE à chaque fois que je l'ai souhaité.

La thèse n'aurait pas été possible sans les soutiens financiers du Ministère luxembourgeois de la Recherche et du Conseil Régional de Lorraine. J'en profite d'ailleurs pour remercier Monsieur Jean-Marie Mizzon pour son soutien dans mes recherches de partenaires financiers.

Je souhaite aussi exprimer ma reconnaissance à mes amies (et néanmoins collègues doctorantes) Eve-Angéline Lambert et Elisabeth Coureault pour nos échanges fructueux et nos collaborations scientifiques, même les plus anodines.

Un grand merci également à toutes les équipes des laboratoires cités, ainsi qu'à l'ensemble des personnels administratifs qui y sont rattachés, pour l'ambiance de travail agréable et le sérieux de leur implication. Merci aussi à Sarah, Paola et Délia pour leur aide très appréciée.

Je remercie en outre très chaleureusement Geoffrey Miltgen, Elisabeth Coureault, Philippe Courtin, Muriel Bouchet, Yannick Gabuthy, Frédéric Dufourt, Bertrand Chopard et Annick Dennewald pour leur lecture attentive, directe ou indirecte, des chapitres de la thèse, et surtout pour leurs commentaires avertis qui m'ont permis de prendre du recul dans ce difficile exercice de recherche.

J'exprime ma reconnaissance à l'égard de Jeannine Dennewald, d'Emmanuel Raynaud et d'Antony Ogus car leurs rencontres m'ont beaucoup aidé dans mon travail.

De manière générale, je tiens à remercier toutes celles et ceux qui ont manifesté un intérêt pour mon travail et m'ont encouragé par leur attitude positive.

J'en profite également pour saluer celles et ceux qui ont partagé avec moi cette expérience du doctorat : Rachel, Marielle, Jenny, Afef, Ouarda, Olivier, Marie, Nicolas, Hélène, Elisabeth, Carine, Perrine, Lydie et Eve-Angéline. Un clin d'œil particulier à Eve-Angéline, Elisabeth, Myriam, François, Arnaud, Luisito, Yannick et Samuel : l'expérience du doctorat m'aura aussi permis de nouer des amitiés sincères.

Merci enfin à mes proches, et tout particulièrement à mon épouse Laurence.

Résumé général

Dans un monde intégré où les systèmes juridiques européens se rapprochent presque inéluctablement, les juridictions développent des cadres attrayants en vue de capter les bases fiscales. Nous proposons de caractériser les processus d'intégration juridique à l'échelle européenne et de justifier la nature concurrentielle des comportements institutionnels qu'adoptent les Etats européens, en définissant notamment les ressorts du droit communautaire. Ces ressorts permettent par exemple d'identifier les différentes stratégies juridiques de rapprochement des cadres normatifs mises en œuvre par les instances européennes. Ils laissent également entrevoir des marges de manœuvre institutionnelles, lesquelles justifient et légitiment l'analyse de type concurrentiel des processus d'intégration juridique communautaire et rendent pertinente la définition d'un cadre d'analyse de l'attractivité des juridictions selon une approche de concurrence institutionnelle.

Par ailleurs, la réflexion porte sur l'analyse de l'attractivité des pays, notamment du point de vue immatériel et qualitatif, justifiant davantage l'approche juridique de la concurrence entre Etats membres de l'Union. Deux types de modèles de concurrence spatiale sont proposés pour illustrer la compétition institutionnelle à l'œuvre au sein de l'espace européen, à savoir une approche de « shopping » qui tient compte d'aspects fiscaux et institutionnels de la concurrence entre Etats et une approche de concurrence institutionnelle à étapes multiples. Les deux analyses mettent en avant l'impact des caractéristiques intrinsèques locales (taille, efficacité publique institutionnelle) sur la nature de la concurrence entre pays européens.

Mots clés : intégration juridique, droit communautaire, attractivité, concurrence institutionnelle.

Abstract

In an integrated world where the European legal systems get closer almost inevitably, national jurisdictions develop attractive frames towards fiscal bases. We suggest characterizing the processes of legal integration in the European scale and justifying the competitive nature of the institutional behavior that the European countries adopt, notably by defining the mechanics of the community law. These last ones allow for example to identify the various legal strategies of legal integration implemented by the European authorities. They also let glimpse institutional margins which justify and legitimize the analysis of competitive type of the processes of community legal integration and make relevant the definition of a frame of analysis of the attractiveness of the jurisdictions according to an approach of institutional competition.

Besides, our work focuses on the attractiveness of countries, notably from the immaterial and qualitative point of view, justifying more the legal approach of the competition between the European members. Two types of models of spatial competition are proposed to illustrate the institutional competition in Europe, namely an approach of "shopping" which takes into account fiscal and institutional aspects of the competition between countries and an approach of institutional competition with multiple stages. Both analyses emphasize the impact of the local intrinsic characteristics (size, institutional public efficiency) on the nature of the competition between European countries.

Keywords: legal integration, the community law, attractiveness, legal competition, institutional competition.

Introduction générale (page 13)

1. Droit communautaire et intégration juridique : définitions et ingrédients préalables (page 21)

1. *Introduction*
2. *Les fondements du droit communautaire*
3. *Les propriétés du droit communautaire*
4. *Définition et caractérisation de l'intégration juridique*
5. *Conclusion*

2. L'intégration communautaire au croisement de dynamiques économiques et institutionnelles (page 52)

1. *Introduction*
2. *Le droit communautaire comme terreau des intégrations économique et juridique*
3. *Stratégies et méthodes d'intégration du cadre juridique ou comment rapprocher des cadres normatifs nationaux ?*
4. *Conclusion*

3. Les marges de manœuvre institutionnelles dans l'Union européenne (page 85)

1. *Introduction*
2. *Les marges de manœuvre institutionnelles : une revue de la littérature*
3. *Analyse structurelle et fonctionnelle des marges de manœuvre institutionnelles au niveau communautaire*
4. *Les marges de manœuvre dans l'élaboration des mesures nationales d'exécution*
5. *Conclusion*

4. Les enjeux du cadre institutionnel du point de vue de l'attractivité des Etats membres de l'Union européenne (page 124)

1. *Introduction*
2. *Le cadre institutionnel comme facteur de développement et d'attractivité des juridictions*
3. *Concurrence, adaptation et innovation institutionnelles*
4. *Quelles modélisations possibles du comportement des Etats membres de l'UE dans le cadre de l'intégration juridique européenne ?*
5. *Conclusion*

5. Concurrence spatiale entre juridictions asymétriques et stratégies d'attractivité commerciale des économies de petite taille (page 171)

1. *Introduction*
2. *Le modèle*
3. *Concurrence fiscale et institutionnelle*
4. *Conclusion*

📖 Annexes

6. Elaboration du droit communautaire et concurrence institutionnelle (page 197)

1. *Introduction*
2. *Concurrence législative : pouvoir de négociation et rôle de la taille*
3. *Concurrence réglementaire : efficacité publique et enjeu communautaire de mise en conformité*
4. *Synthèse et représentation*
5. *Conclusion*

Conclusion générale (page 235)

Bibliographie (page 240)

Table des matières (page 256)

Introduction générale

« Au-delà des prévisions les plus optimistes de ses fondateurs, l'Europe a garanti la paix et la capacité de vivre ensemble, a contribué à promouvoir les valeurs partagées de la démocratie et des droits sociaux au fil des élargissements successifs. Elle a favorisé le dynamisme économique par l'accroissement et la stabilité des échanges, notamment par la mise en place de l'euro. Ce sont autant d'acquis majeurs qu'il importe de saluer ». C'est ainsi que le Conseil économique et social (CES) caractérise¹ le chemin parcouru par le continent européen depuis son effondrement lors de la Seconde Guerre Mondiale. Jusqu'alors, le fonctionnement des Etats et leurs rythmes politiques dépendaient quasiment exclusivement de leurs propres constitutions et de leurs lois nationales. Plus d'un demi-siècle après, le cadre institutionnel (politique et économique) de référence est passé du niveau national à l'échelle communautaire, pour ne pas dire à l'échelon mondial : l'essor du Grand marché a été permis par le développement du droit communautaire et l'instrument juridique qui a (potentiellement²) le plus de poids au sein de l'espace européen est désormais l'Union européenne (UE)³.

Les progrès historiques et économiques réalisés par l'« Europe » relèvent en grande partie des organisations et instruments juridiques à l'œuvre dans la seconde partie du XXe siècle⁴. Autrement dit, l'UE a été une étape dans la construction européenne et la progression

¹ De l'élaboration de la législation communautaire à sa mise en œuvre en droit national : contribution du Conseil économique et social à la réflexion sur « Mieux légiférer », avis du CES, juillet 2007.

² C'est par exemple vrai pour ce qui concerne la puissance économique de l'UE, en particulier sa puissance commerciale, cette dernière incluant par définition celles de l'ensemble de ses Etats membres. C'est en revanche plus discutable s'agissant de la puissance politique, du moins au regard de l'écho de la voix européenne observé parfois sur la scène internationale.

³ Selon Borchardt (1999), « l'UE se distingue des associations classiques d'Etats par une nouveauté fondamentale : elle réunit en son sein des Etats membres qui ont renoncé à une partie de leur souveraineté au profit de la Communauté européenne (CE) et ont doté cette dernière de pouvoirs propres et indépendants des Etats membres. Dans l'exercice de ces pouvoirs, la CE est en mesure d'arrêter des actes européens dont les effets sont les mêmes que ceux qui sont adoptés par les Etats ». L'UE est un instrument juridique qui n'est apparu qu'avec le Traité de Maastricht (1992), lequel jetait entre autres les bases de l'Union économique et monétaire (UEM), et qui existe dans sa forme actuelle (3 piliers) depuis le Traité d'Amsterdam (1997).

⁴ Borchardt (1999) souligne à quel point l'histoire de l'Europe, depuis les années 1950, est une succession d'épisodes : « la première pierre de la construction d'une Communauté européenne est la déclaration du 9 mai 1950 du ministre français des affaires étrangères, Robert Schuman, qui présentait le plan qu'il avait élaboré avec Jean Monnet en vue d'unifier l'industrie européenne du charbon et de l'acier en une Communauté européenne du charbon et de l'acier. C'était une initiative historique en faveur d'une « Europe organisée et vivante », qui est « indispensable » à la civilisation et sans laquelle « la paix mondiale ne saurait être sauvegardée ». Le plan Schuman est devenu réalité, le 18 avril 1951, à Paris (Traité de Paris), avec la conclusion par les six pays fondateurs (Belgique, République fédérale d'Allemagne, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas) du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). Il est entré en vigueur le 23 juillet 1952. Quelques années plus tard, les mêmes Etats ont institué par les traités de Rome du 25 mars 1957 la Communauté économique européenne (CEE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique

institutionnelle que l'espace communautaire a connues depuis la « déclaration Schuman » (cf. note n°5). Comment caractériser le contexte communautaire des années 2000 ? Peut-être d'abord par un élément permanent, et même structurant, de la vie institutionnelle européenne : le droit communautaire. Ce dernier a pour première vocation de favoriser le développement d'un grand marché garant de l'efficacité productive et du développement des entreprises⁵. En réalité, au-delà des grandes avancées institutionnelles qu'ont été le Traité de Rome (1957), créant le Grand marché, et l'Acte unique (1986), donnant naissance à l'idée de Marché unique⁶, le droit communautaire a été le véritable moteur permanent des dynamiques institutionnelles et économiques européennes. Quid cependant de la nature des dynamiques évoquées ? Derrière la définition de ce droit finalisé (c'est-à-dire qui poursuit des objectifs, y compris économiques), il y a la question des dynamiques institutionnelles sous-jacentes, lesquelles ont trait aux problématiques du fédéralisme et, plus largement, aux problèmes posés par l'intégration européenne.

De quelle intégration parle-t-on ? Si c'est de l'« intégration économique », la littérature économique en a fait l'un de ses sujets d'analyse favoris⁷. En revanche, si la question renvoie à l'« intégration juridique », les choses sont moins évidentes. Certes, les juristes mènent depuis des années des réflexions sur l'harmonisation européenne⁸, mais l'analyse économique de l'intégration juridique demeure un important champ de réflexion⁹. Le phénomène d'intégration du droit est particulièrement intéressant au regard des acteurs et des forces juridiques à l'œuvre dans l'espace communautaire. Comme évoqué précédemment, l'UE est un instrument juridique où se côtoient, entre autres, un droit communautaire, des droits nationaux et constitutionnels, ainsi que des acteurs et praticiens tels que les juges nationaux et internationaux. Tous ces éléments participent du phénomène d'intégration. Il n'y aurait pas de problème si n'étaient identifiées de façon concomitante des résistances à la logique d'intégration juridique au niveau européen. En effet (et c'est sans doute naturel), les Etats membres de l'UE font parfois preuve de résistance en maintenant, bon gré mal gré, des spécificités nationales, au motif, parfois fondé, que l'uniformisation du droit au niveau communautaire leur est néfaste ou que la mise en œuvre d'un cadre juridique européen intégré

(CEEA ou Euratom), qui ont commencé leurs activités lors de l'entrée en vigueur des traités, le 1^{er} janvier 1958 ».

⁵ Dans l'esprit des inspirateurs du Traité de Rome (1957), la création de richesses qui en découle garantit ensuite toutes les formes de développement et de progrès social.

⁶ L'idée de Marché unique consiste globalement à parachever le Grand marché, mais le Marché unique ne se concrétisera qu'avec le Traité de Maastricht (1992) et ne deviendra réalité qu'avec l'avènement de la devise européenne (officiellement en 1999, dans les faits en 2002).

⁷ Cf. Tiebout (1956), Oates (1972) ou Dafflon (1999).

⁸ Voir par exemple Muir Watt (2006).

⁹ Voir notamment Marciano et Josselin (2002).

leur est difficile, voire impossible (voir par exemple Legrand, 1996). Les littératures juridique et économique s'accordent à dire que l'un des grands enjeux de l'intégration européenne eu égard aux Etats membres relève de leur tendance à accompagner le mouvement ou à y résister. Et pour cause, les pays de l'UE, et les juridictions nationales en général, poursuivent des objectifs de développement qui, dans un monde de plus en plus intégré et interconnecté, se traduisent par des stratégies publiques de compétitivité et d'attractivité. Comment l'intégration juridique et enjeu d'attractivité pour les Etats s'articulent-ils dans le cadre du droit communautaire ? Pour répondre à cette question, il importe de replacer le fonctionnement institutionnel européen dans son contexte.

Le début du XXI^e siècle constitue une période cruciale dans le processus de « maturation » communautaire : efficacité monétaire de la zone euro, élargissement vers l'est, adoption d'un traité constitutionnel, élargissements souhaitables et possibles à l'avenir pour l'espace communautaire sont autant d'enjeux, politiques certes, mais aussi économiques (Barthe, 2003). Nombre d'études et de rapports commandés par la Commission européenne semblent de ce point de vue insister sur la nécessité de renouveler l'approche de la construction européenne, en raison des approfondissements par les traités dont ont fait l'objet les Communautés et l'Union européennes, mais aussi du fait du renforcement de la mondialisation économique et juridique, des grandes questions sociétales telles que l'environnement ou des nouveaux enjeux de sécurité au plan mondial (Faugère et *al.*, 2002). Ces éléments de réflexion posent donc des questions sur les prérogatives de l'UE, ses valeurs, en somme, le modèle qu'elle tend à promouvoir. Par ailleurs, les désaccords politiques apparaissent en toile de fond parmi certains pays membres, comme par exemple au sujet du traité constitutionnel¹⁰ ou de l'entrée de la Turquie dans l'UE. Voilà autant d'éléments qui imposent aux politistes, aux juristes et aux économistes de repenser l'Union, d'expliquer et de s'efforcer d'anticiper ses mutations, sans quoi le projet européen pourrait perdre de sa substance, voire se bloquer¹¹.

Le malaise perceptible des citoyens européens à l'encontre de l'Union trouve très souvent de l'écho dans les difficultés de fonctionnement institutionnel communautaire¹². C'est en effet à l'échelle européenne que se dessinent plus de 70% des lois nationales. D'ailleurs,

¹⁰ Cf. par exemple l'échec des référendums français et néerlandais sur la ratification du traité constitutionnel aux mois de mai et juin 2005.

¹¹ Voir les enjeux de la Présidence française du Conseil européen au second semestre 2008.

¹² L'échec du référendum irlandais sur la ratification du Traité de Lisbonne (juin 2008) montre dans quelle mesure une problématique d'ordre institutionnel (comment faire fonctionner l'UE à 27 membres ?) peut se transformer en problématique économique, sociale ou démocratique.

lorsque les politiques exposent des réformes législatives peu populaires, ils ne manquent pas d'invoquer l'« ogre européen » qui impose par le haut toujours plus de nouvelles réglementations¹³. Plutôt que de jeter la pierre à ce pauvre petit ogre (et sans sombrer dans une « europhilie » naïve), notre travail de thèse va consister à sonder les dynamiques communautaires à l'œuvre au sein de l'UE.

La construction européenne est en 2008 dans une phase charnière de sa maturation¹⁴. D'un côté, son efficacité économique ne laisse guère de doute, même si elle doit être relativisée : l'UE est la première puissance commerciale mondiale et constitue un pôle particulièrement compétitif de la Triade ; elle est également une zone économique remarquablement attractive, en particulier en termes d'investissements productifs et financiers. La politique de concurrence apparaît comme l'une des plus fructueuses depuis maintes années (cf. parachèvement et fonctionnement du marché unique) et la stratégie de Lisbonne¹⁵ pose clairement les objectifs de l'entité européenne, à savoir faire de l'UE la zone économique la plus compétitive du monde d'ici 2010. Ainsi, les approfondissements par le biais des traités européens ont permis la mise en place d'un appareil de soutien des politiques européennes. Le cadre communautaire est bel et bien une réalité aujourd'hui, avec un appui de l'appareil administratif, un ensemble de règles juridiques, mais aussi des institutions performantes et intégrées. Parallèlement, les Etats de l'UE n'ont pas la même organisation des décisions politiques, économiques et sociales. L'Allemagne et la Belgique sont des Etats fédéraux tandis que la France est un pays fortement centralisé. Pourtant, ces pays ont tendance à remettre en cause ces structures politiques, cherchant pour les uns à centraliser les pouvoirs de décision, pour les autres, à les décentraliser, ceci en vue de plus d'efficacité économique, mais aussi de plus d'équité entre leurs différentes régions.

Une problématique pertinente de la thèse aura donc, au moins en partie, vocation à déterminer, à partir des données institutionnelles qui régissent les pouvoirs nationaux, ce qui est laissé à la centralisation et à la décentralisation en matière de décision économique des espaces régionaux. Car les institutions d'échelons national et européen accordent des marges de liberté aux juridictions régionales qu'il conviendrait de déterminer, tout comme il serait intéressant de déterminer les marges souhaitables selon des critères d'efficacité et d'équité. Ces institutions ont conditionné et conditionnent encore le dynamisme de l'UE, particulièrement en matière économique et commerciale, mais elles ont peut-être davantage

¹³ Voir la récente question de la réforme dite des OGM en France (mai 2008).

¹⁴ Cf. ratification en cours du Traité de Lisbonne (2007) et l'épineuse question du rejet irlandais de juin 2008.

¹⁵ Ladite stratégie fut arrêtée au Conseil européen de Lisbonne le 24 mars 2000.

d'impact encore dans le cadre d'un espace intégré, où le concept de compétitivité n'a plus vraiment de pertinence, tant il convient alors de parler d'attractivité de zones géographiques régionales.

La première motivation de ce travail est l'observation et la volonté de comprendre l'évolution du contexte institutionnel européen. Le droit communautaire prend une part de plus en plus importante dans les réformes législatives et réglementaires nationales, au point que d'aucun critiquent le développement d'un ogre européen et le risque d'un élargissement des compétences de son « bras institutionnel » le plus visible, à savoir la Commission. Est-ce à dire qu'il y a trop de centralisation, voire de centralisme, et que les craintes sont justifiées quant à un risque de non respect des Nations, de dilution des cultures ou d'une uniformisation à outrance ? Les Etats résistent, l'UE s'affirme davantage et, de surcroît, les juridictions régionales, jusqu'aux plus petites collectivités territoriales, affirment de plus en plus leurs aspirations à plus de prérogatives et de droits à l'expression. Autrement dit, les forces d'intégration n'ont pas toutes la même nature : d'un côté souffle un vent qui rend attractive l'UE du point de vue de nombre de pays de l'est du continent, d'un autre les régionalismes s'affirment davantage (cas d'une scission belge de moins en moins improbable, naissance d'un Etat du Kosovo...), sans parler des revendications territoriales de plus en plus nombreuses au sein des Etats membres (Pays basque, Corse...). Une deuxième motivation a trait à la compréhension de l'architecture institutionnelle européenne. Celle-ci paraît à la fois complexe et éloignée d'une base citoyenne qui ne la reconnaît plus forcément à sa juste valeur¹⁶. Il faut donc entrer dans la mécanique communautaire pour en apprécier les rouages, les dynamiques, ainsi que les possibles blocages. Depuis les modèles de concurrence fiscale¹⁷, les réflexions sont nombreuses à l'égard des jeux¹⁸ que se livrent les Etats dans le cadre de la compétition mondiale inhérente à la globalisation. Mais les leviers qu'utilisent les pays sont de plus en plus « fins », ce qui explique que la nature de la concurrence change. En raison de l'enjeu de développement que constitue l'attractivité des juridictions, ces dernières produisent des cadres comprenant des infrastructures, ainsi que des éléments immatériels ayant trait aux institutions et aux règles. Leur compréhension est donc cruciale et constitue une troisième motivation. Une dernière enfin renvoie au débat sur la nature du fédéralisme européen. La littérature économique n'a jamais véritablement tranché entre le fédéralisme concurrentiel

¹⁶ Cf. échec de la ratification du Traité de Rome (2005).

¹⁷ Voir Oates (1972), Wilson (1986), Bucovetsky (1991), Wilson (1991), Baldwin et Krugman (2001), Wilson et Wildasin (2004).

¹⁸ Au sens économique, un jeu constitue un cadre où des agents sont en interactions (voir par exemple Von Neumann et Morgenstern (1953)).

(école américaine¹⁹) et une forme de fédéralisme centralisateur et harmonisateur dont l'architecture communautaire serait représentative. L'idée est donc, à travers les arguments développés dans ce travail de recherche, de caractériser précisément la nature concurrentielle et dynamique du fédéralisme communautaire.

Au regard des développements précédents, la thèse recouvre plusieurs enjeux majeurs, parmi lesquels une meilleure gouvernance européenne et donc une plus grande efficacité institutionnelle qui garantirait à l'espace européen plus de compétitivité et d'attractivité, mais aussi une justification des logiques concurrentielles en vigueur à l'échelle des Etats membres de l'UE, ainsi qu'une compréhension plus profonde des fonctions de ces derniers et des instruments juridiques qui véhiculent leur action. Un autre enjeu est une meilleure mesure du caractère essentiel de la dimension institutionnelle de l'attractivité des espaces régionaux et le lien de cette dimension avec diverses propriétés intrinsèques des juridictions, comme la taille ou l'efficacité publique, ainsi que l'amélioration de notre compréhension des logiques d'intégration au niveau européen et, partant, une explicitation des exigences d'attractivité et de développement des pays dans un contexte de concurrence institutionnelle.

Dans un monde de plus en plus intégré et dans le cadre du rapprochement des systèmes juridiques et des législations européennes, les juridictions (principalement nationales) tentent de développer des politiques d'attractivité, en particulier en produisant et en offrant aux bases fiscales des cadres institutionnels attractifs. L'objet de notre réflexion est de caractériser les processus d'intégration juridique à l'œuvre dans l'espace institutionnel européen et de proposer des analyses des comportements concurrentiels que peuvent adopter les Etats européens au moyen de modèles de concurrence institutionnelle. Pour ce faire, nous allons adopter une approche d'analyse économique du droit, tout en utilisant des outils et des concepts développés par l'économie des institutions et l'économie spatiale. A ceux qui critiqueraient la pluralité des méthodologies, nous répondrons que la complexité de la thématique afférente s'accommode en réalité assez bien d'une telle « ouverture ». Plus encore, nous serons amenés à appuyer nos raisonnements par des arguments spécifiques de la science du droit. On imagine en effet mal analyser l'impact de l'intégration juridique dans l'espace communautaire sans comprendre les concepts liés à l'intégration juridique et au droit communautaire. Si la *Law & Economics* a su ouvrir le débat entre les deux disciplines que sont l'économie et le droit, la présente thèse revendique un effort d'ouverture de l'économiste vers le droit. Elle a d'ailleurs été l'occasion de longues discussions et d'échanges avec des

¹⁹ Tiebout (1956).

spécialistes du droit. Résultat : les analyses économiques proposées à travers les chapitres suivants ont une véritable assise juridique, laquelle leur donne une pertinence et, oserait-on dire, du crédit, y compris aux yeux desdits spécialistes. L'ambition de cette thèse est surtout d'apporter des éléments de compréhension et d'ouvrir la réflexion sur un sujet à la fois multiforme et complexe qui, pourtant, affecte quotidiennement la vie de chaque citoyen, de chaque entreprise et de chaque acteur institutionnel de l'UE. A cette fin, six chapitres seront développés.

Le chapitre premier est une introduction à la question de la nature et de la caractérisation du processus d'intégration du cadre juridique européen. Y sont présentés les éléments de compréhension du concept d'intégration juridique sur la base du « support » juridique principal de l'UE, en l'occurrence le droit communautaire.

En vue de compléter la présentation des processus d'intégration au niveau communautaire, la thèse s'emploie dans le chapitre 2 à expliciter les liens qui existent entre les logiques économiques et juridiques de l'intégration européenne. Elle précise en particulier les dynamiques économiques et institutionnelles qui sont sous-jacentes au droit communautaire. Il s'agit aussi de montrer que le processus d'intégration juridique à l'œuvre dans l'espace européen est, au moins en partie, le fruit de choix stratégiques de la part des pouvoirs publics locaux et fédéraux. Il existe en effet plusieurs stratégies d'intégration (économique et/ou juridique) qui sont mises en pratique dans le cadre européen, lesquelles stratégies diffèrent par leur nature selon qu'elles sont menées par les autorités fédérales ou nationales. Il conviendra de distinguer la coordination de l'unification et de l'harmonisation. Au terme de ce chapitre, le rapprochement des cadres normatifs nationaux apparaîtra comme un processus fondamentalement dynamique et lié à la mise en œuvre d'une méthodologie précise.

L'objet du troisième chapitre est de justifier la pertinence des analyses concurrentielles des mécanismes institutionnelles à l'œuvre dans le cadre juridique européen. L'analyse tend ainsi à montrer que, malgré les velléités d'harmonisation des systèmes de régulation européens, l'architecture du droit communautaire et de la gouvernance de l'UE laissent apparaître des marges de manœuvre institutionnelles, qui sont notamment fondées sur l'utilisation, par les autorités communautaires et les Etats membres de l'Union, d'instruments juridiques spécifiques. L'existence de ces marges justifie et légitime l'analyse de type concurrentiel des processus d'intégration juridique communautaire.

Le chapitre 4 de la thèse présente un cadre d'analyse de l'attractivité des régions selon une approche de concurrence institutionnelle. Il présente les notions nécessaires à la compréhension de ce qu'est l'attractivité, en particulier l'attractivité des droits et des réglementations, ainsi que les enjeux de la concurrence institutionnelle. Puis, il pose les jalons de réflexions théoriques et méthodologiques sur les comportements de production publique de nature institutionnelle qu'adoptent les pays pour attirer des bases fiscales afin d'assurer leur développement économique, notamment dans le cadre du processus européen d'intégration juridique.

L'objectif du cinquième chapitre est de proposer une modélisation du comportement concurrentiel qu'adoptent des espaces souverains différenciés. Il s'agit précisément d'enrichir l'approche de la concurrence entre juridictions en tenant compte de ses aspects fiscaux et institutionnels. A cet égard est considérée une variable publique d'attractivité qui valorise l'usage de biens et services offerts localement. Le modèle décrit une concurrence de nature privée et publique entre deux collectivités asymétriques en termes de tailles et d'efficacités publiques dans l'offre de cadres attractifs. Il apparaîtra que ces asymétries ne sont pas sans effet sur la nature des solutions d'équilibre, de même que la juridiction la plus petite est capable, sous certaines conditions, de pratiquer des prix et des taux d'impôt plus élevés que ceux de sa concurrente, et ce d'autant plus que la base fiscale est mobile.

Le sixième chapitre développe une dernière réflexion sur la notion de concurrence institutionnelle dans le cadre de la production de réglementations au niveau communautaire. L'idée est de présenter les ingrédients d'un possible modèle spatialisé de production de cadres normatifs qui permet de comprendre les enjeux que revêt l'adaptation du droit interne au droit communautaire. En distinguant des phases de concurrence législative et de concurrence réglementaire, nous montrons de quelle façon certaines caractéristiques intrinsèques des juridictions (en particulier celles identifiées dans le chapitre précédent) ont un impact sur les dynamiques institutionnelles à l'œuvre, dynamiques inhérentes à l'intégration juridique européenne.

Chapitre 1

Droit communautaire et intégration juridique : définitions et ingrédients préalables

Cette contribution est une introduction à la question de la nature et de la caractérisation du processus d'intégration du cadre juridique européen. Nous proposons de présenter les éléments de compréhension du concept d'intégration juridique en nous appuyant sur le « support » juridique principal de l'Union européenne (UE), à savoir le droit communautaire.

1. Introduction

« Au-delà des prévisions les plus optimistes de ses fondateurs, l'Europe a garanti la paix et la capacité de vivre ensemble, a contribué à promouvoir les valeurs partagées de la démocratie et des droits sociaux au fil des élargissements successifs. Elle a favorisé le dynamisme économique par l'accroissement et la stabilité des échanges, notamment par la mise en place de l'euro. Ce sont autant d'acquis majeurs qu'il importe de saluer ». Par ces mots d'introduction, le Conseil économique et social rend compte, dans son avis de juillet 2007²⁰, du chemin parcouru par le continent européen, depuis son effondrement de la Seconde Guerre Mondiale jusqu'aux « réalisations concrètes » qu'appelait de ses vœux Robert Schuman en 1950²¹. Ces réalisations se traduisent en effet au début du 21^e siècle par une puissance commerciale et économique importante, mais aussi par l'existence d'un appareil administratif et institutionnel atypique témoignant d'une construction institutionnelle européenne élaborée.

La logique institutionnelle a ainsi présidé à la construction européenne, et ceci à travers deux dimensions : d'abord, l'émergence d'un espace institutionnel complexe fondé sur l'existence concomitante de plusieurs organisations et instruments juridiques (des organisations euro atlantiques, le Conseil de l'Europe, l'UE pour ne citer que ces exemples) ; ensuite et peut-être surtout, l'élaboration et la mise en œuvre d'un matériel juridique nommé « droit communautaire ». Le moteur de cette double construction apparaît dans le Traité de Rome (1957) sous les traits du marché commun et prend la forme « définitive » de marché unique avec l'Acte unique européen (1986). Il se nourrit des processus d'intégration qui, s'ils sont clairement de nature économique à partir des années 1950, prennent une dimension plus juridique et immatérielle, en particulier en raison du rôle du droit communautaire dans la construction européenne. A cet égard, l'intégration juridique, mouvement global de rapprochement entre plusieurs juridictions nationales du point de vue des institutions, des règles et des procédures législatives²², semble entretenir des relations particulières avec ce droit communautaire, à la fois droit des traités et droit dérivé, qui s'applique aussi bien au domaine du droit privé que des normes supranationales.

Les questions ne manquent pas quand il s'agit de clarifier les notions d'intégrations économique et juridique, de même que les évolutions permanentes du droit communautaire

²⁰ *De l'élaboration de la législation communautaire à sa mise en œuvre en droit national : contribution du Conseil économique et social à la réflexion sur « Mieux légiférer »*, avis du CES, juillet 2007.

²¹ Cf. discours de Robert Schuman, Ministre des affaires étrangères, devant le Conseil de l'Europe, le 9 mai 1950.

²² Il s'agit ici d'une définition préliminaire de la notion d'intégration juridique.

rendent difficile une parfaite compréhension du système juridique européen dans la mesure où les textes des traités apparaissent souvent compliqués et les concepts juridiques nombreux et insaisissables²³. Les enjeux liés aux relations entre phénomène d'intégration juridique dans le cadre européen et droit de la CE sont essentiels : il y va par exemple de la simplification et de l'amélioration de la législation communautaire²⁴, d'une meilleure gouvernance européenne²⁵, mais aussi d'une bonne application du droit européen aux échelons nationaux²⁶, ou plus simplement d'une plus grande efficacité institutionnelle qui garantirait à l'espace européen plus de compétitivité et d'attractivité.

Nous choisissons de structurer notre réflexion autour de ce dernier enjeu. Dans un monde globalisé, de plus en plus intégré, les conditions et les modalités d'intégration juridique sont décisives dans la capacité des juridictions à construire et à maintenir leur attractivité. Cela est particulièrement vrai pour l'espace européen qui, à l'instar d'autres grands blocs mondiaux²⁷, est contraint de « produire de l'attractivité » en vue d'attirer des bases mobiles. Les efforts publics peuvent à cet égard relever de dimensions juridiques et institutionnelles. Loin d'être un phénomène anodin ou subi, l'intégration juridique deviendrait un véritable outil pour les Etats européens, d'amélioration de leur pouvoir attractif vis-à-vis des entreprises, des consommateurs, des investissements productifs ou financiers. A ce titre, le droit communautaire joue le rôle crucial de droit finalisé²⁸, au service des politiques publiques d'attractivité, à l'échelle nationale ou européenne. Nous proposons de présenter un certain nombre de définitions et de concepts nécessaires à la poursuite de la réflexion que nous entreprenons. Après avoir explicité les fondements et les propriétés du droit communautaire, nous tenterons de caractériser l'intégration juridique en tant qu'état et processus.

2. Les fondements du droit communautaire

Tout espace institutionnel doit reposer sur un droit à la fois autonome et stable (Delmas-Marty, 2006). Au regard de ces aspects théoriques, l'analyse de l'espace européen peut

²³ Voilà l'un des griefs principaux des citoyens européens à l'égard de l'UE.

²⁴ Cf. conclusions du Conseil européen d'Edimbourg (1992).

²⁵ Cf. objectifs définis par la Stratégie de Lisbonne et le Conseil européen de mars 2005.

²⁶ Notamment en matière de transposition (cf. avis du Conseil économique et social).

²⁷ Exemples de la Chine, de l'Amérique du Nord, d'associations d'intégration telles que l'ALENA, le MERCOSUR, etc.

²⁸ C'est-à-dire qu'il vise des objectifs préalablement définis et discutés, y compris en terme économique.

s'avérer porteuse d'enseignements. Le droit communautaire constitue en effet une composante juridique déterminante de l'espace institutionnel communautaire. D'un côté, il est régi par des principes fondamentaux (section 1) qui en font un élément identitaire de l'UE (section 2) ; de l'autre, il s'appuie sur des institutions originales (section 3).

Section 1 – Les principes fondateurs de l'UE

Les Etats membres de l'UE adhèrent à un certain nombre de principes dont l'application relève des organes exécutifs de l'espace institutionnel. Mais ce n'est que depuis le Traité de Maastricht (1992) que ces principes sont encadrés de façon réglementaire avec l'introduction de mesures à l'encontre de leur violation²⁹. On peut distinguer sept grands principes de l'UE. Le premier est « *le moteur le plus puissant de l'unification européenne* » : la paix (Borchardt, 1999). Ce principe, né au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, a pris une dimension politique avec la déclaration de Robert Schuman du 9 mai 1950, selon laquelle « *la mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne, et changera le destin de ces régions longtemps vouées à la fabrication des armes de guerre dont elles ont été les plus constantes victimes* ». Les bases de l'Union sont jetées ; le moteur de paix ne s'essouffle pas soixante ans après. Autre principe fondateur de l'UE, l'unité devient un leitmotiv des Etats membres quand ils font face à des problèmes économiques, sociaux et environnementaux dont les échelles les dépassent largement (exemples du chômage et de la pollution). L'argument économique consiste, entre autres, à promouvoir la centralisation de la décision et de la production publiques pour internaliser les externalités négatives³⁰. Le principe d'unité promu par les acteurs européens vise à améliorer la compétitivité économique, à asseoir les fondements sociaux de l'Etat de droit³¹, à garantir l'indépendance politique et économique dans une économie mondialisée et régionalisée, à assurer une influence suffisante au niveau international. En corollaire à ce principe d'unité s'affirme celui d'égalité, avec ses modalités dans le droit européen qui sont la lutte contre toute forme de discrimination, la proclamation d'une citoyenneté européenne et la non prééminence d'un pays membre sur les autres (cf. Borchardt, 1999).

²⁹ Cf. articles 7 et 8 du Traité UE (autre nom du Traité de Maastricht). Le Conseil de l'UE peut, en cas de constatation de violation de principe(s), décider à la majorité qualifiée de suspendre certains des droits découlant des Traités CE et UE à l'égard du ou des pays contrevenant(s).

³⁰ Voir par exemple Wilson (1999), Raspiller (2005) ou Ribstein et Kobayashi (2006).

³¹ Voir la *Théorie pure du droit* de Kelsen (1962).

Avec la création d'un grand marché commun³², devenu marché intérieur, a été proclamé de manière définitive le principe de liberté, principe décliné sous plusieurs formes. Que ce soit la liberté de circulation des marchandises, celle d'établissement et de circulation des services (d'abord non financiers puis financiers), ou encore la liberté de circulation des facteurs de production, ce principe rend possibles les décisions d'implantation des entrepreneurs, de choix d'emplois des travailleurs, d'accès des consommateurs à des produits divers et nombreux. Dans un espace d'échanges garantis par ces libertés, la concurrence offre tous ses effets bénéfiques, en termes d'efficacité d'allocation des ressources et de satisfaction des consommateurs. Le quatrième principe sur lequel s'appuie l'UE est le principe de solidarité qui garantit à l'ordre communautaire son caractère durable. Ce principe exige une répartition équitable et uniforme des gains et des coûts que génère l'unité des membres. Le principe d'unité de l'UE doit s'accommoder en outre du respect de l'identité nationale. En l'espèce, les pays membres ont vocation à se fondre dans l'Union, mais aussi à conserver leurs caractéristiques nationales et tout ce qui fonde leur propre identité. Le Traité UE évoque explicitement le besoin pour celle-ci de trouver sa force et sa justification dans la diversité de ses membres (article 6, paragraphe 3). Tous les principes évoqués jusqu'ici s'appliquent dans un environnement économique et politique en perpétuel changement. Avec les effets de la mondialisation et les espaces d'incertitude qu'elle génère, l'UE tente de proposer un cadre institutionnel qui sécurise les agents. Le principe de sécurité est devenu un aspect essentiel des valeurs qu'elle s'efforce de promouvoir par des mesures communautaires qui visent à satisfaire des besoins de stabilité, en particulier pour les opérateurs privés et publics.

Evoquons enfin, sur la question des principes de l'UE, les droits fondamentaux. Ces derniers s'affirment en réalité depuis la fin du XVIIIe siècle, avec la déclaration des droits de l'homme et des citoyens, et ont fait l'objet d'accords internationaux³³. La plupart des pays développés, notamment les pays de l'UE, l'ont introduite dans leurs constitutions. Les ordres juridiques européens reposent tous sur la sauvegarde du droit, le respect de la dignité humaine et des libertés. Jusqu'au Traité de Maastricht et en dehors de déclarations d'organes institutionnels³⁴, il n'existait pas de référence formelle à quelque forme de droit fondamental.

³² Nombre de mesures ont été prises depuis le Traité de Rome (1957) afin de donner une dimension concrète au grand marché voulu par les pères européens. On peut toutefois considérer que c'est avec la proclamation du principe de reconnaissance mutuelle, en 1979, que le grand marché prend son véritable envol.

³³ Cf. la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950).

³⁴ La Commission européenne, le Parlement et le Conseil de l'UE (voir définitions ultérieures de ces institutions) se sont solennellement engagés à respecter les droits fondamentaux dans la déclaration commune du 5 avril 1977.

Le Traité UE donne une forme juridique à la reconnaissance institutionnelle de ces droits³⁵, en s'appuyant surtout sur la Convention des droits de l'homme de 1950. Mais c'est l'action jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) qui a définitivement garanti la protection des droits fondamentaux à partir de 1969³⁶, compte tenu de la prééminence du droit communautaire sur les droits nationaux. L'action de la Cour pour la sauvegarde des droits fondamentaux s'est articulée selon la stratégie juridique suivante : d'abord, sur la base de dispositions de traités, elle a proclamé l'interdiction de toutes sortes de discriminations, en invoquant notamment le principe d'égalité³⁷ ; puis la CJCE a reconnu et appliqué des principes juridiques généraux, comme ceux de la Convention européenne des droits de l'homme ; la Cour a également élevé des libertés au rang de droits fondamentaux communautaires (exemples du droit de propriété, de l'inviolabilité du domicile, de la liberté d'opinion, de la protection de la famille, de la liberté économique). Cette stratégie s'est étendue des droits généraux (de la personnalité, de la liberté de religion) aux droits procéduraux (principe de confidentialité entre avocat et prévenu, droit d'être entendu). On ne peut évoquer la question des droits fondamentaux sans rappeler un autre principe essentiel invoqué dans les litiges communautaires, à savoir l'égalité de traitement. Selon ce principe, il convient de ne pas traiter de façons différentes des situations qui sont comparables. Mais le droit communautaire comporte aussi des principes de l'Etat de droit proches des droits fondamentaux. Par exemple, toute mesure induite par ce droit doit satisfaire au principe de proportionnalité en étant appropriée et nécessaire. Citons aussi nombre de principes généraux de droit administratif, notamment celui de transparence des actes vis-à-vis des citoyens européens³⁸. Malgré l'existence de la jurisprudence de la CJCE, il manque encore aux institutions européennes et aux citoyens européens des repères clairs leur permettant d'apprécier précisément les risques ou les cas d'infractions aux droits fondamentaux. Certes, le Traité de Nice (2001) fait apparaître pour la première fois la *Charte des droits fondamentaux*, mais on mesure tout l'intérêt d'inclure dans un nouveau traité européen une partie dédiée spécifiquement à ces droits.

³⁵ Cf. article 6, paragraphe 2.

³⁶ Cette date renvoie à la fameuse affaire *Stauder* qui marque la reconnaissance pour la première fois par la Cour d'un régime autonome des droits fondamentaux dans la CE.

³⁷ En matière d'interdiction, on peut citer toutes les formes de discriminations évoquées dans le Traité CE (articles 12 et 13), mais aussi l'égalité de traitement pour les hommes et les marchandises dans les domaines des quatre libertés (article 28), la libre concurrence (article 81) ou l'égalité des rémunérations.

³⁸ Relativement à la transparence, tout citoyen ou toute personne morale de l'UE a un droit d'accès aux documents du Conseil de l'UE et de la Commission (Borchardt, 1999).

Section 2 – Le droit communautaire comme élément identitaire de l’UE

Le Traité de Maastricht donne naissance à un ensemble organisationnel et de gouvernance appelé l’UE. Derrière ce terme est défini un « *instrument juridique* », unique au monde par sa nature, sa structure et son fonctionnement. Comme tout instrument, il est issu de la signature d’un traité international³⁹, sert à réaliser un ensemble d’actions, à produire une dynamique, économique, juridique et politique. Or, il existe plusieurs types d’instruments juridiques, lesquels conditionnent des types d’intégration structurelle⁴⁰. A cet égard, le droit communautaire fait précisément la spécificité de l’instrument juridique « UE », ne serait-ce que parce qu’il n’existe dans le monde aucun autre droit communautaire pour aucun autre instrument⁴¹. Pour mieux comprendre cette spécificité, il faut décrire l’instrument juridique européen en tant que tel, en rappelant qu’un ensemble étatique moderne est régi par deux principes organisationnels qui sont le droit et la démocratie. A supposer que l’UE, en tant qu’instrument juridique, prétend organiser un tel ensemble étatique, il est alors pertinent de s’interroger sur le contenu de la composante « droit » de celui-ci.

La structure européenne s’articule autour de trois piliers constitutifs de l’UE. Le premier regroupe l’ensemble des Communautés européennes⁴² dans une structure nommée « Union économique et monétaire » (UEM). Par ailleurs, avec la définition de ce pilier, ont été rebaptisées certaines institutions communautaires⁴³. C’est de ce pilier que ressort en particulier la dimension communautaire de l’UE et que se réfère le droit communautaire. Les institutions de la CE peuvent adopter des normes communautaires qui s’appliquent directement et de façon prééminente⁴⁴ aux Etats membres de l’Union. La CE est en effet le « théâtre » du marché intérieur. A ce titre, les questions relatives aux libertés fondamentales comme aux règles de concurrence relèvent directement de cette Communauté, de même que plusieurs politiques sont du ressort de la responsabilité communautaire (exemples des politiques monétaire, agricole, fiscale, des transports, commerciale...).

³⁹ Il s’agit d’un des (rares) points communs entre l’UE et la plupart des organisations internationales.

⁴⁰ Ceci sera explicité dans la suite du chapitre.

⁴¹ Le raisonnement est valable, aussi bien pour les ensembles régionaux plus ou moins intégrés dans le monde (ALENA, MERCOSUR, Union africaine, ASEAN...) que pour les Etats à structure fédérale avancée, dont l’organisation constitutionnelle est loin d’être comparable à l’organisation européenne (exemples de la Belgique, de l’Allemagne, de la Suisse, ou même des Etats-Unis).

⁴² Les Communautés européennes sont la CECA, la CEEA et la CE, cette dernière ayant remplacé en 1992 la Communauté économique européenne (CEE) et disposant à ce titre de prérogatives politiques et économiques.

⁴³ Les Conseil et Commission des Communautés européennes se nomment depuis 1993 Conseil de l’UE et Commission européenne. De même, depuis 1994, la Cour des comptes s’appelle Cour des comptes européenne.

⁴⁴ Ces propriétés du droit communautaire feront l’objet d’une partie ultérieure dans ce même papier.

La politique étrangère et de sécurité commune (PESC) constitue quant à elle le deuxième pilier. Elle remplace la « coopération politique européenne⁴⁵ » et inclut une stratégie d'adoption progressive d'une politique étrangère commune et d'une politique de sécurité harmonisée. La PESC s'oriente vers les objectifs que sont la « *sauvegarde des valeurs communes, des intérêts fondamentaux et de l'indépendance de l'Union, le renforcement de la sécurité de l'Union et des Etats membres, le maintien de la paix dans le monde et le renforcement de la sécurité internationale conformément aux principes de la charte des Nations unies, ainsi qu'aux principes et aux objectifs de l'acte final de Helsinki (1975) et de la charte de Paris (1990) qui ont été consacrés en 1994 par la création de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), la promotion de la coopération internationale, et enfin la promotion de la démocratie et de l'Etat de droit, la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (Borchardt, 1999). L'existence de ce pilier pose des questions institutionnelles et politiques. En effet, les domaines de politique étrangère et de sécurité sont en général sensibles du point de vue de la souveraineté des Etats. Ensuite, dans l'UE, seuls le Royaume-Uni et la France possèdent l'arme atomique. Le domaine en question se trouve également être au croisement de plusieurs organisations internationales et instruments juridiques, parfois indépendants les uns des autres. Difficile donc de trouver des positions communes sur la PESC, même si le cadre juridique instauré par le Traité d'Amsterdam (1997) assouplit les conditions d'harmonisation de ces questions.

Troisième et dernier pilier de la « structure constitutionnelle » de l'UE, la coopération policière et judiciaire a pour vocation de fournir aux citoyens européens un espace de liberté, de sécurité et de justice (articles 29 et 30 du Traité UE). Les chantiers en cours ne manquent pas : lutte antiterroriste, contre l'esclavage moderne, contre le trafic de drogue, le racisme, etc. Même si certains ont porté des fruits encourageants, les enjeux, notamment en terme procédural, sont importants (vitesse de coopération en matière de procédure de justice et de mise en œuvre des décisions, efficacité des procédures d'extraditions entre Etats membres, pour ne citer qu'eux). Notons que seul le premier pilier repose sur le cadre des procédures de

⁴⁵ Cet instrument était fondé sur la coopération entre les Etats en matière de politique étrangère et de politique de sécurité. Il consistait en des réunions régulières des ministres des affaires étrangères et de leurs administrations et fonctionnait sur le mode de l'unanimité. Remarquons que ce système, dont l'efficacité a fait défaut compte tenu du poids économique de l'UE et de son influence dans le monde, a montré des carences, en particulier au cours des crises internationales des années 1990 (guerre du Golfe, guerre de Yougoslavie, etc.).

décisions du droit communautaire. Les deux autres relèvent encore pour l'essentiel de la collaboration entre les partenaires européens⁴⁶.

Il convient d'apprécier le rôle du droit communautaire dans le fonctionnement institutionnel européen au regard des tâches et prérogatives qui sont conférées à l'UE. S'agissant des tâches d'ordre constitutionnel, deux niveaux sont à distinguer. En premier lieu, dans le cadre de la CE⁴⁷, l'objectif pour les Etats membres est de former une véritable communauté, d'abord en créant et en développant un marché commun dans lequel les conditions d'achat et de vente des marchandises et services soient homogénéisées, ensuite en favorisant un rapprochement progressif des politiques économiques nationales. L'objectif de « Marché intérieur 1992 » a été réalisé avec la signature de l'Acte unique européen (1986) à partir duquel les institutions européennes ont formulé tout un cadre législatif⁴⁸ nécessaire au développement du marché unique. Le cadre de l'UE à proprement parler permet de définir un second niveau de tâches attribuées à l'instrument juridique. Il s'agit en effet, avec le Traité de Maastricht, de compléter le fonctionnement du marché commun avec une monnaie unique⁴⁹, de formuler et mettre en œuvre un statut de citoyenneté européenne, mais aussi de faire adopter par les membres une stratégie commune pour l'emploi et, plus largement, de promouvoir la coopération entre Etats, avec la définition d'objectifs communs (cf. les 2^e et 3^e piliers). Dans toutes ces dimensions, le droit communautaire intervient de façon directe ou indirecte. Du point de vue de la citoyenneté, par exemple, les articles 17 et suivants de la CE, renforcent directement les droits et intérêts⁵⁰ des ressortissants européens. Mais la communautarisation par le droit s'applique aussi à la poursuite de l'objectif de l'emploi précédemment énoncé, en instaurant des obligations pour les Etats en termes de formation de main d'œuvre qualifiée ou de flexibilisation des marchés européens du travail. Concernant les pouvoirs concédés à l'UE, leur étendue se définit selon le principe des pouvoirs limités (que l'on retrouve d'ailleurs dans le principe de subsidiarité). En conséquence, elle diffère selon les tâches de l'UE et de la CE, ceci afin que les Etats conservent individuellement des marges de manœuvre et une capacité de contrôle sur les décisions publiques. Les pouvoirs conférés aux institutions communautaires sont autant de terrains institutionnels où s'applique le droit communautaire. On peut en distinguer trois types : d'abord les pouvoirs d'action particuliers,

⁴⁶ Voir chapitre 2 sur les stratégies d'intégration juridique.

⁴⁷ Le cadre de la CE est défini pour l'essentiel dans le Traité de Rome (1957), qu'on retrouve d'ailleurs en tant que 1^{er} pilier dans la structure de l'UE de 1992.

⁴⁸ Cf. article 14, ex article 7 A du Traité CE.

⁴⁹ L'introduction de l'euro fut effective le 1^{er} janvier 1999, conformément à l'article 121, paragraphe 4, du Traité UE.

⁵⁰ Citons la protection des individus ressortissants par les autorités publiques et consulaires dans tous les pays signataires du traité, mais aussi le droit de pétition des citoyens (voir articles 20 et 21 du Traité CE).

par rapport auxquels les compétences de l'UE peuvent être très étendues⁵¹. C'est le cas concernant la politique agricole, celle des transports ou la politique en matière de circulation des travailleurs. Les compétences peuvent s'avérer plus limitées sur d'autres domaines d'action commune tels que la concurrence, la culture et l'environnement. Les pouvoirs subsidiaires constituent le deuxième type de prérogative européenne. Les traités prévoient⁵² en effet la possibilité pour les institutions d'agir si les objectifs qu'ils définissent l'imposent, selon les capacités des Etats eux-mêmes à poursuivre lesdits objectifs. Sont concernés par ces pouvoirs les domaines de la recherche ou de la protection des consommateurs. Notons que ces pouvoirs peuvent dans la pratique devenir des pouvoirs d'action particuliers. Troisième type de pouvoir enfin, les pouvoirs implicites donnent la possibilité aux institutions communautaires « *d'arrêter les mesures nécessaires à l'exercice efficace et judicieux de pouvoirs expressément attribués* » (Borchardt, 1999)⁵³. Quel que soit le type de pouvoir de l'UE, il est soumis au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Le premier⁵⁴ incite l'UE à s'engager dans la poursuite d'un objectif uniquement si l'action communautaire s'avère nécessaire. Le corollaire de ce principe est que les institutions doivent justifier la nécessité de leurs actions. Selon le second principe, il convient d'évaluer les efficacités des instruments juridiques à disposition de l'Union pour en sélectionner le meilleur. Tous les actes communautaires doivent satisfaire aux exigences procédurales et matérielles du principe de subsidiarité, en particulier depuis le Traité d'Amsterdam (1997). Les pouvoirs de l'UE sont concentrés dans le premier pilier institutionnel. C'est à travers cette composante structurelle de l'Union que le droit communautaire existe et qu'il est mis en œuvre. En matière de politique étrangère et de sécurité ou de coopération pénale et policière, au contraire, les Etats n'ont pas renoncé à leurs prérogatives. Pour le reste, les institutions communautaires doivent s'inscrire dans la promotion et le soutien de la coopération définie dans les deuxième et troisième piliers.

⁵¹ En l'espèce, le droit communautaire indique que « *toutes dispositions utiles peuvent être arrêtées* » (article 71, paragraphe 1, Traité CE).

⁵² Cf. article 308 du Traité CE, article 203 de la CEEA, article 95, paragraphe 1 de la CECA.

⁵³ Ces compétences sont le plus souvent exercées dans le domaine des relations extérieures (cas de l'affaire *Kramer*).

⁵⁴ Le principe de subsidiarité est emprunté à la doctrine sociale du catholicisme. Il est élevé au rang constitutionnel (article 5 du Traité CE).

Section 3 – Les institutions communautaires

Sans présenter de manière exhaustive les institutions européennes, nous décrivons brièvement leurs caractéristiques et leur fonctionnement, en montrant les liens qu'elles entretiennent avec le droit communautaire.

Au cœur de l'appareil institutionnel européen, la Commission⁵⁵ est l'organe supranational par excellence. Cette institution, créée en 1958 et indépendante des Etats, comprend 36 directions générales et remplit à ce titre trois fonctions principales : initiative législative, sauvegarde des traités et gestion du budget. Mue par l'intérêt général communautaire, la Commission jouit en matière législative du droit d'initiative pour tous les domaines qui relèvent du premier pilier (CE). Ses propositions de lois sont soumises au Conseil et au Parlement. En outre, elle est la gardienne du respect et de l'application des traités (cf. article 211 du TCE). Elle est notamment en charge de veiller au bon fonctionnement et à l'intégrité du marché commun (surveillance du respect des normes, de l'application de la reconnaissance mutuelle), de mettre en œuvre les politiques agricole et régionale et les programmes de recherche et de développement technologique, en particulier avec les pays tiers. Elle peut à cet égard sanctionner tout contrevenant aux règles du droit communautaire, voire solliciter l'action de la CJCE. Autrement dit, elle prend toutes les mesures réglementaires et individuelles d'exécution et dispose également du mandat du Conseil pour exécuter le droit communautaire. Enfin, la Commission est responsable de la gestion du budget européen et pilote ainsi la politique agricole commune (PAC) et les fonds structurels. Son fonctionnement est soumis au contrôle permanent d'autres institutions (à l'exception de la Banque européenne d'investissement). Elle n'est pas un organe de décision, mais constitue le bras armé de l'action communautaire.

Regroupant 785 membres élus pour cinq ans, le Parlement européen ne cesse d'accroître son influence dans la mécanique institutionnelle européenne⁵⁶. En charge d'adopter les lois⁵⁷ et d'exercer un contrôle sur le pouvoir exécutif⁵⁸, il est la représentation de

⁵⁵ L'institution compte 27 commissaires depuis le 1^{er} janvier 2007, c'est-à-dire un par Etat membre. A partir de fin 2009, elle devrait compter un effectif réduit sur la base du « *principe de rotation égale* » prévu par le protocole sur l'élargissement annexé au Traité de Nice (2001).

⁵⁶ Les compétences du Parlement européen se sont élargies successivement avec l'Acte unique (1986), le Traité de Maastricht (1992) et le Traité d'Amsterdam (1997). Ce mouvement sera confirmé en cas de ratification du Traité de Lisbonne de 2007.

⁵⁷ Selon l'article 189 du TCE, le Parlement « *participe au processus conduisant à l'adoption des actes communautaires, en exerçant ses attributions dans le cadre des procédures définies aux articles 251 et 252, ainsi qu'en rendant des avis conformes ou en donnant des avis consultatifs* ».

⁵⁸ Cf. article 201 du TCE.

la défense des intérêts des citoyens⁵⁹ et travaille en collaboration avec les parlements nationaux. Son pouvoir revêt trois aspects qui sont le volet législatif, le contrôle du budget et celui de l'exécutif. Concernant le premier, contrairement à l'esprit de 1957⁶⁰, le Parlement peut amender les propositions de la Commission, voire adopter des textes législatifs dans nombre de domaines. Il partage de fait le pouvoir de décision avec le Conseil. En sus, le budget de l'UE est arrêté chaque année par le Parlement. Hormis les questions agricoles et de coûts des accords internationaux, cette institution peut proposer et amender les choix suggérés par la Commission et décide en fin de processus parlementaire (éducation, environnement, fonds régionaux). Elle exerce enfin un contrôle permanent des organes exécutifs⁶¹ afin de garantir au mieux les exigences démocratiques (pouvoir de motion contre la Commission⁶², accord sur la composition de cette dernière, ...).

Le Conseil de l'UE est une institution de forme à la fois supranationale et intergouvernementale et constitue le « Conseil des ministres »⁶³ de l'Union, présidé par un autre pays tous les six mois. Composé de représentants des gouvernements nationaux, le plus souvent les ministres en charge des questions à traiter, cet organe remplit au moins quatre fonctions. Il légifère pour l'Union, fixe les objectifs politiques, est en charge de la coordination des politiques nationales et règle enfin les différends entre Etats membres ou ceux incluant des institutions. Les débats qui l'animent sont tranchés à la majorité qualifiée ou à l'unanimité. Il convient d'identifier autant de Conseils que de thématiques politiques à traiter (Conseil « affaires générales », Conseil « économie et finance », ...). Les dossiers traités par ces Conseils sont coordonnés par le secrétariat général du Conseil. Eu égard au droit communautaire, le Conseil dispose du pouvoir normatif⁶⁴ et adopte en dernier ressort les règlements et les directives qui forment le droit dérivé.

Réuni tous les six mois, le Conseil européen (ou Sommet européen) regroupe depuis 1974 tous les chefs d'Etats et de gouvernements, les ministres des Affaires étrangères, le cas échéant, ceux de l'Economie et des finances, ainsi que le président de la Commission

⁵⁹ Le droit de pétition est exerçable devant le Parlement ; l'assemblée des députés européens a nommé un médiateur devant lequel les citoyens peuvent intenter des actions.

⁶⁰ Dans le Traité de Rome (1957), le Parlement ne jouait qu'un rôle consultatif : c'est le Conseil qui adoptait des lois proposées par la Commission.

⁶¹ La Commission et le Conseil européen partagent les prérogatives de l'exécutif et, à ce titre, se présentent régulièrement devant le Parlement pour expliquer les choix politiques. Ce dernier exerce un pouvoir de questionnement et rend public les comptes-rendus de ces séances d'échange et de contrôle.

⁶² Cf. article 201 du TCE.

⁶³ Ainsi était la dénomination de cette institution jusqu'au Conseil de Nice.

⁶⁴ Cf. article 202 du TCE.

européenne⁶⁵ et le président du Parlement⁶⁶. Présidé par le chef d'Etat ou de gouvernement dont le pays exerce la présidence du Conseil des ministres, cet organe exécutif par excellence est une institution⁶⁷ qui « donne à l'UE les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales » (article 4 du Traité de Maastricht) et traite les différends que le Conseil des ministres n'a pu régler. Le Traité de Lisbonne (2007), sous réserve de ratification, prévoit que « le Conseil européen élit son président à la majorité qualifiée pour une durée de deux ans et demi, renouvelable une fois ».

Le triangle institutionnel européen⁶⁸ est complété par un ensemble d'organismes consultatifs qui remplissent un rôle de conseil auprès des principales institutions en leur formulant des avis. Le Comité économique et social (CES) représente la société civile dans toute sa diversité, tandis que le Comité des régions (CdR) est composé de collectivités régionales et territoriales de différents niveaux fédéraux. Institution décisive dans un ordre constitutionnel et dans tout Etat de droit, la CJCE garantit le respect du droit communautaire, à la fois dans l'interprétation et l'application des traités européens, mais aussi dans la mise en œuvre des dispositions fixées par les institutions européennes compétentes. Evoquons enfin l'action de la Cour des comptes, en charge de valider l'enregistrement des comptes publics européens, celle de la Banque Centrale Européenne (BCE), responsable de la conduite de la politique monétaire dans la zone euro, ainsi que l'action d'institutions financières telles que la Banque européenne d'investissement (BEI), organe de soutien financier à des projets de développement économique, notamment dans les pays de l'Union les plus en retard en termes de développement.

Ces institutions sont caractéristiques de l'ordre institutionnel européen car elles participent pour certaines à la création et sont garantes pour d'autres de l'application du droit communautaire, vecteur du premier pilier de l'UE. En cela, l'architecture globale de ces institutions, interconnectées voire intégrées, conditionne les évolutions du droit communautaire et le changement institutionnel au sein de l'espace européen. Le droit communautaire n'est donc pas un droit comme les autres dans la mesure où il fait la

⁶⁵ Le cas échéant accompagné d'un ou deux commissaires.

⁶⁶ Celui-ci présente une communication au début de chaque Conseil, mais n'assiste pas à la suite des travaux (cf. Conseil d'Etat, *Rapport public 2007*, pp. 237 et 238).

⁶⁷ En réalité, le Conseil européen ne fait pas à proprement parler partie des institutions au sens de l'article 7 du TCE. Toutefois, l'Acte unique l'a consacré en 1986. Le Traité de Lisbonne de 2007 consacre quant à lui le Conseil au rang de véritable institution communautaire.

⁶⁸ Catherine Dumont rappelle dans l'avis du Conseil économique et social de juillet 2007 que « depuis le Traité de Rome de 1957, la construction européenne est fondée sur un triangle dont le Conseil de l'Union, la Commission européenne et le Parlement européen constituent les trois sommets ».

spécificité du processus d'intégration juridique européenne. Mais au-delà de ses fondements, il convient de s'intéresser aux propriétés atypiques de ce droit, au regard d'abord des droits nationaux, mais aussi relativement au droit international. Ce sont en effet ces spécificités qui conditionnent l'efficacité de l'ordre juridique européen.

3. Les propriétés du droit communautaire

La mise en place d'un ordre communautaire au niveau européen repose sur l'existence d'un ensemble d'instruments juridiques que constitue le droit communautaire. Si celui-ci semble traduire nombre de principes ayant trait aux valeurs et à la culture européenne, il est peut-être surtout un outil original d'intégration juridique et, en cela, un droit utile. A ce titre, il est fondé sur des sources particulières (section 1) et dispose de propriétés tout aussi caractéristiques (section 2). Le droit communautaire, plus qu'un droit utile, conditionne l'efficacité de l'ordre communautaire (section 3), participant au développement d'un espace institutionnel attractif.

Section 1 – Les sources du droit communautaire

Au sens premier, l'expression « source juridique » renvoie aux motifs d'apparition du droit. Or, si pour l'histoire juridique d'un Etat, ces derniers sont d'ordres symbolique, culturel et historique, et sont donc complexes, les choses paraissent plus claires dans le cadre européen, le droit communautaire se justifiant par la volonté politique des pères de l'Europe de construire la paix par la création de liens économiques étroits entre les pays du continent. Le second sens relève de l'origine même de ce droit et de sa consécration (Borchardt, 1999). Le droit communautaire s'appuie sur des sources d'ordres différents. Nous distinguerons les sources « primaire » et « dérivée » d'un côté, les autres sources de l'autre.

La première « racine » juridique du droit de la CE regroupe l'ensemble des actes fondateurs des Communauté et Union européennes. Y sont donc inclus les traités qui ont institué les communautés⁶⁹, ainsi que leurs modifications et compléments institutionnels, de

⁶⁹ En l'espèce, les traités instituant la Communauté économique européenne de et la Communauté européenne de l'énergie atomique (1957). La CECA datait quant à elle de 1951.

même que leurs annexes et protocoles respectifs. Tous ces actes forment des règles fondamentales relatives aux objectifs politiques, à l'organisation et au fonctionnement de la CE et contiennent une multitude d'aspects de droit économique. Elles sont donc le cadre institutionnel de base, garanti et mis en œuvre par les institutions européennes. On nomme ce cadre le droit communautaire originaire ou primaire. On trouve en complément de ce droit le droit communautaire dérivé. Sa particularité est d'être créé par les institutions sur la base du cadre fixé par le droit originaire. Il repose à la fois sur des actes juridiques apparaissant dans les Traités CE, CEEA et CECA, comprenant des dispositions juridiques générales et abstraites et des mesures concrètes et individuelles⁷⁰, et sur d'autres actes juridiques qui régissent le plus souvent le fonctionnement de la CE et de ses institutions⁷¹. Les actes de droit dérivé diffèrent les uns des autres selon leurs procédures d'adoption, leur force juridique ou les destinataires auxquels ils s'adressent. Il constitue un droit particulièrement dynamique, en perpétuelle évolution sous l'effet des institutions en quête d'amélioration du cadre institutionnel européen.

Il existe d'autres sources juridiques qui s'ajoutent et complètent les droits originaire et dérivé. Citons d'abord l'ensemble des accords internationaux liant la CE à des pays non membres, soit dans le cadre de traités de coopération, ou plus simplement eu égard aux échanges de certains produits. Les accords internationaux sont susceptibles de n'impliquer que quelques pays européens. Ils peuvent relever de l'association commerciale, économique ou financière, mais aussi de la coopération (exemple des partenariats privilégiés, notamment avec les pays du Maghreb) ou de liens commerciaux étroits (exemple de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)). Tous ces traités et accords entre la CE et des pays tiers ou entre pays de l'Union forment un complexe de règles qui influencent et transforment les normes communautaires. Citons ensuite les sources dites « non écrites ». A l'instar de n'importe quel autre ordre juridique, l'ordre communautaire ne peut se limiter aux seules normes écrites. C'est pourquoi le droit communautaire s'appuie sur les principes généraux du droit qui traduisent et symbolisent les conceptions sociétales essentielles du droit et de la justice. Les sources écrites du droit communautaire le placent en permanence sur le terrain économique et social, tandis que les principes généraux ouvrent la voie vers d'autres domaines juridiques complémentaires, comme celui des droits de l'homme. Lesdites sources permettent de combler les lacunes du droit en favorisant l'action interprétative des juges de la

⁷⁰ On peut citer à titre d'exemples les règlements, les directives ou les avis. Ces instruments et actes juridiques feront l'objet d'une étude particulière dans le chapitre suivant.

⁷¹ Evoquons ici la mise en place de programmes d'action communautaires.

CJCE. C'est la jurisprudence qui applique ces principes, en assurant « *le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité* ».

L'esprit des principes généraux communautaires découle des principes nationaux : on retrouve ainsi le principe d'autonomie, de respect des droits fondamentaux ou le principe de proportionnalité⁷². Reste enfin le droit coutumier comme source non écrite, qui renvoie aux pratiques qui, avec le temps, ont été appliquées et acceptées par l'ensemble des agents. Elles participent donc aussi à la transformation du droit communautaire. Néanmoins, la mise en place communautaire d'un droit coutumier ne va pas de soi. En effet, les chances d'occurrence concomitante de pratiques au niveau communautaire sont plus faibles qu'au niveau national. Par ailleurs, il existe des obstacles normatifs au développement de ce type de droit. L'article 48 du Traité de Maastricht constitue une barrière à l'usage long d'une pratique et à son acceptation. Enfin, il existe un paradoxe dans la possibilité des institutions de produire de nouvelles pratiques qui pourraient être ensuite validées comme droit coutumier, Et pour cause, le comportement de ces institutions est strictement encadré par le droit originaire, ce qui laisse peu de marges de manœuvre pour expérimenter et institutionnaliser d'éventuelles nouvelles normes qui seraient susceptibles de sortir du cadre « originaire ».

Section 2 – Les propriétés spécifiques du droit communautaire

Les propriétés du droit communautaire participent de sa spécificité au regard des droits nationaux ou d'autres droits fédéraux⁷³. Elles sont au nombre de deux. La première est l'applicabilité immédiate du droit de la CE, laquelle confère à l'ensemble des acteurs de l'espace communautaire des droits et des obligations. C'est la CJCE qui a institutionnalisé cette propriété par son action jurisprudentielle⁷⁴.

⁷² Pour être plus complet, citons aussi la protection de la confiance légitime, le droit d'être entendu, voire le principe de la responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire (cf. Borchardt, 1999).

⁷³ On pense notamment au droit nord-américain.

⁷⁴ Avec l'arrêt Van Gend&Loos (5 février 1963), la Cour a déclaré que « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique (...) dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants ; que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ; que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose de manière définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires* ».

Le principe d'applicabilité immédiate du droit communautaire ne définit pas les dispositions précisément applicables. Du point de vue du droit originaire, la CJCE a estimé que l'ensemble des normes qui encadrent la CE « *pouvaient être directement applicables aux ressortissants des Etats membres lorsqu'elles sont formulées sans réserve, complètes en elles-mêmes et juridiquement parfaites, en d'autres termes, qu'elles ne nécessitent pas, pour leur exécution ou leur efficacité, d'autres actes des Etats membres ou des institutions communautaires* » (Borchardt, 1999). Sur cette base, la Cour a consacré la seconde propriété du droit communautaire, à savoir l'applicabilité directe (ou effet direct), selon laquelle les particuliers disposent dans leur patrimoine juridique des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder. Il existe à cet égard une jurisprudence étoffée qui consacre l'applicabilité directe des articles 39, 43 et 49 du Traité de Rome⁷⁵. La question de l'effet direct est plus subtile du point de vue du droit dérivé. L'applicabilité directe étant de mise pour les règlements et les décisions à l'adresse des personnes (article 249 du Traité CE), la question de son principe ne se pose en effet que pour les directives et les décisions à l'encontre des Etats de l'UE (nous reviendrons par la suite sur cet aspect). En résumé, le droit communautaire, du fait de ses propriétés juridiques, favorise l'amélioration de la situation des individus dans l'espace institutionnel et donne des fondations solides à l'ordre juridique communautaire. Conditionne-t-il pour autant un ordre juridique efficace, et si oui, à travers quels canaux ?

Section 3 – La question de l'efficacité de l'ordre juridique communautaire

Le concept d'efficacité d'un ordre juridique n'est pas défini à proprement parler dans la littérature. L'intuition nous pousserait à dire qu'un espace institutionnel capable d'attirer des acteurs publics et privés et de favoriser la création de richesses serait « efficace ». Cependant, nous proposons d'appréhender cette question à travers quatre types de raisonnements.

Le premier consiste à rappeler qu'une des conséquences des propriétés intrinsèques du droit de la CE est qu'il devient « prééminent ». Que faire en effet en cas de conflit entre droit communautaire et droits nationaux ? La réponse vient de la CJCE qui rend efficace le droit de la CE en accordant à ses normes le pouvoir de primauté sur les règles nationales. Le raisonnement de la Cour est en effet le suivant : d'abord, l'applicabilité immédiate et l'effet

⁷⁵ Ces articles portent sur la libre circulation, la liberté d'établissement et la libre prestation de services (voir les arrêts rendus par la CJCE dans les affaires Van Gend&Loos (1963), Van Duyn (1973) et Reyners (1974)).

direct n'auraient aucune force juridique s'il suffisait aux Etats d'adopter des règles nationales pour se soustraire à la législation communautaire ; ensuite, la primauté des droits nationaux serait contraire au principe de partage des compétences (subsidiarité) affirmé dans les traités ; enfin, refuser d'appliquer des normes communautaires équivaldrait à refuser quelque processus d'intégration juridique, notamment d'uniformisation du droit⁷⁶. Reste que le pouvoir de primauté, couplé à l'applicabilité directe, fonde l'existence même de l'ordre communautaire. Selon Borchardt (1999), « *la conséquence juridique de cette règle de prééminence est que, en cas de conflit de lois, la disposition nationale contraire à la disposition communautaire cesse d'être applicable et qu'aucune autre disposition nationale ne peut être introduite si elle n'est pas conforme à la législation communautaire* ». C'est en cela que le droit communautaire est efficace, parce qu'il rend par essence impossible tout conflit entre lui et un droit national. De fait, et d'un point de vue économique, il supprime tous les coûts juridiques qu'un espace institutionnel pourrait supporter en raison des heurs et frictions entre des législations dont les règles seraient en contradiction les unes par rapport aux autres.

Le deuxième type de raisonnement repose sur le problème posé pour tout système normatif de garantir le caractère effectif des règles édictées. A cet égard, la prééminence du droit communautaire rend-il effectives les normes communautaires ? Une réponse plutôt favorable renvoie d'un côté, à l'existence d'un appareil institutionnel européen particulièrement développé et à l'œuvre (voir description ci-dessus), et de l'autre, à l'usage possible d'outils juridiques divers, créés dans l'optique de l'effectivité des normes. Il existe en effet au moins cinq formes d'actions et recours contentieux conçus en vue d'assurer l'application pleine du droit communautaire. Le renvoi préjudiciel est une option s'offrant au juge national pour qui un point de droit communautaire se poserait lors d'un procès. Ce renvoi s'inscrit dans les deux champs d'application juridique qui sont l'interprétation unifiée des règles de droit et la validé potentielle de ces actes communautaires⁷⁷. Quant au recours en annulation du droit communautaire⁷⁸, il permet au requérant de demander l'annulation de tout acte décisoire d'une institution européenne (excepté le Conseil européen) et vise le contrôle de légalité du droit dérivé. Troisième outil remarquable, le recours en carence donne à la juridiction supranationale la possibilité de contrôler le caractère légal de l'inaction des

⁷⁶ En l'espèce, il est vrai que le débat n'est pas définitivement tranché. Doit-on aller au niveau européen dans le sens de l'unification juridique ? Rien n'est moins sûr et nombre de travaux semblent privilégier le maintien de la diversité des droits (Legrand, 1996 ; Ogus, 1999 ; Frey, 1999).

⁷⁷ Cf. article 234 du Traité de Maastricht.

⁷⁸ Idem avec l'article 230.

composantes de l'appareil institutionnel communautaire. Il est efficace si la compétence institutionnelle est reconnue *ex ante*. Le recours en manquement vaut contre un Etat membre si celui-ci manque à ses obligations issues des traités ou du droit dérivé⁷⁹. L'action en responsabilité constitue un dernier outil juridique permettant la reconnaissance de la violation par la Communauté (ou l'Union) de ses obligations contractuelles⁸⁰. L'ensemble de ces recours et procédures juridiques s'apparente à des sanctions possibles en vue de l'application réelle du droit communautaire. Du point de vue juridique, il s'agit de la composante « sanction » de toute norme de droit, impérativement nécessaire au caractère effectif de la règle juridique⁸¹. Mais d'un point de vue économique, cet ensemble relève d'un système incitatif qui, selon la rationalité des agents, pousse ces derniers à agir dans tel ou tel sens. A ce titre, il est donc théoriquement possible de mesurer une efficacité de ces incitations, en termes notamment de niveau optimal des sanctions associées aux comportements illicites, et de conclure en une efficacité du droit communautaire.

Un troisième argument renvoie aux enseignements de l'économie des institutions et de ses prolongements⁸². Selon la CJCE, la qualité première du droit communautaire est de former un ordre juridique original et indépendant des ordres législatifs nationaux, précisément parce qu'il est le fruit d'une source autonome (cf. arrêt *Costa contre ENEL*, 1964). Ainsi, le droit communautaire est efficace parce qu'il est un droit autonome, dont la substance ne peut être vidée par les droits nationaux, mais surtout qui peut être appliqué de manière uniforme à tous les membres de la Communauté. L'autonomie de ce droit s'affirme à la fois par des notions juridiques typiques du droit communautaire, qui sont elles-mêmes autonomes des concepts juridiques nationaux, mais aussi grâce à l'action des institutions européennes. Pour Delmas-Marty (2006), le droit communautaire est la manifestation concrète, voire la conséquence, à l'échelle européenne, du phénomène de régionalisation du droit. L'instauration progressive d'un droit matériel (c'est-à-dire d'un ensemble de règles) est synonyme de l'apparition d'institutions autonomes traduisant des comportements réguliers qui se stabilisent⁸³. L'apparition d'organes judiciaires (judiciarisation du processus juridique), capables de mettre en œuvre les sanctions juridiques élaborées dans le droit matériel, complète l'appareil institutionnel et lui donne une autonomie propre, c'est-à-dire plus d'efficacité. L'évolution

⁷⁹ Cf. articles 26, 27 et 28 du TCE.

⁸⁰ L'action en responsabilité est appréhendée dans le droit européen, soit selon le point de vue responsabilité contractuelle, soit à travers l'optique responsabilité extracontractuelle, en fonction des juridictions compétentes (nationales ou communautaire).

⁸¹ Le bon fonctionnement d'une règle dépend de l'existence effective de ses trois caractéristiques qui sont son contenu, son régime et la sanction qui s'y rattache. Nous discuterons de ces caractéristiques dans le chapitre 4.

⁸² Cf. travaux des néo institutionnalistes (Williamson, 2000).

⁸³ Voir la théorie évolutionniste des institutions de Hayek (1973).

juridique d'un territoire conduit à terme à créer des institutions à caractère législatif qui sont alors des acteurs efficaces du changement institutionnel. L'autonomie des institutions et du droit communautaire apparaît donc comme un élément déterminant de leur efficacité.

L'efficacité du droit communautaire peut enfin s'évaluer, de notre point, de vue au regard de sa capacité à générer de l'innovation juridique et à se montrer toujours adaptable à un environnement mondial en changement perpétuel. Nous faisons appel à deux types d'arguments. D'abord, le processus même de création du droit communautaire est susceptible de favoriser bon nombre d'interactions de nature concurrentielle, notamment au sein des institutions communautaires, lesquelles interactions sont propices au mouvement d'innovation juridique⁸⁴. Ensuite, le droit communautaire repose sur l'existence d'instruments et d'actes juridiques qui créent les conditions de l'innovation institutionnelle. Ainsi, la mise en œuvre de certaines directives par les juridictions nationales pousse ces dernières à tenter d'exploiter des marges de manœuvre réglementaires, par exemple dans les délais de transposition ou par rapport à l'incomplétude des règles fixées au niveau supranational. Pieretti et *al.* (2007) montrent la pertinence de cet argument dans le cas du développement des secteurs bancaire et financier pour le Luxembourg et la capacité de ce pays, à la fois de s'adapter au cadre imposé par le droit communautaire⁸⁵ et à proposer de nouveaux cadres réglementaires répondant aux exigences de ce dernier⁸⁶ et aux besoins des acteurs économiques locaux et internationaux (nous reviendrons sur ces éléments ultérieurement).

Cette première partie permet de considérer l'intégration juridique comme un concept dont les dimensions sont multiples. Appréhender ce concept sur la base des caractéristiques du droit communautaire semble riche d'enseignements. En effet, le droit de la CE renvoie aussi bien aux règles de droit privé qu'aux normes supranationales, deux aspects essentiels des phénomènes d'intégration juridique. Mais il permet aussi de donner des éléments de compréhension de l'intégration du droit du point de vue structurel, sans exclure d'expliquer les dimensions de l'intégration spontanée relatives à l'appareil institutionnel européen. Le droit communautaire apparaît surtout comme représentant un processus original d'intégration, tant il dénote une stratégie européenne de construction institutionnelle élaborée, fondée sur l'utilisation d'instruments juridiques divers et une dynamique complexe.

⁸⁴ Nous développerons cette idée par la suite.

⁸⁵ Selon Pieretti et *al.* (2007), la directive européenne qui régit les fonds d'investissement et leur distribution, nommée UCITS 1, est « *la première directive réglementant au niveau européen un produit financier et lui conférant un passeport européen. Le législateur (luxembourgeois) a rapidement transposé la directive UCITS 1 en droit national dès 1988 (loi du 30 mars 1988)* ».

⁸⁶ Citons toujours l'exemple luxembourgeois où l'ingénierie financière locale a permis de développer des nouveaux produits financiers, fondés pour certains sur la titrisation des actifs (cf. loi du 22 mars 2004).

4. Définition et caractérisation de l'intégration juridique

Autant la notion d'intégration économique peut paraître familière aux économistes⁸⁷, autant celle d'intégration juridique ne l'est pas forcément. Les juristes proposent néanmoins des éléments de compréhension sur lesquels nous nous appuyons (section 1). Certains fondent en effet leur réflexion sur des concepts ayant du sens du point de vue économique, en montrant que l'intégration juridique diffère de nature, selon que ses déterminants sont exogènes ou endogènes (section 2). Nous complétons leur analyse en proposant une lecture croisée des notions d'intégrations juridique et économique (section 3).

Section 1 – Premières approches conceptuelles et premiers outils pour comprendre la notion d'intégration juridique

S'entendre sur le concept d'intégration juridique est un enjeu capital (Popovici, 2002). Il est difficile d'emblée de définir ce qu'est l'intégration juridique. Il s'agit pour Cappelletti et *al.* (1986) d'une expression vague qui prétend englober tout un éventail d'activités juridiques⁸⁸ et qui est plurielle autant par ses expressions, ses instruments de mise en œuvre, ses profondeurs et les domaines juridiques qu'elle concerne. De plus, elle a une double nature puisqu'elle renvoie en même temps à un processus (une dynamique de rapprochement de législations) et au résultat de ce dernier (par exemple, l'application effective d'une directive européenne en matière de durée légale du travail). Elle est plurielle enfin car ses sources d'inspiration ne sont probablement pas qu'économiques, mais supposent « *l'identification et la promotion de valeurs universelles qui traversent les cultures juridiques ou politiques* » (Loungnarath, 2001). Parler d'intégration juridique, c'est aussi évoquer ce qu'elle n'est pas : ni une dynamique de pure homogénéisation des normes juridiques, ni une fin en soi⁸⁹, encore moins un principe évaluateur des ensembles et des systèmes de droits. Si tel était le cas, l'intégration conduirait irréductiblement à l'uniformisation juridique, au risque de ressembler à de l'assimilation juridique des pays les uns par rapport aux autres, en fonction de leurs poids

⁸⁷ Cf. les nombreux débats relatifs aux questions de mondialisation (Mucchielli, 1998 ; Mundell, 1957 ; Navaretti et Venables, 2004) ou d'intégration européenne (Bénassy-Quéré et *al.*, 2002 ; Aghion et *al.*, 2006).

⁸⁸ Ces activités (ou stratégies d'intégration plus exactement) seront l'objet d'une analyse approfondie dans le chapitre 2.

⁸⁹ Francis Fukoyama (1992) évoque la thèse provocatrice d'une loi triomphante de l'intégration juridique qui conduirait à la fin de l'histoire.

politiques et économiques respectifs⁹⁰. Formuler un concept satisfaisant de l'intégration juridique exige par conséquent de ne pas opposer cette notion à celle de diversité juridique. De ce point de vue, Cappelletti et *al.* (1986) adoptent une conception plutôt convaincante : l'intégration (juridique) est un procédé qui vise à construire un équilibre entre deux aspirations sociétales fondamentales qui sont d'un côté, le respect de la liberté individuelle, et donc de la diversité, et de l'autre, le besoin d'unité, typique de toute communauté⁹¹, qui appelle par conséquent à plus d'homogénéisation.

Dans cette perspective, l'entreprise d'intégration juridique, dans un espace économique et politique donné, consiste en « *un mouvement de mise en ordre (...) qui n'aboutit que rarement à créer un ordre juridique, c'est-à-dire un dispositif suffisamment autonome et stable pour être qualifié de tel* » (Delmas-Marty, 2006). Le processus débouche donc parfois sur un point d'équilibre. Or cet optimum⁹² dépend de maintes conditions, d'un environnement global, politique, culturel, géographique, qui diffère évidemment selon les espaces institutionnels. Pour Leslie (1997), « *l'idée qu'il y ait un processus unique d'intégration s'estompe nécessairement* ». L'intégration juridique, comme processus et résultat, est tributaire de choix collectifs qui s'inscrivent eux-mêmes dans un contexte, en écho à une pluralité de valeurs, d'intérêts et de calculs. Il y a des arguments en faveur des deux aspirations sociétales précitées. Concernant la première, la convergence et l'unification juridique vont dans le sens d'une simplification des opérations transnationales, d'une amélioration de l'efficacité, de la consolidation d'un marché plus vaste muni d'effets de concurrence plus prononcés, de l'atténuation des « *frictions systémiques* » (Lipsey et *al.*, 1994). L'harmonisation juridique réduit par ailleurs les risques de nivellement par le bas⁹³ des cadres normatifs et institutionnels et promeut des règles et des principes universellement reconnus. En revanche, l'autonomie des unités juridictionnelles en matière de production de normes se justifie par sa valeur démocratique, notamment en tant qu'elle traduit un droit collectif des minorités (Cappelletti et *al.*, 1986) et l'autorité liée à la souveraineté nationale. En outre, la diversité juridique est un prolongement de la diversité culturelle et de l'identité des droits⁹⁴. Favoriser cette diversité, c'est promouvoir la concurrence des systèmes normatifs et bénéficier de ses effets en termes de dynamisme et d'innovation dans l'élaboration, l'actualisation ou l'application des normes (Hayek, 1978 ; Daniels, 1991 ; Roy, 1991). On

⁹⁰ Cappelletti et *al.* (1986).

⁹¹ Voir par exemple Raynaud et Brousseau (2006).

⁹² La référence à ce concept mathématique, tant prisé par les économistes, nous semble pertinente.

⁹³ On parle aussi de « course à la baisse » ou, en Anglais, de « race to the bottom ».

⁹⁴ Cet argument est valable si l'on adopte l'idée que le droit puisse être perçu « *comme un trait de l'identité ou du cheminement historique du groupe social associé à l'unité* » (Loungrath, 2001). Voir aussi Legrand (1996).

retrouve tout le débat mené par les économistes sur le degré optimal de centralisation/décentralisation⁹⁵.

L'analyse économique s'intéresse à la question de l'intégration juridique. Cette dernière serait en effet une conséquence des phénomènes d'intégration économique⁹⁶. Les théories de l'intégration économique expliquent la convergence des droits locaux sur la base de trois hypothèses. D'abord, l'hétérogénéité des dispositifs normatifs constitue un frein aux mobilités internationale, transnationale et intrajuridictionnelle des biens et services. Faire converger les droits locaux revient à diminuer les obstacles non tarifaires, à stimuler les échanges et leur volume et à accroître le niveau de concurrence. Ensuite, l'asymétrie des régions en terme juridique introduit des distorsions dans la répartition, l'organisation et l'emploi des facteurs de production. L'intégration juridique permet de ce point de vue, et dans une certaine mesure, de gagner en efficacité productive. Enfin, l'harmonisation des systèmes juridiques irait à l'encontre de la dynamique de « race to the bottom » en matière réglementaire, dynamique inhérente à la pression des bases fiscales mobiles⁹⁷. Cette dynamique de « moins disant institutionnel » pousserait en effet les Etats au dumping réglementaire en vue de gagner ou de maintenir leur attractivité vis-à-vis d'opérateurs et d'agents en quête du meilleur environnement fiscal et institutionnel possible⁹⁸.

Néanmoins, expliquer l'intégration juridique d'abord et surtout par des arguments relatifs à la seule intégration économique ne paraît ni raisonnable, ni pleinement satisfaisant. L'intégration des cadres normatifs peut en effet aussi se réaliser à travers l'identification et la promotion de valeurs communes ou de valeurs universelles, voire des choix de nature politique⁹⁹. Ce dernier élément suggère qu'il y a dans l'intégration juridique des déterminants qui sont de nature spontanée ou discrétionnaire.

⁹⁵ Voir Tiebout (1956), Oates, (1972) ou Benett (1990).

⁹⁶ Les processus d'intégration économique sont multiples, au moins dans leurs modalités : on peut citer l'intégration régionale dans le cadre de l'Association de Libre-Echange Nord Américain (ALENA), les phénomènes de mondialisation relevant des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), l'intégration poussée de l'UE ou l'intégration de nature intrarégionale comme on peut la retrouver dans les cas de fédéralismes canadien ou états-unien.

⁹⁷ On retrouve cette conclusion dans la plupart des travaux fondateurs sur la concurrence fiscale (Zodrow et Mieszkowski, 1986 ; Mintz et Tulkens, 1986 ; Wilson, 1991, 1999).

⁹⁸ Selon Loungnarath (2001), « *selon ce scénario, les pressions concurrentielles résultant de la menace des importations de produits moins coûteux ou dont la fabrication est soumise à de la réglementation plus laxiste, ou répondant à la migration effective ou anticipée des facteurs de production vers des endroits où des cadres normatifs moins sévères font miroiter aux opérateurs davantage de profits, entraînent un abandon ou un affaiblissement de la réglementation dans les territoires où elle est la plus exigeante* ».

⁹⁹ Pour exemple, il s'est formé tout un corpus juridique autour de la défense des droits de la personne. A cet égard, les effets de conventions multilatérales, d'instruments régionaux ou le recours au droit comparé traduisent

Section 2 – Les déterminants exogènes et endogènes de l'intégration juridique

Chaque espace économique ou géographique dispose d'une infrastructure juridique¹⁰⁰. Cette dernière évolue ou s'auto entretient sous l'effet d'éléments qui définissent ainsi le degré d'intégration juridique de l'espace en question. Il convient à cet égard de distinguer une dimension structurelle de l'intégration des cadres normatifs, celle-ci relevant de déterminants endogènes et étant externe à la logique et au fonctionnement de cette infrastructure, et une dimension spontanée liée à des déterminants exogènes, lesquels sont donc indépendants de ladite infrastructure.

Commençons par l'aspect spontané de l'intégration juridique. Sans doute convient-il d'évoquer les phénomènes de mondialisation et d'intégration économique générés par la baisse des coûts de transaction¹⁰¹ et d'autres facteurs institutionnels¹⁰². Tous ces éléments favorisent depuis les années 1950 les dynamiques économiques et institutionnelles. Les unes relèvent de choix politiques¹⁰³ ou stratégiques¹⁰⁴, alors que les autres découlent de pressions des marchés et des opérateurs économiques. La mondialisation des échanges et la formation de blocs régionaux rendent les bases fiscales plus mobiles, stimulent la circulation des biens, des services, des personnes, des idées et des normes juridiques (Kerber et Budzinski, 2004). Le droit acquiert donc un caractère transnational (Gautier, 2007), tandis que les juridictions nationales perdent la maîtrise de leur production publique, notamment juridique¹⁰⁵. L'intégration juridique spontanée est donc par nature décentralisée. En outre, l'intégration juridique spontanée peut s'avérer prononcée et qualitative, selon les unités juridictionnelles qu'elle implique, leurs proximités économiques et géographiques ou juridiques et

une manifestation puissante d'intégration juridique, non économique (voir la *Charte canadienne des droits et libertés*, 1982 ; voir aussi Delmas-Marty et *al.*, 2003).

¹⁰⁰ Le matériel juridique et institutionnel peut être plus ou moins mûr et évolué, le plus souvent en fonction du degré de développement de l'espace (économique) souverain considéré. Ainsi, on conçoit aisément que l'infrastructure juridique de nombre de pays pauvres africains paraisse embryonnaire au regard de celle des pays les plus développés.

¹⁰¹ La littérature parle notamment des coûts de transaction internationaux qui relèvent des transports, de l'assurance de l'échange international, de la communication et de l'information (Levasseur, 2002).

¹⁰² Accords du GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) de 1947, Traité de Rome (1957), développement du droit international privé, création de l'OMC (1995), directives européennes, etc.

¹⁰³ L'UE est l'aboutissement (si ce terme convient) d'un projet né en 1950 avec le fameux discours de Robert Schuman sur la nécessité de créer des solidarités économiques entre les anciens ennemis de la Seconde Guerre Mondiale. Ce discours scellera le début de l'aventure européenne avec, l'année suivante, l'avènement de la CECA.

¹⁰⁴ Reprenons l'exemple des accords du GATT qui officialisent la stratégie de développement économique fixée par la plupart des pays (du moins les plus riches), à savoir le libre-échange visant l'essor du commerce international.

¹⁰⁵ Dans le cadre spécifiquement communautaire, plus de 70% des législations nationales découlent directement du droit communautaire (exemple de la loi française votée en mai 2008 sur les Organismes génétiquement modifiés). Voir aussi Cohen (1993).

institutionnelles. Concernant l'espace institutionnel européen, l'observation de certains domaines du droit montre qu'il est possible que les Etats recourent au droit comparé parce qu'ils ont un accès à l'information juridique étrangère¹⁰⁶ et qu'ils exercent les uns sur les autres des influences dues à leur proximité. Cette influence, couplée à la prise en compte d'asymétries économiques et des différences de poids politiques, explique pourquoi on assiste parfois à des phénomènes de mimétisme juridique¹⁰⁷ (Farrar, 1999 ; Plante, 2000). Reste qu'il est difficile d'énoncer tous les déterminants exogènes de l'intégration juridique. Mais il semble, selon Loungnarath (2001), que le potentiel d'intégration non structurelle s'accroisse avec le degré de souplesse des droits nationaux. Des cadres normatifs plus souples donnent en effet davantage de marges de manœuvre aux opérateurs pour organiser leurs rapports juridiques¹⁰⁸. Ne pas négliger les déterminants non endogènes de l'intégration juridique entre des Etats paraît donc nécessaire.

Dans quelle mesure l'intégration structurelle peut-elle surpasser l'intégration spontanée ? Cette question peut s'avérer pertinente au vu d'exemples qui tendent à montrer que des processus d'intégration juridique peuvent se produire sans l'existence préalable d'instruments juridiques¹⁰⁹ spécifiques. Plus encore, certains espaces institutionnalisés qui sont l'objet d'une dynamique d'intégration juridique, seraient soumis principalement à des forces intégratrices de nature exogène. Tout le problème est justement de parvenir à mesurer l'action relative des deux types de déterminants décrits précédemment.

L'intégration structurelle renvoie aux déterminants endogènes de l'intégration, c'est-à-dire aux dynamiques de convergence et d'ouverture qui relèvent de l'infrastructure juridique propre à l'espace considéré. Prenant la forme d'un instrument juridique spécifique, elle fonde et organise l'entité institutionnelle et économique. Les exemples de tels instruments ne

¹⁰⁶ Le développement des nouvelles technologies de l'information facilite la mise à disposition d'informations juridiques nationales et étrangères. Au niveau européen, des initiatives sont prises pour aller dans ce sens. Citons en exemples le site français *Légifrance* qui propose des traductions espagnoles et anglaises des codes français, le site de l'*Académie de droit européen* de Trèves, les traductions en ligne de l'*Institute of Global Law* de University College London (Garde et Haravon, 2006).

¹⁰⁷ Loungnarath (2001) résume l'argument du mimétisme juridique ainsi : si un Etat A a pour principal importateur un Etat B et bénéficie fortement des investissements directs de ce dernier, il est très probable que, sous les pressions anonymes du marché, les pressions externes de B et aussi celles des opérateurs privés, A cherche à faciliter les rapports économiques et succombe donc à la sirène du mimétisme juridique.

¹⁰⁸ Nous reviendrons par la suite sur cet aspect en montrant dans quelle mesure la petite taille d'un pays peut constituer, sous conditions, un élément déterminant de sa capacité à offrir aux opérateurs internationaux des cadres normatifs qui répondent à leur demande de souplesse institutionnelle et leur donnent de fait des marges de manœuvre leur permettant d'organiser leurs rapports juridiques.

¹⁰⁹ Nous définissons un instrument juridique comme un cadre institutionnel formel dans lequel s'organisent des relations interétatiques. L'ALENA et l'UE sont deux exemples d'instruments juridiques.

manquent pas (ALENA, UE¹¹⁰). L'intégration structurelle se définit en premier lieu par son périmètre, c'est-à-dire l'ensemble des domaines de droit qui sont « couverts » par l'instrument juridique. Plus ces domaines sont nombreux, plus l'intégration est poussée (Loungnarath, 2001). L'ALENA dispose par exemple de prérogatives spécifiques en matière de finance, de propriété intellectuelle ou d'énergie. Si l'UE intervient dans la plupart des domaines précités, elle agit aussi sur d'autres terrains juridiques (exemples de la législation du travail, du droit de l'environnement, de la santé). Son périmètre apparaît donc, de ce point de vue, plus important. Le degré d'intégration juridique, c'est-à-dire sa profondeur, est mesuré par le niveau d'ouverture¹¹¹ des juridictions que les règles produisent et par le niveau de convergence de ces règles. L'évaluation de ces niveaux permet d'apprécier la dimension qualitative de l'intégration structurelle et de comparer les instruments juridiques. Un troisième élément, utile pour caractériser le processus d'intégration juridique structurelle, est la géométrie de l'intégration. L'idée consiste, pour un espace régional, à disposer d'un appareil institutionnel capable de structurer et de conduire le processus d'intégration juridique de manière efficace. Cet appareil doit reposer sur des pouvoirs normatifs confiés à des institutions en mesure de fixer et de faire appliquer les lois et réglementations. Par conséquent, suivant les cadres institutionnels, la géométrie de l'intégration juridique est, soit centrée avec des institutions pleinement engagées sur le plan normatif, soit diffuse dans le cas contraire (Loungnarath, 2001). Il suffit, pour comprendre la dimension « géométrique » de l'intégration, de comparer les prérogatives de la CE à celles de la Commission de libre-échange¹¹², cette dernière disposant de pouvoirs quasi normatifs presque insignifiants¹¹³. Un dernier élément, propice à déterminer le degré d'intégration juridique, est ce que les juristes appellent l'« *effectivité directe de l'accord de base en droit interne* ». Il apprécie l'ampleur des effets directs de l'instrument juridique à la base du fonctionnement institutionnel d'un espace donné dans le droit interne. L'enjeu d'intégration peut en effet être mesuré à travers la capacité d'une

¹¹⁰ L'instrument « ALENA » s'applique à l'espace économique formé par le Canada, le Mexique et les Etats-Unis ; l'instrument « UE » s'applique quant à lui aux 27 pays ayant gagné leur adhésion européenne (voir <http://www.touteurope.fr/fr/organisation/etats-membres/carte-des-27-etats-membres.html>).

¹¹¹ Difficile de définir clairement cette notion : on imagine qu'une règle qui facilite l'échange commercial accroît l'ouverture des pays où elle s'applique. Le droit communautaire a d'ailleurs lui-même vocation, en visant la mise en place d'un grand marché commun, à renforcer l'ouverture des membres de la CE.

¹¹² Il s'agit de l'institution principale de l'ALENA, en charge de diriger l'application de l'Accord et de superviser son développement.

¹¹³ La seule fonction porteuse de pouvoirs normatifs apparaît dans l'article 2020, selon lequel, en cas de problème d'interprétation ou d'application de l'instrument juridique ALENA devant une instance judiciaire ou administrative interne, cette Commission pourra être interpellée en vue de fournir à l'organe judiciaire ou administratif une interprétation des dispositions de l'ALENA en cause.

juridiction interne¹¹⁴, nationale par exemple, d'observer et de sanctionner le cas échéant tout manquement aux règles juridiques fixées au niveau de l'espace considéré.

En somme, étudier un processus d'intégration juridique impose d'un côté, de mesurer le contexte économique et institutionnel qui donne des indications sur les déterminants exogènes dudit processus, de l'autre, d'entrer dans les modalités normatives et institutionnelles de l'instrument juridique générique pour identifier les déterminants endogènes de la dynamique d'intégration. Au-delà de ces déterminants, demandons-nous si, à l'instar de la lecture de l'intégration économique, il peut s'avérer pertinent de construire le processus d'intégration juridique comme une succession d'étapes cumulatives que tout espace institutionnel devrait franchir au cours de son mûrissement.

Section 3 – Intégration juridique et intégration économique : des éléments de comparaison

L'intégration, en tant que résultat ou processus, ne se décrète pas. Au contraire, elle requiert la réalisation d'un certain nombre d'étapes que les espaces institutionnels franchissent dans le temps, avec plus ou moins de réussite. Du point de vue économique, Balassa (1961) décrit cinq étapes de réalisation de l'intégration régionale. La première est la constitution d'une zone de libre-échange¹¹⁵ (ZLE). Les pays membres de cet espace commercial s'accordent pour réduire les barrières douanières tarifaires et les restrictions quantitatives à l'importation. L'accord concerne tout ou partie des échanges. Il ne comporte aucune forme d'harmonisation des règlements, des normes ou des politiques économiques¹¹⁶. Toutefois, les pays de la ZLE doivent définir des règles d'origine pour certifier les lieux de production des produits échangés. Si les membres de la zone se mettent d'accord sur une politique commerciale conjointe en pratiquant un tarif extérieur et des quotas d'importation communs, alors une deuxième étape d'intégration est franchie, avec l'avènement d'une union douanière (UD). Celle-ci donne la possibilité à ses membres de convenir de recours commerciaux¹¹⁷, et surtout de ne plus avoir recours aux règles d'origine¹¹⁸. L'UD peut se transformer en marché commun

¹¹⁴ Terme à entendre ici au sens strictement juridique.

¹¹⁵ Cette zone relève d'un accord de libre-échange (ALE) ou d'un accord commercial préférentiel (ACP).

¹¹⁶ L'ALENA est un bon exemple de zone de libre-échange.

¹¹⁷ Par exemple, les mesures antidumping ou les droits dits « compensateurs ».

¹¹⁸ L'application des règles d'origine impose aux membres de la ZLE qu'ils gèrent une documentation lourde et qu'ils veillent au respect desdites règles à leurs frontières. Ces exigences sont coûteuses financièrement, en plus d'être propices, le cas échéant, à des conflits entre Etats dans l'interprétation des normes et standards.

(MC) si toutes les entraves au libre mouvement des facteurs de production au sein de l'union sont éliminées, de même que les barrières commerciales non tarifaires. C'est la troisième étape décrite par Balassa. L'avantage du MC réside dans ses gains d'efficacité en matière de répartition des ressources¹¹⁹. L'étape suivante est la mise en place d'une union économique qui inclut, en plus du MC, une harmonisation forte des politiques économiques. On entend par ces termes une coordination formelle des politiques monétaires et budgétaires, la mise en œuvre de politiques relatives au fonctionnement du marché du travail, de politiques de développement régional, industriel, de politiques des transports ou encore de soutien à la recherche et à l'innovation. Dernière étape enfin de l'intégration économique, l'union économique et monétaire (UEM) comprend la mise en place d'une monnaie unique, exigence ultime de la coordination accrue des politiques économiques entre les pays membres. La description des étapes faite par Balassa montre comment des éléments nouveaux peuvent s'ajouter à une structure institutionnelle pour en former une nouvelle et de quelle manière le processus d'intégration peut ainsi s'approfondir. L'UEM correspond de fait à un degré maximal de maturité en terme économique. Mais cette construction théorique de l'intégration économique demeure-t-elle pertinente au regard de la dimension juridique ?

Loungnarath (2001) propose une typologie des différentes formes d'intégration juridique structurelle, en fonction de leur degré de profondeur. Le premier niveau relève de l'intégration par le marché et découle de la signature de traités internationaux. Ces traités réduisent les possibilités d'action publique des Etats membres de l'espace intégré en favorisant la mobilité internationale des facteurs de production. En conséquence de ce processus, les opérateurs privés disposent d'un marché plus vaste en termes de potentiel d'allocation des ressources (efficacité productive) et de demande (potentiel de transactions). Les agents privés influencent donc l'intégration juridique par leur propre pratique juridique¹²⁰. On retrouve, à travers cette forme d'intégration juridique, l'élément central de la troisième étape d'intégration économique décrite par Balassa, à savoir le MC¹²¹. Le deuxième degré mis en lumière par Loungnarath renvoie au principe de traitement national, selon lequel un Etat ne peut pas fixer ou appliquer des normes qui accorderaient à l'agent « étranger » un traitement

¹¹⁹ Cf. Rollet (1995).

¹²⁰ « Si, en raison d'un accord d'intégration économique, il est plus difficile pour un Etat d'intervenir pour encadrer ou tamiser l'investissement étranger, davantage de fusions ou d'acquisitions transfrontalières devraient se réaliser. Toutes choses égales par ailleurs, les opérateurs transnationaux résultant de telles opérations glisseront naturellement vers l'uniformisation de leurs pratiques juridiques, ce qui aura un impact intégrateur indirect sur le droit » (Loungnarath, 2001).

¹²¹ Rappelons que nous ne nous intéressons ici qu'à l'aspect structurel de l'intégration juridique. Partant, cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de dynamique juridique intégratrice dans la ZLE ou dans l'UD, mais que cette dynamique est peut-être plutôt de nature spontanée.

moins favorable, comparé au traitement de l'agent « local ». L'application du principe de traitement national garantit une intégration juridique minimaliste. Nombre des accords préférentiels entre Etats promeuvent au moins ce degré d'intégration. En réduisant les barrières tarifaires aux échanges et en proclamant le principe de traitement national, ils permettent l'émergence de ZLE dont les exemples dans le monde ne manquent pas (ALENA, Pacte andin, Union africaine¹²², ASEAN¹²³). Troisième degré et autre principe traduisant un approfondissement du processus d'intégration dans sa dimension juridique, la reconnaissance mutuelle engage chaque membre de l'union institutionnelle à admettre sur son espace juridictionnel les standards édictés par les autres membres. Cette forme très poussée d'intégration n'en est pas pour autant formelle puisqu'elle n'implique pas d'effort discrétionnaire d'harmonisation des normes. En revanche, elle exige que les normes entre Etats soient relativement proches *ex ante*, du moins qu'elles traduisent un effort de convergence des standards, sans quoi le risque de désescalade¹²⁴ est réel. On peut apprécier les effets intégrateurs de ce principe avec l'exemple de la CE, où l'action jurisprudentielle de la CJCE a accéléré l'intégration juridique et économique en stimulant la libre circulation des marchandises. Pour autant, l'espace européen n'est pas le seul à promouvoir ce principe¹²⁵, même s'il est sans doute celui qui l'invoque et le pratique le plus. Enfin, de la même façon que l'étape ultime d'intégration économique peut être la mise en place d'une union économique et monétaire (5^e étape de Balassa), l'établissement de normes communes, du moins leur rapprochement significatif, représente la forme d'intégration juridique la plus poussée. Néanmoins, les modalités de l'unification des normes sont diverses. Il peut s'agir d'un processus naturel (ou spontané¹²⁶) ou d'un mouvement d'harmonisation impulsé par les pouvoirs publics. L'essentiel de notre propos est de montrer que l'échelle des degrés d'intégration juridique est vaste et qu'elle rend compte de toutes les distances entre législations nationales, des plus grandes aux plus infimes¹²⁷. De façon générale, construire une théorie de l'intégration juridique en s'appuyant sur la théorie de l'intégration économique

¹²² Née en 2001, cette organisation institutionnelle vise d'ici 2025 l'objectif de création d'une communauté économique africaine unifiée. Le processus n'en est qu'à sa première étape (accords de libre-échange) et s'annonce lent (Delmas-Marty, 2006).

¹²³ L'ASEAN est une zone de libre-échange entre pays asiatiques qui a développé une « *Vision 2020* » qui inclut le renforcement de l'intégration économique et qui fixe déjà des objectifs qui vont bien au-delà des simples diminutions de barrières tarifaires et non tarifaires (idem).

¹²⁴ Si tel n'était pas le cas, le membre dont le standard serait le plus élevé serait peu enclin à opérer l'intégration juridique, craignant que les agents privés ne l'abandonnent au bénéfice d'un Etat plus laxiste.

¹²⁵ Voir par exemple le Régime d'Information Multilatéral (RIM) qui est une initiative nord-américaine d'instauration de reconnaissance réciproque, en place dans le domaine de la réglementation des valeurs mobilières depuis le début des années 1990 (Loungnarath, 2001).

¹²⁶ Voir le rôle des conventions multilatérales et les effets de mimétisme juridique précédemment décrits.

¹²⁷ Voir en particulier le chapitre intitulé *Elaboration du droit communautaire et concurrence institutionnelle*.

semble pratique du fait d'une analogie du vocabulaire et des arguments. Mais l'analyse plus en détails de cette analogie apparente pousse à nuancer nos propos.

Il peut paraître pertinent de considérer l'intégration juridique comme un processus qui s'exerce par étapes cumulatives, de façon complémentaire à l'intégration économique. Pourtant, parler d'étapes en matière juridique n'a pas forcément beaucoup de sens dans la mesure où il est question de principes et d'instruments juridiques. Par ailleurs, autant la construction européenne a vu de grandes avancées institutionnelles et économiques avec les traités qui s'apparentent assez bien aux étapes décrites par Balassa¹²⁸, autant les approfondissements juridiques ne relèvent pas toujours de la signature de nouveaux traités. Prenons l'exemple de l'application du principe de reconnaissance mutuelle. Jusqu'en 1979, l'intégration juridique comportait une dimension spontanée, mais ne dépendait « grosso modo » que de l'action intégratrice des marchés et éventuellement du principe de traitement national. Ce n'est qu'avec l'arrêt *Rewe zentral* dit « Cassis de Dijon » du 20 février de cette même année, rendu par la CJCE, que le principe de reconnaissance réciproque a été consacré (Gautier, 2007). Ainsi, ce n'est pas tant la signature de quelque traité économique qui accéléra de façon décisive l'intégration économique dans l'espace européen, que cette décision de justice qui marqua définitivement les débuts de la libre circulation des marchandises. Pour comprendre la dimension juridique de l'intégration, il convient donc d'apprécier l'action des organes institutionnels qui sont acteurs du changement institutionnel, et par voie de conséquence, du processus d'intégration juridique¹²⁹. Un autre argument, allant à l'encontre d'une analogie apparente entre intégrations économique et juridique, consiste à invoquer les corpus théoriques qui fondent l'une et l'autre. Du côté de la première, deux théories servent d'angles d'attaque à la question des conditions de stabilité monétaire et de viabilité d'une UEM¹³⁰, en l'occurrence celles des « zones monétaires optimales » et de la « convergence ». Concernant l'intégration juridique, en revanche, le matériel théorique semble moins abouti : on est loin des « zones juridiques optimales ». En revanche, la question de la convergence des normes est largement traitée dans la littérature, notamment en économie du droit¹³¹.

¹²⁸ Pour exemple, le Traité CECA est une première ébauche d'accord préférentiel, l'Acte unique célèbre le marché commun et le Traité de Maastricht lance l'UEM.

¹²⁹ Nous évoquerons par la suite le rôle important des institutions européennes dans l'intégration juridique et la dynamique institutionnelle à l'œuvre dans l'espace régional.

¹³⁰ Voir les apports du théorème des élasticités critiques eu égard à la question de la stabilité monétaire (Marshall, Lerner).

¹³¹ Voir par exemple Ogus (1999).

5. Conclusion

Sur fond de rapprochement des dispositifs normatifs, le processus d'intégration juridique aboutit à identifier des espaces juridiques différents par leurs natures en raison des spécificités des dynamiques institutionnelles qui découlent des processus d'intégration. Dans le cas européen, ces dynamiques relèvent de l'existence et des effets du droit communautaire. Celui-ci s'appuie sur des fondements ayant trait à des principes solides et des institutions communautaires fortes. Il bénéficie par ailleurs des propriétés atypiques de primauté et d'« effets directs » qui sont à la base de son caractère effectif, et donc de son efficacité. Il correspond à cet égard assez bien aux critères théoriques d'une intégration économique aboutie et d'une intégration juridique étendue, centrée et intense.

Le droit de la CE représente un exemple particulièrement intéressant de dynamique d'intégration à l'« européenne ». Or, comme l'énonce Delmas-Marty (2006), toute dynamique intégratrice d'ordre juridique renvoie à l'enjeu de la formation d'un véritable « *ordre juridique* ». Car la dynamique juridique conduit en effet à dessiner et redessiner les contours d'aires, parfois géographiques, surtout fonctionnelles et structurelles et appelées « espaces institutionnels ». Autrement énoncé, l'enjeu pour l'intégration juridique est de poser les limites d'un espace juridique, clairement identifié en tant qu'ordre juridique et dont la dynamique est précisément identifiée.

Chapitre 2

Droit communautaire et intégration juridique, au croisement de dynamiques économiques et institutionnelles

En vue de compléter la présentation des processus d'intégration au niveau communautaire, le deuxième chapitre cherche à expliciter les liens qui existent entre les logiques économiques et juridiques de l'intégration européenne et à décrire en particulier les dynamiques économiques et institutionnelles qui sont sous-jacentes au droit communautaire. Le processus d'intégration juridique à l'œuvre dans l'espace européen y apparaît aussi comme le fruit de choix stratégiques de la part des pouvoirs publics locaux et fédéraux, dévoilant en effet plusieurs stratégies d'intégration (économique et/ou juridique) qui sont mises en pratique dans le cadre européen, lesquelles stratégies diffèrent par leur nature. Le rapprochement des cadres normatifs nationaux apparaît comme un processus fondamentalement dynamique et lié à la mise en œuvre d'une méthodologie élaborée, voire complexe.

1. Introduction

Le chapitre premier a permis de présenter les concepts et notions préalables à la réflexion qui nous anime et suggère que le droit CE porte en lui des logiques spécifiques de dynamiques institutionnelles d'intégration. Or, comme le souligne Delmas-Marty (2006), toute dynamique « intégratrice » d'ordre juridique renvoie à l'enjeu de la formation d'un véritable « ordre juridique ». La dynamique juridique conduit en cela à dessiner et redessiner les contours d'aires, parfois géographiques, surtout fonctionnelles et structurelles, appelées « espaces institutionnels ». Autrement énoncé, l'enjeu pour l'intégration juridique européenne est de poser les limites d'un espace juridique, clairement identifié en tant qu'ordre juridique et dont la dynamique est elle aussi précisément identifiée. C'est cette dynamique, ou plutôt les dynamiques institutionnelles à l'œuvre au sein de l'espace communautaire, qui font l'objet de notre attention dans ce deuxième chapitre.

En rappelant que l'objet global de la thèse est de caractériser les processus d'intégration juridique à l'œuvre dans l'espace institutionnel européen à travers des analyses des comportements concurrentiels adoptés par les Etats membres de l'UE, nous proposons de montrer en quoi le droit communautaire et le processus d'intégration juridique témoignent en Europe de dynamiques institutionnelles multiples par leurs natures et leurs formes. Il s'agira d'abord de décrire le droit communautaire comme un véritable terreau propice aux processus dynamiques économiques et juridiques d'intégration, puis d'expliquer comment des cadres normatifs nationaux peuvent être rapprochés.

2. Le droit communautaire comme terreau des intégrations économique et juridique

En s'appuyant sur l'histoire de la construction européenne, on comprend que les enjeux et les modalités de l'intégration dans l'espace européen relèvent a priori de la dimension économique, comme en témoigne la reconnaissance mutuelle, composante phare de la dynamique d'intégration, à la fois en terme juridique et économique (section 1). Le tout fait que le droit communautaire constitue un stimulant privilégié de l'intégration du point de vue économique. D'un point de vue plus juridique, le droit CE comporte des éléments de dynamique institutionnelle évidents, mais dont la nature ne semble pas tranchée (section 2).

Section 1 – Le droit communautaire, un instrument juridique au service de l'intégration économique

Précisons d'abord le contexte et les enjeux que revêt l'intégration juridique et économique de l'espace européen. Le monde est « truffé » de modes possibles d'organisation des relations économiques entre les pays. Qu'il s'agisse de formes génériques telles que des accords de coopération ou d'association politique, ces modes vont de l'autarcie primaire¹³² aux relations approfondies de libre-échange¹³³, du multilatéralisme effréné au régionalisme volontaire, de la décentralisation de certains blocs régionaux¹³⁴ au processus d'intégration économique, juridique et politique tel que celui de l'UE (Rollet, 1995). L'exemple européen est typique d'un modèle d'intégration économique puisqu'il s'agit, dans un cadre d'accord régional visant la diminution des obstacles aux échanges, de viser des objectifs ambitieux en termes de coordination ou de politiques économiques. Néanmoins, même si les exemples de processus d'intégration ne manquent pas, aucun ne ressemble à un autre. La spécificité du processus européen apparaît dès l'article 2 du Traité de Rome (1957). Le droit originaire des traités conditionne le type d'intégration économique dont la CE est l'objet dès la fin des années 1950. En plus de fixer des objectifs traditionnels de développement des Etats (croissance, emploi, stabilité des prix...), les traités européens, et avec eux le droit de la CE, déterminent les contours d'un modèle économique et social, entre autres fondé sur une forte protection sociale. Le droit primaire traduit et exprime un compromis entre le fonctionnement du marché concurrentiel et les politiques économiques, en distribuant des prérogatives de politique publique entre les instances supranationales et les Etats-Nations et en garantissant la cohérence entre ces deux niveaux de décision publique¹³⁵.

Les acteurs de la construction européenne ont apparemment suivi une stratégie double d'intégration, comprenant un volet juridique et une dimension économique. Au sujet du premier, la littérature juridique s'intéresse à trois options, parmi lesquelles l'harmonisation¹³⁶. La stratégie d'intégration économique de l'espace européen semble revêtir quant à elle trois

¹³² Il n'existe pas véritablement d'exemple de ce type de mode d'organisation des relations entre Etats depuis la Révolution Industrielle et le développement des échanges commerciaux au XIXe siècle. Restent des pays aux régimes politiques controversés et qui font l'objet de sanctions ou de boycotts de nature commerciale, pays dont les caractéristiques sont assez proches de celles de l'autarcie (exemples de la Corée du Nord ou de Cuba).

¹³³ Le libre-échange revêt des aspects institutionnels dont l'objectif est de réduire au maximum les entraves aux échanges, en vue de tirer profit de la division internationale du travail et du processus de production (cf. les accords du GATT et les différents rounds organisés par l'OMC par exemple).

¹³⁴ La chute de l'empire soviétique en est un exemple.

¹³⁵ Il convient d'avoir à l'esprit les principes communautaires de proportionnalité et de subsidiarité.

¹³⁶ Les stratégies d'unification, d'harmonisation et de coopération juridiques feront l'objet d'une analyse ultérieure dans ce chapitre.

dimensions qui sont l'instauration d'un marché commun¹³⁷, la mise en place d'une union monétaire¹³⁸ et la promotion de politiques économiques unifiées¹³⁹ ou coordonnées (Rollet, 1995). Toutefois, le mouvement d'intégration, qui découle de la stratégie adoptée et qui anime l'espace institutionnel européen, pose des questions sur le modèle de développement de l'UE. Les objectifs contenus dans le projet européen paraissent ambitieux¹⁴⁰ et parfois difficilement conciliables (développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, croissance durable et non inflationniste, haut degré de compétitivité, niveau de protection sociale élevé¹⁴¹). L'atténuation des barrières aux échanges et des entraves à la mobilité des facteurs de production accroît théoriquement l'efficacité des processus productifs¹⁴², mais faut-il pour autant intégrer tous les marchés de biens et de services, du travail et de capitaux, voire unifier toutes les politiques économiques ? Une réponse négative à ces interrogations interpelle alors sur les domaines qu'il conviendrait d'épargner par l'intégration. Autrement dit, la problématique du fédéralisme et du juste degré de centralisation/décentralisation¹⁴³ reste ouverte. Il faut dire que le processus européen d'intégration a posé des questions à chaque étape de son évolution¹⁴⁴ : d'un point de vue théorique, l'instauration d'une zone de libre-échange appelle par exemple à un questionnement sur les distorsions de concurrence inhérentes aux droits de douane en vigueur au sein de la zone ; la mise en place d'une union économique et monétaire implique quant à elle des problèmes potentiels en cas de politiques nationales trop différenciées ou d'instabilité des taux de change entre Etats membres¹⁴⁵. L'histoire européenne montre que ces interrogations théoriques avaient dans la réalité des résonances. Désormais, à l'heure où l'intégration économique et juridique paraît avancée, les questions semblent relever davantage du sens et de la dimension politique de l'Union¹⁴⁶.

Rappelons enfin pour compléter cette mise en perspective que le droit communautaire comprend des sources particulièrement importantes du point de vue de l'analyse économique.

¹³⁷ Par instauration d'un marché commun, on entend le développement des quatre libertés (circulation des biens et services, y compris financiers, libre circulation des travailleurs et des capitaux).

¹³⁸ La mise en place d'une union monétaire implique au moins deux éléments, à savoir l'adoption pour les pays concernés d'une monnaie unique et la conduite pour ces mêmes pays d'une politique monétaire commune.

¹³⁹ Le processus d'intégration européenne a abouti jusqu'à maintenant à formuler des politiques communes entre les membres de l'UE : citons pour exemples la politique de concurrence, la politique agricole, la politique commerciale (un Commissaire européen représente par exemple les intérêts de toute l'Union aux rounds de l'OMC) ou la politique régionale.

¹⁴⁰ Les objectifs fixés par la Stratégie de Lisbonne apparaissent de moins en moins réalisables d'ici 2010.

¹⁴¹ Voir par exemple Jacqué (2006).

¹⁴² Cf. l'essentiel de la littérature sur le libre-échange.

¹⁴³ Cf. Wiseman (1990), Dafflon (1999).

¹⁴⁴ On pense notamment aux étapes décrites par Balassa (1961).

¹⁴⁵ Rollet (1995).

¹⁴⁶ Même si une majorité d'acteurs économiques et institutionnels de l'UE semblent s'accorder sur l'enjeu du fonctionnement institutionnel à 27 membres, les opinions publiques sont visiblement plus sensibles au sens politique de l'appareil administratif communautaire. Or on ne peut à vrai dire pas tellement distinguer les deux.

Trois traités sont en effet déterminants et structurants de l'intégration européenne. Le Traité de Rome (1957) constitue la fondation essentielle de l'espace institutionnel européen, en instaurant la CEE, en donnant ses fondements à la Communauté (le marché commun et les politiques communes de l'agriculture et de la pêche) et en en fixant les prérogatives politiques, notamment les premières véritables règles de fonctionnement institutionnel et les prémisses du droit communautaire. L'Acte unique européen (1986) est le traité de la relance, avec une organisation plus structurée et plus efficace de l'espace des libertés et le renforcement des procédures de coopération en matière de politique internationale. Enfin, le Traité de Maastricht (1992) impulse l'approfondissement de la construction européenne, en déterminant les modalités d'une future union économique et monétaire, en instaurant la citoyenneté européenne et en élargissant les domaines de coopération entre les membres (police, justice, diplomatie). Les grandes phases dynamiques de la construction économique relèvent ainsi pour l'essentiel des traités, et donc du droit primaire, première source du droit communautaire. Le droit communautaire constitue donc bien une boîte à outils de construction économique qui a des impacts sur les barrières aux échanges, sur l'efficacité des marchés et sur l'organisation monétaire.

Montrons maintenant en quoi la reconnaissance mutuelle constitue un outil juridique de dynamique économique. Le projet européen revêt une dimension économique en visant la création d'un marché unique qui promeuve le « *développement économique harmonieux* » de la Communauté. Ce marché consiste en un espace continu dans lequel les agents, les facteurs de production et les produits se déplacent sans entrave. Partant d'une situation où une multitude de marchés coexistaient, les décideurs européens ont eu à traiter deux types de difficultés, à savoir d'un côté décloisonner les marchés nationaux en menant des actions visant à réduire les barrières commerciales tarifaires et non tarifaires, et de l'autre atténuer les différences entre les systèmes normatifs des Etats. Le droit communautaire a joué de ce point de vue un rôle déterminant. Nombre d'articles du Traité CE et des mesures législatives¹⁴⁷ ont ainsi été formulés pour favoriser la mobilité des facteurs de production. Mais surtout, le législateur communautaire s'est enquis de produire une réglementation élaborée afin d'harmoniser les normes de certains secteurs d'activité, ceci en vue de standardiser de façon très précise les produits, devenus de fait des « Euro produits » : on parle à travers cette stratégie d'intégration d'« harmonisation totale ». Or, mise en application dans les années 1960 et 1970, elle a rapidement montré ses limites, en l'occurrence l'excès de réglementation (*overregulation*), une contradiction récurrente avec l'autonomie réglementaire des Etats

¹⁴⁷ Cf. directive 70/50.

signataires des traités, des difficultés dans la mise en œuvre des standards et les freins en termes d'innovations juridiques que la centralisation du droit engendre¹⁴⁸.

L'enjeu de développement d'un marché commun efficace, couplé aux difficultés que posait la stratégie d'harmonisation totale, a conduit à se questionner. Par quel(s) moyen(s) institutionnel(s) peut-on favoriser le rapprochement des normes entre pays européens ? Comment est-il possible dans l'espace institutionnel européen d'intégrer les marchés ? Les options sont théoriquement limitées : soit l'appareil institutionnel harmonise toutes les normes de fabrication et les appareils productifs nationaux s'y adaptent, soit, sans recours à l'harmonisation, un produit peut entrer et sortir d'un territoire étranger à la seule condition qu'il soit conforme aux normes en vigueur sur ce territoire. Le principe de reconnaissance mutuelle¹⁴⁹ constitue à cet égard une solution innovante auquel « *la Cour de justice des Communautés européennes s'est ralliée dans son célèbre arrêt Rewe zentral, dit Cassis de Dijon du 20 février 1979. Estimant qu'in fine le niveau de protection était globalement équivalent dans tous les Etats membres de la Communauté, la Cour en déduit que tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans l'un des Etats doit, par principe et sauf à porter atteinte à une exigence impérative d'intérêt général, être librement distribué dans les autres Etats membres. Ainsi consacré, le principe de reconnaissance mutuelle permet une réalisation immédiate de la libre circulation des marchandises dont il constitue alors la pierre angulaire* » (Gautier, 2007). La jurisprudence européenne reconnaît par conséquent l'équivalence substantielle des systèmes de réglementation des Etats membres. Pour Nicolaidis (1997), le principe de reconnaissance mutuelle se définit comme « *une norme contractuelle entre gouvernements qui prévoit un transfert de l'autorité réglementaire du pays d'accueil, où la transaction a lieu, au pays de provenance d'un produit, une personne, un service ou une entreprise* ». En complément à l'action jurisprudentielle, le droit communautaire intègre la reconnaissance mutuelle dans sa composante « droit dérivé » : dans le cadre de la politique législative qualifiée de « nouvelle approche », la reconnaissance mutuelle devient la source de nombreuses directives d'harmonisation, par exemple en matière de reconnaissance des diplômes¹⁵⁰ (Gautier, 2007).

¹⁴⁸ Le principe d'harmonisation comprend, il est vrai, des inconvénients théoriques et empiriques (Pelkmans, 1997).

¹⁴⁹ TCE, articles 47 et 293, cités par Mattera (2004).

¹⁵⁰ L'un des enjeux de la reconnaissance des diplômes est par exemple la libre circulation des jeunes travailleurs, donc la mobilité du facteur travail (cf. Blumann et Dubouis, 2004), ou plus exactement la mobilité du travail qualifié.

Les effets dynamiques attendus par l'application du principe de reconnaissance mutuelle sont de plusieurs ordres. Du point de vue commercial et économique, l'intérêt de la reconnaissance mutuelle est qu'elle stimule la mobilité des produits, et donc l'intensité des échanges au sein d'un marché commun de grande dimension. La reconnaissance mutuelle génère des avantages en termes d'efficience du grand marché (Rollet, 1995), diminue nombre d'obstacles de nature non monétaire, réduit de fait les distorsions de concurrence, en stimulant donc les effets bénéfiques de cette dernière, et donne confiance aux opérateurs du marché. Du point de vue juridique, la reconnaissance mutuelle transforme les actes administratifs nationaux en actes administratifs transnationaux. En d'autres termes, les premiers, qui sont des « *actes émanant de la puissance publique et soumis au droit administratif* » acquièrent des propriétés transnationales car ils « *déploient leurs effets juridiques dans les autres Etats membres de l'UE par détermination du droit communautaire* » (Gautier, 2007). Ces effets transnationaux (transnationalité) constituent une thématique d'étude classique du droit international privé¹⁵¹ tandis que les économistes peuvent les analyser en termes « d'externalités juridiques »¹⁵². Si la reconnaissance mutuelle s'applique au départ aux autorisations de mise sur le marché de produits étrangers, le droit dérivé l'a élargie à d'autres domaines juridiques, tels que certaines décisions de justice (il existe par exemple en l'espèce une dynamique juridique en matière d'expulsion de ressortissants¹⁵³). En résumé, la reconnaissance mutuelle a un rôle stimulateur dans la dynamique institutionnelle européenne, que ce soit au niveau économique ou juridique. Elle est la manifestation d'un droit communautaire moteur de l'intégration juridique à l'œuvre dans l'espace européen.

Section 2 – Droit communautaire et nature des dynamiques juridiques

Il convient de caractériser les relations entre le droit communautaire et le processus d'intégration. L'intégration économique de l'espace européen n'est pas étrangère à l'environnement juridique instauré depuis le droit des traités et construit au fil des décennies. Encore faut-il focaliser l'attention sur les tenants et les aboutissants de cet environnement, en

¹⁵¹ Les actes publics de droit privé produisent à vrai dire couramment un effet extraterritorial, alors que les actes administratifs n'en produisent presque jamais (Gautier, 2007). Voilà pourquoi le droit international privé s'est habitué à traiter les questions d'externalité juridique.

¹⁵² Une question pour les économistes est de définir la nature de ces externalités. L'analyse des externalités dans un cadre concurrentiel aboutit en effet à mettre en évidence la possibilité d'une course à la baisse des standards, et donc de la qualité des normes et des produits (*race to the bottom*). Nous ne pousserons pas la réflexion plus avant dans le présent chapitre.

¹⁵³ Voir la directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE L 149 du 2 juin 2001, p. 34.

décrivant les ressorts de la dynamique d'intégration inhérents au droit communautaire. Loin d'être univoque, la relation entre le droit communautaire et l'intégration juridique dépend de la nature de cette dernière. Si elle est un résultat (point de vue statique), ladite relation n'a pas de véritable sens dans la mesure où le droit communautaire est par essence en perpétuelle élaboration. Au contraire, comme processus (vision dynamique), l'intégration juridique conditionne une relation réciproque entre elle-même et le droit CE qui met en lumière des dynamiques complémentaires et autoentretenues.

Quid des effets de l'intégration sur le droit communautaire ? Rappelons que ce dernier constitue un élément endogène de l'intégration juridique européenne (cf. chapitre 1). D'où l'intérêt de caractériser les effets de celle-ci sur sa composante structurelle (périmètre, profondeur, géométrie et effectivité). L'espace institutionnel européen est modelé par des forces intégratrices qui le poussent à atteindre une certaine envergure et un certain degré de profondeur d'intégration. L'intégration juridique, la tendance et le besoin de rapprochement des systèmes normatifs incitent le droit communautaire à élargir son champ de compétences et d'influence juridique, en allant sur des terrains sans cesse nouveaux¹⁵⁴, au risque d'ailleurs d'éclipser le rôle des droits nationaux (exemples des matières environnementale et sociale). Non seulement, le droit CE concerne des pans législatifs toujours plus élargis, mais les réglementations qui en découlent, mieux élaborées et de plus en plus fines, participent à une ouverture économique plus grande des Etats européens. De même, la nécessité pour les opérateurs publics et privés évoluant dans l'espace européen de jouir d'un environnement économique et institutionnel toujours plus sécurisé et stable incite le droit communautaire à offrir et garantir une géométrie et une effectivité juridique de qualité. En l'espèce, l'intégration juridique conduit le droit à favoriser l'émergence d'institutions fortes, aux pouvoirs normatifs garantis, et l'oblige à être effectif dans sa mise en œuvre (Loungrath, 2001). Cette idée n'est pas étrangère à l'influence que peuvent exercer les déterminants exogènes de l'intégration juridique sur le droit communautaire. En l'occurrence, les pressions de la mondialisation et de l'intégration économique font apparaître une demande et un besoin de régulation et de gouvernance de la part des agents économiques et des citoyens, demande et besoin qui sont prégnants dans le cadre des phénomènes de régionalisation. Cette dernière trouve précisément sa source et ses modalités d'existence dans l'intégration juridique. Le droit communautaire traduit de ce point de vue une réponse apportée par l'espace institutionnel européen aux questions et aux problèmes posés par les grands bouleversements économiques

¹⁵⁴ Delmas-Marty (2006) parle d'un phénomène de « *communautarisation* » du droit, en invoquant l'exemple du droit pénal.

mondiaux. L'intégration économique s'accompagne d'une intégration juridique qui prend la forme d'une formalisation et d'un mûrissement législatifs qui aboutissent dans l'espace européen à l'avènement et au développement du droit communautaire.

Réciproquement, le droit communautaire influence le processus d'intégration juridique. Son propre développement accroît en effet la dimension structurelle de l'intégration juridique, au point qu'elle semble largement dépasser en Europe sa concurrente « spontanée » (cf. chapitre 1). Il façonne donc la nature intrinsèque de l'intégration en consacrant sa dimension endogène. Mais il caractérise aussi, à travers son histoire, les modalités de l'intégration juridique. Car le droit communautaire définit depuis 1957 le processus d'harmonisation, principale stratégie d'intégration adoptée par les pouvoirs publics européens. Cette dernière traduit que l'intégration juridique est essentiellement et précisément une intégration des normes supranationales.

L'article 10 du Traité de Maastricht définit de quelle façon droit communautaire et droit national se complètent l'un et l'autre : « *les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ». Le principe ainsi énoncé illustre à la fois la nécessité d'atteindre les objectifs fixés avec la création de la CE et l'incapacité de l'ordre juridique communautaire de les atteindre à lui seul (cf. principe de subsidiarité). Le système juridique européen se veut « ouvert » sur les systèmes nationaux, de sorte que les Etats membres et les institutions collaborent en vue de remplir lesdits objectifs. Ceci se traduit par le double engagement des Etats vis-à-vis des traités et des dispositifs institutionnels communautaires, à savoir de les respecter, mais aussi de « *les appliquer et de leur donner vie* » (Borchardt, 1999). On comprend dès lors que le droit communautaire et les droits nationaux interagissent. Prenons l'exemple de la directive, instrument d'harmonisation juridique « par excellence¹⁵⁵ ». Celle-ci impose au niveau communautaire un résultat que les autorités nationales doivent atteindre selon leurs propres moyens¹⁵⁶. En matière préjudicielle¹⁵⁷, l'interprétation et le jugement sur la validité du droit « européen » relèvent de façon exclusive de la CJCE. Pour autant, l'ordre juridique communautaire demeurent

¹⁵⁵ Cf. suite du présent chapitre.

¹⁵⁶ Du point de vue matériel (au sens juridique du terme), les Etats ont par exemple la liberté d'établir leurs propres types de sanction pour des règles communautaires, alors que les concepts (au sens juridique) sont bien uniformes.

¹⁵⁷ Voir article 234 du Traité CE.

dépendant des systèmes nationaux, ne serait-ce que pour ce qui concerne l'exécution des règles communautaires, pour laquelle le système communautaire ne prévoit rien. Ainsi, ce sont les autorités nationales qui sont seules en mesure d'appliquer les règles européennes, « *selon les dispositions formelles et matérielles du droit national* » (Borchardt, 1999).

L'articulation entre le droit communautaire et les droits nationaux semble favoriser l'émergence d'effets dynamiques juridiques et économiques, de nature horizontale et verticale. On peut en effet analyser ces effets selon au moins deux points de vue économiques. Le premier consiste à s'appuyer sur la littérature relative à la concurrence fiscale¹⁵⁸. Au-delà du message principal des modèles standard¹⁵⁹, elle met en lumière les effets de nature transnationale que les juridictions peuvent exercer les unes sur les autres et de manière réciproque dans un contexte d'intégration économique croissante, effets autrement appelés « externalités ». En l'occurrence et sous hypothèses standard, la baisse par un pays de son taux d'imposition accroît sa propre base fiscale au détriment de celle de son concurrent. Ce dernier subit en conséquence une diminution de son revenu fiscal, c'est-à-dire une externalité négative. Madiès et *al.* (2005) complètent l'analyse en considérant un cadre de fédéralisme fiscal, avec plusieurs niveaux de pouvoirs juridictionnels (donc d'imposition). Ils montrent que les externalités négatives relèvent à la fois d'un jeu de concurrence horizontale, mais aussi de concurrence verticale. Le lien est donc tout à fait propice entre ces éléments et le cadre de fédéralisme juridique que peut constituer l'espace institutionnel européen. Comme le remarque Gautier (2007), « *la capacité du droit communautaire à faire produire à des actes administratifs nationaux des effets juridiques sur l'ensemble du territoire de l'UE est presque aussi ancienne que la construction communautaire elle-même* ».

La dynamique communautaire est-elle une dynamique d'uniformisation ou de différenciation ? Comme le souligne Jacqué (2006), « *toute l'histoire de l'Union témoigne de la permanence du mouvement d'approfondissement de la construction européenne. Ce dynamisme qui est principalement politique ne peut manquer d'avoir des conséquences sur le droit de l'Union. C'est pourquoi l'une des difficultés que rencontre le juriste dans l'étude de ce droit réside dans son caractère évolutif* ». Le droit communautaire apparaît par essence comme en perpétuel mouvement, en raison à la fois de sa « nature finalisée » et de la « mouvance » de l'environnement international auquel il est conduit à s'adapter. Par

¹⁵⁸ Cf. Oates (1972), Wilson (1986), Bucovetsky (1991), Wilson (1991), Sterdyniak et *al.* (1991), Madiès et *al.* (2005), Baldwin et Krugman (2004), Wilson et Wildasin (2004).

¹⁵⁹ Les autorités publiques nationales s'engagent dans des jeux de concurrence pour l'attrait de capital en réduisant leurs taux d'impôt et leurs dépenses publiques. Cette « course à la baisse » peut s'avérer préjudiciable (cf. Wilson, 1999 ; Baldwin et Krugman, 2004).

conséquent, toute analyse de la dynamique communautaire est une analyse processuelle, une analyse « du devenir juridique ».

L'Histoire aura probablement donné raison aux fondateurs des Communautés européennes : l'avènement d'une véritable union économique et politique ne pouvait s'appuyer que sur une démarche progressive, sur la base de solidarités partielles étendues petit à petit¹⁶⁰. La progressivité constituait (et constitue sans doute encore) en effet un gage de confiance des acteurs parties prenantes de la construction communautaire, laquelle confiance s'avère nécessaire en vue d'initiatives économiques et politiques nouvelles. Au-delà du seul caractère progressif, le terme même d'UE a quant à lui l'avantage essentiel de ne pas classer définitivement la construction européenne au rang de fédération ou de confédération. Or cet aspect est crucial au regard des divergences fortes entre Etats membres sur le sens à donner à la mécanique fédérale à l'œuvre au niveau communautaire. Et Jacques d'expliquer que *« l'emploi d'un terme neutre comme celui d'Union permettait de mettre fin au débat idéologique puisque tous pouvaient se reconnaître dans une expression qui ne recouvrait que ce que chacun voulait bien y mettre »*. A travers ce terme et cette seule finalité d'Union, un dynamisme communautaire s'est mis en place, basé sur l'approfondissement progressif qui, avec les traités de Nice (2001) et de Lisbonne (2007), aboutit à un dynamisme sans doute nouveau que l'avenir permettra d'apprécier.

Comment le dynamisme communautaire se manifeste-t-il jusqu'à présent ? D'abord par le contenu des traités européens. Ces derniers comptent par exemple des dispositions relatives à l'élection ultérieure du Parlement européen au suffrage universel direct¹⁶¹. Le Traité d'Amsterdam (1997) comporte un titre qui donne possibilité de décider du passage à la majorité qualifiée et en co-décision avec le Parlement en matière de politique de visas, d'asile et d'immigration. De même, le Traité de Lisbonne (2007) contient des dispositions « passerelles » permettant le cas échéant au Conseil de décider à l'unanimité l'usage de la majorité qualifiée ou l'introduction du recours à la procédure législative dite ordinaire. Les dispositions et les contenus institutionnels précités sont autant d'éléments de nature à créer des dynamiques d'ordre juridique, et surtout démocratique. Mais le dynamisme communautaire s'illustre aussi par le biais du fonctionnement quotidien des institutions. Celles-ci sont ainsi amenées dans la pratique à travailler de concert pour garantir que l'Union

¹⁶⁰ L'idée apparaît dès le préambule du Traité CECA (1951) : *« Conscients que l'Europe ne se construira que par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait, et par l'établissement de bases communes de développement (...) »*.

¹⁶¹ Cf. décision 76/87/CECA, CEE, Euratom du Conseil du 20 septembre 1976, publiée au JOCE L 278 du 8 octobre 1976.

fonctionne bel et bien. Prenons l'exemple de décisions communautaires qui sont souvent le fruit d'une collaboration entre la Commission et le Parlement, laquelle collaboration implique des échanges, formels ou informels et, partant, des interactions entre les institutions en question. Ces interactions régissent, en partie du moins, les dynamiques institutionnelles et économiques dans l'espace communautaire. Une autre source de dynamisme communautaire a trait à la dimension intergouvernementale de l'UE. Elle apparaît à travers les piliers définis dans le Traité CE (1992). Plus exactement, l'UE consacre l'idée que le fonctionnement de l'Union relève à la fois d'un cadre fédératif (pour ne pas dire fédéral) que constitue la Communauté et d'un cadre de coopération politique que l'on retrouve par exemple dans la politique étrangère commune et de sécurité. Cette idée pousse à voir l'UE comme un oiseau à deux têtes, lesquelles révèlent un dynamisme institutionnel pluriel selon la nature des logiques d'intégration, ou même des stratégies d'intégration mises en œuvre.

Le droit communautaire fait l'objet de « *tentatives d'explications*¹⁶² » depuis son avènement officiel en 1957. On peut souligner, outre les analyses strictement juridiques, l'apport des réflexions relatives à la science politique. La question est de caractériser la nature du moteur institutionnel européen. Plusieurs approches sont possibles du point de vue de la science politique. La première, dite fonctionnelle, est liée à l'école fonctionnaliste (Mitrany, 1943). Elle s'appuie sur l'opportunité pour des Etats-Nations et des institutions spécialisées de se réunir et de s'intégrer dans un cadre de plus en plus global, en vue de pouvoir traiter des problèmes dont l'étendue les dépassent a priori¹⁶³. Ceci sous-entend que les acteurs institutionnels en question sont reliés par des valeurs communes. L'approche néo-fonctionnaliste s'inscrit quant à elle dans un cadre régional, au sein duquel des solidarités multiples sont de nature à prétexter des processus d'intégration. Jacqué (2006) le décrit comme suit : « *fidèles à la théorie du ruissellement, les néo-fonctionnalistes mettent l'accent sur la réalisation de l'intégration par étapes successives, le passage d'une étape à l'autre s'appuyant sur le phénomène de spillover (débordement), tout progrès dans l'intégration appelant nécessairement d'autres progrès* ». Quels que soient ses fondements, l'approche politique met en lumière à la fois le caractère évolutif, et donc dynamique, du droit communautaire, à travers notamment la description d'étapes institutionnelles indispensables à la construction européenne.

¹⁶² Jacqué (2006).

¹⁶³ Voir la description de la théorie du « ruissellement » (Mitrany, 1943).

Les analyses menées sur le dynamisme communautaire se sont traduites au niveau politique par l'émergence de deux grands courants que sont, d'un côté celui des réalistes, partisans des « petits pas », et de l'autre celui des tenants d'une transformation structurelle et globale vers un système définitivement fédéral. Si le « grand bond » n'a jamais été véritablement de mise¹⁶⁴, l'histoire européenne a été marquée par des changements institutionnels progressifs et parfois importants (traités sur les problématiques budgétaires, Acte unique, conférences intergouvernementales sur l'Union économique et monétaire, Traité d'Amsterdam, Traité de Nice...). La plupart des mutations institutionnelles ont en réalité accompagné et « communautarisé » des progrès économiques et juridiques inhérents à l'action d'une ou plusieurs institutions. C'est ainsi que des accords entre institutions ont « institutionnalisé » leurs pratiques¹⁶⁵. De plus, la dynamique communautaire peut découler de pratiques non institutionnelles¹⁶⁶, comme ce fut le cas pour le droit de veto, issu du compromis de Luxembourg et non inscrit dans les traités¹⁶⁷.

Qu'il existe un dynamisme communautaire de nature institutionnelle ne fait visiblement aucun doute. L'UE est le théâtre de dynamiques qui ont trait à des logiques d'intégration, mais la question demeure de savoir de quelle nature sont ces logiques, du moins les forces à l'œuvre dans le cadre juridique européen. D'aucun affirment que l'intégration conduit à un rapprochement inexorable des cadres normatifs nationaux. Pourtant, l'observation empirique semble plaider dans bien des cas en faveur d'une différenciation permanente entre les droits nationaux, alors même que sont en vigueur d'importantes forces d'homogénéisation. Qu'en est-il vraiment ?

Le droit communautaire est par essence un droit de l'intégration (Pescatore, 1972). En effet, la disparition des frontières inhérente au marché intérieur « *met nécessairement à mal la territorialité du droit public* » (Gautier, 2007). Derrière cette idée d'intégration, il y a celle d'uniformisation. L'analyse économique parle de convergence des normes juridiques, mais n'exclut pas, bien au contraire, les logiques de concurrence juridique qui débouchent sur une différenciation entre les Etats. Le débat n'est ainsi pas définitivement tranché. D'un côté semble se dessiner un mouvement inéluctable d'eupéanisation du droit par la « *marée montante* » du droit communautaire (Marcou, 1995), de l'action normative du triangle

¹⁶⁴ Encore eût-il fallu que des conditions exceptionnelles précises soient remplies, comme par exemple que les Etats membres avouent leur incapacité radicale à remplir leurs fonctions.

¹⁶⁵ Cf. l'avènement de codes de conduite, de *modus vivendi* ou des échanges de lettres (Jacqué, 2006).

¹⁶⁶ C'est-à-dire qu'il peut ne pas être fondé sur une quelconque existence juridique.

¹⁶⁷ Ayant disparu à l'occasion du Traité de Nice (2001), il réapparaîtrait dans celui de Lisbonne (2007), sous réserve de ratification.

institutionnel et de l'action interprétative de la CJCE, cette européanisation prenant les traits d'une « *contagion* » des droits nationaux par les normes communautaires (Bonichot, 1996). De l'autre côté, les droit nationaux paraissent ne pas forcément s'accommoder de la montée en puissance de la production normative communautaire et, partant, semblent résister : on assiste ainsi à un mouvement assez général de constitutionnalisation du droit (Nabli, 2003). Ce dernier serait en effet un moyen pour les Etats de l'UE de se préserver de « *l'uniformisation communautaire* » (Favoreu, 1990), dans l'optique de maintenir effectives leurs spécificités, leur culture juridique et donc leur singularité nationale.

Il existe toute une littérature économique qui se penche plutôt du côté de l'analyse concurrentielle de l'intégration juridique. Nombre d'auteurs soulignent en effet les vertus de la concurrence institutionnelle, notamment sa capacité à générer un « *mieux disant institutionnel* » (Leblond, 2003). Dans un environnement caractérisé par une forte incertitude, les agents économiques sont sensibles à l'offre publique des Etats de plus de sécurité juridique. Le raisonnement de Pieretti et *al.* (2007), qui porte sur la production publique en matière de développement de la finance, s'applique parfaitement à la production juridique des Etats membres de l'UE : « *une situation où les places bancaires, surtout si elles disposent d'un pouvoir réglementaire, s'efforcent de différencier leur offre afin de se créer une rente au moins temporaire, apparaît plus conforme à la réalité des activités (...) internationales (...). Dans un (...) cadre de concurrence monopolistique, la recherche de différenciation pour attirer les épargnants peut aboutir à une offre de « plus disant réglementaire » où la fiscalité apparaîtrait plutôt comme un prix à payer pour des gains en termes de réduction des risques et de réduction de problèmes informationnels (...)* ». Au niveau européen, d'aucun affirment donc l'existence d'une institutionnalisation de ces processus de « course à la hausse », confirmant donc la pertinence des analyses concurrentielles aboutissant davantage à une différenciation législative et réglementaire qu'à une convergence institutionnelle évidente (cf. Delmas-Marty, 2006 ; Deakin, 2006). Nous montrerons dans le chapitre suivant que le cadre concurrentiel se justifie pleinement en terme institutionnel à l'échelle communautaire.

En résumé, le droit communautaire s'inscrit clairement dans un contexte européen économique de construction du marché commun. Il est l'instrument de mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle à la base de ce marché et des interactions économiques et juridiques entre Etats membres. En gagnant en influence au fil des ans, il est devenu l'outil d'intégration juridique incontournable et a conditionné un nouveau type de concurrence institutionnelle, entre lui-même et les droits nationaux, concurrence qui a vu les effets de

processus d'externalité juridique. Mais l'existence de ces dernières n'aboutit pas de manière tranchée à une convergence juridique ou, au contraire, à un maintien des divergences réglementaires entre Etats.

3. Stratégies et méthodes d'intégration du cadre juridique ou comment rapprocher les cadres normatifs nationaux ?

L'histoire et les enjeux de l'intégration du cadre juridique européen peuvent se résumer par ces quelques mots de Delmas-Marty (2006) : « *pour dépasser la contradiction, il faut réussir à respecter la diversité tout en permettant une harmonie d'ensemble* ». Comment parvenir à un tel résultat ? L'idée que nous défendons est que la dynamique d'intégration juridique au niveau communautaire n'est pas déclinée de façon unique par l'appareil institutionnel européen. Si elle consiste en un rapprochement des cadres normatifs des Etats membres de l'UE, celui-ci peut s'exercer suivant des modalités différentes, en fonction des options politiques choisies par les gouvernants européens ou de la stratégie juridique de la construction européenne. Toujours selon l'enseignante au Collège de France, « *rien ne garantit le résultat, mais les pratiques montrent déjà la possibilité de relier par de multiples interactions, judiciaires et normatives, spontanées et imposées, directes et indirectes, des systèmes, ou plus largement des ensembles juridiques (nationaux ou internationaux), que l'histoire avait séparés et qui rejettent une fusion synonyme d'hégémonie* ». L'analyse des méthodes et des instruments d'intégration au niveau communautaire montre donc la mise en œuvre concomitante de plusieurs stratégies, précisément « gravées dans le marbre communautaire », chacune ayant ses caractéristiques (section 1). Parmi ces stratégies, l'harmonisation semble être la plus implémentée : elle laisse en effet des marges de liberté dans l'action normative des Etats et produit en outre des effets juridiques directs et spécifiques (section 2).

Section 1 – Une combinaison dynamique de stratégies d'intégration juridique

Les stratégies d'intégration légale ont une assise institutionnelle, ne serait-ce qu'à travers l'existence des piliers communautaires. Comme le rappelle Masson (2008), « *la construction communautaire a donné lieu à une structure en trois piliers, à savoir la Communauté européenne (...), la « Politique étrangère et de sécurité commune » (PESC) et la « Justice et affaires intérieures (JAI) »*. Chacun de ces piliers se caractérise par le choix d'une stratégie en termes de mise en œuvre juridique ou en termes d'accompagnement institutionnel. Comment en effet atteindre les objectifs inclus dans les piliers ? Il s'est agi avec le Traité de Maastricht (1992) de regrouper l'ensemble des communautés au sein d'un même « groupement institutionnel » appelé premier pilier ou pilier communautaire et dénommé « Communauté européenne ». La logique de ce pilier est clairement intégrationniste. L'article 5 du Traité CE dispose que « *la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le traité* ». En réalité, il existe un certain nombre d'éléments des droits institutionnel et matériel (éléments institutionnels au sens large), en plus de ce seul article 5 TCE, qui donnent corps à ce qu'il convient d'appeler l'harmonisation, laquelle a précisément une dimension d'intégration en tant qu'elle constitue une stratégie de rapprochement des cadres normatifs et procéduraux nationaux.

Un premier élément a trait à la définition et à la délimitation des compétences de la Communauté. Comme évoqué précédemment, ces compétences sont à mettre en regard avec les objectifs que se fixe la CE. De ce point de vue, le traité laisse des marges de manœuvre en vue d'ajustements entre ces deux dimensions. De ces marges « naissent » les compétences. Remarquons d'ailleurs que la Communauté ne dispose pas de compétence d'attribution, ce qui a pour conséquence institutionnelle que l'adoption d'un acte communautaire ne s'effectue qu'après avoir vérifié que la CE est bien compétente. Du reste, en matière d'harmonisation, il convient de porter son attention sur les compétences « partagées » (ou « concurrentes ») et les compétences complémentaires. Il s'agit pour les premières « *de domaines d'intervention pour lesquels les Etats membres sont compétents tant que la Communauté n'est pas intervenue. Mais dès lors que la Communauté intervient, par exemple en adoptant des normes sur le fondement de l'article 95, les Etats membres ne peuvent plus intervenir (préemption communautaire), sauf dans de rares exceptions, comme le risque d'atteinte à l'ordre public, à la sécurité ou à la moralité et à la protection de la santé ou celle des trésors archéologiques* » (Masson, 2008). Dans le cadre des domaines de compétences complémentaires, la CE n'est pas compétente pour intervenir de manière directe par la voie d'actes dérivés contraignants.

Elle peut néanmoins encourager l'intégration en coordonnant simplement l'action des Etats membres (par exemple en matière d'éducation, de culture et de santé publique).

Un deuxième élément constitutif de la stratégie d'harmonisation est le principe de subsidiarité, selon lequel la Communauté exerce des compétences « partagées » dans le seul cas où les Etats membres sont dans l'impossibilité de résoudre un problème de façon « satisfaisante ». Autrement dit, il importe de conduire l'action publique au niveau vertical le plus approprié. En cela, le principe de subsidiarité « *ne permet pas de définir des compétences, mais uniquement les conditions de leur exercice* » (Jacqué, 2004). Il répond ainsi à la nécessité d'encadrer et de réguler l'élargissement des compétences de la Communauté. Au-delà de ses modalités de fonctionnement¹⁶⁸, il traduit aussi la façon dont est encadrée l'action publique des institutions supranationales.

Une autre dimension institutionnelle de l'harmonisation renvoie à la question de l'ajustement des compétences de la Communauté. Dans l'esprit et la lettre des traités, il n'est pas question d'élaborer une liste complète des compétences de la CE, mais de clairement définir des objectifs desquels découlent lesdites compétences. De l'ajustement des compétences résulte le caractère effectif de ces dernières. L'harmonisation traduit simplement la dimension juridique de l'action de la Communauté, en tant qu'elle affirme les velléités de celle-ci à faire converger les cadres normatifs des Etats-membres et à utiliser à cette fin des instruments juridiques précis (directives, règlements...). Deux mécanismes s'avèrent essentiels à la mise en œuvre de la stratégie d'intégration juridique par harmonisation. D'abord, « *l'article 308 permet à la Communauté d'agir pour réaliser l'un des objectifs qui lui a été assigné par le Traité CE, alors même que ce dernier ne prévoyait pas de procédure correspondante applicable* » (Masson, 2008)¹⁶⁹. Le second mécanisme a trait à ce que la littérature nomme la théorie des pouvoirs implicites. Celle-ci renvoie en effet à l'existence de compétences dérivées et de compétences parallèles. S'agissant des premières, les traités peuvent fixer des objectifs, lesquels peuvent par exemple créer des prérogatives pour certaines institutions ou certains agents publics : Masson (2008) évoque l'exemple de l'objectif de diminution des prix du charbon dans les années 1950 qui a en définitive conféré à la haute autorité de la CECA la compétence (dérivée) de déterminer les prix du charbon. Le juriste cite

¹⁶⁸ Voir par exemple les conditions d'application du principe (statut de compétence « partagée », diagnostic d'insuffisance de l'action nationale, efficacité avérée de l'action communautaire), mais aussi les contrôles *a priori* et *a posteriori* de la subsidiarité (Masson, 2008).

¹⁶⁹ Masson (2008) évoque les garde fous qui existent en vue d'empêcher la « *boulimie des compétences de la Communauté* », à savoir le recours à l'unanimité, une condition de réalisation d'un des objectifs de la Communauté, une condition de nécessité en vue dudit objectif et une condition de non contournement d'autres règles prévues par le droit primaire.

par ailleurs l'arrêt AETR¹⁷⁰ par lequel « la Cour a consacré le principe d'un parallélisme des compétences externes et internes ». Les mécanismes ainsi brièvement décrits rendent compte de l'existence de dynamiques institutionnelles en termes d'attribution de compétences des Etats membres et de la CE, laquelle découle sur la mise en œuvre de l'action publique.

La politique étrangère et de sécurité commune (PESC) constitue le deuxième pilier communautaire. Elle remplace la « coopération politique européenne¹⁷¹ » et inclut une stratégie d'adoption progressive d'une politique étrangère commune et d'une politique de sécurité harmonisée. La PESC s'oriente vers les objectifs que sont la « sauvegarde des valeurs communes, des intérêts fondamentaux et de l'indépendance de l'Union, le renforcement de la sécurité de l'Union et des Etats membres, le maintien de la paix dans le monde et le renforcement de la sécurité internationale conformément aux principes de la charte des Nations unies, ainsi qu'aux principes et aux objectifs de l'acte final de Helsinki (1975) et de la charte de Paris (1990) qui ont été consacrés en 1994 par la création de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), la promotion de la coopération internationale, et enfin la promotion de la démocratie et de l'Etat de droit, la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Borchardt, 1999). L'existence de ce pilier pose des questions institutionnelles et politiques. En effet, les domaines de politique étrangère et de sécurité sont en général sensibles du point de vue de la souveraineté des Etats. Ensuite, dans l'UE, seuls le Royaume-Uni et la France possèdent l'arme atomique. Le domaine en question se trouve également être « au croisement » de plusieurs organisations internationales et instruments juridiques, parfois indépendants les uns des autres (exemple de l'OTAN¹⁷²). Difficile donc de trouver des positions communes sur la PESC, même si le cadre juridique instauré par le Traité d'Amsterdam assouplit les conditions d'harmonisation de ces questions¹⁷³.

Troisième et dernier pilier de la « structure constitutionnelle » de l'UE, la coopération policière et judiciaire a pour vocation de fournir aux citoyens européens un espace de liberté, de sécurité et de justice (articles 29 et 30 du Traité UE). Les chantiers en la matière ne

¹⁷⁰ CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes*, aff. 22-70, rec. 263.

¹⁷¹ Cet instrument était fondé sur la coopération entre les Etats en matière de politique étrangère et de politique de sécurité. Il consistait en des réunions régulières des ministres des affaires étrangères et de leurs administrations et fonctionnait sur le mode de l'unanimité. Remarquons que ce système, dont l'efficacité a fait défaut compte tenu du poids économique de l'UE et de son influence dans le monde, a montré des carences, en particulier au cours des crises internationales des années 1990 (guerre du Golfe, guerre de Yougoslavie...).

¹⁷² Organisation du Traité de l'Atlantique Nord.

¹⁷³ C'est par exemple un enjeu important de la présidence française de l'UE du second semestre 2008.

manquent pas : lutte antiterroriste, mais aussi contre l'esclavage moderne, le trafic de drogue, le racisme, etc. Même si certains ont porté des fruits encourageants, les enjeux, notamment en terme procédural, sont importants (vitesse de coopération en matière de procédure de justice et de mise en œuvre des décisions, efficacité des procédures d'extraditions entre Etats membres, pour ne citer qu'eux).

Seul le premier pilier repose sur le cadre des procédures de décisions du droit communautaire. Les deux autres relèvent encore pour l'essentiel de la collaboration entre les partenaires européens. A cet égard, la deuxième stratégie juridique déployée au niveau communautaire a trait à la coordination. Si le principe semble simple à comprendre, il est par ailleurs balisé par des éléments institutionnels précis, notamment issus des traités. La troisième stratégie, dite d'unification, a aussi une existence institutionnalisée. L'exemple le plus représentatif en est sans aucun doute la monnaie européenne. Même si tous les Etats membres n'utilisent encore pas la même devise, l'euro a vocation à s'élargir à tous les Etats de l'UE. Du reste, plus de la moitié desdits Etats ont adopté la monnaie unique et cette unification est le produit d'une action entreprise depuis l'Acte unique et dont les modalités ont été inscrites dans le Traité de Maastricht (1992)¹⁷⁴.

Le droit communautaire institutionnalise l'existence d'une « combinatoire intégrative » en gravant dans les traités les stratégies que sont l'harmonisation (essentiellement le premier pilier), la coopération (au moins les deuxième et troisième piliers) et l'unification (une partie du premier pilier et la monnaie unique). Les supports de ces stratégies sont multiples, de même que les philosophies qui président à leur mise en œuvre plus ou moins préférée (selon des considérations politiques et des forces inhérentes à l'expression de la souveraineté des Etats membres) : tout ceci participe de l'émergence de dynamiques institutionnelles propres à ce que nous appelons un « legal policy mix »¹⁷⁵.

Décrivons les stratégies « intégratrices » à l'œuvre au niveau communautaire. L'ensemble des processus d'intégration juridique obéit, dans le cadre européen, au principe de différenciation, selon lequel « *les Etats peuvent choisir de progresser à des rythmes différents, d'où l'idée d'une « Europe à plusieurs vitesses » ou d'une « Europe à géométrie variable »* » (Masson, 2008). Comme le signifie le juriste, ce principe peut revêtir trois formes qui sont

¹⁷⁴ L'objet n'est ici pas de décrire la marche vers la monnaie unique, les critères de convergence et leur logique sous-jacente (pour cela, voir par exemple Rollet, 1995).

¹⁷⁵ L'expression « policy mix » existe déjà en économie politique et définit l'articulation et le dosage des politiques monétaire et budgétaire (voir par exemple Mundell, 1961).

celle de l'*opting out*¹⁷⁶, celle de l'abstention¹⁷⁷ et celle de la coopération renforcée¹⁷⁸. Il s'agit d'un des principes qui fondent l'action publique européenne, principe à partir duquel se construisent des coopérations entre Etats membres selon des degrés de proximité d'action qui découlent de choix de stratégies d'intégration.

Pour Delmas-Marty (1997), la construction du cadre juridique s'opère au niveau communautaire, à la fois du point de vue des droits de l'homme et de celui du droit économique (réalisation du marché unique¹⁷⁹). En remarquant que l'intégration juridique communautaire n'est surtout pas de nature hégémonique¹⁸⁰, elle propose une analyse de la construction pénale européenne qui caractérise un modèle européen complexe qui « *ne substitue pas les normes européennes à la diversité de systèmes nationaux, mais les superpose à eux, combinant des processus à la fois horizontaux (co/ordination) et verticaux (sub/ordination)* ». Comment dès lors la dynamique d'intégration s'articule-t-elle ? Une réponse possible réside, selon la juriste, dans l'identification de trois stratégies d'intégration juridique que sont la coopération, l'harmonisation et l'unification¹⁸¹. Suivant les domaines du droit, et conformément à la logique de construction européenne, les pouvoirs publics européens mettent en place une stratégie d'intégration juridique différenciée et multiple. Certains secteurs juridiques seront intégrés par la voie de l'harmonisation, totale ou minimale, d'autres par de simples accords de coopération, en particulier dans des domaines sensibles du point de vue des prérogatives étatiques et de la souveraineté nationale ; certains autres pourront quant à eux être uniformisés (intégration par excellence). Notons à cet égard le rôle prépondérant du juge européen (CJCE) qui interprète et unifie les lectures des règles européennes (Zolynski, 2007). Là encore, la mise en place de façon concomitante de ces trois

¹⁷⁶ Cette option donne la possibilité pour un Etat membre de l'UE de ne pas prendre part à une politique commune.

¹⁷⁷ L'abstention est possible, notamment dans les matières régies par le principe de coopération intergouvernementale (exemple du deuxième pilier).

¹⁷⁸ La coopération renforcée est définie par les articles 11 et 12 du Traité CE, ainsi que par l'article 43 du traité instituant l'UE.

¹⁷⁹ Cf. le concept dit « de bipolarité ».

¹⁸⁰ Selon les mots de Delmas-Marty (2006), « *la construction européenne ne marque pas l'extension hégémonique d'un seul système, mais la recherche d'un dénominateur commun, par une sorte de métissage juridique, (...) (lequel) fut néanmoins combattu (...) par les tentatives impérialistes* ».

¹⁸¹ Les exemples concrets de coopération sont assez peu nombreux et se cantonnent souvent au domaine pénal (Delmas-Marty, 2006). L'unification monétaire apparaît quant à elle comme l'un des seuls véritables exemples de stratégie construite et aboutie d'unification. En revanche, la stratégie d'harmonisation est de loin celle la plus souvent mise en œuvre pour rapprocher les législations nationales. Elle met en avant le rôle fondamental du droit communautaire dans sa dimension matérielle (au sens strictement juridique), à travers la production de règlements et de directives transposées en droit national. C'est le droit communautaire qui communautarise les familles de droit. Les domaines juridiques concernés par l'harmonisation relèvent au départ et pour l'essentiel du fonctionnement du marché unique et de l'application des quatre libertés, même si le périmètre des prérogatives juridiques de l'UE s'agrandit et que le cadre juridique européen s'approfondit (ne serait-ce qu'en matière pénale).

types de stratégie d'intégration pose la question de l'existence d'un dosage équilibré desdites stratégies juridiques (*legal strategy mix*) que les gouvernements européens seraient susceptibles de mener.

Quid de la coopération en tant que stratégie d'intégration juridique ? A priori, la coopération en matière de réglementation entre Etats de l'UE n'a pas d'incidence sur le contenu des normes nationales (nature interétatique). Pour autant, la pratique communautaire semble montrer que cette stratégie génère dans la plupart des cas une intégration normative des normes, par exemple en matière de rapprochement des concepts juridiques. La coopération entre pays, dans le domaine pénal par exemple, implique en effet un niveau minimum de confiance entre les appareils administratifs nationaux. Cette confiance ne peut émerger que si les droits nationaux s'accordent sur des concepts juridiques communs. En d'autres termes, la coopération produit de toute façon des forces d'intégration. Delmas-Marty évoque l'exemple du mandat d'arrêt européen : celui-ci traduit la coopération des Etats membres en matière d'extradition en simplifiant les procédures et les conditions de fond. De façon générale, la coopération juridique entre pays européens consiste à produire des règles communautaires fondées sur la reconnaissance mutuelle et qui offrent des garanties minimales s'agissant de la sauvegarde des intérêts nationaux.

La stratégie dite de coopération porte en elle des éléments objectifs qui renvoient à une forme claire de dynamisme communautaire, à la fois de nature juridique et économique. Ainsi, le fédéralisme coopératif est défini dans les traités : l'article 102 A de l'Acte unique a trait par exemple à la coopération économique et monétaire (laquelle coopération a d'ailleurs pris la forme institutionnelle d'une fédération avec le Traité de Maastricht). Comme le souligne Jacqué (2006), « *l'existence d'une obligation de coopérer n'est pas sans conséquences juridiques* ». Que ce soit sur la base de l'article précité ou de l'article 140 du Traité CE, de nombreux domaines sont dédiés à la coopération entre la Communauté et les Etats membres, à travers notamment des procédures (obligatoires) de communication, de consultation et de concertation : citons les exemples des politiques migratoires, de l'éducation, de la culture ou de la coopération en matière de douanes. Conformément au principe de subsidiarité, l'action de la Communauté est complémentaire de celle des Etats. Quid des dynamiques insufflées par la stratégie de coopération ? La « *méthode de coordination ouverte* », définie depuis le Conseil européen de Lisbonne de 2000, permet la fixation, pour l'ensemble des Etats membres de l'UE, d'objectifs assortis de calendriers et d'indicateurs de performance, lesquels permettent un accompagnement et un suivi de l'action

publique menée par les pays. En d'autres termes, la stratégie de coopération permet de donner des impulsions en vue d'inciter les pays à agir selon les domaines visés. Remarquons d'ailleurs à quel point l'action du Conseil européen, organe institutionnel de coopération par excellence, est cruciale dans les avancées de l'espace communautaire¹⁸². Il faut dire que la stratégie de coopération présente l'avantage important d'inciter à la confiance mutuelle, même en cas de difficultés conjoncturelles. Ceci explique qu'elle soit une stratégie décisive en vue de construire l'intégration en tant qu'elle constitue alors une étape préalable à la « communautarisation ». C'est la raison pour laquelle, plus que de parler d'« *interpénétration (étroite) entre la coopération et l'intégration* » (Jacqué, 2006), il convient de considérer la coopération comme un mode à part entière d'intégration, ce que nous appelons une « stratégie ».

Pour appréhender la notion de coopération, nous nous référons à un type d'acte dit « hors nomenclature », à savoir les accords interinstitutionnels. Le Traité CE rend en effet possibles des accords entre institutions. Mais, dans l'optique d'une coopération loyale, l'accord interinstitutionnel devient une technique privilégiée de mise en œuvre de ladite coopération, laquelle technique peut s'avérer appréciable eu égard à certaines procédures décisionnelles complexes¹⁸³. En outre, ce type d'accord n'a pas de valeur juridique obligatoire, si ce n'est à travers son contenu intrinsèque.

A la différence de la coopération, l'harmonisation est une stratégie d'intégration qui « superpose clairement » des normes communautaires et des normes nationales. Elle vise à rapprocher de manière directe les droits internes selon des normes de référence d'inspiration supranationale. Mais à l'inverse de l'unification, l'harmonisation n'impose pas des règles strictement identiques à tous les Etats¹⁸⁴. Delmas-Marty résume les différences fondamentales entre coopération et harmonisation ainsi : « *on pourrait dire que la reconnaissance mutuelle tend à verticaliser un processus horizontal de coopération, alors que l'harmonisation équivaut (...) à horizontaliser un processus vertical d'intégration* ». La stratégie dite d'harmonisation apparaît cependant plus complexe que celle de coopération, ne serait-ce que parce qu'elle peut être de nature ascendante ou descendante. Concernant l'harmonisation descendante, on peut se référer à la dimension des droits de l'homme pour apprécier à quel

¹⁸² Le Conseil européen demeure, parmi les institutions européennes, celle qui a le plus de poids dans l'architecture institutionnelle communautaire (cf. chapitre 1).

¹⁸³ Voir par exemple l'accord interinstitutionnel sur la méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs du 20 décembre 1994, ou encore l'accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire du 22 décembre 1998.

¹⁸⁴ Voir chapitre 3 sur la notion de marges de manœuvre liées au processus d'harmonisation.

point les normes communes définies par la CESDH ont engendré une harmonisation évidente et indirecte au gré des décisions jurisprudentielles (Delmas-Marty, 1992). La Cour européenne de Strasbourg produit ainsi une intégration normative, non pas par des règles communes, mais par la défense de principes de nature supra étatique. Delmas-Marty évoque l'exemple du principe de respect de la vie privée (article 8 de la CESDH), lequel encadre l'usage des écoutes téléphoniques dans les procédures pénales et administratives. L'harmonisation offre par ailleurs des garanties de pluralisme quant à l'intégration juridique en laissant des marges de libertés, parfois importantes, dans la mise en œuvre des objectifs visés par les principes ou les normes communautaires. L'harmonisation dite ascendante est quant à elle la stratégie d'intégration juridique la plus utilisée, fondée sur la définition d'une norme communautaire (souvent minimale) que les Etats membres doivent transposer en droit interne¹⁸⁵. Le véritable enjeu que revêt cette stratégie réside dans la marge nationale d'appréciation (voir chapitre 3).

Les cas de mise en œuvre effective de l'unification comme stratégie d'intégration juridique ne sont pas si nombreux au niveau communautaire. Et pour cause, l'unification « parfaite » supposerait à la fois des cadres normatifs strictement similaires et un contrôle juridico-administratif « parfaitement » unifié. On peut néanmoins citer quelques exemples de cadres de mises en œuvre de cette stratégie depuis l'avènement du marché commun. D'abord la réalisation du marché unique a nécessité l'organisation d'une union douanière synonyme de tarif extérieur commun. Mais l'exemple d'unification juridique et économique le plus abouti demeure la mise en place de l'euro¹⁸⁶. La littérature dénombre deux hypothèses proches des cas de parfaite unification. La première a trait à l'unification spontanée par convergence. Comme son nom l'indique, elle suppose des convergences suffisantes pour permettre l'adoption de règles communes dans les pays concernés, sans l'existence de la moindre marge d'appréciation à l'échelle nationale. C'est par exemple le cas en matière de torture et de peine de mort : le droit à la dignité humaine implique *de facto*, et même en cas de circonstances exceptionnelles, une interdiction totale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Cette première hypothèse est toutefois rare en raison des chances d'occurrence de convergence (naturelle). Comme il demeure la plupart du temps des divergences entre Etats, l'unification spontanée est a priori difficile. En revanche, la stratégie d'intégration peut s'opérer par hybridation. L'unification par hybridation est possible si les divergences en

¹⁸⁵ Voir une description complète dans le chapitre 6.

¹⁸⁶ On pourrait discuter des étapes qui ont permis cette unification réussie. D'ailleurs, l'existence d'étapes (comme par exemple l'ECU, les critères de convergence de Maastricht, etc.) semble montrer que la monnaie unique ne relève pas non plus d'une unification évidente et brusque.

question sont compatibles entre elles. D'un point de vue théorique, l'hybridation requiert l'adoption d'un langage commun et d'une grammaire qui structure ce langage (Delmas-Marty, 2006). Outre l'exemple de la monnaie unique, deux cas d'unification au niveau communautaire sont à noter : la définition et la mise en œuvre de la politique agricole commune et de la politique commerciale de l'UE (voir Rollet, 1995 et Barthe, 2003).

A travers les trois stratégies décrites, on comprend que l'intégration du cadre juridique européen soit complexe, mais aussi pluraliste, en tout cas suffisamment dynamique pour garantir la diversité des systèmes juridiques nationaux.

Section 2 – Harmonisation et dynamiques institutionnelles

La description de l'harmonisation en tant que stratégie passe par celle de différents instruments juridiques et des effets directs. Il est apparu dans le chapitre premier que le changement institutionnel au sein de l'espace européen est conditionné par le droit communautaire, lequel existe à travers les traités et les actes dérivés. Tous ces actes sont au service de l'harmonisation communautaire car ils en constituent les véhicules juridiques et, en raison de leurs effets directs, les sources principales de dynamique institutionnelle au sein de l'espace juridique européen. Il n'existe pas, en principe, de hiérarchie de ces actes, excepté entre les actes dérivés de base et les mesures dites d'exécution (cf. Jacqué, 2006). Le Traité CE définit une typologie des actes en question, ainsi que les règles communes qui les régissent. Il s'agit dans la dernière partie du présent chapitre, non pas seulement d'énumérer les instruments juridiques sur lesquels s'appuie l'harmonisation, mais d'en identifier les dynamiques sous-jacentes.

La plupart des actes et effets juridiques à disposition des autorités communautaires en vue d'intégrer le droit au niveau européen sont énumérés dans l'article 249 CE. Chacun de ces actes est caractérisé par un objet, un contenu et une portée. La directive, le règlement et la décision constituent des actes obligatoires, à l'inverse des recommandations et des avis. L'utilisation d'un instrument plutôt qu'un autre dépend de la base juridique sur laquelle s'inscrit l'action de la CE. C'est pour cela que l'instrument est parfois imposé par les traités ou, au contraire, laissé au libre choix du législateur selon les avantages et les inconvénients qu'il comporte.

L'article 149 précité définit la directive comme liant « *tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». Cet instrument au caractère obligatoire illustre par ses modalités le principe même de subsidiarité. A cet égard, l'élément déterminant du point de vue des Etats membres est le degré de précision de la directive, duquel résulte par essence la marge d'autonomie des pays destinataires. Conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, la directive apparaît comme un instrument préférable, notamment en termes d'implication des autorités nationales, comparé au règlement, ou même à la directive-cadre. Le degré de précision avait tendance à être assez élevé, au moins jusqu'au Traité d'Amsterdam (1997), eu égard au souci du Conseil européen d'éviter des distorsions de concurrence dans la mise en œuvre du cadre communautaire. Les directives se caractérisent également par la définition d'un délai de transposition, au-delà duquel tout défaut est constitutif d'un manquement de l'Etat à ses obligations (cf. principe de coopération loyale). Au cours de ce délai, le juge national est invité à interpréter le droit conformément aux exigences communautaires¹⁸⁷. L'exercice de transposition laisse à l'Etat membre le choix des mesures de transposition en fonction des « *spécificités de son ordre juridique interne* » (Jacqué, 2006). La plus grande difficulté relève de l'obligation de faire disparaître toutes les dispositions de droit interne qui sont incompatibles avec les directives à transposer. Les exigences communautaires font naître des obligations qui doivent produire leur plein effet. Comme le souligne la CJCE, « *les dispositions d'une directive doivent être mises en œuvre avec une force contraignante incontestable, avec la spécificité, la précision et la clarté requise, afin que soit satisfaite l'exigence de la sécurité juridique qui requiert que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits*¹⁸⁸ ». La transposition d'une directive offre aux Etats de l'UE et à leurs ressortissants davantage de sécurité juridique. Elle est par conséquent « *pleinement obligatoire* », sauf dans le cas où le contexte juridique national garantit *ex ante* la pleine application de ladite directive (cas de l'harmonisation préexistante). L'utilisation de cet instrument d'intégration requiert en outre la totale transparence vis-à-vis des particuliers. Ainsi, la Commission peut exercer un contrôle entier de la transposition. Enfin, s'agissant de la directive, il faut noter que son plein effet résulte « *normalement*¹⁸⁹ » des mesures de transposition qu'elle nécessite. Il ne fait aucun doute que l'instrument que

¹⁸⁷ Voir par exemple l'arrêt du 10 avril 1984, *Van Colson et Kaman*, aff. 14/83, rec. 1891.

¹⁸⁸ Arrêt du 13 mars 1997, *Commission c/ France*, aff. C-197/96, rec. I-1489.

¹⁸⁹ D'après la CJCE, et sous certaines conditions, une directive non transposée ou transposée de manière incorrecte peut être invoquée par des particuliers à l'expiration du délai de transposition (cf. arrêt du 19 novembre 1982, *Becker*, aff. 8/81, rec. 53).

constitue la directive peut, le cas échéant, produire des dynamiques d'ordre institutionnel, que ce soit à travers le délai de transposition ou à travers l'enjeu d'assurer aux dispositions harmonisées leur plein effet (ce que Zolynski (2007) nomme en définitive l'« *intégration cohérente* »). Par essence, la directive ne produit donc pas d'effet direct en raison du processus (parfois long) de transposition. Plus exactement, ce sont les mesures de transposition qui ont vocation à générer des effets dans les ordres juridiques internes. En réalité, la question des effets directs des directives a trait à la qualité de la transposition. Que dire en effet des conséquences inhérentes à une mauvaise transposition en droit interne ? La CJCE a d'ailleurs conclu que le juge interne peut appliquer toute directive à l'encontre d'un Etat membre qui serait défaillant vis-à-vis de la transposition¹⁹⁰. Selon l'arrêt du 2 mai 1996¹⁹¹, « *ce n'est que dans des circonstances particulières, notamment dans le cas où un Etat membre a omis de prendre les mesures requises, ou adopté des mesures non conformes à une directive, que la Cour a reconnu le droit, pour les justiciables, d'invoquer une directive à l'encontre d'un Etat membre défaillant. Cette garantie minimale découlant du caractère contraignant de l'obligation imposée aux Etats membres par l'effet des directives, en vertu de l'article 189, troisième alinéa, - article 249 nouveau – ne saurait servir de justification à un Etat membre pour se dispenser de prendre, en temps utile, des mesures adéquates à l'objet de chaque directive* ». La dynamique juridique joue pour les particuliers vis-à-vis des Etats (effet direct vertical de la directive), mais pas de manière réciproque. Il n'existe pour autant pas d'effet direct dans les rapports entre particuliers. Autrement dit, la dynamique institutionnelle n'est pas parfaitement en phase avec une dynamique économique inhérente au « parfait » fonctionnement du marché unique. Il existe néanmoins un effet direct d'interprétation dans le sens où le juge national doit interpréter le droit national en conformité avec la directive en vue de respecter son caractère obligatoire et son plein effet utile. Un autre moyen d'élargir l'effet direct de la directive a été pour la CJCE de développer une notion large des autorités de l'Etat, à l'égard desquelles l'effet direct pouvait être invoqué (les autorités centrales, les collectivités décentralisées et les entreprises publiques¹⁹²). Enfin, comme le rappelle Jacqué (2006), « *la responsabilité de l'Etat peut être engagée en cas de non transposition ou de transposition incorrecte, et ceci indépendamment du fait que la norme soit d'effet direct* ». Dès lors, la

¹⁹⁰ La question s'est posée sur la base des arrêts *SACE* (17 décembre 1970, aff. 33/70, rec. 1213) et *Van Duyn* (4 décembre 1974, aff. 41/74, rec. 1337). Elle a débouché sur l'affirmation du principe dit *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (arrêt du 19 novembre 1982, Becker, aff. 8/81, rec. 53).

¹⁹¹ Voir *Commission c/ Allemagne*, aff. C-253/95, rec. I-2423.

¹⁹² Cf. les arrêts du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, affaire 103/88, rec. 1839, et du 12 juillet 1990, *Foster et autres*, affaire C-188/89, rec. I-3313.

directive est bien un instrument d'intégration discrétionnaire qui génère des effets et, partant, conditionne la dynamique institutionnelle de l'espace communautaire.

L'article 249 du Traité CE précise que « *le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre* ». Par portée générale, il faut entendre que le règlement s'applique à toute personne qui entre dans son champ d'application. Jacqué (2006) souligne que le caractère général de cet instrument juridique est fondamental dans le cadre du « *contentieux de la légalité* ». Le règlement s'impose à travers l'ensemble de ses modalités à tout organe et acteur institutionnel de l'espace communautaire, aux Etats membres et aux particuliers. Ainsi, les pays de l'UE ont l'obligation de l'exécuter, même si l'exécution leur pose des difficultés (cf. arrêt du 7 février 1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/72, rec. 101). Le règlement est en outre directement applicable dans tous les Etats membres, à compter de son entrée en vigueur. Contrairement à la directive, il n'y a donc pas de phase de transposition à prévoir, ni de délai qui y serait associé. Autrement dit, cet instrument d'harmonisation engendre de façon immédiate des droits et des obligations à faire valoir par rapport aux autorités nationales, mais aussi eu égard aux particuliers (effets directs vertical et horizontal). On comprend dès lors que les dynamiques institutionnelles générées par le règlement ne sont pas parfaitement identiques à celles conditionnées par la directive. Autant les premières sont directement opérantes, autant les secondes paraissent potentiellement plus cohérentes car plus en phase avec les ordres juridiques nationaux et les cultures juridiques internes. Somme toute, l'effet direct de l'instrument juridique que constitue le règlement est gravé dans le droit primaire et se manifeste aussi bien dans les relations entre les autorités nationales et les particuliers que dans les relations entre particuliers. Du point de vue économique, cet outil juridique est donc moins critiquable que la directive eu égard à la question du fonctionnement harmonieux du marché commun puisqu'il implique beaucoup moins d'incertitudes qui seraient liées à un délai d'application des règles de droit afférentes ou simplement à leur application effective.

La décision est un troisième instrument à disposition des autorités communautaires dans l'optique d'intégrer le cadre juridique de l'UE. L'article 249 dispose qu'elle « *est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne* ». A l'instar du règlement, la décision est donc un acte individuel dont les effets portent sur un ou plusieurs destinataires, lesquels peuvent être des Etats ou des particuliers. En revanche, elle n'a pas de portée générale, mais demeure directement applicable par les intéressés. Rappelons que les trois instruments précités ont un caractère obligatoire. La dynamique ainsi générée est donc

directement produite : du point de vue économique, ces outils sont contraignants et constituent donc de véritables incitations. De façon plus précise, il convient de distinguer les décisions adressées aux particuliers, dont les effets directs ne font pas de doute, des décisions à l'encontre des Etats membres par rapport auxquelles « *la jurisprudence relative aux directives est largement transposable*¹⁹³ » (Jacqué, 2006). Enfin, il faut souligner que les décisions ne créent pas d'effet de droit de nature horizontale.

Quid des avis et des recommandations ? Ces deux instruments ne contraignent pas, mais invitent leurs destinataires à adopter un certain type de comportement. Leur caractère incitatif est donc relatif, mais tout de même réel s'agissant de la recommandation dans la mesure où l'échec de ses effets conduit à traduire son contenu en acte(s) juridique(s) contraignant(s). Ce dernier instrument vise souvent à fixer un cadre général d'action, lequel peut servir de base juridique à l'interprétation de mesures nationales.

En dehors des actes définis par l'article 249 du Traité CE, les institutions font usage d'autres instruments d'intégration qui n'offrent pas nécessairement autant de sécurité (juridique) dans le système réglementaire européen que les actes précités. Ce n'est pas tant dans leur contenu que dans leur portée que ces actes contribuent à une certaine incertitude juridique. C'est donc le plus souvent à la CJCE d'examiner si les instrument en question ont vocation à effectivement produire des effets juridiques et, le cas échéant, s'ils sont en accord avec « *les conditions de fond et de forme prévues par les traités* » (Jacqué, 2006¹⁹⁴). Parmi les actes « hors nomenclature¹⁹⁵ », on trouve aussi un instrument appelé (lui aussi) « décision » qui, contrairement à celui désigné dans l'article 249, est un acte qui n'a pas de destinataire¹⁹⁶. Il peut s'agir d'une décision prévue par le droit primaire¹⁹⁷, auquel cas un traité détermine les effets juridiques, ou une décision dite « d'ordre interne ». Dans la mesure où cet instrument produit des effets de droit, il est susceptible d'être contrôlé par la CJCE. Les résolutions et conclusions sont d'autres instruments juridiques à disposition du Conseil en vue de favoriser le rapprochement des cadres juridiques nationaux. Outre les conclusions de la présidence du Conseil, celles de l'institution intergouvernementale produisent des effets de droit. Elles font en effet suite à ses sessions de travail et contiennent le plus souvent des déclarations d'ordre

¹⁹³ Voir les arrêts du 6 octobre 1970, *Grad*, aff. 9/70, rec. 825, et du 10 novembre 1992, *Hansa Fleisch*, aff. C-156/91, rec. I-5567.

¹⁹⁴ Arrêts du 16 juin 1993, aff. C-325/91, *France c/ Commission*, rec. I-3283, et du 20 mars 1997, *France c/ Commission*, aff. C-57/95, rec. I-1627.

¹⁹⁵ On parle aussi d'« actes innommés », de droit *sui generis* ou de soft law (cf. Masson, 2008).

¹⁹⁶ Le terme allemand pour désigner ce type de décision est « *Beschluss* ».

¹⁹⁷ Exemples de la décision sur les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission et de la décision qui donne droit au président du Parlement de constater l'arrêt du budget.

politique, ainsi que des décisions (au sens de « Beschluss ») dont la portée juridique ne peut s'apprécier qu'au regard d'un examen approfondi des contenus. Les résolutions du Conseil contiennent quant à elles le plus souvent une description des actions futures planifiées selon des domaines ciblés. Sans avoir d'effet juridique au sens strict, elles invitent la Commission à réfléchir et, le cas échéant, à faire des propositions en matière d'action publique. Elles peuvent être de nature exclusivement communautaire (résolutions prises par le seul Conseil) ou bien mixte (prises par le Conseil et des représentants des gouvernements nationaux) dans le cas où elles sont relatives à des domaines non exclusivement communautaires. En conséquence, les résolutions du Conseil produisent des effets juridiques contraignants dans des situations spécifiques¹⁹⁸. Enfin, la Commission dispose elle-même d'outils juridiques qui ont vocation à orienter les réflexions sur l'action publique européenne. Les communications sont à cet égard un instrument privilégié qui prend la forme de livres blancs et verts, de rapports ou de documents de présentation des orientations que les différents acteurs institutionnels devraient choisir. Les communications n'ont pas en soi d'effet juridique, mais elles ont la vertu de donner à ses auteurs une crédibilité et donc d'asseoir une confiance vis-à-vis des acteurs européens. L'analyse économique montre à cet égard l'importance que revêt la confiance, notamment dans la construction d'un marché commun sans entrave à l'échange, et, partant, le rôle bénéfique du cadre institutionnel et juridique quand il est de nature à promouvoir cette confiance.

D'autres effets directs sont inhérents au droit communautaire. Ils ont trait par exemple à des dispositions spécifiques des traités ou à des accords internationaux. S'agissant des premières, il convient de citer des dispositions du droit primaire relatives à la concurrence, lesquelles s'appliquent dans les relations entre entreprises. De même, les principes de libre circulation des personnes et des marchandises ou encore de non discrimination de genre renvoient aussi bien à des effets pour les particuliers, que ce soit dans leurs relations avec les autorités nationales ou dans celles avec d'autres particuliers. Des normes sont par ailleurs relatives aux relations entre particuliers et Etats membres en raison de la nature des obligations qui ne peuvent par exemple s'appliquer qu'à des Etats (restrictions douanières, interdiction de restrictions à la liberté d'établissement...). Concernant les effets directs des accords internationaux, il faut rappeler que les règles de droit international s'appliquent aux Etats membres de l'UE et à l'UE elle-même. De manière générale, les parties qui concluent un accord sont libres de fixer l'effet qu'est censé produire ledit accord en droit interne. C'est tout l'esprit de ce que déclare la CJCE : « *une disposition d'un accord conclu par la*

¹⁹⁸ Voir l'arrêt du 10 juillet 1980, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 32/79, rec. 2403 (politique de la pêche).

*Communauté avec des pays tiers doit être considérée comme étant d'application directe lorsque, eu égard à ses termes, ainsi qu'à l'objet et la nature de l'accord, elle comporte une obligation claire et précise, qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte extérieur*¹⁹⁹ ».

L'harmonisation exige d'être mise en perspective, afin d'en mesurer les effets dynamiques. Elle est une stratégie d'intégration juridique qui est fondée sur l'utilisation d'actes dérivés précis. On parle d'harmonisation dans les cas de directives ou de règlements. Cette stratégie laisse par nature aux Etats membres une marge de liberté relative, comme le souligne Zolynski (2007) : « *déterminer la force contraignante et le contenu normatif de la disposition communautaire est la première question qui se pose aux autorités nationales afin d'appréhender l'obligation mise à leur charge de transposer dans leur ordre interne* ». Autrement dit, l'enjeu au cours de l'opération de transposition est de caractériser l'intensité de l'harmonisation, c'est-à-dire son degré. Car c'est de ce degré que dépendra la tendance des Etats à estimer pouvoir légitimement maintenir intact leur droit interne. Le degré d'harmonisation n'apparaît pas toujours de manière flagrante dans les textes de directives. Plus encore, l'accroissement de l'« intensité harmonisatrice » relève d'une véritable méthode. Celle-ci consiste ainsi à sonder les actes dérivés selon certains critères dont les uns peuvent être qualifiés d'« *élémentaires* » et les autres de « *substantiels* » (Zolynski, 2007).

Les dispositions communautaires sont à la source de dynamiques institutionnelles dans la mesure où elles relèvent de deux caractéristiques qui sont leur force contraignante et leur contenu normatif. Ces deux dimensions définissent en effet, du moins dans le cas de la directive, le niveau d'obligation à transposer la norme communautaire en question. Or l'obligation de transposition constitue d'un point de vue économique un ensemble d'incitations qui poussent les Etats membres à produire des efforts de nature réglementaire. En cela, l'harmonisation et, à travers elle, les dispositions communautaires, conditionnent une vraie dynamique institutionnelle. L'intensité de celle-ci dépend alors du degré d'harmonisation, lequel est fonction des critères précités. S'agissant des critères dits « *élémentaires* », il convient de souligner l'importance du type d'instrument normatif utilisé en vue d'harmoniser, ainsi que du type de formule spécifique (formulation) qui fixe les modalités de ladite harmonisation. Parmi les instruments normatifs à disposition des Etats membres se trouve la directive dont l'utilisation traduit la volonté de rapprocher les législations nationales, mais dans un respect évident des souverainetés nationales,

¹⁹⁹ Cf. arrêt du 30 septembre 1987, *Demirel*, aff. 12/86, rec. 3719.

conformément aux principes de proportionnalité et de subsidiarité (Zolynski, 2007). De manière plus précise, les marges de manœuvre des Etats dépendent davantage du degré d'harmonisation que de la simple utilisation de l'instrument « directive ». Les directives-règlements sont en effet précises, impératives et prescriptives, tandis que les directives-cadres sont surtout téléologiques²⁰⁰. La dynamique portée par la directive, ou par tout autre acte dérivé, dépend en réalité pour l'essentiel des dispositions qui la forment. A vrai dire, l'étude globale d'un acte dérivé n'est pas forcément pertinente car il peut comporter plusieurs catégories de dispositions, ces dernières traduisant le fait que les autorités centrales n'ont pas souhaité le même niveau d'harmonisation pour tous les aspects juridiques de la norme communautaire. Il faut ainsi distinguer les dispositions d'harmonisation maximale de celles d'harmonisation a minima. Selon Simon (2000), l'intensité normative des directives est à géométrie variable. Et cette géométrie de caractériser d'une certaine manière le caractère multiforme de la dynamique institutionnelle d'intégration. Il faut aussi noter que les incitations générées par les dispositions relèvent des formulations employées pour définir la répartition des compétences nationales et européennes. Les mots ont un rôle crucial pour dévoiler l'intensité de la force contraignante des dispositions. Zolynski (2007) précise que l'harmonisation peut être impérative à travers l'utilisation d'expressions comme « *les Etats membres prévoient* », ou plus permissive comme c'est par exemple le cas avec l'expression « *la possibilité de choisir les actes possibles* ». Somme toute, le soin apporté à la rédaction des textes des actes dérivés conditionne en partie le degré d'harmonisation et, par conséquent, le cadre dynamique de l'intégration juridique.

Au-delà des critères élémentaires existent des critères substantiels qui déterminent le degré d'harmonisation et donc l'intensité de la dynamique d'intégration. Ces critères ont trait à l'interprétation du juge dont l'observation permet d'apprécier la marge de liberté dans l'exercice d'harmonisation. Pour Zolynski (2007), le principe est que le sens et la portée de la norme sont recherchés dans l'esprit et la lettre des dispositions. Ainsi, le juge interprète sur la base des termes, du contexte et des objectifs. C'est en cela qu'il importe de mener une analyse à la fois formelle (analyse littérale et analyse de l'environnement) et finaliste²⁰¹. Pour résumer, il s'agit, d'un côté d'identifier le critère de précision du contenu normatif et l'emploi de définitions et de notions floues, ainsi que d'étudier l'influence de l'environnement d'une disposition dans la formation de son contenu normatif, et, de l'autre de définir l'intention des

²⁰⁰ Une norme est téléologique si elle définit une finalité, ou plus simplement des objectifs (cf. Zolynski, 2007).

²⁰¹ Pour une analyse approfondie, voir Zolynski (2007).

autorités communautaires (Côté, 1999), c'est-à-dire la finalité des dispositions dans leur application et leur interprétation.

4. Conclusion

« Ce qui domine le paysage juridique actuel, c'est le grand désordre d'un monde tout à la fois fragmenté à l'excès, comme disloqué par une mondialisation anarchique, et trop vite unifié, voire uniformisé, par une intégration hégémonique qui se réalise simultanément dans le silence du marché et le fracas des armes. Ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste, peut dès lors sembler un objectif inaccessible et même contradictoire : le pluralisme renvoie à la dispersion, au libre mouvement, donc à la séparation de systèmes autonomes et fermés, alors que le terme d'ordre invite à penser en termes de structuration, voire de contrainte » (Delmas-Marty, 2006). Voilà présentés de manière synthétique nombre des enjeux que revêt le droit communautaire et, plus globalement, l'intégration du cadre juridique au niveau européen. Le premier est un véritable terrain de la manifestation de différentes forces d'intégration, d'abord économiques puisque le droit communautaire est en premier lieu le droit du marché commun, mais aussi parce qu'il est le droit du principe de reconnaissance mutuelle qui donne lui aussi de la dynamique économique et institutionnelle à l'espace juridique communautaire. Ces dynamiques relèvent, selon leur nature, de logiques de rapprochement des cadres normatifs nationaux, ou au contraire, de phénomènes de différenciation réglementaire, laquelle explique donc pourquoi il subsiste autant de différences entre Etats membres dans un contexte pourtant très intégrateur, comme en atteste l'importante production législative européenne. C'est dans ce cadre que nous identifions les ressorts des dynamiques afférentes, en décrivant les stratégies d'intégration à disposition des acteurs publics, ainsi que leurs logiques dynamiques.

Après avoir présenté dans les deux premiers chapitres un premier état des lieux de ce qu'on peut entendre par l'expression « intégration du cadre juridique européen », nous proposons de nous pencher davantage sur la caractérisation des dynamiques économiques et institutionnelles de l'appareil institutionnel communautaire. La littérature n'a toujours pas tranché de manière définitive entre les modèles de concurrence et ceux d'harmonisation. Il

s'agira dans le chapitre suivant de montrer la pertinence d'une analyse concurrentielle en développant le concept de « marges de manœuvre institutionnelles ».

Chapitre 3

Les marges de manœuvre institutionnelles dans l'Union européenne

L'objectif de cette contribution est de justifier la pertinence des analyses concurrentielles des mécaniques institutionnelles à l'œuvre dans le cadre juridique européen. Notre analyse tend à montrer que, malgré les mesures (vœux) d'harmonisation des systèmes de régulation européens, l'architecture du droit communautaire et de la gouvernance de l'UE laissent apparaître des marges de manœuvre institutionnelles qui sont notamment fondées sur l'utilisation, par les autorités communautaires et les Etats membres de l'Union, d'instruments juridiques spécifiques. L'existence de ces marges justifie et légitime l'analyse de type concurrentiel des processus d'intégration juridique communautaire.

1. Introduction

Le phénomène d'intégration européenne a fait l'objet d'études nombreuses, tant sous les aspects économique, monétaire, politique que juridique. Et pour cause, la complexité de la construction européenne²⁰² impose une analyse pluridisciplinaire. D'un point de vue économique, le modèle communautaire repose sur les objectifs du Traité de Rome²⁰³, en particulier celui de promouvoir une économie de marché ouverte, où la concurrence est non faussée²⁰⁴. Sous l'angle institutionnel, il s'appuie sur une structure de gouvernance originale dont il convient de caractériser la nature des dynamiques sous jacentes. Car entre logiques fédérale et intergouvernementale, le modèle institutionnel européen est mû par des forces dont la nature n'est pas clairement identifiée. La littérature expose en effet des arguments en faveur d'une uniformisation inéluctable des normes et d'une centralisation de l'appareil administratif²⁰⁵, mais aussi des arguments contradictoires qui soutiennent l'idée d'une concurrence fiscale et institutionnelle à la fois bénéfique²⁰⁶ et inexorable entre les Etats membres de l'UE²⁰⁷.

Notre intuition se penche plutôt vers la seconde piste. Et pour justifier cette inclination, nous proposons d'argumenter sur la pertinence de la notion de « marges de manœuvre institutionnelles ». Ladite notion désigne des espaces de liberté qui sont laissés aux autorités nationales dans leur action publique et qui leur assurent certaines prérogatives. L'existence de ces espaces rend possible l'usage par les juridictions de leur souveraineté, c'est-à-dire leur capacité institutionnelle à prendre des décisions de manière unilatérale. Par conséquent, si des marges existent, alors les pays sont en mesure d'entrer dans des jeux non coopératifs et, partant, de se confronter à la concurrence de leurs partenaires. C'est particulièrement vrai au niveau communautaire où le fonctionnement de l'UE s'opère selon une logique d'intégration économique, politique et juridique, laquelle logique entre donc en contradiction avec l'idée de « marges ».

²⁰² Voir par exemple Rollet (1995).

²⁰³ Le Traité de Rome instaure les Communautés Economiques Européennes en 1957 (TCE).

²⁰⁴ Cf. article 3 du TCE.

²⁰⁵ La littérature en faveur de l'harmonisation européenne renvoie à plusieurs disciplines, parmi lesquelles les sciences politique, économique ou juridique (cf. De Villepin et Semprun, 2005 ; Bénassy-Quéré et *al.*, 2000 ; Muir-Watt, 2005).

²⁰⁶ Voir les défenseurs des modèles concurrentiels qui invoquent les avantages de la concurrence (par exemple Casella et Frey, 1992).

²⁰⁷ Comme la réflexion s'inscrit dans le cadre de l'UE, nous utiliserons de manière non équivoque et équivalente les termes d'« Etats membres », de « juridictions », de « régions », de « nations », d'« Etats » et de « pays ».

Les dynamiques des institutions européennes et du droit communautaire sont par nature « au service » de la réalisation des objectifs du TCE. La méthode du Traité de 1957 consiste en un « *rapprochement des législations nationales* » en vue de limiter les distorsions dans les interactions entre agents au sein de l'Union. A cet égard, le débat s'est récemment focalisé sur la définition d'une bonne stratégie de rapprochement. Les économistes, qu'ils soient pro fédéralistes ou partisans de la décentralisation compétitive, semblent désormais s'accorder sur les bienfaits, pour le modèle d'intégration juridique européen, d'une solution équilibrée entre harmonisation et concurrence juridique (Deakin, 2001, 2006), tandis que les juristes se demandent jusqu'à quel point il est possible de transposer la méthode de fédéralisme américain au modèle européen (Muir-Watt, 2005).

Les enjeux de notre réflexion sont multiples. Au-delà de la compréhension des dynamiques d'intégration dans le cadre communautaire ou de la logique de gouvernance inhérente au fonctionnement institutionnel de l'UE, ils renvoient d'abord et surtout à la justification des logiques concurrentielles interjuridictionnelles, particulièrement entre les Etats membres de l'UE. Ainsi, décortiquer le droit communautaire permet de comprendre les fonctions de ces Etats et les instruments juridiques qui véhiculent leur action. On y identifie nombre d'espaces institutionnels qui traduisent des éléments de différenciation entre pays, lesquels constituent des marges de manœuvre que ces derniers peuvent exploiter dans le cadre de leur développement institutionnel.

Ce chapitre s'articule selon trois directions. Après avoir rendu compte de ce que rapporte la littérature sur la question des marges de manœuvre institutionnelles, il propose de mener une analyse structurelle et fonctionnelle de la mécanique communautaire afin d'identifier les espaces de concurrence entre Etats membres de l'UE, puis de définir les marges à l'œuvre dans l'exercice d'élaboration des mesures nationales d'exécution, ainsi que les marges institutionnelles en termes de droit matériel communautaire.

2. Les marges de manœuvre institutionnelles : une revue de la littérature

Avant d'identifier où se trouvent les marges de manœuvre dans l'appareil institutionnel européen, il importe de rappeler comment la littérature définit ces « espaces ». Celle-ci a

consacré dès les années 1950²⁰⁸ la notion de marges de manœuvre institutionnelles en étudiant la question de la concurrence institutionnelle. Cette dernière présuppose en effet qu'existent entre les pays des espaces de liberté en raison de leur souveraineté, espaces qui leur permettent de se « positionner » dans la compétition internationale (section 1). Plus précisément, la littérature identifie plusieurs sources d'apparition des marges de manœuvre institutionnelles qui sont l'incomplétude du droit, le degré de complexité des règles juridiques et les marges délibérément prévues pour les Etats dans la production de standards, nationaux ou internationaux (section 2).

Section 1 – La concurrence institutionnelle traduit l'existence de marges

Le concept de concurrence institutionnelle repose au moins en partie sur l'idée d'une concurrence entre régions et s'est d'abord nourri des questions de concurrence fiscale. La concurrence institutionnelle se définit ainsi au sens économique comme une externalité. Selon Raspiller (2006), « *il y a situation de concurrence (institutionnelle) si les décisions d'une administration affectent directement les capacités d'autres administration et si les mécanismes de marché se révèlent insuffisants pour réguler cette interaction (...). D'un point de vue collectif, la concurrence (...) n'est pas optimale. L'administration responsable ne paie pas l'interaction engendrée en cas d'externalité négative, ou n'est pas rétribuée en cas d'externalité positive* ». La littérature souligne une analogie fonctionnelle entre concurrence des marchés et concurrence institutionnelle (Sartorius, 1998). La première renvoie à un mécanisme d'expression libre des préférences des individus (hypothèses d'information parfaite et d'atomicité de l'offre²⁰⁹). Ainsi et à l'instar de la concurrence des entrepreneurs privés, celle entre entrepreneurs publics est susceptible de conduire à la meilleure structure institutionnelle de l'économie marchande, c'est-à-dire celle qui répond le mieux aux besoins individuels (Vanberg, 1995). Pour Wohlgemuth (1995), les juridictions se comportent comme des entrepreneurs institutionnels, tandis que les citoyens sont des arbitres institutionnels qui, moyennant le paiement d'une taxe, bénéficient d'une offre publique de nature institutionnelle de la part des pouvoirs publics locaux²¹⁰.

²⁰⁸ Voir Tiebout (1956).

²⁰⁹ Voir l'analyse microéconomique de la concurrence (par exemple Varian, 2002).

²¹⁰ Wohlgemuth conclut en l'existence, pour les consommateurs institutionnels, d'une option de sortie de la communauté, mais aussi en la possibilité d'une option dite « de voix » lorsque la juridiction se comporte comme

Tout mécanisme concurrentiel d'ordre institutionnel est fondé sur la propriété de mobilité des demandeurs (consommateurs). Plus précisément, la nature de la concurrence institutionnelle dépend du type de mobilité en question (Budzinski et Kerber, 2005), et donc des mécanismes de transmission des effets de concurrence en matière de droit et de régulation²¹¹. Par exemple, dans une mouture de concurrence par comparaison (*yardstick competition*²¹²), des juridictions (ou communautés) ne sont reliées que par « *des flux d'informations qui permettent d'apprendre de manière réciproque les avantages et les inconvénients des différentes règles juridiques* », de comparer les performances de ces règles nationales et de les imiter le cas échéant. La mobilité des informations et des théories juridiques génère un processus concurrentiel d'incitations sur les offreurs de droit. Les individus, parce qu'ils ont accès à l'information sur l'ensemble des pratiques nationales, sont en mesure d'exercer des pressions sur les gouvernants pour améliorer leurs propres lois ou imiter celles de leurs concurrents. Dans ce cas, les marges de manœuvre institutionnelles apparaissent dans les espaces inhérents à l'existence de droits nationaux différenciés. Mais la concurrence réglementaire peut aussi s'exprimer sur le terrain de la compétitivité des biens et services régionaux : en produisant des cadres institutionnels nationaux influençant la compétitivité des produits, de l'industrie et des marchés locaux, les pays peuvent entrer dans des jeux de concurrence institutionnelle. A la mobilité des informations juridiques s'ajoute celle des biens et services fournis par les entreprises sur les marchés internationaux²¹³. La concurrence institutionnelle peut également revêtir un caractère plus direct, à travers notamment l'attraction de facteurs de production et de firmes. Ainsi, les pouvoirs publics locaux peuvent choisir de produire des règles juridiques en vue de capter des bases fiscales de toute nature. On parle alors de concurrence institutionnelle interjuridictionnelle. La mobilité des facteurs de production, des individus ou des firmes, fait apparaître un jeu compétitif direct entre les pays qui, de fait, se concurrencent « frontalement » en offrant la meilleure combinaison de fourniture publique²¹⁴. Enfin, la concurrence institutionnelle via le libre choix du droit (ou de la règle) consiste en un mécanisme selon lequel les individus ou les firmes ont la possibilité de sélectionner leur règle « favorite », sans pour autant se déplacer

un « politicien » dont la fonction objectif renvoie au nombre de ses propres électeurs (cf. Kirchgässner et Pommerehne, 1994 ; Straubhaar, 1997).

²¹¹ Ces éléments seront décrits de manière plus approfondie au chapitre suivant.

²¹² Cf. la théorie développée à l'origine par Besley et Case (1995) et dont les approfondissements sont nombreux ces dernières années (Besley et Smart, 2003 ; Bordignon et al., 2003 ; Belleflamme et Hindriks, 2005 ; Revelli, 2006).

²¹³ Comme dans les modèles traditionnels de commerce international, hypothèse est faite d'une mobilité des biens et services et d'une immobilité des facteurs de production.

²¹⁴ Cf. développements du chapitre suivant.

physiquement²¹⁵. La mobilité directe de la règle juridique conditionne une forme très poussée de concurrence législative et réglementaire. En l'espèce, les firmes choisissent la règle qu'elles souhaitent appliquer indépendamment de leur propre localisation spatiale ou de celle de leurs marchés effectifs. Surtout, les agents ne sont pas contraints de payer une contrepartie à leur « consommation de droit », par exemple sous forme d'impôts. Somme toute, tous ces types de concurrence institutionnelle poussent à considérer et à associer de façon cumulative différents types de mobilité (Kerber, 2000a, 2003 ; Heine, 2003). Les phénomènes de concurrence interjuridictionnelle se développent avec le renforcement de la mobilité et l'extension de ses formes. Le libre choix de la règle, qui pousse la concurrence institutionnelle à son degré le plus haut, est le corollaire d'une forte mobilité de la règle et de l'information juridique qui gravite autour d'elle. Mais à chaque genre de concurrence institutionnelle correspond toujours l'identification d'espaces concurrentiels de natures législative, réglementaire ou administrative. S'agissant de la concurrence par comparaison, les marges apparaissent parce que les droits et les systèmes de régulation nationaux sont différenciés, ne présentant pas les mêmes avantages ou inconvénients vis-à-vis des consommateurs de règles juridiques. De même, en matière de concurrence commerciale, en particulier dans le cadre de la concurrence des firmes, tous les éléments de différenciation de compétitivité sont autant de prétextes à l'existence de marges entre concurrents et de jeux concurrentiels, éléments parmi lesquels on peut citer les règles et normes fixées par les pouvoirs publics et qui influent directement sur le pouvoir compétitif des produits et des firmes.

Si le concept de concurrence institutionnelle, largement étudié par la littérature, est une base solide à la justification et l'identification a priori de marges de manœuvre institutionnelles, l'analyse économique du droit s'est aussi intéressée aux sources des marges réglementaires qui conditionnent les jeux concurrentiels entre pays.

Section 2 – Les sources d'apparition des marges institutionnelles

Comme le soulignent Deffains et Pieretti (2006), les littératures économique et juridique conduisent à distinguer trois sources principales d'émergence de marges de manœuvre institutionnelles : l'incomplétude des règles de droit, le degré de complexité des normes juridiques et les marges étatiques en matière de production du droit.

²¹⁵ Deffains (2001) parle de « *tourisme juridique* ».

Citons pour commencer les travaux de Obidzinski (2006)²¹⁶ qui proposent une analyse économique de la flexibilité du droit et traitent du concept d'« incomplétude » juridique et de « *rationalité d'un droit flexible* ». C'est en l'espèce le caractère incomplet des règles de droit qui fait apparaître les marges de manœuvre réglementaires. La définition de l'incomplétude du droit part d'un quasi présupposé selon lequel il est impossible de construire un « *code qui prévoirait toutes les contingences et les obligations associées* » (Obidzinski, 2006²¹⁷). L'incomplétude a une double nature, matérielle et institutionnelle, comme l'attestent les premières réflexions de Landes et Posner (1975), selon qui la plus grande partie des législations et réglementations est incomplète : « (...), *the limits of human foresight, the ambiguities of language, and the high cost of legislative deliberation combine to assure that most legislation will be enacted in a seriously incomplete form, with many uncertainties left to be resolved by the courts* ». Cette citation rappelle que l'incomplétude d'une règle peut prendre deux formes qui sont, d'un côté les lacunes et les vides juridiques que le langage du droit implique, notamment en termes de contenu (aspect droit matériel), et de l'autre les ambiguïtés qui conditionnent l'interprétation (par le juge) de la règle (aspect droit institutionnel).

Le terme d'incomplétude est en général appliqué au domaine du contrat (Hart et Moore, 1988) que le juge peut compléter le cas échéant en cas de litige entre les parties. Par extension, ce même terme est devenu pertinent au regard du droit dans son ensemble, ce dernier pouvant fournir des règles par défaut dans le cas où le contrat ne s'applique plus. Ainsi, le concept d'incomplétude des règles est le plus souvent étudié sous l'angle du droit institutionnel, l'accent étant mis sur l'enjeu de l'interprétation des règles juridiques par le juge et les tribunaux. Les littératures juridique et économique suggèrent que le caractère incomplet des normes provient au départ de la nature du langage, les règles de droit ne suscitant pas chez tous les individus, en particulier ceux qui interprètent le droit, les mêmes représentations.

L'analyse du concept d'incomplétude et de flexibilité du droit conduit naturellement à envisager l'existence de marges de manœuvre de nature institutionnelle, ne serait-ce qu'à travers l'utilisation du terme de « marges » ou son évocation directe ou indirecte. Comme le souligne Obidzinski (2006), en s'opposant à l'idée de rigidité des normes juridiques en raison de leur précision, Hart (1961) plaide en faveur d'une « *texture ouverte des règles* » et de l'existence nécessaire de marges d'imprécision ou d'incomplétude. C'est aussi l'idée de

²¹⁶ Cf. thèse de doctorat de Marie Obidzinski (2006), intitulée *Economie d'un droit flexible*.

²¹⁷ Voir Cardozo (1921).

Carbonnier (2001) pour qui moins de droit (c'est-à-dire plus de place aux coutumes et aux normes sociales, et donc plus de marges) réduit les risques de frictions et de conflits entre acteurs juridiques et économiques. En parlant d' « *open areas* », Posner évoque indirectement l'idée d'espaces de liberté dans l'interprétation juridique (de marges institutionnelles) et fustige surtout les risques d'une trop grande précision du droit²¹⁸.

Les marges de manœuvre institutionnelles ont une autre source potentielle, qui n'est pas étrangère au caractère incomplet des règles de droit, à savoir le degré de complexité de ces dernières. Tout système normatif se caractérise par un degré de complexité qui résulte de l'empilement des dispositifs réglementaires et de la diversité des situations juridiques (Kaplow, 1995, 2000). Si l'analyse économique s'intéresse à l'existence et la détermination du degré optimal de complexité du droit, des auteurs montrent que la complexité réglementaire traduit l'existence de rentes au bénéfice de certains acteurs juridiques (professionnels du droit) en leur garantissant un niveau d'activité du fait leur expertise (Ogus, 1999). En outre, produire des règles détaillées implique de supporter des coûts d'écriture élevés auxquels s'ajoutent des coûts informationnels pour les agents²¹⁹. Selon Obidzinski (2006), la plupart des recherches sur l'incomplétude du droit sont fondées sur la recherche d'information de la part des agents économiques et de l'usage stratégique qu'ils peuvent en avoir. Elle précise que « *la définition que donne Kaplow (1995) d'une règle complexe s'appuie sur le coût de l'information. L'agent valorise l'information que lui apporte le droit. Spier (1994) montre également, dans le cadre de la résolution des litiges, que l'agent peut utiliser stratégiquement la règle et l'information qu'elle donne pour se signaler. (...) la règle choisie est donc celle qui maximise le bien-être social* ». A l'inverse, elle montre que réduire la « complexité » des règles en utilisant par exemple des termes généraux peut conduire à une ambiguïté des standards qui rend le droit potentiellement inefficace : « *Ehrlich et Posner (1974), Calfee et Craswell (1984, 1986) et Pistor et Xu (2003) ont étudié l'effet de l'ambiguïté des énoncés sur les incitations (dissuasion, niveau de précaution). Par comparaison à un terme précis, un terme ambigu a un effet incitatif ou dissuasif faible. (...) la diminution du pouvoir incitatif du droit par l'utilisation de termes ambigus est désignée comme la cause de l'échec de la gouvernance juridique des entreprises* ». Les différences entre pays, du point de vue des coûts de production des règles ou de recherche d'informations à leur égard, sont de nature à créer des espaces institutionnels entre ces pays, espaces qui sont favorables à des

²¹⁸ Obidzinski (2006) rappelle que Posner s'oppose en outre à l'idée que soient imposées des normes aux individus (voir aussi Harnay et Marciano, 2003).

²¹⁹ Ce sont ces coûts de recherche d'informations qui alimentent les rentes des professionnels du droit.

effets de concurrence entre les Etats. A travers ces espaces qui traduisent la différenciation des systèmes juridiques nationaux en termes de complexité des réglementations ou des législations, les agents économiques (consommateurs de droit) se déplacent et se déterminent selon leurs préférences en matière de coûts informationnels et de capacité du droit à répondre à leurs attentes.

Quid des dites attentes ? La littérature résume les besoins des consommateurs de droit par la recherche « du moins d'insécurité juridique possible ». Nombre de contributions expliquent la complexification du droit par les inconvénients de l'incomplétude des règles, en l'occurrence l'ambiguïté de l'énoncé légal (Pistor et Xu, 2002, 2002b, 2003), les zones d'ombre qu'elle implique en termes de prédictibilité (prévisibilité) des décisions du juge et les problèmes d'interprétation qui en découlent. La spécification et la précision des contenus des règles seraient par conséquent susceptibles de limiter l'incertitude juridique pour les acteurs économiques : *« la société cherche à limiter le risque en précisant les modalités d'application de la loi. Par exemple, le Parlement a récemment créé une nouvelle règle interdisant aux individus de se réunir dans les cages d'escalier d'immeubles. Cependant, il existe déjà une règle sur laquelle les policiers ou les juges peuvent fonder leur action ; celle de « trouble à l'ordre public ». (...) Egalement, dans le cas récent du grave épisode caniculaire de l'été 2003, un vide juridique ou au moins un besoin de précisions sur les obligations et les responsabilités des acteurs publics s'est fait sentir alors qu'une loi plus générale existait déjà »* (Obidzinski, 2006). On retrouve ces formes de complexification à la fois dans les pays de tradition civiliste et ceux de *Common Law*. A cet égard, Landis (1938) s'interroge sur la préférence des citoyens pour des cadres réglementaires précis plutôt que des règles générales propres à la *Common Law*. Il semble que la société confère une grande valeur à la précision des règles légales. Car le respect strict de ces dernières donne aux agents la garantie *« qu'ils ne seront pas sanctionnés et qu'ils n'engagent pas leur responsabilité »* (Obidzinski, 2006). De ce point de vue, les marges laissées à l'appréciation et à l'action discrétionnaire du juge sont limitées. La précision et la complexification du droit auraient plutôt tendance à réduire les espaces de liberté des interprètes du droit, et plus largement des Etats. Les pays ont vu depuis plusieurs décennies s'intensifier la production de nouvelles normes et de nouvelles lois, la plupart ayant un niveau de spécification important²²⁰. Or, une forte spécification est synonyme de rigidité du droit, et donc d'une moindre capacité de celui-ci à s'adapter à

²²⁰ Le Conseil d'Etat français détaille, dans son Rapport 2006 sur l'insécurité juridique et la complexité du droit, qu'en 2000, 9.000 lois et 120.000 décrets ont été recensés. Chaque année depuis cette date, il y a en moyenne 70 lois, 50 ordonnances et 15.000 décrets qui s'y sont ajoutés.

l'évolution des normes sociales et à l'innovation technologique²²¹. Dans un tel environnement, les modifications adaptatives du droit sont à la fois nombreuses et surtout coûteuses. Ce phénomène, couplé à la complexité des cadres institutionnels, est de nature, paradoxalement, à créer de l'insécurité juridique. Kullman (2005) décrit cette insécurité dans le domaine des contrats d'assurance pour lequel le risque juridique se définit comme un danger, généré par les producteurs de droit²²², qui consiste à changer les règles juridiques qui ont fondé l'accord de contrat entre les parties. Il est de fait un événement incertain, postérieur au contrat et qui, s'il se produit, comporte une probabilité de gain et de perte pour l'assureur, le réassureur ou l'intermédiaire. Comme le résume Obidzinski (2006), « *paradoxalement, c'est donc en cherchant à se rassurer que les sociétés créent un risque juridique. Finalement, un arbitrage émerge entre les coûts de l'ambiguïté et l'excès de spécification* ». Reste qu'au travers de cet arbitrage apparaissent des espaces qui constituent des marges susceptibles de faire naître des phénomènes concurrentiels entre les acteurs privés et publics. Ces espaces naissent dans la mesure où les systèmes juridiques nationaux n'offrent pas tous les mêmes garanties de sécurité juridique²²³, ce qui en rend certains plus attractifs que d'autres vis-à-vis des acteurs économiques (voir par exemple Marceau et Mongrain, 2005).

La littérature rend compte d'une troisième source possible d'apparition de marges de manœuvre réglementaires entre Etats, à savoir les marges délibérément laissées aux décideurs publics à travers leurs choix de mise en œuvre au niveau national de standards fixés au niveau international. En effet, rarement²²⁴ a été analysé, dans l'économie de la flexibilité du droit, le point de vue des producteurs de droit. Or ces derniers sont confrontés à maintes incertitudes liées aux changements permanents de l'environnement économique et institutionnel²²⁵. Ainsi, ils peuvent manquer d'informations quant à l'évaluation des risques liés à un contexte donné. De plus, concernant les demandeurs de droit, il peut exister des différences en termes de coûts, de dommages, de préférences, ce qui impose au régulateur d'adapter son cadre juridique le mieux possible et le plus vite possible. La littérature s'intéresse, en particulier depuis le début des années 2000, à la question de l'attractivité du droit²²⁶. Le cadre juridique aurait en effet un pouvoir d'attrait sur les bases fiscales et deviendrait un argument des

²²¹ La capacité des pays à adapter leur cadre juridique et institutionnel fera l'objet d'une étude approfondie dans les chapitres suivants.

²²² Par ce terme, il faut entendre les législateurs et les juges.

²²³ Notons que Obidzinski précise que l'incertitude dans le droit n'est pas le seul fait du caractère incomplet des règles légales. Elle provient certes de l'ambiguïté du langage juridique, mais aussi des erreurs juridiques et de l'ensemble des facteurs qui peuvent affecter le résultat du procès (Calfee et Craswell, 1984, 1986 ; Dari-Mattiacci et Deffains, 2005).

²²⁴ Voir Landes et Posner (1976).

²²⁵ Cf. chapitres 4, 5 et 6.

²²⁶ Cf. par exemple Du Marais (2007), Marceau (1997), Chopard et Deffains (2005).

autorités publiques pour attirer des entreprises et du capital humain en vue d'assurer leur développement. Par exemple, le droit peut être un moyen de protéger les usagers des comportements de prédation de l'Etat (Marceau et Mongrain). Il peut aussi être un bien public au service du développement de certains secteurs d'activité (Pieretti et *al.*, 2007). Dans le cadre européen, l'analyse des comportements des producteurs de droit est encore plus stimulante puisque des considérations de fédéralisme institutionnel entrent en ligne de compte. Plutôt que d'étudier les processus de concurrence institutionnelle inhérents à la décentralisation juridique découlant de l'action des législateurs qui agissent sur le caractère incomplet des règles, Obidzinski (2006) analyse les marges de décision à laisser aux Etats en matière de droit d'asile. L'incomplétude des cadres légaux provient dans ce contexte des disparités entre Etats, disparités qui traduisent des espaces concurrentiels et « *crée une demande pour un droit flexible* ». Comme dans le cas de la concurrence fiscale, ces marges font apparaître des externalités qui conduisent à un phénomène de course vers le bas, en l'occurrence un « *durcissement des critères d'éligibilité au statut de demandeur d'asile* ». Obidzinski (2006) conclut à une solution d'une norme communautaire flexible de nature à limiter les coûts d'un standard commun et les inconvénients d'un jeu concurrentiel entre pays. Cette source de marges institutionnelles fera l'objet d'approfondissement dans la suite de notre réflexion.

Si la littérature rend compte effectivement de l'existence de marges de manœuvre de nature institutionnelle, l'analyse structurelle et fonctionnelle de la mécanique communautaire permet d'identifier des espaces de concurrence qui différencient les Etats membres de l'UE.

3. Analyses structurelle et fonctionnelle des marges de manœuvre au niveau communautaire

Après avoir présenté les premiers éléments de littérature qui aident à la compréhension de la notion de marges de manœuvre institutionnelles, le présent chapitre s'attache à caractériser ces marges dans le cadre spécifique de l'intégration juridique à l'œuvre au sein de l'espace européen. En l'espèce, les marges dépendent des acteurs qui les produisent, des ressorts institutionnels de la gouvernance européenne (section 1) et des instruments juridiques qui fondent le droit communautaire (section 2).

Section 1 – Les marges institutionnelles dues aux ressorts de la gouvernance européenne

Les marges de manœuvre apparaissent dans les ressorts de la mécanique institutionnelle communautaire, à la fois à travers le fonctionnement du triangle institutionnel²²⁷ et l'ossature du Traité CE, c'est-à-dire les trois piliers communautaires²²⁸. De quelle manière les marges de manœuvre font-elles leur apparition ?

Sans revenir à la stricte définition du Conseil européen²²⁹, il importe de noter que les conclusions de cette institution communautaire sont la résultante de consensus qui produisent des orientations qui engagent les autres institutions. Lesdites conclusions représentent en l'espèce des accords auxquels les participants sont parvenus au cours des échanges politiques. Dès lors, chaque Etat est enclin à mener les discussions, à influencer le débat, en vue d'orienter, selon ses propres intérêts, le contenu desdites discussions. De là découle l'existence de marges dans les jeux de discussion et de négociation entre les chefs d'Etats et de gouvernements et, partant, des espaces de concurrence à partir desquels s'établira un équilibre (le consensus). Les marges de manœuvre sont donc inhérentes à la liberté d'expression et au pouvoir souverain de chaque participant ; elles conditionnent de fait une concurrence institutionnelle, conséquence du fonctionnement démocratique de l'institution.

La dimension intergouvernementale et concurrentielle du Conseil transparait également à travers le fonctionnement du Conseil de l'UE (ancien Conseil des ministres). Pour rappel, « *il légifère pour l'Union, fixe les objectifs politiques, est en charge de la coordination des politiques nationales et règle enfin les différends entre Etats membres ou incluant des institutions. Les débats qui l'animent sont tranchés à la majorité qualifiée ou à l'unanimité* » (cf. chapitre 1). On comprend par conséquent que les jeux d'influence et la logique de négociation jouent là encore tout leur rôle, entraînant l'émergence de marges réglementaires en raison des interactions entre ministres nationaux.

Deuxième sommet du triangle, le Parlement européen est quant à lui tout à fait représentatif de la logique concurrentielle qui peut présider au fonctionnement interne des

²²⁷ Le triangle est défini par ses trois sommets que sont le Conseil, la Commission et le Parlement (cf. chapitre 1).

²²⁸ Il convient de distinguer, parmi les trois piliers du Traité de l'Union européenne, celui des communautés (CE, EURATOM et CECA), celui consacré à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) et celui de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

²²⁹ Cf. chapitre 1.

institutions communautaires, en particulier dans le cadre de l'élaboration du droit communautaire (dérivé). Comme le souligne (Frison-Roche, 2007), « *les députés européens siègent par famille politique et non par nationalité, les deux principales étant le Parti populaire européen (PPE) et le Parti socialiste européen (PSE). La répartition des sièges n'est pas strictement proportionnelle à la population, les Etats membres les moins peuplés bénéficiant d'une sur-représentation qui leur permet de disposer de deux députés au moins* ». En conséquence, tous les débats démocratiques qui se déroulent au sein de l'institution communautaire, dans le cadre de son pouvoir législatif²³⁰, sont des prétextes à des confrontations, des jeux d'influence, inhérents au jeu politique et parlementaire, laissant la place à des espaces de concurrence dans l'exercice de formulation des dispositions communautaire. La logique concurrentielle est à l'œuvre, non seulement dans le cadre de l'affrontement entre les grands blocs démocratiques, mais aussi, et même si cela apparaît de manière moins visible, entre les Etats membres qui, par la voix de leurs parlementaires nationaux, sont susceptibles d'orienter la production législative selon leurs propres intérêts. Or, le rôle du Parlement a tendance à s'enrichir, notamment avec la ratification (probable) du Traité de Lisbonne (2007). Affublé au départ d'un simple pouvoir consultatif du point de vue de l'adoption des actes dérivés, cette institution s'est mue en véritable co-législateur de l'UE, ce qui donne donc plus d'importance aux marges de manœuvre à l'œuvre dans l'exercice parlementaire européen.

Le troisième sommet du triangle institutionnel est la Commission européenne, organe indépendant des Etats membres de l'UE et garant du respect des traités européens et de l'intérêt général communautaire. Actuellement formée de 27 membres, issus chacun d'un pays de l'UE²³¹, elle exclut théoriquement et formellement tout jeu d'influence en son sein. Or l'institution n'est pas épargnée par les pressions concurrentielles internes de sorte que sa structure, sa composition et ses prérogatives sont de nature à favoriser l'apparition d'espaces d'influence. Sa structure n'exclut d'abord pas complètement toute dimension intergouvernementale : la présence d'un commissaire national dénote d'une influence dont l'étendue dépend de maints facteurs. Certes, le fonctionnement institutionnel veut que ce commissaire n'ait pas plus de poids qu'un autre, mais sa personnalité, sa propre influence politique, l'importance de son portefeuille ministériel, et même sa nationalité, ont automatiquement un impact sur la place de l'Etat membre ainsi représenté. Les discussions au sein de la Commission ne sont donc pas complètement exemptes de jeux d'influence et de

²³⁰ Cf. chapitre 1.

²³¹ Le Traité de Lisbonne prévoit une formation plus restreinte en cas de ratification.

négociations à travers lesquels les pays sont susceptibles de se positionner, politiquement ou économiquement. Que restera-t-il en effet de l'influence politique d'un pays lorsque le nombre de commissaires passera à 15 et que, partant, certains Etats membres ne seront pas représentés au sein de la Commission le temps d'une législature ? Pour autant, ces marges concurrentielles internes sont ténues, du moins bien plus que celles inhérentes aux débats démocratiques et au fonctionnement des institutions intergouvernementales (Conseil et Parlement).

La Commission européenne est en charge des impulsions législatives et réglementaires au niveau européen. Elle le fait au moyen de son pouvoir d'initiative²³² et constitue à ce titre le cadre privilégié de l'élaboration des propositions législatives et réglementaires, lesquelles propositions font l'objet de débats et de négociations propices aux jeux de compétition décrits précédemment. Outre ses fonctions de contrôle de l'exécution des règles communautaires et d'application des dispositions des traités, la Commission jouit de fait du monopole d'initiative qui lui permet de faire des « propositions exclusives » eu égard à la quasi-totalité des domaines communautaires²³³. Selon Frison-Roche (2007), « *les propositions de la Commission se traduisent par des effets juridiques qui diffèrent des simples recommandations, et lui confèrent un pouvoir d'influence et une marge de manœuvre beaucoup plus importante, traduite dans les traités par un ensemble de dispositions* ». Sans citer toutes ces dispositions, évoquons en simplement deux. La première est que le Conseil ne peut adopter une proposition législative que si celle-ci émane de la Commission, au risque de s'exposer à une annulation par la CJCE. La seconde permet à la Commission de conserver une influence sur l'évolution de la proposition initiale. En effet, le Conseil est tenu d'approuver à l'unanimité tout amendement du Parlement européen sur lequel la Commission aurait pu rendre un avis défavorable²³⁴. Les marges de manœuvre, plutôt favorables à l'institution gardienne des traités, demeurent toutefois restreintes dans la mesure où sont en vigueur les principes de subsidiarité et de proportionnalité²³⁵. Cependant d'autres éléments du fonctionnement du premier pilier appellent à l'émergence d'espaces de concurrence de nature

²³² L'article 250 du Traité CE dispose que « *lorsqu'un acte du Conseil est pris sur proposition de la Commission, le Conseil ne peut prendre un acte constituant amendement de la proposition que statuant à l'unanimité sous réserve de l'article 251, paragraphes 4 et 5. Tant que le Conseil n'a pas statué, la Commission peut modifier sa proposition initiale, notamment dans le cas où l'Assemblée a été consultée sur cette proposition* ».

²³³ Il existe tout de même des exceptions, pour lesquelles la Commission ne peut le plus souvent que formuler que des « recommandations » auprès du Conseil, lesquelles sont relatives à la détermination des grandes orientations des politiques économiques, aux procédures de déficits excessifs, à l'admission de nouveaux Etats dans l'UEM.

²³⁴ Cf. articles 251, paragraphe 3 et 252 du Traité CE.

²³⁵ Décision du Conseil européen des 15 et 16 juin 2006.

institutionnelle. Par exemple, le droit primaire confère aux institutions intergouvernementales le pouvoir de l' « initiative de l'initiative ». En l'espèce, le Conseil et le Parlement disposent d' « *un pouvoir politique d'influence stratégique sur l'initiative de la Commission* » (CES, 2007). L'article 192 du Traité CE dispose par exemple que le Parlement peut « *à la majorité de ses membres, demander à la Commission de soumettre toute proposition appropriée sur les questions qui lui paraissent nécessiter l'élaboration d'un acte communautaire pour la mise en œuvre du présent traité* ». Non seulement ce pouvoir dénote la possibilité pour les institutions d'entrer dans un jeu d'influence réciproque (pouvoir d'initiative contre pouvoir d'initiative de l'initiative), mais il confirme aussi la grande importance que revêt la logique intergouvernementale dans le fonctionnement et les dynamiques juridiques et économiques communautaires du premier pilier. Malgré le poids très élevé de la Commission et ses pouvoirs en termes d'initiatives réglementaires et de propositions législatives, certaines contributions évaluent le caractère effectif et exclusif du droit d'initiative de la Commission dans une fourchette de 5 à 10% de la production réglementaire totale (Barnier et Vittorino, 2004²³⁶). Le reste répondrait à « *des demandes des gouvernements des Etats membres ou du Parlement européen* » (CES, 2007). La logique du premier pilier semble confirmée, voire renforcée dans les deux autres où l'initiative législative est partagée par la Commission et les Etats membres. S'agissant de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC) ou de la coopération judiciaire en matière pénale, la prééminence des Etats membres et du Conseil ne fait aucun doute, et ainsi, l'affirmation d'une logique concurrentielle de type institutionnel.

En marge des arguments précédemment invoqués, il convient de noter que des espaces d'ordre institutionnel peuvent aussi naître dans la formulation des normes communautaires, lors des processus intergouvernementaux décrits ci-dessus. Comme le souligne Zolynski (2007), « *le décalage qui peut exister entre l'expression de la norme communautaire et celle de la norme nationale paraît inévitable puisque celles-ci ne connaissent pas les mêmes contraintes* ». Par ces mots, la juriste formule l'idée même de marges de manœuvre à travers la notion de décalage entre les expressions nationale et communautaire des contenus normatifs visés par les réformes juridiques européennes. En l'espèce, l'avènement des marges découle, soit des traductions de directives dans les langues nationales (marges inhérentes aux langues), soit de la rédaction même des lois de transposition nationales (marges inhérentes aux langages). De fait, le droit communautaire est par essence un droit multilingue²³⁷ (Blanquet et Isaac, 2004), ce qui génère des difficultés dans l'exercice de traduction d'une

²³⁶ Extrait de leurs travaux au sein de la Convention européenne.

²³⁷ Conformément aux principes de diversité et d'égalité (cf. entre autres l'article 151 du TCE).

même règle dans plusieurs langues, en particulier en termes d'équivalence sémantique (souvent imparfaite). Le multilinguisme porte donc le risque de créer des conflits de textes à travers les exercices de traduction. En tout état de cause, les traductions juridiques se doivent de chercher une équivalence fonctionnelle entre les diverses versions de la règle (Pigeon, 1982). Elles sont, soit un prétexte pour les Etats de se différencier le cas échéant si la différenciation s'avère profitable pour eux, soit une source d'erreur dans le processus d'harmonisation qui explique alors les retards de transposition ou la qualité médiocre de cette dernière en cas d'incohérence interne. Rappelons aussi que le langage du droit communautaire étant un compromis, les mots sont autant d'éléments qui soutiennent les jeux d'influence entre acteurs institutionnels politiques et groupes d'intérêt. Ce phénomène peut s'observer aussi bien dans la phase d'élaboration des dispositions communautaires que lors de l'exercice d'interprétation du droit par les juges nationaux et communautaire. Les langues expliquent donc en grande partie que des marges à caractère institutionnel puissent émerger et conditionner des jeux concurrentiels entre Etats membres²³⁸.

Les marges internes au triangle institutionnel et les espaces concurrentiels au sein de la mécanique des piliers de l'UE sont certes nombreux, mais il apparaît que le processus décisionnel européen se caractérise surtout par l'existence de pressions externes inhérentes aux logiques de concertations et de consultations qui conditionnent l'élaboration du droit communautaire. Ces logiques, qui font par conséquent apparaître elles aussi des marges institutionnelles, découlent de l'action de l'ensemble des acteurs institutionnels communautaires, qu'ils soient simplement consultatifs, qu'ils relèvent des grands partenaires sociaux européens ou de l'action de lobbying des différents groupes d'intérêt²³⁹. Au total, les institutions communautaires semblent constituer un terrain approprié en vue d'identifier des espaces de concurrence de nature à entretenir des affrontements de type institutionnel de la part des Etats membres. Pour autant, il importe d'aller voir les modalités de fonctionnement desdites institutions pour identifier des marges concurrentielles au plus profond de l'appareil administratif communautaire.

²³⁸ Cette question des marges institutionnelles à travers la formulation de directives a poussé au développement de nombreux travaux et projets de terminologie juridique (par exemple les travaux conduits actuellement à l'Institut Edouard Lambert de Lyon ou le projet de Code Civil européen).

²³⁹ L'identification de ce type de marges institutionnelles est explicitement menée dans le chapitre 6.

Section 2 – Fonctions des Etats membres et marges du droit communautaire

Il existe une autre façon d'appréhender les marges de manœuvre institutionnelles en vigueur dans la mécanique communautaire. Nabli (2007) suggère en effet d'analyser les modalités d'expression de la volonté de l'Etat membre par le gouvernement. Sa réflexion nous conduit à identifier dans l'étape d'élaboration du droit communautaire une phase d'« *élaboration de la position de l'Etat membre par le gouvernement* » national. Partant, des marges de liberté de nature administrative et institutionnelle émergent en raison du travail des ministères nationaux, mais aussi à travers l'expression politique de l'unité de la volonté de l'Etat membre. Il convient d'abord d'apprécier la relation entre les fonctions des Etats membres de l'UE et l'élaboration du droit communautaire. Selon Nabli (2007), « *la formation de la volonté de l'Etat membre participe à la production et à l'exécution du droit communautaire. L'expression de cette volonté étatique se traduit par des actes juridiques et matériels au moyen desquels les organes étatiques exercent une fonction de production du droit communautaire et une fonction d'exécution du droit communautaire* ». Or ces fonctions semblent être le théâtre de processus de nature concurrentielle en raison de l'existence d'espaces de liberté dans la souveraineté des Etats membres.

La fonction de production du droit communautaire désigne « *l'ensemble des actes juridiques et matériels pris par des organes étatiques et contribuant à l'expression de la volonté de l'Etat membre dans les procédures de production du droit communautaire* » (Nabli, 2007). Elle laisse entrevoir l'émergence de deux types de marges de manœuvre institutionnelles, conformément à la double dimension du droit communautaire, primaire et dérivée (Borchardt, 1999). Ces espaces expliquent que l'exercice de production législative au niveau européen soit le prétexte de jeux concurrentiels entre les pays en ce que ces derniers négocient ensemble les normes communautaires et entrent dans des jeux d'influence qui s'apparentent à de la concurrence.

L'ordre juridique communautaire confère à la volonté des Etats souverains une place cruciale. Comme le rappelle Daudet (1991), la Communauté européenne est régie en premier lieu par des instruments du droit international qui surpassent par définition les normes communautaires. Les relations entre droit communautaire primaire et droit international sont en effet très prégnantes (Grard et Gautron, 2000), au point que les actes juridiques les plus essentiels concernant l'ordre communautaire relèvent davantage de l'intergouvernemental que

de la pure intégration²⁴⁰. Selon l'expression de la Cour constitutionnelle allemande, les Etats membres de l'UE demeurent les « maîtres des traités », ce qui confirme que la Communauté européenne « *tire l'ensemble de ses compétences de traités négociés, signés, ratifiés et révisés par les Etats membres* » (Nabli, 2007). Le caractère intergouvernemental, et par conséquent le respect du principe de souveraineté nationale des Etats membres, sont précisément, dans l'exercice et la fonction de production du droit communautaire primaire, de nature à créer un cadre propice à la discussion entre les Etats en matière de choix institutionnels, et partant, à des jeux de négociation et de concurrence, chaque pays cherchant son intérêt dans le contenu des traités ainsi négociés²⁴¹. Autrement dit, la fonction de production du droit européen primaire, parce qu'elle repose sur des propriétés spécifiques découlant des principes du droit international, est le théâtre de l'émergence d'espaces de liberté pour les Etats membre de l'UE, lesquels conditionnent des processus de concurrence institutionnelle.

D'un point de vue théorique, les actes communautaires dérivés sont imputables aux institutions selon leur domaine de compétence, et non aux Etats membres (voir logique du pilier communautaire²⁴²). Selon Nabli (2007), « *quel que soit le mode d'élaboration ou d'adoption de l'acte communautaire dérivé, celui-ci est un acte unilatéral, assimilable à une mesure d'exécution des traités* ». En d'autres termes, les institutions communautaires, y compris celles qui paraissent les plus « intergouvernementales », défendent l'intérêt communautaire, en exerçant des compétences exclusivement communautaires, et non des compétences collectives des Etats. En cela, la méthode communautaire relève d'une logique d'intégration à caractère fédéral ; néanmoins, le processus de décision communautaire en tant que tel consiste en grande partie en un « *processus de négociation internationale, malgré la fiction de la théorie qui oppose le caractère d'intégration de la Communauté au caractère intergouvernemental d'autres organisations internationales* » (Ziller, 1993). Car les actes juridiques issus du droit dérivé résultent d'une négociation et d'un compromis entre les intérêts nationaux et communautaire. Certaines institutions²⁴³, qui ont des pouvoirs de production et d'exécution du droit communautaire, garantissent la représentation des Etats membres et, à ce titre, leur libre expression. Autrement dit, le cadre institutionnel

²⁴⁰ Voir les procédures générales de révision et d'adhésion prévues dans les articles 48 et 49 du trait UE, lesquelles caractérisent le *treaty making power* des Etats membres de l'UE (Lambers, 1961).

²⁴¹ D'ailleurs, le cadre communautaire comprend la règle cardinale selon laquelle toute révision du DCP requiert un accord à l'unanimité entre les Etats réunis en conférence intergouvernementale (CIG) et une ratification consécutive à leurs règles constitutionnelles respectives.

²⁴² L'analyse juridique utilise le terme de rapport d'extranéité entre Etat membre et acte communautaire dérivé (Nabli, 2007).

²⁴³ Citons par exemple le Conseil des ministres, institution aux fonctions à la fois législatives et exécutives (Nabli, 2007).

communautaire peut, le cas échéant, rendre possibles les interactions entre pays et des jeux interétatiques aux allures concurrentielles, précisément dans le cadre des discussions multilatérales et de l'élaboration des actes dérivés. En résumé, même si les pays membres de l'UE sont tenus par des obligations communautaires²⁴⁴, ces dernières sont le fruit de leur volonté exprimée dans l'exercice de la fonction de production. Il existe donc bien, à travers la fonction de production du droit communautaire, des marges de liberté dans l'action institutionnelle des Etats membres, même si leur intensité doit être relativisée en raison du caractère fédéral de cette fonction.

Outre la production du droit communautaire, il incombe aux Etats d'assurer la fonction d'exécution. Celle-ci désigne l'ensemble des actes juridiques et matériels par lesquels les organes étatiques participent de l'exécution du droit européen dans les différents Etats nationaux. Par exécution, la CJCE entend aussi bien l'application ou la mise en œuvre du droit communautaire (voir Gautier, 1995, 1996). Cette dernière fonction est peut-être, plus que la première, un terrain privilégié de l'émergence de phénomènes de concurrence entre les Etats membres et, partant, d'une forte concurrence institutionnelle. La fonction d'exécution implique en effet la définition de mesures nationales. Les unes sont prises en vue de compléter le contenu des règles communautaires, les autres afin de transposer les directives européennes dans les ordres juridiques nationaux respectifs (Simon et Barav, 1990). D'autres encore ont vocation à garantir l'application du droit européen à des cas individuels. L'exécution de ce droit peut enfin relever d'une dimension matérielle ou juridictionnelle (Pescatore, 1973 ; Boskovits, 1999).

Concernant le premier type de mesures nationales (complément des contenus), le rôle de l'Etat membre s'avère crucial car il consiste à « perfectionner » l'acte communautaire (Fardet, 2003) en tant que le droit communautaire n'est effectif et efficace qu'à condition que les organes étatiques interviennent. C'est pour cette raison que l'autonomie prétendue du droit européen s'accommode en réalité assez bien d'une dépendance qui caractérise au fond les relations entre Communauté et Etats membres (Dutheil de la Rochère, 2000). Le fonctionnement de la Communauté européen repose juridiquement sur une décentralisation normative, administrative et judiciaire du droit communautaire (Louis, 1993) : ainsi, l'article 10 du Traité CE crée des obligations négatives en ce que « *les Etats ne doivent rien entreprendre qui puisse mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* », mais aussi

²⁴⁴ En réalité, deux types d'obligation incombent aux Etats membres de l'UE, à savoir les obligations communautaires et les obligations constitutionnelles (voir Zolynski, 2007).

positives dans la mesure où chaque Etat membre est obligé « *de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire* » (CJCE, 1989). Cet article assoit donc une obligation de coopération loyale, conformément aux principes de fidélité et de loyauté (Quadri et *al.*, 1965 ; Constantinesco, 1987). Même dans le Traité de Lisbonne (2007) est confirmée cette fonction « naturelle » exécutive des Etats membres (Nabli, 2007). Du point de vue de la transposition des directives communautaires, le fondement juridique de la fonction d'exécution nationale du droit communautaire est plus explicite puisque, par exemple, le Conseil constitutionnel a « constitutionnalisé » l'obligation communautaire de transposition. Somme toute, le droit communautaire fixe un ensemble de principes, parmi lesquels la primauté et l'effet direct qui caractérisent la répartition communautaire des compétences institutionnelles dans l'architecture européenne. Comme le souligne Nabli (2007), ces principes « *tendent à déterminer l'intensité de l'intervention normative de l'Etat et atteignent son autonomie institutionnelle et procédurale. (...) si les Etats membres sont libres de déterminer la répartition institutionnelle des compétences pour l'exécution des actes communautaires, cette liberté est encadrée par une obligation communautaire de résultat et par la nécessaire application uniforme du droit communautaire* ». Ainsi, on comprend mieux que la fonction d'exécution du droit communautaire fait naître des espaces de liberté, certes encadrés par les obligations communautaires, mais qui sont de nature à alimenter les velléités de concurrence entre les Etats membres. On peut à ce titre parler de marges de manœuvre institutionnelles.

Plus encore, selon les fonctions du droit européen qui leur incombent, les Etats ne bénéficient pas de la même amplitude desdites marges de manœuvre. Les organes de l'Etat membre n'ont pas les mêmes libertés d'action selon qu'ils exercent des fonctions de production ou d'exécution du droit européen, au point que Nabli (2007) considère que « *la liberté d'action dont jouissent les organes (...) dans (...) la (...) production du droit communautaire se trouve juridiquement (...) entamée dans le cadre de la fonction d'exécution* »²⁴⁵.

La nature, l'étendue et l'intensité de la fonction exécutive normative des Etats eu égard au droit communautaire varient selon les actes communautaires qui encadrent la fonction en question. Même des actes « parfaits » issus du droit primaire ou des règlements nécessitent des compléments normatifs que seuls les organes étatiques peuvent apporter, dans le strict respect de la substance normative gravée dans le droit communautaire (Louis, 1969).

²⁴⁵ Nous précisons la nature et l'intensité de cette liberté d'action dans le paragraphe suivant.

La mise en œuvre décentralisée du droit européen et le choix de la méthode d'« administration indirecte » sont à même d'éviter de concourir à une administration européenne trop lourde, et de pouvoir profiter de l'expertise institutionnelle de niveau national, comme l'atteste la déclaration n°43 annexée au Traité d'Amsterdam : « *la mise en œuvre, sur le plan administratif, du droit communautaire, incombe par principe aux Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles* ». Plus précisément, cette mise en œuvre est « *multiforme* » (Nabli, 2007) car elle mobilise un grand nombre d'organes étatiques qui sont les réels exécuteurs du droit communautaire. De ce point de vue, ils sont ceux qui exercent véritablement la souveraineté de l'Etat membre de l'UE dans les procédures de production et d'exécution du droit finalisé européen.

La notion de fonction des Etats membres renvoie également à la production du droit communautaire, en particulier dans ses étapes premières. De ce point de vue, il convient d'identifier un autre type de marges à travers le travail interministériel que requiert l'action publique étatique, ou plus exactement à travers le jeu complexe de « *l'élaboration de la position de l'Etat membre par le gouvernement* » (Nabli, 2007). L'exemple français apporte à cet égard des enseignements intéressants. L'adoption d'une position nationale exige en effet un travail préparatoire réalisé de manière collégiale et imbriquée par l'administration et le gouvernement. Autrement dit, l'élaboration de ladite position implique un exercice complexe de coordination centralisée, et partant, laisse entrevoir des espaces de nature administrative et politique qui sont propices à des jeux d'influence et de concurrence. Comme le décrit Nabli (2007), de telles marges sont identifiables au niveau « *intra-gouvernemental* ». Car une proposition de nouvel acte communautaire dérivé peut concerner plusieurs administrations gouvernementales, selon le domaine législatif en question (Sauron, 1998). Partant, les intérêts entre ministères concernés peuvent diverger et générer par conséquent des frictions potentiellement dommageables en vue des négociations communautaires. Au-delà des procédures de désignation desdits ministères²⁴⁶ et de déclenchement de l'élaboration de la position nationale, « *il revient à chacun des ministères dont la compétence matérielle est concernée par l'objet du texte communautaire de se positionner* » (Nabli, 2007). Le positionnement évoqué renvoie par essence à un jeu d'influence dans lequel s'engagent les administrations ministérielles, jeu duquel découlent des marges de manœuvre institutionnelles. Cependant, on peut identifier plus précisément ces marges en entrant dans les modalités de l'adaptation de l'organisation des ministères à la fonction de production de

²⁴⁶ Voir la description du rôle du Secrétariat Général des Affaires Européennes, rattaché au Premier ministre, la définition des ministères « chefs de file » et de l'« autonomisation » des affaires communautaires (Nabli, 2007).

droit dérivé. Ainsi, on remarque que les processus concurrentiels sont potentiellement en vigueur dès le niveau interne de chaque ministère, comme l'attestent la formation et le travail nécessaires des cellules de coordination intraministérielle²⁴⁷. De même, les marges peuvent prendre une dimension interministérielle. Nabli (2007) insiste sur l'enjeu de garantir une efficacité de la position nationale dans les procédures communautaires alors que les intérêts de plusieurs ministères et départements ministériels peuvent différer autour d'un même projet de réforme législative européenne. Le besoin de coordination est donc réel (Lequesne, 1997). L'exemple français²⁴⁸ permet de décrire quelle(s) forme(s) peut prendre « *un mécanisme de coordination interministérielle, centralisé et hiérarchique qui met en exergue la fonction arbitrale du Premier ministre* ». L'existence de l'instrument juridico-institutionnel que constitue le SGAE dénote pleinement de la logique concurrentielle qui préside à l'élaboration de la position nationale en vue de la production de droit dérivé. Comme le rappelle Nabli (2007), « *le SGAE assure la coordination entre les multiples positions des ministères et arrête une position interministérielle (...). Toute négociation communautaire qui concerne les activités de différents départements ministériels passe par des réunions de coordination organisées par le SGAE (...). Le SGAE arbitre les différends entre ministères* ». Nabli (2007) met par ailleurs l'accent sur l'importance du rôle de ce « bras armé coordinateur » du Premier ministre car « *dans un contexte concurrentiel, la proximité hiérarchique et politique du SGAE avec le Premier ministre est un atout décisif en faveur de l'autorité du premier* ». Il montre ainsi à quel point les espaces concurrentiels sont nombreux en matière d'arbitrages politiques relatifs aux questions européennes. Les marges de manœuvre institutionnelles sont par conséquent bien réelles s'agissant de l'élaboration du droit communautaire, ne serait-ce qu'à travers l'élaboration de la position commune de l'ensemble des administrations gouvernementales.

Les marges de manœuvre institutionnelles résultent apparemment du type d'acteurs qui les façonnent et des fonctions que remplissent les Etats membres de l'UE. Elles découlent cependant aussi des instruments juridiques employés dans le cadre communautaire, y compris dans l'exercice de mise en conformité du droit national avec le droit communautaire.

²⁴⁷ L'enjeu consiste, au niveau interne des ministères, d'assurer une coordination entre les directions et les services concernés. En tout état de cause, l'arbitrage du cabinet ministériel est garant en dernier ressort de cette coordination (Nabli, 2007).

²⁴⁸ Etant donnée la diversité des cultures politiques et administratives au sein de l'UE, la nature et la forme de la coordination interne des affaires européennes diffèrent grandement d'un Etat membre à l'autre (cf. Wallace et Webb, 1983 ; Page et Wouters, 1995).

4. Les marges de manœuvre dans l'élaboration des mesures nationales d'exécution

L'élaboration du droit communautaire relève, d'un côté d'une phase de négociation des normes supranationales par les autorités centrales européennes, de l'autre d'une étape d'élaboration de mesures qui traduisent aux niveaux nationaux les contenus normatifs des règles européennes (phase de mise en conformité). Au cours de cette étape émergent des marges de manœuvre, soit inhérentes aux exigences qui s'imposent aux Etats membres dans l'exercice de mise en conformité de leur cadre réglementaire interne (section 1), soit découlant des ressorts et modalités des instruments de transcription du droit communautaire en droit national (section 2).

Section 1 – Mesures nationales d'exécution et marges réduites des Etats membres

La souveraineté des Etats membres de l'UE en matière juridique et institutionnelle est garantie par le principe d'autonomie constitutionnelle. Pour autant, la liberté des gouvernements dans l'élaboration des mesures nationales d'exécution est encadrées par deux types d'exigences, contraignantes par nature : les exigences communautaires et les exigences constitutionnelles. Ces dernières créent en conséquence des espaces propices au jeu concurrentiel interétatique. S'agissant des exigences communautaires, il convient de souligner que l'exécution du droit européen est régie selon les obligations dites communautaires qui privent les gouvernements nationaux de toute compétence pour influencer le contenu normatif des normes à transposer. Ainsi, concernant les directives²⁴⁹, les Etats sont libres uniquement « *de définir les moyens idoines pour la pleine réalisation des objectifs énoncés dans ladite directive* » (Nabli, 2007). L'article 249 du Traité CE a défini à cet égard les seules obligations à caractère général comme pouvant être imposées aux Etats membres par la voie des directives. Dans l'esprit de cet article, ces actes dérivés doivent préciser les objectifs, c'est-à-dire le résultat à atteindre par la réforme législative²⁵⁰, et laisser une marge de liberté appréciable quant aux modalités possibles d'atteinte de ces objectifs. Or,

²⁴⁹ D'autres instruments tels que le règlement ou la décision communautaires excluent toute compétence substantielle des gouvernements dans la définition des contenus normatifs des normes communautaires et étouffent ainsi toute possibilité d'espace de manœuvre d'ordre institutionnel.

²⁵⁰ C'est en cela que le droit communautaire est un droit utile.

depuis le Traité d'Amsterdam (1997), les directives vont au-delà de la simple fixation des objectifs à atteindre. Selon Nabli (2007), « *la forme et le fond des directives ont évolué vers davantage de précision et de technicité tant sur les objectifs que sur les moyens. Le glissement vers un contenu toujours plus technique et précis des directives réduit inmanquablement la marge de manœuvre du gouvernement et du Parlement (...) et entame la marge d'appréciation des organes de l'Etat membre chargés de transposer les directives par voie législative* ». Plus encore, la CJCE a arrêté en 1977 qu'il est possible pour une directive d'imposer aux pays membres de l'UE de « *réaliser une identité rigoureuse* » et de n'admettre « *aucune marge d'appréciation aux instances nationales*²⁵¹ ». Selon les cas, l'« intensité de la transposition » peut varier, de la transposition très partielle à la reprise pure et simple des prescriptions communautaires²⁵². Là encore émergent des espaces dont l'étendue dépend précisément du degré de transposition. Si la directive concède des marges à la loi, alors les dispositions nationales ne seront aucunement des simples transcriptions de dispositions communautaires. De ce point de vue, le gouvernement aura tout intérêt à exploiter ces espaces de liberté que les modalités d'harmonisation lui laissent, que ce soit en termes de rédaction des termes des projets législatifs ou en termes de possibilité de débats démocratiques au sein du parlement.

Outre les exigences communautaires s'imposent aux Etats membres des exigences de nature constitutionnelle. Dans le cas français, par exemple, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a donné à la décision n°2004/496 DC du 10 juin 2004 le statut d'« *exigence constitutionnelle* ». En l'espèce, le juge constitutionnel a reconnu qu'en participant à l'UE, la France s'engageait à respecter toutes les obligations (communautaires) inhérentes à ladite participation. La liberté du gouvernement en matière institutionnelle est donc doublement contrainte, et du point de vue communautaire, et du point de vue constitutionnel, ce qui laisse moins de place à des marges de manœuvre institutionnelles et en réduit l'étendue²⁵³.

²⁵¹ CJCE, 23 nov. 1977, *Enka BV c/inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Arnhem*, aff. 38/77, Rec. p.2203.

²⁵² Du point de vue des autorités publiques nationales, les méthodes de transposition combine les deux dimensions décrites par des méthodes dites de « reprise » ou de « renvoi » (voir Nabli, 2007).

²⁵³ A noter enfin que, dans le cas français, le choix de l'instrument juridique d'intégration du droit européen en droit interne doit lui aussi répondre aux exigences constitutionnelles. La Constitution de 1958 formule ainsi une stricte répartition des domaines de la loi et du règlement.

Section 2 – Instruments de « transposition²⁵⁴ » et marges de liberté des Etats membres

Selon l'article 249 du Traité CE, les Etats membres ont une « obligation de résultat » en ce qui concerne la mise en conformité de leur droit interne avec le droit communautaire, mais ils demeurent libres dans le choix des moyens et la voie institutionnelle qu'ils mettent en œuvre pour les atteindre. Dans le cas spécifique de la transposition des directives, c'est l'architecture institutionnelle de chaque Etat membre (Rideau, 2002 ; Medhi, 2004) qui détermine la méthode de transposition, c'est-à-dire les instruments par lesquels les normes communautaires seront transcrites en droit interne. Les libertés de méthode sont donc synonymes de marges de manœuvre institutionnelles qui, eu égard à l'Etat membre et comme le souligne Dubos (2001), concernent « tant son organisation verticale (pouvoir centralisé, entités fédérales ou locales) que la séparation des pouvoirs au niveau horizontal (pouvoir législatif, exécutif et juridictionnel) »²⁵⁵. De façon plus précise, ces marges de manœuvre sont la résultante de forces contraires qui résultent, les unes du principe d'autonomie constitutionnelle des Etats, les autres de l'exigence liée à la mission d'intérêt communautaire (Blumann et Dubouis, 2005). C'est en cela que les instruments que choisissent les Etats membres pour transcrire leur droit interne traduisent dans une certaine mesure les marges de liberté laissées aux membres de l'UE. Dans tous les cas, ils répondent à diverses exigences et contraintes inhérentes au droit communautaire, à savoir sa primauté²⁵⁶, l'effet utile de ses dispositions²⁵⁷, la sécurité juridique²⁵⁸ et le respect de l'effectivité de la norme communautaire (Blanquet et Isaac, 2004). Ainsi, dans l'optique d'adapter les droits nationaux aux dispositions communautaires, les Etats membres utilisent des instruments qui, en répondant à la double contrainte du respect des exigences communautaires et de la cohérence interne dans l'exercice d'intégration juridique (Zolynski, 2007), laissent apparaître des marges de manœuvre institutionnelles, et conditionnent de fait des jeux de concurrence entre les pays. L'examen de ces instruments permet d'identifier les espaces concurrentiels en question. Il conviendra de mesurer combien le recours à un texte normatif est de nature à faire émerger ces espaces, de même que

²⁵⁴ Nous ciblons notre raisonnement sur la stratégie d'harmonisation. Autrement dit, nous entendrons dans cette partie de manière indifférenciée « mise en conformité du droit interne au droit communautaire » et « transposition », dans un souci de simplification.

²⁵⁵ Dans cette citation de Dubos (2001) est évoqué un des arguments essentiels que nous développerons par la suite, à savoir celui d'une concurrence institutionnelle qui s'opère, dans le cadre communautaire, selon trois niveaux : une concurrence législative, une concurrence réglementaire et une concurrence administrative.

²⁵⁶ La primauté du DC prévaut sur le principe d'autonomie institutionnelle (voir Garrigou-Lagrange, 1999).

²⁵⁷ CJCE, 8 avril 1976, Royer, aff. 48/75, Rec. p. 497, point 73.

²⁵⁸ D'après Kovar (1987), « la transposition des directives doit se réaliser dans des conditions préservant leur intégrité sous le triple rapport de leur substance, de leur autorité et de leur invocabilité. En un mot, cette opération ne doit entraîner aucune déperdition de la force normative des directives communautaires ».

l'interprétation jurisprudentielle est aussi un prétexte important de mise en œuvre de mécanismes concurrentiels.

La pratique juridique montre que la transposition du droit communautaire en droit interne peut prendre au moins deux formes qui sont la transposition législative et la transposition jurisprudentielle, selon le mécanisme que l'Etat membre privilégie pour mettre en vigueur « *les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la (...) directive* » (Directive 91/250 du 14 mai 1991). En l'espèce, un Etat membre a le droit de choisir l'instrument de transposition lui permettant d'adapter son droit national tout en respectant sa propre architecture institutionnelle. Ce choix est donc de nature à créer des espaces de liberté pour les Etats. Mais la définition et l'étendue des espaces dépendent plus précisément du fait que la transposition se réalise par la loi ou par ordonnance.

La transposition législative par le biais de la loi est de nature à créer des marges de manœuvre législatives. Un premier argument consiste à invoquer les retards que certains pays prennent dans la transposition, que ce soit du point de vue de l'adoption des lois de transposition ou de celui de l'application de celles-ci. Ces retards constituent, au sens communautaire, des violations de l'obligation de transposition dans les délais. Qu'ils se produisent dans le processus même de « *confection de la loi* », ou en raison de la « *longueur des débats parlementaires* », voire du fait d'une « *certaine inadaptation de l'administration* » (Zolynski, 2007), lesdits retards, et surtout leurs origines, sont clairement une caractéristique de différenciation entre les Etats membres. En effet, il est pertinent de voir dans ces « *origines* » des éléments déterminants d'efficacité qui traduisent la capacité d'un appareil institutionnel national à « *transposer* » selon les exigences communautaires et de façon cohérente. A partir du moment où certains Etats membres démontrent une rapidité de l'appareil parlementaire dans l'exercice de ses travaux ou une efficacité d'adaptation de l'appareil administratif dans la mise en œuvre de la réforme institutionnelle, alors il convient de déduire que des marges existent en termes d'efficacité institutionnelle. Comme le souligne Zolynski (2007), « *la procédure législative traditionnelle est apparue inadaptée à la contrainte communautaire (...). La doctrine s'est accordé pour admettre que la lenteur et la complexité de cette procédure ne permettait pas de respecter le terme impératif fixé par le texte communautaire (...)* ». On comprend dès lors que la loi, en tant que méthode de transposition, rende visibles les défauts de certains Etats membres eu égard à leur capacité à « *bien transposer* », lesquels défauts se traduisent par des espaces concurrentiels inhérents à la différenciation institutionnelle. Les asymétries par lesquelles les marges existent donnent par

conséquent lieu à une concurrence des Etats, certains essayant de tirer profit d'avantages comparatifs que leur donnerait leur capacité à transcrire plus rapidement que d'autres le droit communautaire²⁵⁹. Mais le retard d'adoption de la loi de transposition peut découler d'un conflit d'intérêt entre des acteurs institutionnels ou extra institutionnels (Mégret, 1967). Nombre d'exemples semblent en effet confirmer que se trament, le plus souvent en amont de l'adoption des normes communautaires, des jeux d'influence entre lobbies et acteurs de la société civile parties prenantes de la réforme législative. Les marges découlent alors de la force et du poids de ce type d'acteurs dans les différents pays. Par exemple, dans un contexte de réforme communautaire de la réglementation financière, l'influence des organes représentatifs du secteur bancaire et financier sur les pouvoirs publics nationaux n'est pas comparable entre un pays comme le Luxembourg, où le poids économique dudit secteur est prépondérant, et un Etat comme Malte où il est bien moindre. Une autre source de retard d'adoption de la loi de transposition peut provenir des réticences des autorités nationales à transcrire les normes communautaires dans le droit interne, en dépit de la force contraignante de celles-ci²⁶⁰. De ce point de vue, les avantages économiques ou les coûts que peuvent supporter des pays en adoptant des directives sont de nature à créer des incitations ou de telles réticences et, partant, des espaces institutionnelles, théâtres de phénomènes concurrentiels²⁶¹. Si les derniers arguments portent essentiellement sur des marges institutionnelles découlant du « travail parlementaire », il est possible d'en identifier d'autres qui trouvent leur « sources dans le travail gouvernemental d'élaboration du projet de loi » (Zolynski, 2007). L'utilisation de l'instrument typiquement législatif que constitue la loi peut faire émerger des marges, en particulier dans le cadre des réformes réglementaires de nature interministérielle. Les exemples ne manquent pas en effet de transpositions de directives dont l'élaboration requiert la collaboration de plusieurs ministères. Or, les intérêts entre les différentes administrations ne convergent pas forcément tous, au point que des travaux gouvernementaux peuvent devenir prétextes à des logiques concurrentielles. C'est la divergence des intérêts qui conditionnent alors l'existence de marges politiques et institutionnelles. La loi, en tant qu'instrument, peut ainsi mettre en lumière des inefficacités gouvernementales en termes de concertation et de coordination entre les composantes du gouvernement²⁶². Deux éléments enfin sont susceptibles, dans les modalités de la transposition législative, de faire naître des marges

²⁵⁹ Ces aspects feront l'objet d'approfondissements dans les chapitres suivants.

²⁶⁰ Voir l'exemple français de la transposition de la directive 98/44 du Parlement et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

²⁶¹ Cf. chapitre 4 sur les modélisations possibles des comportements concurrentiels à l'œuvre dans l'élaboration du droit communautaire.

²⁶² Voir l'exemple français de la transposition de la directive 2001/29 « société de l'information ».

institutionnelles, à savoir les processus de consultations et la tendance au « perfectionnisme juridique »²⁶³. Les uns, en précédant la rédaction des projets de loi, sont en effet susceptibles d'allonger les délais de réforme législative et ne sont pas forcément de nature à favoriser le consensus autour de la rédaction législative : en cela, les procédures de consultations multiplient les acteurs institutionnels d'influence et, partant, les espaces de concurrence institutionnelle. Quant au perfectionnisme juridique, illustré par la multiplication à la fois des amendements parlementaires et des velléités gouvernementales à la réforme plus générale que celle fixée par le cadre communautaire²⁶⁴, il est un prétexte fort à des jeux de concurrence au sein des majorités parlementaires.

S'agissant de l'application des lois de transposition, Zolynski (2007) note que son retard « est une des principales causes de violation de l'obligation de transposer la directive dans les délais²⁶⁵. En effet, nombreuses sont les lois nécessitant l'édition de mesures réglementaires afin d'en préciser les détails ou les modalités d'application²⁶⁶ ». Ainsi, l'adoption des principes de la directive, même dans des délais conformes aux exigences du droit communautaire, ne rend pas pour autant effectives les dispositions communautaires et, partant, la transposition n'est pas valide. Or l'origine communautaire des normes non appliquées pour cause de défaillance d'application conduit à des sanctions. Ces dernières portent sur l'inertie de l'administration, soit dans le cas où elle dépasse un « délai raisonnable »²⁶⁷, soit parce qu'elle provoque l'inobservation du délai impératif fixé par la directive²⁶⁸. Les délais, qu'ils soient raisonnables ou impératifs, sont de toute façon des espaces « temporels » qui différencient les Etats membres du point de vue de leurs démarches de transposition, des efforts qu'ils produisent pour respecter l'obligation communautaire de mise en conformité de leur droit interne, voire des difficultés qu'ils rencontrent dans l'exercice de transposition. En adoptant au plus vite les normes ou en retardant la transcription dans leur ordre juridique national, les pays de l'UE dessinent des marges institutionnelles, marquent leurs différences les uns par rapport aux autres et, d'une certaine

²⁶³ Voir par exemple les rapports de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'UE sur la transposition des directives européennes (n°2247 et n°2292).

²⁶⁴ Phénomène particulièrement visible dans le cas de l'harmonisation minimale.

²⁶⁵ Voir le rapport d'information n°1709, préc., p.19.

²⁶⁶ Sur la définition de ces mesures d'application, v. J.-C. Venezia, « Les mesures d'application », in *Mélanges René Chapus : Droit administratif, Montchrestien, 1992, pp.673-679, spéc. P.674.*

²⁶⁷ Sachant que cette notion est variable (cf. Libchaber, 1998), le délai raisonnable fait emporter sanction lorsque le retard est reconnu par le juge administratif comme fautif, résultant d'une manœuvre dilatoire qui vise à priver la loi de ses effets et n'étant pas justifié par le temps nécessaire à la réflexion présidant à l'édition de toute norme (cf. Hanicotte, 1986).

²⁶⁸ L'inobservation de ce délai constitue une violation de l'obligation de transposition et peut emporter l'ouverture d'un recours en constatation de manquement sur le fondement des articles 226 à 228 du Traité CE.

manière, dévoilent leurs stratégies d'intégration du droit communautaire. Il importe donc de comprendre le caractère incitatif des sanctions communautaires.

Un autre argument, qui montre le lien entre la nature législative de l'instrument de transposition et l'existence de marges de liberté des Etats dans leur action institutionnelle, relève de l'inexécution partielle de l'obligation de transposition, que celle-ci résulte d'une transposition partielle ou implicite de la norme communautaire. Au sujet de la transposition partielle, remarquons qu'une fois la norme européenne élaborée, les Etats n'ont plus aucune liberté d'action quant à la définition du contenu normatif de cette norme. Pour autant, comme le souligne Zolynski (2007), tout débat parlementaire inhérent au processus d'adaptation du droit national constitue, au moins indirectement, une incitation à maintenir des spécificités nationales et donc à créer des marges réglementaires traduisant la non-conformité des droits nationaux vis-à-vis du droit communautaire. Les exemples ne sont pas rares, en effet, où les législateurs nationaux expriment des réticences et des réserves dans l'exercice de transposition, voire adoptent des comportements de résistance à l'égard des normes à transposer. Ces comportements se traduisent souvent par des inclinations à mener des interprétations restrictives des dispositions législatives²⁶⁹, lesquelles aboutissent à coup sûr à des procédures en manquement, et donc à des sanctions de la part des autorités européennes (Gaumont-Prat, 2005 ; Galloux, 2005).

Quid de la transposition implicite ? Le cadre communautaire impose aux autorités nationales une obligation de transparence²⁷⁰ en les enjoignant d'identifier le texte de la directive dans le texte national de transposition²⁷¹, excepté dans les cas d'harmonisation préétablie. Selon Zolynski (2007), « *cette obligation (...) permet à la Commission de contrôler la mise en œuvre effective de ces textes en droit interne et s'inscrit dans le prolongement de l'obligation d'information, accessoire de l'obligation de transposition* ». Si elle n'est pas, à proprement parler, source d'apparition de marges institutionnelles, il convient de noter que les Etats membres, contraints d'indiquer l'inspiration communautaire des lois de transposition, sont « *libres de déterminer les modalités de cette référence* » (Zolynski, 2007). Or, qui dit liberté d'action des pays membres de l'UE dans la mise en œuvre institutionnelle

²⁶⁹ Voir Zolynski (2007).

²⁷⁰ Voir le rapport d'information n°2292 de la délégation de l'Assemblée nationale pour les Communautés européennes sur *la transposition des directives communautaires en droit interne*.

²⁷¹ La règle générale est la suivante : « *lorsque les Etats membres adoptent (les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive), celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Ces modalités sont déterminées par les Etats membres* » (voir par exemple l'article 10 de la directive 91/250, l'article 14 de la directive 93/83 ou l'article 20 de la directive 2004/48).

dit existence de marges de nature réglementaire. Concrètement, les formes que prend cette liberté sont multiples ; c'est en cela que les marges de manœuvre réglementaires apparaissent potentiellement : les législateurs nationaux peuvent en effet, soit faire mention de l'origine communautaire de la loi nationale « *dans la première note de renvoi avant les travaux préparatoires* » (Zolynski, 2007), soit y faire référence directement dans l'article premier de ladite loi, voire évoquer cette origine dans l'intitulé de la loi, au même titre que l'objet du projet législatif. Pour autant, ces différentes solutions de mise en œuvre de la transparence, et donc les marges qu'elles traduisent, comportent des avantages et des inconvénients institutionnels. Ainsi, toujours d'après Zolynski (2007), la première fait peser le risque d'une moindre visibilité institutionnelle, tandis que la deuxième est à éviter « *dans la mesure où elle conduirait à obscurcir inutilement le texte* » (voir aussi Saulnier, 2002). En somme, les marges existent bel et bien à travers l'outil institutionnel que constitue la loi, mais elles ne sont pas forcément des éléments favorables a priori, étant donnés les risques qui leur incombent, notamment en termes de complexification juridique. S'agissant de l'obligation de transposition, nombre d'exemples prouvent qu'elle n'a pas toujours été respectée, particulièrement pour des motifs d'ordre politique. Et ces motifs renvoient eux aussi à l'existence et aux effets d'espaces concurrentiels de nature législative et réglementaire : Zolynski (2007) rappelle à la fois les réticences possibles des législateurs nationaux dans l'exercice de transposition et le rôle des lobbies qui poursuivent leurs efforts d'influence au cours du processus de transposition²⁷². Pour autant, le manquement aux obligations que caractérise la transposition implicite rend les Etats membres passibles de sanctions. Par ailleurs, malgré ce type de transposition qui pourrait donner l'illusion d'une étendue appréciable des marges de liberté, ces dernières sont en réalité très étroites. Car l'indépendance apparente des lois de transposition implicite est minée par le principe d'interprétation conforme du droit national à la directive communautaire qui s'applique au juge, lequel principe rend lesdites lois directement liées aux exigences édictées par les normes communautaires. Comme le résume Zolynski (2007), « *il ressort que (...) le choix de la loi comme instrument de transposition peut donner lieu à une exécution tardive ou une inexécution partielle de l'obligation de transposition* ». C'est en cela que l'instrument en question conditionne l'existence de marges de manœuvre de nature institutionnelle.

²⁷² Voir l'exemple de la loi relative à la rémunération au titre du prêt en bibliothèque et renforçant la protection sociale des auteurs (loi n°2003-517 du 18 juin 2003), laquelle ne fait pas référence à la directive 92/100, alors qu'elle a clairement vocation à la transposer.

En dehors de la loi, il existe un second instrument de transposition législative qui est, en France, l'ordonnance. La transposition dite par ordonnance ou par voie de législation déléguée s'avère particulièrement utile dans les cas de retards d'adaptation du droit interne au droit communautaire. Outre l'intérêt d'accélérer le processus de transcription des dispositions communautaires dans le droit national²⁷³, cette forme de transposition donne la garantie d'une pleine application des directives concernées. Et pour cause, les « *transpositions à plat* », comme les nomme Zolynski (2007), reprennent les textes et considérants communautaires en l'état. Malgré les qualités apparentes de l'instrument en question, il faut noter des inconvénients très importants qui sont la remise en cause des structures institutionnelles dans certains Etats membres, en particulier la France, et l'impossibilité « *de réaliser un contrôle satisfaisant de l'adaptation de la formulation de la norme au droit interne* » (Zolynski, 2007). Plus précisément, si l'instrument de l'ordonnance permet de satisfaire « *les exigences communautaires*²⁷⁴ » au sens de Zolynski (2007), il apparaît qu'il est de nature à mettre en péril la cohérence institutionnelle de nombre de pays membres au regard de leur architecture institutionnelle. Dans le cas de la France par exemple, la transposition par ordonnance enlève toute substance à l'intervention législative et réglementaire du Parlement. Or c'est justement ce dernier qui est au cœur de la logique constitutionnelle française et qui, au regard du droit communautaire, permet d'exploiter, quand elles existent, les marges de manœuvre institutionnelles en matière de mise en œuvre des normes européennes (notamment dans le cas de l'harmonisation a minima). En d'autres termes, l'usage de l'ordonnance supprime toute marge de manœuvre inhérente à l'action des parlementaires²⁷⁵ et produit en conséquence une double incohérence, à savoir institutionnelle et substantielle. Concernant la dimension institutionnelle, outre la remise en cause du rôle plein et entier du Parlement comme précédemment évoqué, l'ordonnance, en tant qu'instrument, génère le cas échéant un problème dans l'action interprétative du juge. Comme le souligne Zolynski (2007), « *on peut (...) regretter que l'absence de débat parlementaire prive le juge d'un instrument d'interprétation utile lorsqu'il recherche, au-delà du texte, la volonté du législateur* » (voir aussi Bénabou, 2002). Quant à la dimension substantielle, il convient de regretter que l'absence de travail parlementaire, notamment par la voie des commissions permanentes, empêche toute modification au droit interne, toute correction et tout changement adaptatif, y compris eu égard à l'identification et l'exploitation des marges de liberté données dans le

²⁷³ L'ordonnance permet notamment de contourner les difficultés institutionnelles liées à l'inscription d'un projet de loi à l'ordre du jour parlementaire. Elle constitue de ce point de vue un vecteur d'accélération, apprécié en cas de retard de transposition (Guillaume, 2005), voire de procédure en manquement.

²⁷⁴ C'est-à-dire garantir la mise en œuvre de la directive dans l'ordre interne.

²⁷⁵ Voir le rôle du Parlement et la structure du processus démocratique français (Gaudemet, 2003).

cadre d'une harmonisation non maximale. Ces changements s'avèrent pourtant nécessaires dans les cas où les notions et considérants des normes à transcrire en droit national requièrent des précisions pour produire leur pleine effectivité. A défaut, l'ordonnance peut donc devenir une source d'insécurité juridique (Piatti, 2002). Tous ces éléments font courir le risque pour les autorités nationales de conditionner une intégration incohérente et, en définitive, manquée, en menant une transposition par ordonnance non conforme aux dispositions communautaires. L'instrument en question, s'il a indubitablement un avantage dans l'exercice d'adaptation du droit interne au droit communautaire en termes de vitesse d'exécution, n'en comporte pas moins des inconvénients graves du point de vue de l'intégration cohérente du droit européen dans les systèmes juridiques nationaux. Il empêche en effet le législateur d'exploiter les potentielles marges de manœuvre que le droit communautaire concède selon les domaines juridiques concernés. En cela, cet instrument s'oppose à l'instrument « loi » qui, dans ses modalités et ses caractéristiques, laisse apparaître des espaces de liberté d'action pour les Etats membres qui leur permettent éventuellement de tirer parti de l'intégration communautaire.

La transposition législative est à même de favoriser l'apparition de marges de liberté de nature institutionnelle. Qu'en est-il de la seconde forme de transposition du droit communautaire en droit interne, en l'occurrence la transposition jurisprudentielle ? Celle-ci désigne « *l'opération de transposition (qui) nécessite l'intervention du juge national, notamment lorsqu'une règle générale doit être complétée par l'interprétation du juge ou encore lorsque la disposition légale doit faire l'objet d'une interprétation correctrice du juge afin d'assurer son équivalence avec la disposition communautaire* » (Zolynski, 2007). Ce type de transposition est donc utile dans la mesure où les lois d'inspiration communautaire ont vocation à être complétée. Ces dernières sont des textes généraux qui autorisent des adaptations des contenus normatifs par le juge, et ce au regard des besoins qui apparaissent avec la pratique juridique (Fenet, 1836 ; Gény, 2004²⁷⁶). La CJCE admet ainsi que tout texte de formulation générale peut suffire à satisfaire les exigences communautaires s'il est précisé par la suite par le juge national²⁷⁷. « *En d'autres termes* », complète Zolynski (2007), « *la disposition nationale et son interprétation jurisprudentielle peuvent constituer ensemble l'équivalent de la disposition* ». Or l'espace institutionnel qui sépare (ou différencie) la disposition nationale et la « *disposition nationale équivalente de la communautaire en raison*

²⁷⁶ Réédition.

²⁷⁷ Voir par exemple CJCE 10 mai 2001, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-144/99, *Rec.* I-3541, pt. 21, *RTD com.* 2002, pp. 196-198, obs. M. Luby.

du complément apporté par le juge grâce à son interprétation » constitue une marge de nature jurisprudentielle, laquelle est exploitable par le juge²⁷⁸. La transposition jurisprudentielle est par conséquent susceptible de laisser apparaître des marges de liberté nationales par l'intermédiaire de l'institution administrative et judiciaire. Il convient de noter qu'avec cet instrument, une disposition de droit commun semble suffire à garantir la transposition d'une disposition communautaire quand la directive a trait à un champ juridique particulier dans le cas où le juge fait appel au droit commun pour résoudre des situations juridiques particulières (Gassin, 1961). L'intérêt est de substituer cet outil à ceux de la transposition législative qui, malgré ses avantages précités, fait courir le risque de dispositions redondantes, inutiles et qui alimenteraient une véritable inflation législative (*enflure*)²⁷⁹.

L'identification de possibles marges de manœuvre institutionnelles inhérentes au mécanisme de transposition qu'est l'interprétation jurisprudentielle passe par le rappel des conditions qui rendent valide ce type de transposition en termes d'efficacité à transcrire le droit communautaire dans les systèmes juridiques nationaux. Ces conditions prennent la forme de trois exigences propres au droit national et au droit communautaire, qui sont la connaissance, le caractère effectif et la stabilité de la norme transposée (Zolynski, 2007). Concernant la première, disons de manière synthétique qu'il existe des cas où la transposition jurisprudentielle ne garantit pas une « publicité » suffisante de la règle transposée auprès des citoyens nationaux (ou sujets de droit). Au-delà de la seule interprétation de la règle par le juge, il peut s'avérer préférable de procéder à une transposition législative de la norme afin d'en préciser le contenu normatif, son contenu, son régime juridique, ses conditions de mise en œuvre, son domaine d'application, voire les sanctions qui y sont attachées²⁸⁰. Comme le résume Zolynski (2007), « *dès que la solution ne ressort pas clairement d'une jurisprudence connue, il est souhaitable qu'elle soit rappelée par la législation nationale. Si la jurisprudence paraît suffisante à satisfaire l'exigence de transparence et, par conséquent, de sécurité juridique, reste alors à vérifier que sa publicité est elle aussi suffisante au vu de l'exigence de connaissance du droit* ». Il convient de remarquer que les motifs de substitution de la transposition jurisprudentielle par la transposition législative font focaliser l'attention sur trois aspects intrinsèques des règles de droit qui, chacun, sont de nature à faire émerger des espaces de concurrence.

²⁷⁸ Cf. analyse de Zolynski (2007) sur le recours dévoyé à l'interprétation jurisprudentielle.

²⁷⁹ Carbonnier (1995).

²⁸⁰ Voir par exemple la transposition limitée de la directive 2001/29/CE.

La deuxième condition (exigence) qui rend la transposition jurisprudentielle pertinente relève de l'effectivité de la règle de droit transcrite au niveau national. Car si la règle existe théoriquement, mais qu'elle ne produit pas les effets que le législateur attend (obligation de résultat non remplie), alors l'instrument juridique est inopérant, et donc à exclure. On comprend que mesurer l'efficacité et la pertinence du recours jurisprudentiel est un prétexte à mesurer aussi les marges institutionnelles existant entre la définition normative des règles et la définition de leurs modalités d'application, sans lesquelles les premières sont sans effet attendu²⁸¹. On comprend mieux cet argument avec l'exemple évoqué par Zolynski (2007) du débat sur la transposition de la directive 92/100/CE prêt, location et droits voisins, selon lequel « *le principe du droit de prêt est de droit positif. Cependant, la doctrine souligne qu'il n'est admis qu'en théorie et n'a jamais donné lieu à un exercice effectif par les auteurs, qu'il n'en découle en pratique aucune rémunération au titre de ce droit* » (voir aussi Alleaume, 2001). La transposition jurisprudentielle est donc de nature à favoriser l'émergence de marges réglementaires en ce qu'elle risque de ne pas garantir l'effectivité des règles par des mesures adéquates de mise en œuvre du droit, et pire, de conduire au non respect de ces règles, imposant ainsi des sanctions. Cependant, il faut noter que l'usage du mode jurisprudentiel est parfois justifié par les pouvoirs publics nationaux par la volonté d'éviter l'apparition de trop d'espaces concurrentiels de nature institutionnelle. Car dans le cadre de la transposition législative par voie légale (la loi comme instrument), l'élaboration des textes législatives et réglementaires peut souffrir des actions de groupes de pression et de la lenteur du processus parlementaire, ces éléments étant susceptibles de mettre en lumière des marges (trop) nombreuses.

La dernière exigence d'une pratique pertinente et appropriée de la transposition par le juge est la stabilité de la règle de droit fixée de manière jurisprudentielle. Partant de l'idée que la jurisprudence n'assure pas par nature la même sécurité juridique que les actes normatifs²⁸², la Cour de justice est parvenue à définir la stabilité de la première comme le fait que la règle ainsi édictée ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes parmi les diverses juridictions administratives de l'Etat membre. Arias (2000) et Molfessis (2000) en déduisent que seule une jurisprudence constante, comme par exemple celle issue de juridictions de dernière instance telles que la Cour de Cassation, répond à l'exigence de stabilité exprimée par le juge

²⁸¹ L'argument est encore plus vrai s'agissant du droit communautaire qui, par nature, est un droit utile et finalisé (voir Jacqué, 2004, 2006).

²⁸² Cf. CJCE 6 mai 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. 102/89, *Rec.* 1473, pt. 11 ou CJCE 24 janvier 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-372/99, *Rec.* I-819, pt. 22.

communautaire. Malgré le fait que la jurisprudence n'est jamais définitivement figée²⁸³, il convient de garder à l'esprit qu'il lui est exclu d'opérer un revirement de nature à violer l'obligation de transposition conforme. Autant dire que l'interprétation jurisprudentielle peut suffire théoriquement à transposer une directive dans un ordre national : il importe pour cela qu'elle satisfasse aux exigences communautaires d'effectivité et de stabilité de la norme. D'un Etat membre à l'autre, néanmoins, il est possible que ces exigences ne soient pas observées de la même façon, ce qui est là encore prétexte à l'apparition de marges de manœuvre de nature administrative. Par exemple, en vertu du principe d'autonomie procédurale, deux Etats de l'UE peuvent transposer une même norme communautaire, avec comme résultat des contenus normatifs adaptés en droit interne qui sont parfaitement similaires, mais une dimension « sanction » des règles transcrites qui différencie clairement les pays. Une loi de transposition nationale peut prévoir une sanction civile quand une autre peut compter une sanction pénale²⁸⁴.

Au-delà de la simple identification des marges de manœuvre jurisprudentielles ainsi décrites, il est intéressant de mettre en lumière les risques que porte « *le recours dévoyé à l'interprétation jurisprudentielle* » (Zolynski, 2007). Rappelons que, dans le cas de l'harmonisation minimale, les autorités publiques nationales sont appelées à déterminer les moyens d'atteindre les objectifs visés par la norme communautaire (téléologique²⁸⁵). A cette liberté de choix des modalités de mise en œuvre laissée aux autorités législatives et réglementaires nationales peut s'ajouter une liberté de choix quand les dispositions communautaires ne sont que facultatives. Mais le rôle du juge ne consiste de ce point de vue qu'à contrôler la conformité de l'adaptation du droit interne avec les obligations communautaires, et non à faire les choix d'adaptation eux-mêmes, ces derniers étant dévolus théoriquement au seul pouvoir politique²⁸⁶. Le rôle du juge national consiste donc à vérifier que le pouvoir politique national n'outrepasse pas la liberté d'action institutionnelle dont il dispose pour mettre en œuvre la norme communautaire. Or, les cas ne sont pas rares où les autorités nationales, dans le processus de transposition, sont inclinées à déléguer leur mission d'adaptation du droit interne au droit communautaire (consciemment ou pas). De la même

²⁸³ Selon la Cour de Cassation française, « *nul n'a le droit acquis à une jurisprudence figée* » : v. Civ. 1, 21 mars 2000, préc. et Civ. 1, 9 oct. 2001, *Bull.* I n° 249, *D.* 2001, pp. 3470-3474, rap. P. Sargos et les comm. de D. Thouvenin, *D.* 2001, pp. 3474-3477, R. Libchaber, *RTD civ.* 2001, pp.176-181.

²⁸⁴ « *Chaque fois que le droit communautaire fait appel au droit des Etats membres pour assurer la pleine effectivité des normes (effet direct), les juridictions sont libres, sur le fondement du principe de coopération loyale entre institutions et Etats membres (article 5 du TCE) d'appliquer leurs règles procédurales nationales* (CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG* et *Rewe-Zentral AG* contre *Landwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33-76, rec. 1989) » (Masson, 2008).

²⁸⁵ Voir Nabli (2007).

²⁸⁶ Voir le principe de séparation des pouvoirs (Bergel, 2003).

façon qu'ont été identifiées des marges de manœuvre institutionnelles inhérentes à la concurrence des législateurs nationaux dans la transposition des directives, peuvent donc être définies des marges institutionnelles, de nature administrative et judiciaire, précisément parce qu'est reporté sur les juges le pouvoir politique du choix des contenus normatifs du droit interne²⁸⁷. Conférer au juge le rôle de fixer les normes, c'est-à-dire l'intérêt général, de déterminer le juste et d'assurer la sécurité juridique, c'est risquer de produire de l'incohérence par rapport au système juridique. C'est en tout cas créer des marges de concurrence entre les juges nationaux puisque l'exercice de définition des contenus et modalités normatives donne lieu à lui seul à des phénomènes concurrentiels précédemment décrits.

Après avoir mené une identification des marges de manœuvre institutionnelles à l'œuvre à travers l'appareil administratif et le mode de gouvernance communautaires, et ce sur la base d'une analyse en termes de droit institutionnel²⁸⁸, nous revenons à une analyse matérielle pour montrer que la question des marges juridiques, non seulement justifie les analyses à venir du processus européen d'intégration juridique, mais en plus alimente la réflexion de la *Law&Economics*, au-delà du seul domaine du droit communautaire.

De manière synthétique, il importe de souligner que le caractère juridique d'une règle de droit, au sens théorique, est conditionné par la « juridicité » de celle-ci. Celle-ci exprime le fait que le respect de la règle passe par l'existence, pour les autorités publiques, d'un pouvoir de sanction. Le contenu normatif ne suffit en effet pas à rendre une règle effective, c'est-à-dire applicable, appliquée et respectée. Au-delà de la question de la pertinence des modèles de régulation²⁸⁹, force est de s'inscrire dans le cadre du droit communautaire, en remarquant que les règles juridiques comportent deux dimensions qui sont, d'un côté ledit contenu normatif, de l'autre le « contenu incitatif » que constitue la sanction. Pour comprendre notre analyse, il faut rappeler que le droit, a fortiori communautaire, relève en vérité à la fois de l'édiction des normes et de leur application pleine et effective. Si ladite édiction implique la définition du contenu normatif, c'est-à-dire du concept et du régime juridique²⁹⁰ qui l'encadre, l'application effective requiert deux éléments qui sont l'existence de voies de recours en cas de non respect de la règle en question, et le cas échéant, l'existence de sanctions.

²⁸⁷ La raison est le plus souvent que les autorités législatives nationales ne veulent pas trancher les conflits d'intérêt inhérents à la transposition de la directive en droit national. Précisons que l'absence de choix politique relève, ou bien d'une volonté d'une « *ambiguïté constructive ou d'un renvoi exprès au juge* » (Zolynski, 2007).

²⁸⁸ Ce type d'analyse s'appuie en effet sur les acteurs et les instruments juridiques, plutôt que sur les règles de droit (voir différences entre droit institutionnel et droit matériel, notamment à travers Masson (2008)).

²⁸⁹ Cf. débat sur la pertinence et l'efficacité des systèmes juridiques régulés et autorégulés.

²⁹⁰ La science juridique définit le régime juridique d'une règle comme un ensemble de prescriptions relatives à cette règle.

C'est à cet égard que l'analyse que nous faisons permet d'enrichir l'analyse économique du droit. En effet, l'économie du droit focalise le plus souvent son attention sur l'aspect purement normatif des règles, en faisant mine d'oublier leur aspect procédural²⁹¹ : c'est ce qui ressort notamment de l'analyse économique de l'incomplétude du droit. De ce point de vue, l'analyse juridique permet de mettre en évidence l'intérêt d'identifier des marges de manœuvre réglementaires dans les contenus normatifs, mais suggère aussi la possibilité d'en identifier dans les procédures intrinsèques des règles de droit, c'est-à-dire les procédures qui rendent lesdites règles effectives. Nous avons certes confirmé que les droits nationaux, en particulier dans le cadre communautaire, pouvaient différer, que ce soit du point de vue de la définition des concepts ou des régimes juridiques (ce qui traduit bien l'existence de marges institutionnelles interétatiques), mais c'est encore plus le cas s'agissant des dimensions procédurales, ceci en raison du principe communautaire d'autonomie procédurale²⁹². Prenons le cas extrême de l'harmonisation maximale²⁹³ : l'existence de (très) faibles marges de manœuvre en matière de définition de contenus normatifs dans l'exercice de transposition ne permet pas forcément aux Etats membres de tirer parti des règles ainsi transcrites en se différenciant les uns des autres. Il serait toutefois faux d'exclure toute possibilité d'expression de marges réglementaires dans la mesure où les pays disposent, par exemple du point de vue des procédures de sanctions, de pouvoirs souverains vis-à-vis des directives. D'un point de vue théorique, « *les Etats membres sont tenus de transposer la directive, rien que la directive et toute la directive* » (Simon, 1998). Il n'est donc pas question de s'écarter du strict respect des prescriptions communautaires. Pour autant, Nabli (2007) note que « *certaines directives contiennent des clauses autorisant les Etats membres à dépasser le niveau de protection résultant de l'application des dispositions communautaires. Il résulte de l'insertion de ces clauses dites « minimales » que les dispositions auxquelles elles trouvent à s'appliquer poursuivent une harmonisation a minima au-delà de laquelle les Etats membres retrouvent leur compétence pour exercer leur liberté normative* ».

Somme toute, même dans les cas les plus poussés d'intégration juridique (*harmonisation maximale*), les Etats disposent toujours de marges de manœuvre institutionnelles d'ordre procédural, que ce soit par rapport aux voies de recours ou en matière

²⁹¹ L'expression « faire mine » exprime le fait que l'analyse économique du droit s'est tout de même quelque peu portée sur la question procédurale, en étudiant par exemple le rôle et l'impact du système judiciaire sur le développement économique des nations et la promotion de la croissance (voir North, 1990 ; Acemoglu et *al.*, 2001).

²⁹² Le principe d'autorité procédural garantit la pleine souveraineté des Etats membres de l'UE en ce qui concerne la définition des procédures d'accompagnement des contenus normatifs (cf. article 49 du TCE).

²⁹³ Pour rappel de la description, voir Zolynski (2007).

de liberté de sanction. Par exemple, les seules exigences du droit communautaire eu égard aux sanctions liées aux règles de droit consistent à ce que lesdites sanctions demeurent proportionnées et efficaces : peu importe en définitive qu'elles soient de nature administrative, civile ou pénale. On comprend mieux que les débats autour de certaines réformes juridiques ne portent donc pas en tant que tels sur l'élaboration des contenus normatifs, mais sur la définition des conditions d'application et d'effectivité de ces contenus. Le cas de la réglementation des actions collectives est particulièrement intéressant de ce point de vue puisqu'il montre d'une certaine manière, à travers l'exemple français, l'« hypocrisie » du pouvoir législatif national qui définit clairement à la fois les concepts et les régimes juridiques afférents, mais ne permet pas la véritable mise en œuvre de ces droits compte tenu des carences réglementaires en matière d'encadrement procédural.

5. Conclusion

La présente contribution ouvre une réflexion sur la pertinence des analyses concurrentielles du processus d'intégration juridique communautaire. La notion de « marge de manœuvre institutionnelle » n'est pas nouvelle. Elle repose en premier lieu sur le concept économique de concurrence institutionnelle. Les marges en question ont plusieurs origines qui vont de l'incomplétude du droit aux marges laissées délibérément aux Etats, le plus souvent dans des cadres élaborés de fédéralisme institutionnel, en passant par le degré de complexité des cadres normatifs. Il apparaît à travers nos analyses matérielles et institutionnelles que le droit communautaire est un « terrain (terreau) » truffé de marges institutionnelles, que ces dernières soient de nature législative, réglementaire ou administrative, qu'elles se situent dans les fonctions des Etats membres ou dans les instruments juridiques européens.

En l'espèce, l'existence de ces innombrables espaces concurrentiels entre les pays de l'UE justifie la pertinence d'analyses concurrentielles et assoit en tout cas l'idée que l'intégration juridique européenne s'exerce dans un cadre de véritable concurrence institutionnelle. Comme le souligne Deakin (2006), une telle concurrence, avant de constituer un « *dessein rationnellement construit* », est un « *effet secondaire inattendu de l'action législative et judiciaire* ». Voilà pourquoi nous proposerons dans la suite de notre réflexion des analyses construites sur des logiques concurrentielles, lesquelles seront de nature à rendre

compte des dynamiques institutionnelles et juridiques à l'œuvre dans l'espace européen, et leur implication en termes d'attractivité des Etats.

Chapitre 4

Les enjeux du cadre institutionnel du point de vue de l'attractivité des membres de l'Union européenne

Le présent chapitre présente un cadre d'analyse de l'attractivité des juridictions selon une approche de concurrence institutionnelle. Il s'agit de poser les notions nécessaires à la compréhension de ce qu'est l'attractivité, en particulier l'attractivité des droits et des réglementations. Après avoir présenté les enjeux de la concurrence institutionnelle, le papier soumet deux réflexions théoriques et méthodologiques sur les comportements de production publique de nature institutionnelle qu'adoptent les pays pour attirer des bases fiscales afin d'assurer leur développement économique, notamment dans le cadre du processus européen d'intégration juridique.

1. Introduction

Du fait de la baisse des coûts de transaction²⁹⁴ et de facteurs institutionnels²⁹⁵, la mondialisation semble s'être imposée comme processus généralisé d'intégration économique et juridique. Celle-ci stimule les mobilités internationale et interrégionale et conduit les bases fiscales à exercer de fortes pressions concurrentielles, tant sur les autorités publiques locales (Dembour et Wauthy, 2004) que sur les agents privés²⁹⁶ (Raspiller, 2005). Ces deux types d'agents économiques répondent à ces pressions en développant des stratégies spécifiques. Pour les premiers, il s'agit principalement de stratégies d'amélioration de la compétitivité²⁹⁷ avec pour objectif la réduction des coûts de production (Porter, 1991). Pour les seconds, il convient plutôt de parler de stratégies d'attractivité (Michalet, 1999) dont l'enjeu est d'attirer des bases fiscales, celles-ci étant sources de revenus juridictionnels, et donc de développement local (Pecqueur, 2001).

Ainsi, nous nous intéressons à la façon dont s'articulent les comportements de ces agents dans un environnement de plus en plus intégré. Selon Christophe Storaï (2002), « *dans la logique de la globalisation, la dialectique de l'attractivité repose inévitablement sur une interaction entre des intérêts micro et macroéconomiques, d'où l'indispensable convergence entre les stratégies des firmes et des politiques économiques gouvernementales* ». Autrement dit, le terme « attractivité » recouvre au sens large à la fois des enjeux d'attractivité des juridictions²⁹⁸ et des enjeux de compétitivité des entreprises (et des pays par extension). Précisément, les firmes mettent en œuvre diverses stratégies de compétitivité²⁹⁹, tandis que les collectivités élaborent des politiques publiques d'attractivité, surtout si elles ne bénéficient pas d'avantages comparatifs³⁰⁰ particuliers. En l'espèce, les stratégies d'attractivité se traduisent par des efforts en matière de fourniture publique propre à améliorer l'attractivité des territoires (Taylor, 1992 ; Wilson, 2004).

²⁹⁴ Notamment ce que la littérature désigne par les coûts de transaction internationaux qui relèvent des transports, de l'assurance de l'échange international, de la communication et de l'information (Levasseur, 2002).

²⁹⁵ Accords du GATT (1947), Traité de Rome (1957), développement du droit international privé, création de l'Organisation Mondiale du Commerce (1995), directives européennes, etc.

²⁹⁶ Entreprises, consommateurs et toute forme de capital physique ou humain.

²⁹⁷ Markusen (1995), Michalet (1999) ; Mucchielli (1998).

²⁹⁸ La dénomination « juridiction » est à comprendre au sens anglophone du terme, c'est-à-dire une entité politique qui dispose de l'autonomie fiscale (Dembour et Wauthy, 2004). On utilisera aussi de façon indifférente les termes de « région », « collectivité », « pays » ou même « autorités publiques locales ».

²⁹⁹ Pour un descriptif de ces stratégies, voir Levasseur (2002).

³⁰⁰ En termes de coût de la main-d'oeuvre, de dotations factorielles, etc. (cf. théories du commerce international).

Nous concentrons donc notre attention sur tous les éléments publics qui valorisent la compétitivité et l'attractivité des pays, mais dont la nature est institutionnelle. A l'instar de Pieretti et al. (2007), notre réflexion « *s'applique (...) à des juridictions disposant d'un certain pouvoir souverain en matière institutionnelle et est destinée à mettre en relief l'enjeu de l'exercice de ce pouvoir dans l'attractivité des sites* ».

Si la question des stratégies juridictionnelles d'attractivité fait l'objet d'une réflexion approfondie depuis les premiers modèles de concurrence entre juridictions (Tiebout, 1956 ; littérature sur la concurrence fiscale³⁰¹), nous souhaitons aussi nous référer à l'économie des institutions, ainsi qu'aux nombreuses études internationales de compétitivité, ceci en vue de définir les concepts et les notions nécessaires à la compréhension de « l'attractivité » que certains considèrent comme l'enjeu principal du développement économique des pays. Nous proposons dans ce papier de mener une réflexion sur la nature de la concurrence que se livrent les Etats membres de l'Union européenne (UE) dans l'attrait de bases fiscales locales et étrangères. Le cadre spatio-temporel communautaire a en effet l'avantage de rendre compte d'un double mouvement concomitant d'intégration, à savoir l'intégration économique (plus forte qu'ailleurs dans le monde du fait du fonctionnement et de la réussite du marché intérieur) et l'intégration juridique (développement du droit communautaire). A cet égard, le terrain « européen » est propice à l'analyse de l'attractivité de pays de plus en plus interdépendants les uns des autres, que ce soit en raison des forces économiques ou réglementaires qui y sont à l'œuvre. Voilà pourquoi nous adoptons une approche de concurrence institutionnelle entre juridictions (*Standortwettbewerb*), laquelle implique, selon les cas, la prise en compte d'aspects commerciaux, fiscaux et institutionnels. Dans cette optique, la concurrence institutionnelle est appréhendée à travers l'offre, par les autorités publiques, de cadres institutionnels de qualité (appréciés et recherchés par les bases fiscales).

L'enjeu de notre contribution ne consiste pas seulement à mesurer le caractère essentiel de la dimension institutionnelle de l'attractivité des espaces régionaux. Il est aussi et surtout de combiner cette dimension à un ensemble de caractéristiques intrinsèques propres aux juridictions³⁰², comme la taille, l'efficacité publique, qui sont des facteurs déterminants de la nature des stratégies d'attractivité mise en place par les régions. Somme toute, dans un monde où l'intégration économique exerce de fortes pressions concurrentielles sur ces

³⁰¹ Cf. Oates (1972), Wilson (1986), Bucovetsky (1991), Sterdyniak et al. (1991), Madiès (1998), Sorensen (2000), Baldwin et Krugman (2001), Wilson et Wildasin (2004).

³⁰² Le mot « juridiction » est à comprendre au sens anglophone du terme, c'est-à-dire une entité politique qui dispose de l'autonomie fiscale (Dembour et Wauthy, 2004). On utilisera aussi de façon indifférente les termes de « région », « collectivité », « pays » ou même « autorités publiques locales ».

dernières en stimulant la mobilité de leurs bases fiscales (Dembour et Wauthy, 2004), les autorités publiques locales, contraintes de se concurrencer, répondent à ces pressions en développant leur attractivité par la conduite de politiques fiscales (Pieretti, 1999) et institutionnelles dont il importe de caractériser la nature, la mesure et les modalités.

Le chapitre se décline en trois parties. Après avoir montré dans la première le caractère crucial de la prise en compte de la dimension institutionnelle dans l'analyse des politiques d'attractivité élaborées par les pouvoirs publics (nationaux), la contribution décrit les mécanismes concurrentiels d'ordre institutionnel qui sont propices au développement économique, notamment de certains secteurs, de même qu'elle énonce les conditions d'une concurrence institutionnelle dynamique qui traduise la capacité des Etats à adapter leur cadre réglementaire aux changements de l'environnement institutionnel mondial. La troisième partie est dédiée quant à elle à une présentation d'éléments de base de deux cadres théoriques susceptibles de rendre compte du comportement concurrentiel des Etats membres de l'UE, ces derniers cherchant à promouvoir l'attractivité de leur territoire et de leur cadre public dans le contexte de l'intégration juridique européenne.

2. Le cadre institutionnel comme facteur de développement et d'attractivité des juridictions

L'étude de la question de l'attractivité des pays impose d'analyser le rôle des institutions du point de vue de l'attrait des bases fiscales qu'un monde intégré rend mobiles (section 1). Ainsi, les juridictions nationales développent des cadres juridiques et réglementaires qui répondent aux besoins de développement de leurs secteurs économiques porteurs, ceci en vue de garantir un attrait suffisant des firmes et des consommateurs qui en sont parties prenantes. Autrement dit, le cadre institutionnel revêt, à travers ses différentes dimensions, un importance cruciale eu égard à l'enjeu de développement économique (section 2).

Section 1 – Attractivité et institutions : une relation à expliciter

Nous proposons de présenter des considérations générales sur les notions d'attractivité et d'institution. Le développement économique des juridictions, quel que soit leur niveau

hiérarchique³⁰³, fait l'objet d'une réflexion particulièrement féconde de la part des économistes depuis une vingtaine d'années (voir par exemple Pecqueur, 2001). Il constitue l'enjeu de toute politique de compétitivité (ou d'attractivité) que les autorités publiques locales peuvent mettre en œuvre pour capter des bases fiscales en vue d'en tirer des recettes propres à financer les infrastructures publiques et les dépenses sociales et sociétales.

La réflexion que nous proposons requiert de définir les termes d'attractivité et de politique d'attractivité. L'attractivité se définit d'abord comme une qualité ou une caractéristique liée à un espace. La notion d'espace a d'intéressant de renvoyer à un mode de représentation, notamment géographique (on parle de l'attractivité d'un territoire, d'une région, d'un pays, d'une ville...), mais qui peut être plus large et plus immatériel, du point de vue institutionnel par exemple.

La littérature définit en général l'attractivité à partir de la notion de compétitivité³⁰⁴. Cette dernière renvoie, dans un contexte microéconomique, à la capacité d'une entreprise à supporter la concurrence du marché, c'est-à-dire à être rentable et à viser, à travers la création de valeur ajoutée, la maximisation du profit après rémunération des facteurs de production. Par extension et suite à la mondialisation des marchés et à l'intensification des processus de concurrence, la notion de compétitivité s'est appliquée au cadre macroéconomique des Etats, au point que les économistes s'intéressent désormais à l'analyse de la capacité de ces derniers à attirer et à maintenir des investisseurs domestiques ou étrangers sur leur territoire ; en d'autres termes, ils portent leur intérêt sur l'analyse de « *l'attractivité des Etats, qui est un corollaire de leur compétitivité*³⁰⁵ ». Selon la Commission européenne³⁰⁶, « *un pays est compétitif s'il répond aux trois facteurs suivants : sa productivité augmente à un rythme similaire ou supérieur à celui de ses principaux partenaires commerciaux ayant un niveau de développement comparable, il parvient à maintenir un équilibre extérieur dans le cadre d'une économie de marché ouverte, il connaît un niveau d'emploi élevé* ». Autrement dit, le concept de compétitivité n'est pas uniforme. Comme indiqué précédemment, il renvoie à la fois aux entreprises et aux Etats, et pour cause, ces deux dimensions ne sont pas indissociables. Pour la Chambre de Commerce de Luxembourg, « *une dégradation durable de la compétitivité d'un pays, c'est-à-dire de l'attractivité de son environnement socio-économique, va se répercuter inévitablement sur la compétitivité des entreprises ou sur leur capacité de gagner ou de*

³⁰³ Terme relatif à la théorie du fédéralisme fiscal.

³⁰⁴ Voir Cœuré et Rabaud (2003) ou Actualités&Tendances 2003/2 (Chambre de Commerce de Luxembourg).

³⁰⁵ Chambre de Commerce (Luxembourg), Actualités&Tendances 2003/2.

³⁰⁶ Source : « *Croissance et emploi dans le cadre de la stabilisation de l'UEM* », Commission européenne, 1998.

consolider des parts de marché et de faire face à la concurrence internationale. Il en résultera une baisse de leur rentabilité et de valeur ajoutée créée ». Ainsi, dans la mesure où les firmes produisent de la valeur ajoutée à partir de ressources en capital, en emplois, de ressources naturelles ou en technologies, leur réussite dépend de manière cruciale de leur environnement (national). La compétitivité des entreprises apparaît donc directement dépendante du caractère favorable ou défavorable des conditions globales de production et, plus largement, de la capacité des Etats à faire émerger un environnement favorable à la création durable de valeur ajoutée, environnement qui englobe les dimensions politique, économique, socioculturelle ou éducative. La fourniture publique, de la part des Etats, de structures, d'institutions, de même que la mise en place de politiques économiques, sont donc des enjeux forts de la concurrence internationale qu'ils se livrent. A cet égard, compétitivité (attractivité) des nations et compétitivité des firmes sont deux approches parfaitement complémentaires.

Les travaux qui s'intéressent à la question de la complémentarité des approches en termes d'attractivité et de compétitivité des espaces régionaux ont abouti au milieu des années 2000 à construire une réflexion théorique sur les conditions d'attractivité de sites productifs (*Standort*). L'analyse de Pieretti et al. (2007) sur l'attrait des places financières conduit à définir la notion d'attractivité comme suit : *« dans la mesure où les sites se font concurrence sur des marchés internationaux (...), c'est la clientèle qui peut faire l'objet de l'attractivité. Ce point de vue exclusivement axé sur la demande, rapproche la notion d'attractivité de celle de compétitivité, mais est plus générale de celle de compétitivité prix. En effet, (...) nous considérons que l'attractivité est aussi liée à la qualité de l'environnement légal et réglementaire (...). Un point de vue différent, mais tributaire du précédent, se réfère plutôt aux conditions d'attractivité d'un site donné envers l'implantation d'activités nouvelles ainsi que de leur maintien. Ces différents aspects de l'attractivité sont aussi liés à la notion de concurrence spatiale des sites (...) face à des facteurs de production et des agents de plus en plus mobiles, en raison du développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, et du processus d'intégration internationale* ». En distinguant dans la notion d'attractivité une dimension « commerciale » et une dimension « intrinsèque »³⁰⁷, les auteurs montrent dans quelle mesure il est pertinent d'analyser le pouvoir attractif des juridictions à

³⁰⁷ Voir aussi Deffains et Pieretti (2006).

travers des modèles de shopping³⁰⁸ ou des modèles de concurrence fiscale fondé sur l'objet de l'attrait des investissements directs.

Quid des institutions eu égard à la question de l'attractivité ? Du point de vue hayékien, les institutions sont des comportements réguliers qui se cristallisent à travers des codes et des normes. Elles sont le fait, soit de choix humains, soit de l'expérimentation ou encore de pratiques et d'habitudes parfois inconscientes, et forment un complexe de règles qui ont fini par gouverner l'action des individus d'une communauté parce que ces derniers ont estimé que le cadre de ces règles rendaient leurs propres actions plus efficaces. De fait, les institutions « *acquièrent de la force par la lente progression et par la répétition de l'expérience des inconvénients qu'il y a à les transgresser*³⁰⁹ ». Depuis les travaux de North (1990), la littérature économique distingue trois manières de définir les institutions, à savoir soit comme des joueurs³¹⁰, soit comme des règles de jeu³¹¹, soit comme des jeux à proprement parler³¹² (cf. travaux du CAPES³¹³). Loin d'être exclusives les unes des autres, ces conceptions des institutions sont complémentaires. Dans son *Rapport sur le développement dans le monde* de 2003, la Banque Mondiale définit les institutions comme « *les règles, les organisations et les normes sociales qui favorisent la coordination des actions humaines. (...) Les institutions informelles vont de la confiance et autres formes de capital social (y compris les normes profondément enracinées qui gouvernent le comportement social) aux mécanismes informels et aux réseaux favorisant la coordination. Les institutions formelles comprennent les lois et les règles codifiées d'un pays ainsi que les procédures et les organisations pour définir, modifier, interpréter et faire appliquer les lois et les règles* ». Cette définition rejoint

³⁰⁸ Cf. Mintz et Tulkens (1986), Kanbur et Keen (1993).

³⁰⁹ Hayek (1973).

³¹⁰ En tant que joueurs, les institutions constituent des agents économiques à part entière. Elles prennent la forme d'organisations qui sont, soit des entités politiques (institutions du pouvoir central, administration(s) de régulation,...), soit des entités économiques (entreprises, coopératives,...), soit des entités sociales (églises, associations,...) ou encore des entités éducatives (universités,...).

³¹¹ Les institutions peuvent être appréhendées comme étant des règles du jeu, formelles, explicites ou formalisées (droits de propriété, droits créés par des contrats, réglementation, droit constitutionnel), ou encore informelles, implicites et non écrites (valeurs, croyances, coutumes,...). Les règles formelles ne peuvent par exemple pas être élaborées au cours du jeu, mais sont définies *ex ante* et, le cas échéant, déterminées sur le « marché politique ». Les règles, de façon générale, structurent les incitations dans les relations entre agents économiques, que ce soit au niveau macroéconomique (règles constitutionnelles ou pénales et système judiciaire par exemple) ou microéconomique (ex. des règles de fonctionnement des entreprises ou des groupes d'intérêt, contrats, etc.).

³¹² Une dernière manière de concevoir les institutions consiste à considérer ces dernières comme résultat des jeux à l'équilibre. De ce point de vue, les institutions peuvent représenter un ensemble de relations intra-entreprises ou inter-entreprises, mais aussi intra-pays (comme par ex. des relations entre autorités publiques et population) ou internationales. Sur la base d'outils de théorie des jeux tels que le concept d'équilibre de Nash, une institution peut renvoyer à « *un état socialement construit à partir duquel les agents n'ont pas envie de dévier unilatéralement de leur comportement, étant donné celui des autres* » (Aoki, 2000).

³¹³ Centre d'Analyse des Politiques Economiques et Sociales.

donc celle de North (1991)³¹⁴. Mais plutôt que de parler d'institutions au sens large, nous préférons utiliser le terme de cadre institutionnel car celui-ci renvoie effectivement à un ensemble de conditions favorables au développement économique et donc susceptibles de garantir l'attrait (l'attractivité) des bases fiscales. A l'instar de Pieretti et *al.* (2007), nous assimilons le cadre institutionnel à un ensemble de lois et règlements qui définissent et règlent les conditions d'exercice des différents secteurs économiques, assurent les intérêts des investisseurs et organisent et accompagnent la création de nouveaux produits. De ce point de vue, les pouvoirs publics et l'organisation semi-publique ou privée ont pour objet d'éviter ou de résoudre les conflits potentiels inhérents au développement économique³¹⁵. Concernant le secteur financier, nombre d'éléments de nature juridique et réglementaire sont à même de rendre les cadres institutionnels nationaux attractifs vis-à-vis des investisseurs internationaux : il en est ainsi de tout ce qui valorise la réputation d'une place financière mondiale, accroît la transparence dans l'utilisation des fonds placés, augmente la sécurité juridique, notamment en termes de respect des droits de propriété, mais aussi tout ce qui est de nature à garantir l'efficacité publique dans la mise en œuvre de normes internationales ou dans la résolution des conflits (cf. Pieretti et *al.*, 2007).

Une fois acquis qu'attractivité et institutions peuvent faire bon ménage, nous nous intéressons à la manière dont la littérature traite leur relation. A vrai dire, elle le fait au moins indirectement : les débats actuels de politique économique et financière sont en effet essentiellement balisés par des questions relatives aux institutions, à la régulation et à la concurrence entre les systèmes juridiques. L'économie du droit³¹⁶ (*Law and Economics* ou *L&E*) est une discipline particulièrement utile en vue d'une analyse de l'attractivité institutionnelle, encore qu'il n'existe en l'espèce pas une méthodologie analytique spécifique. Les spécialistes de *L&E* traitent le droit comme une institution, au même titre qu'un système politique ou que tout système de normes. Au-delà de l'analyse microéconomique du droit³¹⁷ se sont développées des réflexions macroéconomiques sur la qualité des systèmes juridiques et réglementaires et leur capacité à attirer et à maintenir les bases fiscales, et donc à garantir le développement économique juridictionnel (Pecqueur, 2001). De ce point de vue, l'analyse économique s'emploie à caractériser l'attractivité et l'influence économique du système

³¹⁴ « Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights) » (North, 1991).

³¹⁵ En matière bancaire et financière par exemple, les institutions s'attachent aussi au contrôle prudentiel.

³¹⁶ Voir Posner (2002).

³¹⁷ Cf. des champs d'application tels que la théorie de l'entreprise, des organisations, de la concurrence et de la propriété intellectuelle (voir Coase, 1960 ; Demougin, 2004 ; Cœuré, 2007)

juridique en fonction de la nature du droit. Pour La Porta et *al.* (1998), le manque de flexibilité du droit européen continental, hérité de la tradition de droit civil, rend les appareils administratifs étatiques pesants, voire spoliateurs, et met donc en péril le développement économique³¹⁸. A l'inverse, le droit de type *Common Law*, fondé sur la jurisprudence et des institutions plus flexibles, est enclin à favoriser l'essor économique, en assurant notamment une meilleure protection des droits de propriété (Cœuré, 2007). Il existe par ailleurs une littérature américaine qui s'intéresse à l'attractivité du droit en tant que telle. Marceau et Mongrain (2005) analysent par exemple des jeux de concurrence entre des pays qui attirent du capital mobile en lui garantissant la sécurité juridique par le biais de dépenses publiques qui le prémunissent de la prédation des activités criminelles. Les institutions, issues d'un effort budgétaire public, représentent dans ce cadre un moyen d'accroître le rendement du capital (Leblond, 2002) et constituent par conséquent un argument d'attractivité vis-à-vis des entreprises en quête de localisation « sécurisée ». La littérature allemande porte elle aussi son attention sur l'enjeu d'attractivité des espaces régionaux à travers l'analyse des phénomènes de concurrence institutionnelle et de concurrence interjuridictionnelle : Kerber et Budzinski (2003) décrivent la possibilité de jeux dans lesquels les Etats produisent des efforts publics en vue de capter des consommateurs de droit³¹⁹. Les développements analytiques récents s'appuient sur des modèles de concurrence fiscale³²⁰ et des modèles de *shopping*³²¹. Borsi et Pieretti (2006) proposent un modèle de concurrence entre juridictions où les pays s'affrontent dans le cadre de la compétition internationale au moyen de leviers de nature fiscale et institutionnelle (voir chapitre suivant).

Après avoir donné quelques éléments de compréhension des notions d'attractivité et d'institutions, en montrant comment elles peuvent s'articuler a priori, nous analysons les moyens et les enjeux de l'évaluation de l'attractivité institutionnelle des juridictions.

³¹⁸ Inscrits dans le courant de pensée de la « *Law and Finance* », les auteurs s'interrogent sur les conséquences de l'origine juridique sur la croissance économique. Obidzinski (2006) l'explique ainsi : « *d'un point de vue macroéconomique, cela revient à une question de prévisibilité des décisions du juge. Cette littérature, partant du constat des différences de prédictibilité des régimes – à la faveur du régime fondé sur les décisions jurisprudentielles – a développé plusieurs études empirique dont l'objet était de montrer que l'origine juridique est un facteur essentiel de la croissance économique* ». Voir aussi Glaeser et Shleifer (2002).

³¹⁹ Deffains montre la pertinence de considérer les agents économiques, en particulier les entreprises, comme menant des activités de « shopping » à l'égard du droit, l'intégration économique et juridique les rendant suffisamment mobiles et suffisamment au fait des informations institutionnelles pour consommer le droit là où celui-ci répond au mieux à leurs préférences (Deffains, 2001 ; voir aussi Deakin, 2006).

³²⁰ Cf. Oates (1972), Wilson (1986), Bucovetsky (1991), Wilson (1991), Sterdyniak et *al.* (1991), Madiès (1998), Sorensen (2000), Baldwin et Krugman (2001), Wilson et Wildasin (2004).

³²¹ Cette dénomination vient du fait que, dans ces modèles de concurrence spatiale, « *la mobilité spatiale des consommateurs est restreinte au seul comportement de « shopping » entre leur résidence et les entreprises visitées. Les travaux fondateurs sont dus à Launhardt (1885), Hotelling (1929) et Kaldor (1935)* » (Combes et *al.*, 2006).

De la même façon que la question de l'attractivité a été soulevée à partir des considérations théoriques portant sur sa « fausse jumelle » la compétitivité, l'étude de l'attractivité, notamment à travers sa dimension empirique, a ses prémises dans les nombreuses études internationales sur la compétitivité. Ces dernières établissent des classements des pays selon leurs caractéristiques en termes d'avantages compétitifs. Selon la Chambre de Commerce de Luxembourg (2003), « *les finalités, les approches et les méthodologies utilisées d'une étude à l'autre sont fort différentes. De telles études peuvent être critiquées par le manque d'approche scientifique et suffisamment rigoureuse, débouchant sur des résultats non équivoques quant à l'évolution spécifique de la compétitivité d'un pays. C'est l'aspect benchmarking qui domine ces études et non leur apport scientifique. Dans leurs publications, les organisations ou instances internationales comme l'Union européenne, l'OCDE, le FMI ou la Banque Mondiale*³²² *présentent régulièrement des tableaux de bord comparatifs concernant les aspects socio-économiques*³²³ *et portant également sur des indicateurs de compétitivité des pays considérés* ».

L'émergence desdits indicateurs à travers le temps permet d'apprécier à quel point ces derniers ont reflété des méthodologies assez généralistes pour devenir, surtout depuis les années 2000, « *des indicateurs spécifiquement destinés à comparer l'attractivité des pays pour l'investissement international* » (Hatem, 2004³²⁴). Parmi les études qui font autorité depuis le début des années 1990, celle de *l'International Institute for Management Development (IMD)* jouit d'une notoriété particulière³²⁵. Elle consiste au départ en la collecte de plus de 200 données de base relatives à la compétitivité et à la stabilité macroéconomique, la qualité et les coûts des facteurs, les infrastructures, la recherche et l'innovation, la gestion de l'entreprise, l'environnement administratif, fiscal et réglementaire. L'ensemble des données est compilé pour former l'indicateur de synthèse, dit de « *compétitivité globale* ». Cet indicateur est en constante amélioration³²⁶ depuis 1997. Au succès et aux débats qu'engendre

³²² Voir les sites desdites organisations (www.europa.eu.int, www.oecd.org, www.imf.org et www.worldbank.org).

³²³ D'autres organisations présentant des classements internationaux plus spécifiques des aspects socio-économiques des pays sont, par exemple, *The Heritage Foundation* qui publie le « *Index of Economic Freedom* », *Transparency International* qui élabore le « *Corruption Perceptions Index* », ou encore *United Nations Development Programme* qui publie l'« *Indice de Développement Humain* ».

³²⁴ Article publié par l'Agence Française pour les Investissements Internationaux.

³²⁵ L'étude en question débouche sur le *World Competitiveness Yearbook* qui sert, entre autres et chaque année, aux travaux préparatoires du Forum économique mondial.

³²⁶ L'équipe du professeur Jeffrey Sachs (Université de Harvard) a élaboré un nouvel indicateur publié annuellement dans un document intitulé *Global Competitiveness Yearbook*. En 2008, une nouvelle méthodologie est mise en place sur la base des travaux de l'équipe des professeurs Michael Porter et Klaus Schwab (Université de Harvard). Ces derniers tendent à rendre l'échantillonnage des entreprises plus pertinent et plus représentatif des économies nationales évaluées.

ce type d'indicateur ont succédé nombre de publications dans ce domaine. Les uns tentent de pallier le défaut d'occulter des aspects de développement liés davantage aux besoins humains et sociaux (voir par exemple l'indicateur de développement humain³²⁷ de l'ONU). D'autres encore s'inscrivent dans une logique qui peut paraître militante, voire idéologique, en critiquant l'intervention publique comme facteur de non compétitivité sur la base d'indicateurs de « liberté » (cf. Anderson, 2003³²⁸ ; *Heritage Foundation*, 2004³²⁹). La plupart des organismes internationaux de promotion et de développement économiques produisent leurs propres indicateurs synthétiques dont la publication et l'analyse fondent les grandes réformes structurelles des Etats³³⁰.

De plus en plus de travaux portent sur le calcul d'indicateurs, non plus généralistes et synthétiques, mais « *spécifiquement destinés à mesurer l'attractivité comparée des pays du monde pour l'accueil des investissements étrangers* » (Hatem, 2004). Lesdits indicateurs reflètent l'idée que l'attractivité est une conjonction d'éléments de deux ordres, à savoir « *la qualité intrinsèque de l'offre territoriale* » d'un côté et « *la hiérarchie des critères (pondérés) de choix de localisation retenus par les investisseurs* » de l'autre (Hatem, 2004). Les études vont ainsi au-delà de la simple identification des critères de localisation des entreprises internationales et cherchent à déterminer des comparaisons de la perception de ces critères, de la part des décideurs politiques, des investisseurs et des chefs d'entreprise, par rapport à des pays spécifiques (Healey et Baker, 2001 ; Kearney, 2003 ; Ernst&Young, 2004). Dans son dispositif de mesure objective des conditions de l'environnement institutionnel des affaires, la Banque Mondiale construit des bases de données qui rendent compte d'indicateurs de comparaison portant sur les dimensions de lancement d'une entreprise, de conditions liées à la relation de travail, de cadre juridique des contrats, d'accès au crédit et de fermeture des firmes. Ce dispositif permet de construire un « *indicateur synthétique de coût réglementaire global pour l'entreprise par pays* » (Banque Mondiale, 2004). En somme, la mode de l'évaluation de l'attractivité des juridictions n'est pas nouvelle et donne lieu à nombre de

³²⁷ Fondé sur la prise en considération de 200 indicateurs, il a l'intérêt de comparer l'ensemble des pays du monde et de rendre compte des conditions de développement humain, eu égard notamment à l'éducation, la santé ou l'environnement (ONU, 2003).

³²⁸ Le « Forbes Misery Index » mesure le poids des prélèvements publics dans l'économie nationale, ce qui traduirait le degré de liberté des pays par rapport à leur appareil administratif.

³²⁹ *Heritage Foundation* publie un « indice de liberté économique » qui intègre des critères relatifs au poids des prélèvements obligatoires, à la taille du secteur public, à la propension interventionniste des administrations dans l'économie, à la liberté de commerce et d'entreprendre.

³³⁰ Nous rappellerons ultérieurement que ces indicateurs montrent des failles méthodologiques.

propositions d'indicateurs et de méthodologies comparatives³³¹. Cependant, l'inflation des études empiriques en matière de compétitivité et d'attractivité n'est pas sans poser des questions de pertinence des méthodologies et des questions relatives à la qualité des sources, à la construction des indicateurs et à leur choix, ou encore au mode de calcul de l'indicateur de synthèse³³².

Nous nous intéressons à la façon dont les études appréhendent la dimension institutionnelle de l'attractivité et comment leurs auteurs évaluent cette dernière. Maintes études empiriques s'attachent par exemple à construire des indicateurs de la qualité des institutions et à les mettre en rapport avec l'évolution du PIB et l'attractivité des Etats.

Section 2 – L'importance du cadre institutionnel en matière de développement économique

Une constante ressort des études empiriques et qualitatives : la qualité de l'appareil institutionnel a toute son importance dans les choix de localisation de la part des entrepreneurs, plus largement des bases fiscales qu'un cadre économique intégré rend très mobiles. Il apparaît par ailleurs que l'attractivité institutionnelle dépend, en matière financière, de la nature de la réglementation.

Nous rappelons pour commencer cette section un certain nombre de définitions, enjeux et fondements théoriques. Il convient de rappeler que les institutions sont, au sens large du terme, un ensemble de procédures, de règles de comportement ou de normes juridiques et réglementaires, formelles ou informelles, qui réduisent l'incertitude des agents et sont par conséquent facteurs de développement économique. L'importance des institutions dans le développement économique des nations fait l'objet d'une attention particulière, notamment depuis les travaux précurseurs de North (1990, 1991)³³³ : l'analyse économique des institutions montre en effet à quel point ces dernières sont garantes du respect des droits de propriété, condition essentielle à la promotion des comportements de prise de risque,

³³¹ Cf. les indicateurs « FDO performance index » et « FDI potential index » (Cnuccd, 2003), de même que les études ciblées, telles que le « *Benchmarking the New Economy* » (Merrill Lynch, 2001), avec des indicateurs tournés vers les technologies de l'information.

³³² Nous ne concentrons pas notre analyse sur les critiques méthodologiques que porte l'utilisation d'indicateurs pour appréhender l'attractivité juridictionnelle. Pour autant, ces critiques existent bel et bien (cf. Cœuré et Rabaud, 2003 ; Hatem, 2004).

³³³ North est l'auteur de la fameuse citation : « *institutions matter* ».

d'investissement et d'innovation (Bardhan, 2005). Dans le contexte de globalisation accrue, nombreuses sont les contributions qui mettent en relation l'élaboration des cadres législatifs et réglementaires nationaux et la performance économique des Etats (Botero et *al.*, 2004 ; Caballero et *al.*, 2004 ; World Bank Doing Business Report, 2006). D'autres travaux se focalisent sur les liens entre institutions et croissance économique, à travers le canal de l'attractivité des pays. A cet égard, la littérature s'intéresse au concept de qualité des institutions en identifiant les caractéristiques institutionnelles des espaces régionaux susceptibles d'accroître le pouvoir d'attrait de ces derniers vis-à-vis des bases fiscales mobiles au niveau international. Ainsi, selon les travaux de Rodrick et *al.* (2004), la qualité des institutions serait parmi les déterminants cruciaux de l'attractivité juridictionnelle dans le sens où elles favorisent l'efficacité des marchés, et par conséquent la croissance économique. En outre, le mécanisme serait vertueux car, réciproquement, le développement économique renforcerait la qualité institutionnelle par le biais de l'augmentation du niveau de vie des citoyens. Dans le prolongement de ces travaux théoriques ont été menées des études empiriques du développement institutionnel (voir la mise en évidence d'une relation causale entre qualité des institutions et prospérité des nations par Acemoglu et *al.* (2003)).

Si, pour Pieretti et *al.* (2007), il est pertinent d'appréhender la notion d'attractivité sous ses angles « commercial et intrinsèque », il est possible de décliner la manière dont « importent les institutions³³⁴ », précisément d'un point de vue commercial et d'un point de vue intrinsèque (Percebois, 2003, 2004). Concernant le premier, la qualité institutionnelle peut se mesurer par la capacité des institutions à faire exécuter les contrats ou à rendre les paiements effectifs (cf. World Bank Doing Business Report, 2004). Le second point de vue renvoie aux caractéristiques intrinsèques des institutions, c'est-à-dire à leur contenu en terme réglementaire, juridique et institutionnel. C'est justement cette dimension qui fait l'objet de notre étude. Car la littérature ne définit pas clairement et définitivement ce qu'il convient de nommer « qualité institutionnelle ». Celle-ci doit s'appréhender à travers les rouages de la structure des droits de propriétés pour les uns (Coase, 1967 ; Perroux et *al.*, 1999), mais peut relever aussi de la structure fédérale de tout appareil administratif national (Britan et Cohen, 1980 ; Munoz, 1998) ou encore du type de comportement³³⁵ adopté par les pouvoirs publics (Percebois, 2004). Nous trouvons particulièrement pertinente la proposition de Deffains et Pieretti (2006) de concevoir la qualité des institutions comme suit : des règles et des

³³⁴ Voir note précédente.

³³⁵ La littérature distingue, de la part des autorités publiques, des comportements de types bienveillant ou Léviathan (voir par exemple Cassette et *al.*, 2006).

institutions de qualité sont à même de faciliter l'adaptation de l'appareil productif dans un environnement particulièrement changeant³³⁶. Toutefois, il est possible d'affiner et de préciser ce que revêt l'expression « qualité des institutions », en fondant notre analyse sur l'attractivité intrinsèque des institutions, notamment en décrivant les ressorts de la production publique réglementaire. Nabli (2007) montre ainsi que la notion de qualité institutionnelle est particulièrement pertinente pour désigner, s'agissant d'un Etat membre de l'UE, la capacité de son appareil administratif à faire face aux changements législatifs et réglementaires et à s'appuyer sur l'efficacité de sa « *coordination interministérielle* » et de sa « *mobilisation gouvernementale* ». Dans la même logique de réflexion, Zolynski (2007), en décrivant les modalités d'une « bonne » transposition des directives européennes au niveau national, insiste sur les éléments objectifs de qualité des institutions nationales que sont le respect des exigences communautaires, mais aussi et surtout l'intégration cohérente du droit communautaire dans le droit interne.

L'importance du cadre institutionnel s'appréhende particulièrement bien dans le contexte du développement des activités financières. Nous revenons ainsi à l'argument selon lequel les institutions favorisent le développement économique en termes d'efficacité des marchés³³⁷. En l'occurrence, l'intérêt des institutions et du cadre réglementaire est de limiter les frictions qui peuvent s'opérer sur les marchés, ces dernières étant propices à décourager, voire à entraver l'action des investisseurs. Par essence, les marchés financiers sont perturbés par l'existence de frictions lors des échanges monétaires et financiers, frictions qui génèrent des coûts de transaction, lesquels sont susceptibles de diminuer le rendement des produits financiers (Freixas et Rochet, 1999 ; Allen et Gale, 2001). La littérature attribue l'existence de ces frictions à un phénomène d'asymétrie informationnelle entre les acteurs³³⁸ du marché. Ces asymétries sont, selon Pieretti et al. (2007), « *sources de mauvais fonctionnement des marchés (mécanisme de sélection adverse³³⁹ mis en évidence par Akerlof) et des conduites*

³³⁶ Le « changement de l'environnement » demeure une expression qu'il conviendrait de définir clairement : s'agit-il de la mondialisation de l'économie, des réformes commerciales en cours, ou l'expression fait-elle référence à l'évolution des besoins, et donc des comportements des firmes ? Ce changement renvoie-t-il aux changements sociaux aux niveaux nationaux ou à l'échelle de la planète ? Nous ne répondons pas à cette question.

³³⁷ Rodrik, Subramanian et Trebbi (2004).

³³⁸ On peut pour simplifier réduire ces acteurs à des épargnants et des gestionnaires de produits financiers.

³³⁹ « *Dans le secteur bancaire, le phénomène de sélection adverse apparaît en cas d'information asymétrique entre l'emprunteur et le créancier. Lorsque le premier conserve un avantage informationnel quant au risque lié au crédit, l'identification des bons emprunteurs devient problématique (Stiglitz et Weiss, 1981). Ainsi, à défaut de pouvoir fixer un taux d'intérêt qui corresponde au risque effectif du projet à financer, la banque applique un taux reflétant la qualité moyenne des emprunteurs, ce qui revient à faire payer une prime de risque trop élevée de des projets peu risqués et avantage inversement les agents détenant des projets risqués* » (Pieretti et al., 2007).

opportunistes (aléa moral ou hasard moral³⁴⁰) qui engendrent des situations de risques de comportement ». En l'espèce, les institutions et les réglementations d'ordre financier ont pour fonction d'atténuer les asymétries d'information (frictions) entre épargnants et professionnels, notamment du point de vue de la nature et de l'intensité des risques pris par ces derniers en matière d'investissements et de placements (Cayseele et Heremans, 1991 ; Allen, 2001). Autrement dit, la mise en place d'un cadre réglementaire et institutionnel répond, du point de vue du fonctionnement et de la régulation financière, à un enjeu qui revêt au moins deux dimensions. Au niveau microéconomique, il s'agit d'assurer la protection des droits de propriété des épargnants locaux et internationaux, et en même temps de garantir à l'échelle macroéconomique la stabilité du système bancaire et financier, en vue d'un développement sain de la « sphère réelle ». Historiquement, l'élaboration de la réglementation financière au niveau mondial fut consécutive aux différentes turbulences connues par le secteur, d'abord dans les années 1930, puis les années 1980³⁴¹. D'après Pieretti et al. (2007), ces turbulences sont le fait d'éléments structurels du fonctionnement des marchés, comme des « crises de liquidité engendrées par des comportements de retrait » (cf. Diamond et Dybvig, 1983), ou des réactions, rationnelles ou pas, donnant lieu à des phénomènes de panique générés par des doutes de la part des déposants sur l'évaluation des créances et des actifs (Dewatripont et Tirole, 1994). De plus, les turbulences peuvent s'accroître par des effets de contagion (Paroush, 1988). De ce point de vue, les risques d'instabilité que les asymétries d'information font peser sur un développement « sain et harmonieux » des marchés financiers justifient les efforts publics de régulation nationale et internationale.

La notion d'attractivité institutionnelle doit aussi être appréhendée selon la nature de la régulation considérée. En distinguant dans la sphère économique différents secteurs marchands et non marchands, il apparaît que ces derniers font, de la part des pouvoirs publics nationaux, européens et internationaux, l'objet d'une attention qui dépend de l'intérêt stratégique qu'ont les Etats à promouvoir tel ou tel secteur, de même que de l'intérêt, du point de vue de l'efficacité économique, de procéder à une régulation encadrée desdits secteurs. Ainsi, s'il convient d'observer depuis les années 1980 une tendance à la dérégulation dans certains secteurs industriels et de services, d'autres en revanche semble faire l'objet

³⁴⁰ L'aléa moral renvoie en général à une situation où des agents engagés contractuellement ne respectent pas les termes de l'engagement, du fait précisément d'une imperfection de l'information. En matière financière par exemple, il peut s'agir de cas où « les résultats de la relation de crédit dépendent d'actions entreprises par l'emprunteur après signature du contrat », mais dont le créancier a une vision, soit partielle, soit inexistante.

³⁴¹ Après la crise de 1929, puis surtout la multiplication des faillites bancaires outre Atlantique dans les années 1980, les Etats se sont efforcés de produire des cadres juridiques regroupant des règles strictes, propres à garantir la sécurité et la surveillance des dépôts (Gorton et Winton, 2003).

d'une régulation accrue dont la forme est multiple. Le secteur bancaire, par exemple, paraît avoir subi un véritable « *glissement structurel (...). D'une législation préventive considérée comme protectrice de la stabilité des institutions financières en place, s'opère un mouvement vers une réglementation prudentielle fondée sur la prévention des principaux risques financiers* » (Pieretti et al., 2007). De cet exemple ressort deux dimensions de la régulation financière, dimensions qui peuvent être élargies d'un point de vue théorique à d'autres secteurs d'activité : le système réglementaire peut, d'une part, avoir une fonction structurelle, d'autre part, une fonction prudentielle. Dans un cas, il s'agit d'un cadre juridique et réglementaire qui regroupe des instruments institutionnels capables d'enrayer les risques sectoriels systémiques, du moins d'agir « *ex post* » au moment de turbulences³⁴². Dans l'autre cas, le cadre juridique consiste en un système préventif (*ex ante*) des risques liés au développement économique.

Les exemples de cadres juridiques et réglementaires à vocation « structurelle » ne manquent pas. La plupart des secteurs d'activité sont, en Europe, encadrés par des systèmes de règles et d'institutions de telle sorte. Ceux-ci ont souvent pour effet de limiter la concurrence entre les acteurs du secteur considéré. En l'espèce, les règles peuvent constituer des barrières à l'entrée du secteur, en restreignant l'accès des professionnels ou des acteurs institutionnels à certaines activités ou à certains marchés, ce qui atténue les effets concurrentiels inhérents à la croissance de l'offre³⁴³. En contrepartie, la régulation « structurelle » est un moyen d'assurer pour les branches d'activité un niveau de confiance important de la part des investisseurs, des entreprises ou des consommateurs, en établissant des normes de réputation et d'évaluation des agents, condition de la tenue saine et surtout stable dudit secteur. On retrouve ce type de réglementation en France dans les professions d'avocats, de notaires, ou dans des secteurs économiques tels que les activités d'officines pharmaceutiques. Notons d'ailleurs, comme Rosenbluth et Schaap (2003) qui s'intéressent à la régulation bancaire et financière, que nombreux sont les exemples de systèmes de

³⁴² C'est particulièrement vrai en matière financière où les banques centrales peuvent précisément jouer ce rôle d'instrument institutionnel « structurel ». Selon Pieretti et al. (2007), « *la fonction de prêteur en dernier ressort (...) est l'instrument ultime à condition d'être crédible pour empêcher une panique. Dans le même esprit, les autorités monétaires peuvent organiser un système d'assurance garantissant les dépôts et veiller au bon fonctionnement des systèmes de paiement* ».

³⁴³ Rosenbluth et Schaap (2003) décrivent quelle forme le système réglementaire structurel peut prendre concernant le secteur financier. Il est par exemple possible que les réglementations régulent, selon certains critères, l'accès de professionnels des activités d'investissement, d'assurance ou de réassurance, des activités de prêt, etc. A cet égard, des institutions sont susceptibles de donner des agréments et des autorisations de pratiques professionnelles et commerciales. Remarquons que limiter la concurrence fait courir le risque par exemple de générer une hausse des prix du secteur.

protection structurelle dans lesquels s’instaure une connivence entre les autorités publiques et les institutions de régulation (Kane, 1999).

Selon les secteurs, et au-delà de sa nature structurelle, le cadre juridique peut viser des objectifs « prudents ». La logique institutionnelle du système réglementaire prudentiel est différente de celle du système structurel : il s’agit de rendre opérationnels des instruments préventifs des risques spécifiques au secteur et de réguler ce dernier en y injectant davantage de concurrence. La question d’un tel système est particulièrement d’actualité³⁴⁴. Là encore, la régulation financière est un bon exemple de ce type de système. Les accords de Bâle 1 (1988) et Bâle 2 (1999) ont consacré ce dernier en permettant une plus grande concurrence entre les établissements bancaires de l’espace européen et en les disciplinant face aux risques des marchés financiers. La version Bâle 2 comprend trois volets à vocation prudentielle : d’abord un critère de ratio de fonds propres par rapport aux actifs calculé selon des méthodologies très fines d’évaluation des risques à la fois classiques de crédit, mais aussi opérationnels³⁴⁵ ; ensuite un pouvoir accru pour les autorités de surveillance du secteur financier, notamment pour ce qui est de l’autonomie qui leur est laissée du point de vue des exigences de protection face aux risques ; enfin une exigence très forte de transparence de la part des acteurs bancaires quant à leur gestion des risques (« discipline de marché »). Le système prudentiel européen soulève donc des enjeux à la fois pour les acteurs privés « *qui subissent (...) un coût de mise en place de ces procédures* » et pour les autorités publiques ou parapubliques « *qui organisent les nouvelles méthodes mais ont aussi la possibilité de procéder à des analyses du niveau de risque exigé* » (Pieretti et al., 2007).

Somme toute, il paraît pertinent d’analyser l’attractivité d’une juridiction nationale sur la base du pouvoir d’attrait de ses secteurs d’activité, a fortiori lorsque sa stratégie de développement est fondée sur le dynamisme d’un secteur en particulier. C’est bien de cela dont il s’agit dans le cas des places financières pour lesquelles l’argument de l’importance du cadre juridique et institutionnel dans l’attrait des bases fiscales et l’enjeu d’attractivité des Etats prend tout son sens. Outre des facteurs d’attractivité qu’il convient de ne surtout pas

³⁴⁴ Que ce soit au niveau européen (ouverture de certains marchés publics) ou au niveau national (par exemple en France avec les débats que le *Rapport Attali* de 2008 génère autour de la thématique de l’ouverture de certaines professions à plus de concurrence), la mise en place de réglementations prudentielles pose question dans nombre de secteurs d’activité.

³⁴⁵ Il s’agit des risques de pertes qui découlent des défaillances inhérentes aux procédures, aux personnes et aux systèmes internes ou aux événements et chocs externes (cf. Comité de Bâle, recommandations complémentaires de 2004).

négliger³⁴⁶, celui de la qualité de l'encadrement réglementaire est crucial³⁴⁷. Mais il convient de préciser par quels mécanismes ce facteur crée des dynamiques d'attraction et la nature de ces dynamiques.

3. Concurrence, adaptation et innovation institutionnelles

Après avoir montré en quoi les cadres institutionnels constituaient des éléments importants du développement de l'attractivité des juridictions, il convient de décrire les types de mécanismes juridiques et réglementaires à l'œuvre dans un contexte de mobilité des bases fiscales. Il s'agira notamment d'expliquer et de justifier le cadre de concurrence institutionnelle dans lequel évoluent les Etats et de décrire les stratégies réglementaires possibles mises en place par les pouvoirs publics locaux (section 1). L'exemple du développement financier balisera notre réflexion (section 2).

Section 1 – Concurrence institutionnelle et « course à la hausse »

Le concept de concurrence institutionnelle découle de la question de la concurrence entre régions et s'est nourri en premier lieu des questions de concurrence fiscale. Plus généralement et selon certains auteurs (par exemple Sartorius, 1998), il existe une analogie fonctionnelle entre concurrence des marchés et concurrence institutionnelle. La première est l'un des fondements de l'économie de marché en ce qu'elle constitue un mécanisme qui permet aux individus d'exprimer librement leurs choix et donc leurs préférences non homogènes sous hypothèses d'information parfaite et d'atomicité de l'offre³⁴⁸. Il peut s'avérer pertinent de construire une analogie fonctionnelle entre concurrence des entrepreneurs privés (*concurrence des marchés ou concurrence privée*) et concurrence entre entrepreneurs publics (*concurrence institutionnelle*), en vue de déterminer la meilleure structure institutionnelle de l'économie marchande, laquelle réponde aux besoins individuels (Vanberg, 1995 ; Kerber, 2005). Ainsi,

³⁴⁶ Dans le *Bulletin de la Banque de France* de mars 2004, Duvivier évoque, en dehors de la qualité institutionnelle, les facteurs liés à la présence de « *compétences financières* », à « *l'aptitude de générer des économies externes par mutualisation des fonctions* » et la capacité de la Place à « *intégrer les nouvelles technologies de l'information* ».

³⁴⁷ Selon l'enquête en 2005 de la *Corporation of London*, la qualité de l'environnement réglementaire était considérée comme le deuxième facteur de compétitivité pour une place financière.

³⁴⁸ Voir l'analyse microéconomique de la concurrence (par exemple Varian, 2002).

Wohlgemuth (1995) définit des jeux dans lesquels interagissent des juridictions se comportant comme des entrepreneurs institutionnels et des citoyens qui sont des consommateurs (arbitres) institutionnels : moyennant le paiement d'une taxe, ces derniers jouissent de la fourniture, de la part des pouvoirs publics locaux, d'un ensemble de biens publics de nature institutionnelle. Wohlgemuth conclut en l'existence, pour les consommateurs institutionnels, d'une option de sortie de la communauté, mais aussi en la possibilité d'une option dite « de voix » lorsque la juridiction se comporte comme un « politicien » dont la fonction objectif renvoie au nombre de ses propres électeurs (voir aussi Kirchgässner et Pommerehne, 1994 ; Straubhaar, 1997).

Tout mécanisme concurrentiel, a fortiori de nature institutionnelle, est fondé sur la propriété de mobilité des demandeurs. De ce point de vue, Budzinski et Kerber (2005) distinguent quatre types de concurrence réglementaire (*regulatory competition*), ces derniers étant définis en fonction de la nature et de l'étendue de ladite mobilité : de ces deux éléments découlent en effet différents mécanismes de transmission des effets de concurrence en matière de droit et de régulation. D'abord, la concurrence via l'apprentissage mutuel renvoie au concept de concurrence par comparaison (*yardstick competition*³⁴⁹). Dans cette mouture, des juridictions (ou communautés) ne sont reliées que par « *des flux d'informations qui permettent d'apprendre de manière réciproque les avantages et les inconvénients des différentes règles juridiques* », de comparer les performances de ces règles nationales, de les imiter le cas échéant. C'est la mobilité des informations et des théories juridiques qui génère le processus concurrentiel d'incitations sur les offreurs de droit. Les individus, parce qu'ils ont accès à l'information sur l'ensemble des pratiques nationales, sont en mesure d'exercer des pressions sur les gouvernants pour améliorer leurs propres lois ou imiter celles de leurs concurrents³⁵⁰. Dans ce cas, la mobilité internationale de l'information joue à travers le mécanisme de transmission qu'est la concurrence politique intra juridictionnelle (vote).

La concurrence réglementaire par le canal du commerce international constitue le deuxième type de concurrence institutionnelle. Sur la base de la théorie du commerce international, l'idée est de considérer que le cadre institutionnel national a des répercussions sur la compétitivité des produits, de l'industrie et des marchés locaux. En l'espèce, l'élaboration de règles juridiques peut, directement ou indirectement, engendrer des jeux de concurrence entre pays et avoir des conséquences sur le bien-être local. Il devient donc un

³⁴⁹ Cf. la théorie développée à l'origine par Besley et Case (1995) et dont les approfondissements sont nombreux ces dernières années (Besley et Smart, 2003 ; Bordignon *et al.*, 2003 ; Belleflamme et Hindriks, 2005 ; Revelli, 2006).

³⁵⁰ Au mimétisme fiscal, qui est une notion économique bien connue de la littérature (voir par exemple Josselin et Rocaboy, 2002), s'ajouterait ou correspondrait en l'espèce un phénomène de mimétisme institutionnel.

enjeu potentiel pour les gouvernements dans leurs choix de politiques publiques d'attractivité (cf. 1.a.i). A la mobilité des informations juridiques s'ajoute celle des biens et services fournis par les entreprises sur les marchés internationaux³⁵¹. On est alors dans le cadre de la concurrence par l'intermédiaire du commerce international, laquelle incite les firmes à offrir des produits compétitifs : le succès commercial représente donc un autre mécanisme de transmission.

Une troisième manière de concevoir la concurrence institutionnelle consiste à étendre le cadre précédent vers une concurrence directe des pays (juridictions) dans l'attraction de facteurs de production et de firmes. Les pouvoirs publics locaux peuvent en effet choisir de produire des règles juridiques en vue d'attirer des bases fiscales (travail, capital, investissements). On parle alors de concurrence institutionnelle interjuridictionnelle. Avec la mobilité des facteurs de production, des individus ou des firmes, on entre dans un jeu compétitif direct entre les pays qui, de fait, se concurrencent « frontalement » en offrant le meilleur package fiscal³⁵² et institutionnel possible (cf. Borsi et Pieretti, 2006).

Budzinski et Kerber identifient enfin la concurrence institutionnelle via le libre choix du droit (ou de la règle). Elle consiste en un mécanisme selon lequel les individus ou les firmes ont la possibilité de sélectionner leur règle locale « favorite », sans pour autant se déplacer physiquement³⁵³. La possibilité de libre choix juridique accroît considérablement les pressions concurrentielles puisque les demandeurs de droit ne sont pas tenus de choisir un package fiscal dans son ensemble, mais simplement un élément immatériel de fourniture publique. La concurrence en matière de droit des sociétés aux Etats-Unis en constitue un exemple parlant (cf. Mock, 2002³⁵⁴). Avec la mobilité directe de la règle juridique, on aboutit à une forme très poussée de concurrence législative et réglementaire. En l'espèce, les firmes choisissent la règle qu'elles souhaitent appliquer indépendamment de leur propre localisation spatiale ou de celle de leurs marchés effectifs. Surtout, les agents ne sont pas contraints de payer une contrepartie à leur « consommation de droit », par exemple sous forme d'impôts. De ce point de vue, ce processus concurrentiel n'est pas étranger à ce que la littérature nomme

³⁵¹ Comme dans les modèles traditionnels de commerce international, hypothèse est faite d'une mobilité des biens et services et d'une immobilité des facteurs de production.

³⁵² Cf. Dembour et Wauthy (2005).

³⁵³ Deffains (2001) parle de « *tourisme juridique* ».

³⁵⁴ Les années 2000 ont vu émerger un débat sur le droit d'établissement des entreprises. Le Traité de Rome (1957) consacre ce droit, mais la théorie du siège réel s'y oppose dans les faits. La CJCE a été sollicitée sur cette question à plusieurs reprises (Cas *Centros*, 1999 ; cas *Ueberseering*, 2002).

les « dissonances réglementaires » qui apparaissent « *quand les frontières du droit ne correspondent pas à celles des entreprises et des marchés*³⁵⁵ » (Cœuré, 2007).

Somme toute, tous ces types de concurrence institutionnelle poussent à considérer et à associer de façon cumulative différents types de mobilité, ces derniers conditionnant la nature de la concurrence à l'œuvre entre les juridictions (Kerber, 2000a, 2003 ; Heine, 2003). Les phénomènes de concurrence interjuridictionnelle se développent avec le renforcement de la mobilité et l'extension de ses formes. Le libre choix de la règle, qui pousse la concurrence institutionnelle à son degré le plus haut, est le corollaire d'une forte mobilité de la règle et de l'information juridique qui gravite autour d'elle. A cet égard, la circulation de cette information est devenue un déterminant majeur des processus de concurrence réglementaire (Garde et Haravon, 2006). Au niveau européen par exemple, la réalité de la mobilité de l'information juridique est flagrante. Les droits nationaux « s'exportent » à la fois par les traductions de leurs sources respectives³⁵⁶ et par les mises à disposition des jurisprudences sur des bases de données internationales³⁵⁷. La stratégie d'harmonisation des règles européennes n'est pas étrangère à ce phénomène (cf. chapitre 3).

Les modèles de concurrence institutionnelle soulèvent maintes questions dans la mesure où il peuvent, selon les hypothèses qui les régissent, aboutir éventuellement à des résultats dits de « course à la baisse » (*race to the bottom*). Dans les premiers modèles de concurrence fiscale³⁵⁸, les hypothèses de rendement décroissant du capital et de mobilité de ce dernier impliquent un mécanisme de pressions sur les leviers de l'Etat, notamment les taux d'imposition et les standards de régulation, lesquelles pressions amènent les pays à stimuler leur attractivité (c'est-à-dire attirer des bases fiscales) en réduisant, de manière sous optimale, leurs niveaux d'impôt et de régulation. Pourtant, d'autres hypothèses permettent de modifier ces premiers résultats, voire de les inverser. Une voie explorée par la littérature consiste à prendre en compte des effets d'agglomération. Ces derniers sont capables d'atténuer les effets

³⁵⁵ Voir l'exemple de la loi « Sarbanes-Oxley », typique du risque de débordement de la réglementation américaine sur les marchés européens.

³⁵⁶ D'après Garde et Haravon (2006), les administrations nationales s'efforcent de rendre lisibles leurs propres mécanismes juridiques (exemple de la traduction des arrêts rendus par la Cour de Cassation, explication des structures et fonctionnements du système judiciaire, site du Ministère de la Justice, initiatives au niveau universitaire avec l'organisation de conférences et de colloques, pour ce qui est du cas français, *Convention de Rome* de 1980, Académie de droit européen, *Institute of Global Law* de Londres, actions des facultés de Louvain et de Maastricht, pour ce qui est des exemples non français, mais aussi de nombreuses initiatives privées telles que des contributions nombreuses de professionnels du droit...).

³⁵⁷ Citons la multiplication des banques de données au niveau communautaire (exemples du portail d'accès au droit européen Eur-lex, du Réseau Judiciaire Européen en matière civile et commerciale, du site de la CJCE, du site Caselex qui réunit un consortium public-privé de 13 organisations, dont le Journal Officiel français, afin d'étudier l'impact de l'intégration juridique européenne aux niveaux nationaux (Garde et Haravon, 2006)).

³⁵⁸ Voir Zodrow et Mierskowski (1986) ou Wildasin (1988).

de délocalisation. Selon Cœur et Rabaud (2003), on peut « *définir un écart d'imposition soutenable avec les pays concurrents, en deçà duquel le capital ne se délocalise pas* ». L'existence d'une rente d'agglomération régionale permet de maintenir la pression fiscale locale sans risquer de voir fuir les capitaux mobiles³⁵⁹. Ainsi, la « *race to the bottom* » ne va pas de soi, au point que les observations empiriques, notamment en matière de concurrence institutionnelle et en termes de régulation, semblent prouver le contraire. Deux raisons peuvent être invoquées : d'une part, l'hypothèse de parfaite mobilité du capital est très contestable et impose d'introduire dans les modèles théoriques des coûts de transaction dans les mouvements de base fiscale ; d'autre part, nombre d'exemples de cas de « *courses à la hausse* » sont observables. A cet égard, Leblond (2002) explique pourquoi, en matière de régulation bancaire et financière, la concurrence internationale des Etats n'aboutit pas à une « *concurrence de relâchement* ». Son argumentation se focalise autour de trois éléments. Le premier, la « *confiance* », renvoie au besoin de sécurité des actifs des investisseurs (voir aussi Hampton et Abbott, 1999). Le deuxième élément est l'ensemble et la répartition des droits de propriété, élément qui renvoie donc au besoin des investisseurs d'utiliser et de contrôler des actifs de valeur³⁶⁰ (Alchian, 1965 ; Eggertsson, 1996). Troisième élément enfin, les coûts de mobilité du capital. Dans son analyse, Leblond assimile les coûts d'établissement des actifs à des coûts de transaction qui constituent concrètement un risque de perte de valeur desdits actifs³⁶¹. L'intensité du risque (du coût pour les investisseurs) dépend de la capacité d'un Etat de protéger les droits de propriété, c'est-à-dire de réduire le coût du capital par des institutions qui produisent des économies d'échelle eu égard à la sécurité des droits (North, 1990³⁶²). Autrement dit, l'enjeu pour des Etats qui souhaitent attirer du capital est d'investir dans des institutions qui définissent les droits de propriété et les sécurisent en réduisant le coût du capital des investisseurs. A l'inverse des théoriciens de la « *race to the bottom* », Leblond montre la pertinence de formaliser les interactions institutionnelles entre juridictions nationales dans un cadre de concurrence monopolistique. Dans cette mouture, les Etats fournissent à des investisseurs des services différenciés à des prix différenciés. Les

³⁵⁹ L'impact, sur la délocalisation des activités industrielles, d'une diminution ou d'une augmentation de la pression fiscale du capital est plus complexe qu'il n'y paraît car il est fonction à la fois du degré de concentration des activités productives et du degré d'ouverture commerciale de la zone géographique considérée (cf. Baldwin et Krugman, 2000 ; Baldwin et al., 2003 ; Andersson et Forslid, 2003).

³⁶⁰ Selon cette définition, les droits de propriété confèrent aux investisseurs la possibilité de tirer profit, à titre exclusif, du rendement d'un actif, de pouvoir le transférer le cas échéant à un autre agent économique en mesure de le valoriser davantage ou de le modifier si nécessaire afin de le rendre plus productif. Les droits de propriété incluent, outre la seule propriété légale, le pouvoir de contrôle interne (monitoring) et externe (environnement institutionnel, statuts, mécanismes de mise en œuvre et sanctions).

³⁶¹ Plus précisément, ce risque se répartit entre risque économique (perte potentielle de la valeur des actifs en raison de l'incertitude) et risque politique (perte potentielle liée à la perte du contrôle des actifs).

³⁶² D'après le fameux économiste des institutions, « *la sécurité des droits de propriété est un élément déterminant du taux d'épargne et de la formation du capital* ».

investisseurs prêts à payer davantage de taxes bénéficieraient en contrepartie de plus de services publics : l'arbitrage des agents qui investissent s'opère entre le risque encouru et le rendement garanti du placement des actifs. Somme toute, en vue de demeurer attractifs, les Etats peuvent être pressés par les forces concurrentielles d'accroître le rendement du capital, non pas par le simple levier fiscal (en baissant la pression fiscale), mais en proposant le meilleur package institutionnel possible qui réponde aux exigences des investisseurs en matière de droits de propriété, de contrôle des actifs et de niveau de fiscalité. Garantir la sécurité juridique par des lois et une régulation de qualité, ainsi que par des procédures de mise en œuvre claires et stables, est propice à favoriser l'arrivée de capitaux, en particulier financiers. Les gouvernements sont donc incités à investir massivement dans des infrastructures et des institutions recherchées par les investisseurs internationaux potentiels (Hampton, 1994), mais aussi dans de hauts standards de communication et de main d'œuvre qualifiée (Cassard, 1994).

Section 2 – Le développement des places financières : un exemple de dynamique positive de la concurrence institutionnelle

Les places financières sont un terrain d'analyse pertinent au regard de notre réflexion car, d'un côté elles renvoient à un secteur économique très ciblé qui voit s'exercer un certain nombre de forces concurrentielles de nature institutionnelle, et de l'autre, elles connaissent un développement économique parmi les plus forts, comparées à d'autres pôles sectoriels. Cœuré (2007) le résume ainsi : « *un laboratoire intéressant pour tester les forces à l'œuvre est le secteur financier. A cause de son importance systémique dans l'économie et la rapidité avec lequel il évolue, il est soumis à des réglementations nombreuses, complexes et évolutives* ». Selon Hannoun (2000), les places financières sont des lieux qui « *assurent la rencontre de multiples acteurs qui concourent au bon fonctionnement des marchés financiers au sein d'écosystèmes dégageant d'importantes synergies, (...) apportent aux agents économiques (...) des services spécialisés et rapprochés indispensables pour la conduite de leurs opérations et offrent aux décideurs de la sphère financière et de l'économie réelle des structures appropriées pour faciliter la mise en œuvre de leur politique. (...) Cette communauté d'acteurs, qui recouvre le concept de place ou de centre financier, s'étend des émetteurs aux investisseurs en passant par les intermédiaires, mais aussi par un large éventail de spécialistes. (...) Les grandes places (...) sont capables d'offrir à ces acteurs des*

architectures facilitant les échanges, qu'il s'agisse d'infrastructures techniques performantes et sécurisées (...) ou d'environnements réglementaires modernes répondant aux besoins des acteurs en matière de transparence et de sécurité tout en laissant à ces derniers une flexibilité suffisante (instances de régulation et de contrôle)». En l'occurrence, l'analyse de l'attractivité des places financières mondiales est riche d'enseignements sur la nature et les modalités de la concurrence institutionnelle désormais à l'œuvre entre les juridictions. Le nouveau contexte législatif et réglementaire mondial, de même que la pression internationale, sont de nature à inciter les Etats à mettre en œuvre des stratégies proactives de développement. Selon Pieretti et al. (2007), le contexte d'intégration économique et juridique pousse les pays à « s'orienter vers une stratégie d'adaptation mettant l'accroissement des exigences en matière de gestion des risques (y compris les risques opérationnels) au cœur d'une stratégie d'élévation de la réputation en matière de protection des investisseurs ». Cette stratégie est-elle uniforme ? Quelle dynamique préside à sa mise en application ?

Comme le rappellent Pieretti et al. (2007), « une évaluation des gains de la protection des investisseurs et de l'élévation de la réputation face aux coûts de mise en œuvre de ces mesures peut être menée hors de toute contrainte extérieure ». Toutefois, tenir compte des phénomènes d'intégration économique et, avec eux, des pressions internationales s'exerçant sur les pays, permet d'enrichir l'analyse. En effet, la forme que prennent ces pressions change³⁶³. A l'approche structurelle traditionnelle du secteur financier des années 1980³⁶⁴, a succédé une approche prudentielle proactive de gestion des risques. Cette dernière s'est appuyée sur une action plus concertée et plus centralisée des instances internationales régulatrices du secteur financier³⁶⁵ et a été entérinée depuis le début des années 2000 par le cadre réglementaire communautaire³⁶⁶. Ainsi, la question de la nature des stratégies d'adaptation de la réglementation bancaire et financière apparaît d'autant plus pertinente que l'environnement international est en évolution à la fois permanente et de plus en plus rapide et

³⁶³ Voir notamment chapitre 1 sur la nature mouvante de l'intégration (économique et juridique).

³⁶⁴ Le Comité de Bâle a organisé des règles prudentielles relatives aux risques des marchés, tandis que d'autres organes institutionnels étaient investis dans la lutte contre les pratiques financières à même de favoriser les activités délictueuses.

³⁶⁵ Voir notamment le regroupement de certaines fonctions de régulation financière et le développement de l'action du Fonds Monétaire International (FMI), du point de vue de la surveillance des marchés et des acteurs, mais aussi de l'évaluation et de la prévention des « vulnérabilités des systèmes financiers » (cf. Pieretti et al., 2007).

³⁶⁶ Cf. par exemple la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme : celle-ci s'inspire du principe « *know your customer* » énoncé par le Comité de Bâle et vise à opérer une distinction entre les clientèles d'investisseurs. Voir aussi la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil.

que, de surcroît, le cadre européen pousse à l'harmonisation et à la transparence des règles. Pieretti et *al.* (2007) y répondent en distinguant une stratégie dite « *minimaliste* » d'une stratégie « *conquérante* », fondée sur une dynamique d'innovations propices à la satisfaction des investisseurs internationaux.

La réglementation actuelle des marchés bancaires et financiers relève de la nouvelle approche prudentielle voulue par les institutions de régulation internationale³⁶⁷ et s'applique à la plupart des places financières³⁶⁸. Elle vise pour l'essentiel trois objectifs « *qualitatifs* » qui sont un haut niveau de « *transparence des politiques monétaires, budgétaires et financières* », un degré élevé d'« *efficacité du contrôle prudentiel des acteurs financiers, ainsi que la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme* », et enfin « *l'intégrité des marchés, sous l'angle de la gouvernance de l'entreprise, de la comptabilité, de l'audit et de la protection des créanciers* » (Cœuré, 2007). Cependant, la réglementation n'interdit pas théoriquement la pratique et la mise en œuvre de la part de certains pays de cadres réglementaires apparaissant minimalistes comparés à la majorité des places financières, cela en raison, soit d'un besoin pour certains agents et clients potentiels de contourner les contraintes fiscales et institutionnelles, soit plus simplement d'une recherche de confidentialité et d'opacité des marchés de la part de ces agents. Pour Godefroy et Lascoumes (2005), c'est en cela que les centres *offshore* répondent à une demande clairement identifiée et que se justifient donc pleinement les résistances de certaines places vis-à-vis des pressions internationales de transparence (voir par exemple les Caraïbes et les îles Caïman³⁶⁹). Il convient d'ajouter que tous les établissements bancaires et toutes les places ne sont pas forcément capables de produire les efforts exigés par la nouvelle réglementation internationale. Au total, il existe nombre d'assouplissements de cette réglementation, engageant y compris des pays de l'UE (relations simplifiées entre l'Autriche et le Liechtenstein, de même qu'entre le Royaume-Uni et les îles anglo-normandes). Si la mise en œuvre de stratégies minimalistes en termes de standards de régulation ne fait aucun doute au regard du fonctionnement du marché financier mondial, il n'en reste pas moins que cette pratique n'est pas sans poser des problèmes. En effet, si des juridictions en conformité avec

³⁶⁷ Par exemple la Banque Mondiale, la Banque des règlements internationaux, mais aussi le Comité de Bâle, le GAFI et le FMI.

³⁶⁸ Seuls les îles Cook, l'Indonésie, Nauru, Myanmar, le Nigéria et les Philippines figuraient en 2004 sur la liste des « *Pays ou territoires non coopératifs* » (Fort J.L. 2005 ; FMI 2004, *Offshore Financial Centers, The Assessment Program – A Progress Report*).

³⁶⁹ Le regroupement de certains centres *offshore* « *The International Trade and Investment Organisation* » (ITIO) fut créé en 2001 en vue de résister aux pressions réglementaires visant la transparence des flux d'actifs financiers. Notons de plus que les îles Caïman ont contesté devant la CJCE le droit de l'UE à faire appliquer la directive sur la fiscalité de l'épargne aux territoires associés et ont eu gain de cause.

les exigences internationales offrent des cadres institutionnels de nature à garantir le respect des droits de propriété et la confiance des investisseurs³⁷⁰, d'autres en revanche ne le font pas. Malgré l'assurance légale et formelle des droits de propriété, beaucoup de centres *offshore* ne garantissent par les contrôles interne et externe qu'un exercice plein et entier de la propriété devrait inclure (cf. Leblond, 2002). Comme le résumait Williams et *al.* (2005), l'intégration économique aidant, l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché financier mondial accroît la concurrence entre les places, concurrence qui s'opère, soit par différenciation des produits pour ce qui concerne les places les plus importantes, soit par des politiques agressives en termes de prix pour les places nouvellement formées, et pour lesquelles la mise en conformité avec la réglementation mondiale peut s'avérer très coûteuse. Ces deux stratégies renvoient à la stratégie minimaliste, mais aussi à une stratégie conquérante de « *mieux disant institutionnel* ».

Si la concurrence de plus en plus intense entre sites productifs nationaux justifie le risque théorique de désescalade fiscale et réglementaire (cf. débat sur la concurrence fiscale et institutionnelle) et, partant, l'existence de stratégies minimalistes de la part de certains pays, les observations empiriques des conséquences de l'intégration financière ne semblent pas pleinement corroborer cela (Rosenbluth et Shaap, 2000). Pieretti et *al.* (2007) en cherchent les raisons dans le rôle du cadre institutionnel national et la différenciation des produits financiers. Plutôt que de considérer des modèles de concurrence parfaite où les pays utilisent leurs leviers fiscaux et institutionnels pour attirer des bases fiscales en compensant leurs coûts de mobilité, Leblond (2002) suppose que les juridictions, du fait de leur pouvoir réglementaire, contraignent l'offre de leur système financier à se différencier³⁷¹. Dans ce cas, le cadre adéquat d'analyse des interactions entre places financières devient la concurrence monopolistique dans laquelle « *la recherche de différenciation pour attirer les épargnants peut aboutir à une offre de plus disant réglementaire où la fiscalité apparaîtrait plutôt comme un prix à payer pour des gains en termes de réduction de risques et de réduction de problèmes informationnels de type aléa moral* » (Pieretti et *al.*, 2007). Comme évoqué précédemment, l'analyse du rôle des institutions du point de vue de l'attractivité des juridictions est particulièrement intéressante (Glaeser et *al.*, 2004 ; Rodrick et *al.*, 2004). Dans

³⁷⁰ Leblond (2002).

³⁷¹ « *Les sources de différenciation en matière de placements financiers fondés sur le choix d'une combinaison rendement-risque ne manquent pas et concernent en particulier les garanties offertes à l'investisseur quant à la sécurité de ses avoirs, la transparence dans le placement des fonds, les possibilités de monitoring... Toutes ces caractéristiques de contrats garantissant les droits de propriété et offrant ainsi plus de sécurité aux épargnants contribuent à la réduction du risque et des problèmes d'asymétries informationnelles auxquels sont particulièrement sensibles les investisseurs lointains* » (Pieretti et *al.*, 2007).

la réflexion de Borsi et Pieretti (2006), les juridictions nationales mènent des stratégies de différenciation de leur cadre juridique en vue d'améliorer leur propre compétitivité/attractivité. Le cadre institutionnel constitue de ce point de vue un bien public qui ne génère aucun effet de débordement³⁷², mais qui conditionne directement le pouvoir national d'attirer des bases fiscales mobiles. Ce cadre d'analyse s'applique particulièrement bien en termes d'attraction des investisseurs et d'attractivité institutionnelle dans la mesure où les premiers sont sensibles à la réputation et à la confiance³⁷³ qu'offre une place bancaire et financière de qualité.

En cas de stratégie de « mieux disant institutionnel³⁷⁴ », le contexte institutionnel international pousse, non pas à la désescalade réglementaire, mais bien à l'innovation qui, en matière financière, requiert des efforts d'ingénierie, seuls garants d'une différenciation « à la hausse » des produits (*race to the top*). Tufano (2003) fait l'inventaire des origines possibles des innovations dans le secteur financier. Outre la présence de marchés financiers incomplets³⁷⁵, les problèmes d'asymétrie d'information et de relations d'agence³⁷⁶ ou la recherche de minimisation des coûts de transaction³⁷⁷, l'auteur cite comme sources et prétextes à l'innovation financière la gestion des risques dans un contexte d'intensification de la globalisation financière³⁷⁸ et l'avènement de chocs technologiques³⁷⁹. Néanmoins, en considérant l'attractivité des juridictions en termes d'adaptation à l'environnement institutionnel, Pieretti et al. (2007) s'intéressent à un dernier motif d'innovation financière que Tufano définit comme étant la réponse à la fiscalité et à la réglementation. Toute réforme de la fiscalité est potentiellement un prétexte pour innover en matière réglementaire, en vue

³⁷² En économie publique, un bien public est défini par les propriétés de « non rivalité » et de « non exclusion » dans son utilisation. Le fait qu'il ne génère aucun effet de débordement signifie que son application est confinée à un espace donné, en l'occurrence un seul territoire souverain.

³⁷³ Concernant par exemple le lancement de la SICAR à Luxembourg en 2004, Kinsch (2007) précise que « *dans la phase de fund raising, une entité constituée dans un centre financier sérieux et sous supervision de l'autorité de surveillance peut contribuer à rassurer les investisseurs potentiels* ».

³⁷⁴ Pieretti et al. (2007) utilisent aussi le terme de « *stratégie d'adaptation fine* ».

³⁷⁵ Qui dit marché incomplet dit absence d'instrument juridique de nature à encadrer certains risques ou certaines clientèles. L'innovation doit pouvoir le cas échéant répondre à cette absence en favorisant l'apparition de nouveaux contrats, instruments adéquats à cette fin.

³⁷⁶ L'innovation peut consister à faire émerger de nouveaux contrats dont les clauses permettent de pallier les asymétries d'information entre clients et gestionnaires et de mieux contrôler l'action de ces derniers.

³⁷⁷ L'ingénierie financière a vocation, entre autres, à faire apparaître de nouveaux produits, y compris des produits dérivés dont l'un des grands avantages est de permettre une diminution des coûts de transaction, en particulier liés aux opérations de couverture de risque.

³⁷⁸ Du fait de l'intégration économique mondiale, les intermédiaires financiers peuvent certes élargir l'étendue de leurs activités, mais ils sont soumis à des pressions plus fortes et courent des risques plus importants. « *De même une plus grande volatilité (...) est perçue comme un puissant stimulant de l'innovation financière* » (Pieretti et al., 2007).

³⁷⁹ En raison du rôle déterminant des nouvelles technologies de l'information dans le développement des activités financières, notamment à travers l'évaluation des risques, les chocs technologiques sont intrinsèquement une source d'innovation financière.

par exemple de contourner ou de limiter des effets de ladite réforme³⁸⁰. Mais le changement réglementaire peut aussi être une source d'innovation institutionnelle (cf. Jagtaiani et *al.*, 1995). Nombre de produits financiers apparaissent au moment de changements législatifs et réglementaires ou sont structurés lors de ces modifications réglementaires (exemples des ratios de fonds propres des banques définis par les pouvoirs publics ou des priorités de recouvrement de créances fixées par décision de justice). L'innovation est à la fois un moyen de répondre aux changements de l'environnement légal, mais aussi le fruit d'interactions permanentes et fructueuses entre les autorités publiques et les professionnels du secteur bancaire et financier, seule assurance de poursuivre le développement de nouveaux produits, et donc le développement économique. Concernant spécifiquement la place financière luxembourgeoise, c'est la logique d'innovation et d'ingénierie financière qui a présidé à l'émergence de produits tels que les fonds de capital-risque, les fonds de pension, ainsi que les produits de titrisation.

4. Propositions de modélisations théoriques du comportement des Etats membres de l'UE dans le cadre de l'intégration juridique européenne

Après avoir montré en quoi la question des institutions et de la formation d'un cadre institutionnel de qualité est au cœur de toute réflexion pertinente sur l'attractivité et le développement économique des pays, nous posons les bases et les ingrédients de deux cadres théoriques qui décrivent de manières complémentaires les comportements concurrentiels de juridictions nationales soumis à des forces d'intégration économiques et juridiques, comme c'est le cas dans l'UE. Le premier cadre est dit « simple » (section 1), tandis que le second a trait à un jeu de double concurrence institutionnelle (section 2).

³⁸⁰ Certains produits financiers ont vocation à masquer des gains immédiatement imposables (par exemple les obligations à coupons zéro).

Section 1 – Analyse concurrentielle « simple »

L'enjeu de cette première partie est le développement d'une réflexion théorique sur les conditions de compétitivité et d'attractivité d'une place économique amenée à s'exposer à la concurrence internationale en exportant des biens et services produits localement. Cela suppose de préciser les concepts et ingrédients spécifiques à cette analyse concurrentielle. Cœuré et Rabaud (2003) rappellent que la littérature traite la question de l'attractivité le plus souvent selon deux directions : la première consiste à ramener l'enjeu de l'attractivité à l'attrait des investissements directs étrangers (IDE), tandis que la seconde la confine principalement à l'enjeu commercial : *« à l'exception peut-être du Japon, où l'enjeu commercial demeure prédominant, le couple « flux d'investissements/attractivité » semble avoir pris la place du couple « commerce extérieur/compétitivité » dans le débat public des pays développés »*. Des deux dialectiques possibles, cette première partie se concentre plutôt sur la seconde, en analysant le pouvoir attractif de sites productifs dans un cadre concurrentiel (*Standort*). Comme l'ont montré Pieretti et al. (2007), le pouvoir d'attrait de ces sites dépend largement d'un ensemble de conditions, fiscales, légales, réglementaires et institutionnelles. C'est particulièrement vrai concernant les sites financiers (voir aussi Duvivier, 2004). Nous adoptons, à l'instar de Pieretti et al. (2007), le point de vue suivant : l'attractivité est appréhendée à la fois du point de vue de l'attrait d'une clientèle internationale et mobile (approche de demande ou de compétitivité), mais aussi du point de vue *« des conditions d'attractivité d'un site donné envers l'implantation d'activités nouvelles ainsi que de leur maintien »*.

Depuis les modèles canoniques de Tiebout (1956) et Oates (1972) dont l'objet était d'identifier le rôle des processus concurrentiels dans les interactions entre gouvernements, les modèles de concurrence entre juridictions se sont multipliés, notamment ceux de concurrence fiscale. Il s'est agi d'étudier les effets de la mobilité interrégionale du capital sur la fixation des taux d'imposition par les pouvoirs publics (Krogstrup, 2002). Sur la base d'hypothèses assez restrictives³⁸¹, Zodrow et Mieszkowski (1986) ont abouti au résultat général d'une *« course à la baisse »* due aux interactions entre juridictions et à l'existence d'externalités négatives qui créent pour les pays des incitations à diminuer les taux d'impôt de manière sous optimale (voir description précédente). En particulier, dans le cas d'un accroissement de la mobilité du capital, les biens publics seront davantage financés par la taxation de la base la

³⁸¹ Juridictions identiques, taxation du capital à la source, source unique de revenus fiscaux, gouvernements bienveillants, pas d'impact des changements de mobilité du capital sur les comportements politiques, rendements d'échelle décroissants (pour une description détaillée, voir aussi Wildasin (1988)).

moins mobile, c'est-à-dire le facteur travail³⁸². Cependant, ce type de modèles appelle des critiques d'au moins deux ordres. D'abord, et c'est tout le travail mené depuis les années 1980, il importe de relâcher chacune des hypothèses restrictives³⁸³ du modèle de base pour affiner la réflexion sur la nature des interactions entre gouvernements et comprendre les véritables dynamiques à l'œuvre dans les jeux de concurrence interjuridictionnelle. Ensuite, la plupart des modèles focalisent sur le seul aspect fiscal comme élément d'attrait (Wilson, 1986 ; Sinn, 1990 ; Nielsen, 2001), alors que la fiscalité est un levier parmi d'autres de l'action des pouvoirs publics et, à ce titre, un aspect seulement de la concurrence institutionnelle qui peut s'exercer entre pays. En d'autres termes, le pouvoir attractif d'un espace régional ne se limite pas à sa seule dimension fiscale (Head et *al.*, 1999) et justifie de prendre en compte, dans la description des jeux de concurrence entre juridictions, d'autres dimensions plus fondamentales, comme l'offre de biens publics de nature institutionnelle.

Par ailleurs, étant donné que notre réflexion porte sur les comportements de sites productifs qui se concurrencent sur des marchés internationaux, nous pensons pertinent de proposer un modèle dit de *shopping*. Un tel modèle est une variante³⁸⁴ des moutures de concurrence fiscale (voir Mintz et Tulkens, 1986 ; Kanbur et Keen, 1993) et y intègre des éléments de modélisation spatiale³⁸⁵. Ainsi, nous nous plaçons clairement dans la lignée des modèles de concurrence spatiale des sites « *Standortwettbewerb* » (Siebert et Koop, 1994) en considérant une variable d'attractivité d'ordre institutionnel qui traduit et représente la fourniture d'aménagements législatifs, réglementaires et institutionnels, qui ont vocation à accroître la valeur d'usage de biens et services spécifiques du site de production. La production publique de cadres institutionnels devient donc une variable stratégique

³⁸² L'une des grandes questions de l'analyse de la concurrence fiscale est de garantir son efficacité au sens économique ou de comparer cette dernière à celle du cas de l'harmonisation fiscale (voir Wilson, 2004).

³⁸³ Différentes méthodologies ont été explorées : abandon de la petite taille des collectivités et effet des juridictions sur les rendements fiscaux après impôt (Wildasin, 1988), introduction d'asymétries et analyse d'impact sur l'équilibre (Bucovetsky, 1991 ; Wilson, 1991), prise en compte de différences entre principe de résidence et principe à la source, ainsi que des conséquences de l'imposition de résidence, mais aussi élargissement du nombre d'instruments fiscaux, hypothèses sur les comportements politiques des gouvernements (voir Wilson, 1999), apports de la nouvelle économie géographique (Baldwin et Krugman, 2000), etc.

³⁸⁴ La base fiscale considérée ne relève pas des facteurs de production dont les dotations sont en général fixées *ex ante*. En revanche, l'enjeu pour les gouvernements locaux sera de capter des consommateurs mobiles, de sorte que les revenus fiscaux tiendront précisément à l'existence d'une taxe sur la consommation.

³⁸⁵ La littérature qui traite de l'attractivité des places financières insiste sur le rôle théorique essentiel de l'espace géographique dans le développement desdites places. C'est ce que suggère, en autres, Duvivier (2004), selon qui « *la notion de concentration en un lieu géographique fait, pour sa part, directement référence à « l'effet de place », lui-même consubstantiel à l'activité financière. (...) Ne pas choisir de s'installer physiquement sur la place où sont déjà présents les autres intermédiaires constituerait, en effet, un risque de se priver des échanges relationnels indispensables à l'intégration au sein d'une communauté financière* ». La littérature justifie ainsi l'usage et la pertinence des analyses théoriques fondées sur les outils de la concurrence spatiale en vue de réfléchir sur les jeux concurrentiels auxquels « s'adonnent » les sites productifs spécialisés dans l'activité financière.

complètement endogène, variable dont le niveau est fonction de l'effort public consenti par le gouvernement sur la base de ses revenus (fiscaux). Une telle analyse se justifie par le rôle démontré des institutions dans la croissance économique et le développement des nations. Ajoutons aux éléments déjà évoqués que, pour Belloc (2006), toute chose égale par ailleurs, le seul élément institutionnel est susceptible de faire apparaître des avantages compétitifs propres à chaque pays.

Comme dans tout modèle de *shopping*, l'enjeu est de capter des consommateurs dont les préférences sont tournées vers les biens et services. La valeur de ces derniers (argument principal de captation des bases fiscales) résulte à la fois de leur valeur privée, que les firmes s'emploient à garantir, mais aussi de la valorisation institutionnelle qui s'y ajoute du fait de la politique publique d'attractivité. On comprend dès lors que l'attractivité résulte d'une action complémentaire entre agents privés et acteurs publics.

Enfin, plusieurs raisons plaident pour une modélisation de type concurrentiel du comportement des Etats. La première est, qu'en raison de l'intensification de l'intégration économique mondiale, les bases fiscales deviennent de plus en plus mobiles. En outre, et en particulier eu égard au développement du secteur bancaire et financier, le type de réglementation prudentielle qui prévaut dans nombre de cadres de régulation de secteurs d'activité tend à limiter les contraintes pour les nouveaux entrants et à ainsi stimuler la concurrence privée. D'ailleurs, comme le note Cœuré (2007), « *on retrouve bien une concurrence réglementaire, composante importante de l'attractivité des places financières* ». Nous proposons ainsi de développer un jeu fiscal et institutionnel entre deux régions qui disposent d'appareils productifs comparables et vendent des biens ou services homogènes. En plus d'une concurrence privée entre les sites de production respectifs s'opère une concurrence publique des juridictions par le biais d'instruments fiscaux et institutionnels, le tout dans un cadre de concurrence spatiale à la *Hotelling* (1929)³⁸⁶. Nous considérons deux types d'asymétrie entre les deux régions en question, l'une en termes de taille de marché national, l'autre du point de vue de l'efficacité publique dans la fourniture de cadres institutionnels attrayants.

³⁸⁶ Remarquons que cette configuration théorique n'est pas étrangère à l'une des approches de la concurrence institutionnelle décrite par Budzinski et Kerber (2005), à savoir la concurrence par le commerce international fondée sur la mobilité des biens et des services. Le modèle proposé ultérieurement rappellera toutefois aussi une seconde configuration qui est celle de la concurrence institutionnelle interjuridictionnelle, avec pour spécificité que la base fiscale ne relèvera pas d'investissements mobiles internationalement en quête de rendements maximaux, mais de consommateurs à la recherche d'un « package fiscal de consommation » qui corresponde au mieux à leurs préférences.

Quels ingrédients proposer en vue d'un modèle de shopping institutionnel ? Afin d'élaborer un possible modèle de concurrence institutionnelle, nous utilisons des concepts et des ingrédients que nous présentons selon quatre directions. La première permettra d'identifier et de justifier les deux types d'asymétrie entre les juridictions. La deuxième consistera à rendre pertinente l'analyse concurrentielle en terme spatial. Quant à la troisième, elle lancera la réflexion sur la possible relation entre les deux types d'asymétrie évoqués précédemment, avant d'exposer, selon la quatrième direction, la notion de rente institutionnelle.

L'analyse économique a fait de la concurrence entre juridictions une thématique de recherche très explorée, particulièrement sous l'angle de la concurrence fiscale. L'une des pistes explorées consiste à modéliser une concurrence entre des juridictions asymétriques, par exemple en termes de populations et de dotations factorielles (Hwang et Choe, 1995) ou en termes de dettes (Krogstrup, 2002). Ainsi, prendre en compte des caractéristiques de différenciation entre pays n'est pas nouveau en soi du point de vue de l'analyse de la concurrence interjuridictionnelle. Et pour cause, si la question de l'attractivité est un enjeu fort pour des juridictions concurrentes et comparables, elle l'est encore plus lorsque les pressions concurrentielles s'exercent de façon différenciée sur les collectivités, du fait de leurs caractéristiques intrinsèques (Mintz et Tulkens, 1986 ; Raspiller, 2005).

Pourquoi s'intéresser spécifiquement à la taille ? La littérature portant sur la concurrence fiscale donne des premiers éléments de justification. Dans le modèle de base, les hypothèses sont naturellement simples et restrictives. Entre autres, sont supposés interagir une multitude de pays qui, individuellement, sont incapables d'influer sur le rendement du capital mobile. On peut relâcher l'hypothèse d'atomicité en considérant un nombre fini de juridictions, dont l'une est plus grande que les autres et peut par conséquent adopter un comportement stratégique (Krogstrup, 2002). De plus, la prise en compte d'asymétries de taille est devenu un réflexe dans les années 1990 afin de gagner en réalisme dans l'étude des processus concurrentiels entre pays (Bucovetsky, 1991). Cela a d'ailleurs contribué à l'essor des modèles de concurrence spatiale³⁸⁷ (Kanbur et Keen, 1993). En l'espèce, l'un des résultats remarquables de cette prise en considération de la taille est que les pays de petite taille fixent des niveaux de fiscalité plus faibles sur les bases mobiles en raison d'une élasticité du capital plus forte que leurs grands concurrents. D'autres courants justifient l'intérêt porté sur l'analyse de la taille, comme la nouvelle économie politique (Drazen, 2001). Selon Pouget

³⁸⁷ La prise en considération de la taille des pays est un élément structurel des modèles de concurrence spatiale.

(2004), l'économie politique de la taille des nations³⁸⁸, qui vise à comprendre la gestion de l'hétérogénéité des préférences publiques, et par conséquent les modes de production publique, définit des concepts et un cadre particulièrement pertinent s'agissant de l'analyse des phénomènes de concurrence entre nations³⁸⁹. Ce courant justifie l'intérêt porté sur la caractéristique « taille » d'une région, en particulier en vue de déterminer des efforts de production publique institutionnelle. De plus, malgré des développements plutôt théoriques et surtout complexes, la nouvelle économie géographique apporte nombre d'éléments explicatifs des phénomènes observés empiriquement de concentration des activités et des bases fiscales, en décrivant les effets d'agglomération à l'œuvre, notamment au sein de l'espace européen (Baldwin et Krugman, 2000 ; Andersson et Forslid, 2003). Les études qui testent les prédictions théoriques tendent à prouver, outre les logiques « *de processus cumulatif de polarisation des activités* », l'importance des effets de taille de marché (Cœuré et Rabaud, 2003). D'après Lipsey (2000) par exemple, la taille du marché d'un pays d'accueil peut constituer un facteur explicatif crucial du choix d'implantation de filiales étrangères de certaines firmes multinationales (voir aussi Crozet et al., 2003). Analyser le rôle de la taille d'un pays lorsqu'il est en interactions stratégiques avec ses concurrents apparaît donc pertinent, en particulier dans le cadre d'un modèle de concurrence institutionnelle où ladite taille devrait avoir un impact sur les solutions d'équilibre et donc les modalités du jeu concurrentiel. Pour Deffains et Pieretti (2006), la taille est supposée avoir une influence sur l'enjeu pour un pays de garantir une attraction suffisante des bases fiscales et, partant, son développement économique : « *pour tous les territoires (...), le renforcement de l'attrait de ressources mobiles (...) est devenu un impératif de politique économique (...). Pour les petites économies très intégrées dans l'espace européen (...), ce phénomène n'est pas entièrement nouveau. Ces économies ont toujours dû attirer des ressources extérieures pour assurer leur développement. Dans la concurrence que se livrent les sites, les petits Etats sont portés à utiliser des instruments réglementaires favorables aux bases mobiles afin de compenser le champ étroit de leur marché domestique* ». On mesure par ces mots l'enjeu et l'intérêt d'une étude approfondie de la taille des pays, à travers des jeux de concurrence publique, en tant qu'elle peut, selon les cas, constituer un handicap, notamment en termes de puissance et d'efficacité du marché local. Nous montrerons par ailleurs que cette même taille peut, dans

³⁸⁸ Il convient de citer les travaux de référence d'Alesina et Spolaore (2003), inspirés de ceux de Casella et Feinstein (1990) et de Bolton et al. (1996).

³⁸⁹ Cette littérature montre l'impact de la taille dans la production de biens publics, mais aussi du point de vue de l'organisation optimale des juridictions et des modes efficaces de gouvernance, y compris dans les organisations fédérales (voir notamment le concept d'*union politique internationale*), de même que ses implications eu égard au processus national de démocratisation (cf. Pouget, 2004).

d'autres cas et selon les hypothèses, constituer un avantage dans la lutte concurrentielle mondiale que se livrent les nations (cf. analyse ultérieure).

Pourquoi s'intéresser à l'efficacité publique ? Les modèles développés dans les chapitres suivants prennent en compte deux types d'asymétrie, à savoir en termes de taille juridictionnelle et en termes d'efficacité publique. Par efficacité publique, on entend l'efficacité des pouvoirs publics en matière d'offre d'avantages institutionnels et réglementaires. Intuitivement, et au sens économique, il est aisé de supposer que la production publique, a fortiori de nature institutionnelle, dépend, outre de l'effort public « en volume » consenti par la nation, d'un certain degré d'efficacité de l'appareil administratif dans la mise en œuvre de l'action publique. Maintes études portant sur l'efficacité des dépenses publiques suggèrent que le niveau de dépenses consacrées à un effort public ne suffit pas, mais doit aller de pair avec une efficacité avérée de ces dépenses (Landau, 1983 ; Aschauer, 1989 ; Barro, 1990). Mais l'efficacité publique est une notion, et même un facteur économique, qui apparaît dans les grandes études internationales de compétitivité. Ainsi, l'*Institute for Management Development* (IMD) identifie quatre facteurs essentiels de la compétitivité des pays, parmi lesquels l'efficacité des pouvoirs publics. Selon la Chambre de Commerce de Luxembourg, celle-ci « est examinée par les finances publiques (*budget de l'administration centrale, dette publique domestique et étrangère, charge fiscale de la dette, réserves, dépenses publiques totales,...*), la politique fiscale (*recettes fiscales, taux d'imposition des personnes physiques, taux de cotisations de sécurité sociale, taux d'imposition des collectivités,...*), le cadre institutionnel (*Banque Centrale, efficacité de l'Etat, justice et sécurité intérieure, transparence, bureaucratie,...*), la législation commerciale (*accès à l'activité commerciale, protectionnisme, droit de la concurrence, droit du travail, réglementation des marchés de capitaux,...*) et l'éducation (*dépenses publiques en matière d'éducation, rapport étudiants/enseignants, éducation secondaire et supérieure, ingénieurs qualifiés, transfert de connaissances,...*) ». Les analyses de l'efficacité publique se sont multipliées depuis les années 1990, preuve d'un intérêt grandissant, mais surtout d'une prise de conscience collective, notamment de la part des pouvoirs publics, et ceci à travers tous les continents. C'est dans ce cadre que les Etats procèdent à leur modernisation, souvent par la réforme de leur procédure budgétaire : « depuis les années quatre-vingt-dix, bon nombre de pays européens se sont engagés dans des réformes de modernisation de la gestion publique. A l'origine de ces démarches, on retrouve trois principales raisons : les contraintes budgétaires, le souci d'une utilisation plus efficace de l'argent public, ainsi que l'impératif de transparence de l'action administrative, élément essentiel non seulement à la discipline

budgétaire, mais aussi à l'acceptation publique, élément essentiel de tout processus de réforme »³⁹⁰. Dans le cas par exemple de la Loi organique des Lois de Finances (LOLF), les pouvoirs publics ont définis des objectifs stratégiques qui « *n'ont pas pour but de réduire l'action publique à la seule dimension « coût-efficacité », mais visent à traduire, de manière équilibrée, trois dimensions de la performance : les objectifs d'efficacité socio-économique (...), les objectifs de qualité de service intéressant à l'utilisateur (...), les objectifs d'efficience de la gestion intéressant le contribuable* ». La notion d'efficacité publique semble donc multiple. Du reste, elle comporte un ensemble d'éléments matériels et immatériels qui tiennent au fonctionnement de l'appareil administratif, comme le rapport précité le confirme : « *il est important de distinguer la mesure de l'efficacité des politiques publiques et celle de l'efficience des organismes qui concourent à ces politiques* ». Considérer qu'un pays est plus efficace qu'un autre dans ses efforts publics paraît acceptable, mais il conviendra à travers la modélisation de montrer comment cette asymétrie d'efficacité se traduit en termes d'équilibre stratégique. En outre, tenir compte des deux types d'asymétrie annoncés, c'est aussi supposer que taille et efficacité publique ne sont pas indépendantes. Il s'agira, le cas échéant, d'étudier la façon dont ces deux caractéristiques intrinsèques peuvent s'articuler.

Le modèle proposé renvoie à la concurrence spatiale et, à ce titre, impose de clarifier certains ingrédients. L'intérêt de la prise en compte de la taille du pays étant justifié, il importe de définir cette taille. La littérature retient deux manières de le faire, à savoir soit par le niveau de population, soit par l'étendue géographique du territoire. Dans la suite de notre contribution, nous n'excluons aucune de ces manières. Certes, la taille de marché renverra au nombre de consommateurs, et donc à la population, mais la définition spatiale des marchés intérieur et extérieur ne sera pas étrangère à la définition géographique du marché international.

La modélisation spatiale pousse à distinguer deux pays (en concurrence) qui sont différenciés par l'existence d'une frontière. Or, la littérature identifie précisément un « effet frontière » ou « border effect ». Ainsi, l'accroissement de la mobilité des bases fiscales du fait de l'intégration croissante des économies n'a pas eu complètement raison de l'existence des frontières, notamment nationales (cf. Alesina, 2003). Le « border effect » se justifie en général par « *des motifs de confiance liés à des problèmes informationnels et d'incertitude qui exigent une certaine proximité* » entre les consommateurs et leur lieu d'approvisionnement

³⁹⁰ Rapport de la Commission luxembourgeoise des Finances et du Budget, Projet de loi concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2006 (décembre 2005).

(Pieretti et al., 2007). Comme le précisent Jeger et al. (1992), c'est particulièrement vrai en matière de services financiers, puisque « *contrairement aux biens physiques, les services financiers ne peuvent être stockés. Par conséquent, dans la plupart des cas, des relations permanentes existent entre les fournisseurs (la banque) et le consommateur (le client). Comme très souvent, une incertitude considérable et des problèmes d'informations règnent au sein du secteur, le lien entre les deux parties se doit d'être suffisamment étroit* ».

Dans la mesure où « l'effet frontière » traduit la préférence du consommateur pour la proximité, l'économiste fait supporter au client un coût dès que ce dernier s'approvisionne auprès d'une firme étrangère située précisément dans un autre pays. Outre les frais de déplacement, ce coût de mobilité peut comprendre le coût d'opportunité du temps de déplacement, les coûts de recherche des possibilités d'achats à l'étranger ou le coût psychologique de devoir quitter un service de proximité au profit d'un prestataire situé dans une autre juridiction et donc plus éloigné³⁹¹. Nous supposons que ce coût décroît lorsque le degré d'intégration de la zone commerciale augmente. Mais il convient de remarquer que l'existence du « border effect » et des coûts de mobilité donne à la taille restreinte du marché local une dimension de handicap car, de fait, le petit pays doit « partir à la conquête » de la clientèle internationale, la sienne ne suffisant pas à garantir son développement. De ce point de vue, une stratégie pertinente d'attractivité peut consister à offrir un cadre institutionnel attrayant, capable notamment d'atténuer « l'effet frontière » et les scrupules des consommateurs étrangers à délocaliser leurs achats.

Comme suggéré précédemment, après avoir montré l'intérêt pour l'analyse de la concurrence entre juridictions de tenir compte d'asymétries de taille et d'efficacité publique, il convient d'expliquer comment ces deux dimensions peuvent s'articuler. Différents courants de la littérature économique se sont intéressés à la question et semblent plaider en faveur d'une relation positive entre la petite taille d'un pays et l'efficacité de ses pouvoirs publics (cf. l'économie du fédéralisme, l'économie des institutions ou l'économie du développement). Plusieurs arguments apparaissent pertinents. En premier lieu, la petite taille d'une nation serait gage de plus grande cohésion sociale : du fait d'une hétérogénéité limitée des préférences individuelles, les coûts de négociation et de coercition seraient plus faibles que dans un grand pays et le consensus serait plus facile et plus rapidement atteint. Des travaux plus récents portant sur la taille et l'intégration économique semblent confirmer cette idée. La

³⁹¹ Ce coût est défini par Combes et al. (2005) sous le terme de « coût de transfert ».

petite taille favoriserait la recherche de dispositifs consensuels et rendrait le pays plus réactif et plus adaptables aux changements institutionnels internationaux (Alesina et *al.*, 2004 ; Deffains et Pieretti, 2006), ce qui lui conférerait un grand avantage comparatif du point de vue de l'attraction des multinationales (Kuznets, 1960). Cette idée de consensus apparaît encore chez Katzenstein (1985), notamment entre les corporations et les pouvoirs publics. Pour Streeten (1993), la petite taille est un élément qui limite de fait les problèmes d'action collective dans la mesure où les phénomènes de « passager clandestin » sont plus visibles et donc plus détectables et que les coûts de transaction sont réduits en raison de circuits publics et décisionnaires plus courts.

D'autres études semblent montrer que la petite taille d'un pays va de pair avec un engagement comparativement plus fort des pouvoirs publics dans le soutien et le développement de certains secteurs économiques moteurs du pays en question. Car les observations empiriques montrent la tendance des petites économies à non seulement être plus ouvertes du point de vue commercial, mais aussi à montrer un appareil productif moins diversifié que celui des grandes économies, voire parfois quasiment monolithique (exemple de certains petits Etats indépendants qui abritent des centres *offshore* comme les îles Caïmans ou Monaco). Le danger d'une telle structure économique en termes de chocs sectoriels inciterait les gouvernements à accompagner et à encadrer les secteurs exposés afin de garantir un environnement institutionnel propice à son développement (Streeten, 1993 ; Rodrick, 1998). Certains exemples semblent corroborer cet argument, au point que l'on peut parler, notamment en matière d'activités bancaires et financières, de spécialisation des pouvoirs publics concomitante à la spécialisation privée de l'appareil de production nationale : dans le cas du Luxembourg par exemple, les pouvoirs publics semblent avoir adopté une politique réglementaire de niches en s'étant spécialisés dans la transposition des directives européennes portant sur le développement des activités financières. La capacité d'adapter son cadre juridique et réglementaire national plus rapidement et plus qualitativement que ses partenaires européens semble traduire une spécialisation du gouvernement du Grand-Duché et, de fait, une complémentarité entre les secteurs privé et public. L'importance du secteur financier luxembourgeois pousserait les pouvoirs publics à demeurer compétents afin de poursuivre l'accompagnement du développement de la place bancaire luxembourgeoise et d'en être pleinement acteurs. Un dernier type d'arguments repose sur les études économétriques qui confirment que les petits Etats font montre de performances plus favorables que celles de leurs grands voisins, que ce soit en termes de croissance économique (Armstrong et Read, 1995) ou de productivité (Easterly et Kray, 2000). Alors que leur taille restreinte constitue un

handicap, que ce soit au niveau des faibles débouchés pour la production locale ou du point de vue du manque de ressources matérielles ou humaines, les petits Etats développeraient des qualités d'ordre institutionnel et réglementaire au point de compenser les inconvénients précédemment décrits (Rose, 2005).

Un dernier ingrédient semble nécessaire à la présentation des réflexions théoriques à venir : la « rente institutionnelle ». Quel que soit le cadre concurrentiel considéré (concurrence fiscale, concurrence spatiale, *Standortwettbewerb*, concurrence institutionnelle), les agents sont amenés à tenter de se mettre à l'abri des forces concurrentielles à l'œuvre et de s'en prémunir le plus possible. L'analyse économique définit une rente comme un bénéfice supplémentaire qu'un agent économique peut obtenir par rapport à ses concurrents, soit parce que, à gains équivalents, il parvient à supporter moins de coûts, soit parce qu'il est en mesure d'avoir des gains supérieurs à ceux de ses concurrents pour des coûts comparables (il peut aussi s'agir d'une combinaison de ces deux cas de figure). Une rente est en cela « *un profit lié à un avantage non reproductible qui persiste à l'équilibre concurrentiel* » (Pieretti et al., 2007). Dans le cas où ce profit est spécifique à une juridiction, alors il constitue un « surplus de base fiscale » qui, à ce titre, peut subir une taxation sans que n'en découle un mouvement de délocalisation. Dit autrement, la base fiscale est moins sensible à un accroissement de la pression fiscale s'il apparaît une telle rente. Dans tous les cas, la rente se traduit alors par un surplus fiscal. La littérature invoque plusieurs raisons à l'avènement d'un tel « *avantage non reproductible* » : la rente peut équivaleoir à un avantage monopolistique d'un secteur d'activité (voir analyse microéconomique des monopoles) ou découler d'effets d'agglomération (Fujita et Thisse, 1997) ; elle peut aussi être liée à un avantage construit par les pouvoirs publics du fait de leur pouvoir institutionnel souverain. C'est du point de vue de cette troisième origine possible que nous nous plaçons : les pays, du fait de leur pouvoir de souveraineté, sont capables de produire des efforts publics en termes d'élaboration de cadres institutionnels et réglementaires, d'aménagements matériels et légaux qui, le cas échéant, font apparaître des rentes fiscales et institutionnelles³⁹². Ainsi, loin de générer une « *race to the bottom* » de façon théorique et automatique, une situation de forte concurrence entre des juridictions qui s'efforcent de capter des bases fiscales très mobiles peut au contraire déboucher sur un « mieux-disant institutionnel » (cf. Haufler et Wooton, 1999 ; Baldwin et Krugman, 2004).

³⁹² Ce raisonnement explique que le pouvoir de souveraineté d'un pays peut se traduire par l'apparition d'une rente de souveraineté. Autrement dit, à partir du moment où des pays bénéficient de marges de manœuvre institutionnelles de type réglementaire, c'est-à-dire précisément d'un certain degré de pouvoir souverain, ils sont susceptibles d'en profiter pour entreprendre de créer ce type de rente. L'apparition de rentes de souveraineté dépend donc directement de l'existence de telles marges de liberté des Etats.

Selon Pieretti et al. (2007), « *la raison fondamentale est que les incitants fiscaux ne peuvent se concevoir indépendamment de caractéristiques exogènes et/ou endogènes qui sont propres aux sites d'implantations et dont la spécificité est génératrice de rentes de localisation. Ces avantages localisés sont à leur tour sources de rentes fiscales, ce qui confère à l'imposition un caractère partiellement endogène* ».

Nombre d'études montrent que la concentration élevée des activités productives est un facteur de fixation de bases mobiles, et donc d'apparition d'une rente de localisation ou d'agglomération. Ces études mettent l'accent sur des différentiels d'imposition importants entre des régions dites « de cœur », où la densité du tissu productif est forte, et des régions nommées « périphériques », où l'activité économique est plus dispersée. L'espace européen est de ce point de vue un excellent terrain d'observations empiriques (voir Baldwin et Krugman, 2004). De même, alors que les taux d'imposition pratiqués dans les petits Etats sont théoriquement plus faibles que ceux des grands pays en raison d'une élasticité plus forte des bases fiscales liée précisément à leur petite taille (cf. Bucovetsky, 1991 ; Kanbur et Keen, 1993), la réalité semble prouver que certains pays de petite taille sont capables de davantage taxer leur base fiscale que leurs grands concurrents, sans pour autant souffrir de délocalisation. Ce phénomène traduit l'effet d'une rente fiscale que les petits Etats créent par des aménagements institutionnels nationaux, la rente représentant alors, selon Reinesch (1989), le revenu d'un capital public constitué par la souveraineté.

Section 2 - Analyse concurrentielle de double niveau institutionnel

Cette seconde partie est prétexte à développer un autre type de raisonnement théorique sur la nature institutionnelle que revêt la concurrence entre juridictions, ceci dans le cadre spécifique de l'intégration juridique européenne, laquelle a des répercussions en termes d'attractivité des Etats membres de l'UE. Les concepts et les ingrédients présentés précédemment demeurent les mêmes, mais ils sont complétés, voire amendés, dans un souci de réalisme juridique.

L'intégration juridique au niveau européen montre l'existence d'un jeu de double concurrence au moins. L'existence de marges de manœuvre juridiques et institutionnelles dans les rouages de la structure institutionnelle communautaire rendent opérantes diverses forces de concurrence, en particulier dans les moindres espaces processuels de l'architecture

européenne³⁹³ (incomplétude du droit, modalités de fonctionnement des instruments juridiques, ...). Nous proposons par conséquent une analyse du processus d'élaboration du droit communautaire en privilégiant une logique de concurrence institutionnelle. Toutefois, nous précisons le processus de changement institutionnel en approfondissant la réflexion sur les ressorts de ladite concurrence, au point d'identifier deux étapes concurrentielles qui caractérisent un jeu spécifiquement communautaire de double concurrence institutionnelle.

Nous identifions la première comme une phase de « *concurrence législative* », au cours de laquelle s'opère la négociation du droit communautaire³⁹⁴. En matière de droit dérivé³⁹⁵, chaque projet législatif fait l'objet de discussions de la part des Etats membres et de leurs organes institutionnels. Concrètement, les pays négocient le droit « utile » sur la base de l'existence de leur propre droit interne (droit national), ceci en vue d'aboutir à la détermination d'une règle commune qui, au terme du processus d'intégration, leur sera la plus favorable. Par favorable, nous entendons la plus susceptible de faire conserver au territoire national une capacité d'attrait des ressources mobiles (IDE, firmes, consommateurs). En l'espèce, la norme est facteur d'attractivité. La seconde étape consiste en un jeu de « *concurrence réglementaire* » où l'objectif pour les pays est d'intégrer le droit communautaire à leur droit interne, c'est-à-dire d'adapter leurs propres dispositions nationales aux dispositions européennes. L'enjeu au cours de cette phase est double puisqu'il s'agit pour les Etats membres de transposer le cadre communautaire dans leur propre ordre juridique interne dans des délais acceptables, mais aussi et surtout de le faire de façon cohérente (Zolynski, 2007). Nous supposons donc que l'adaptation que revêt la mise en conformité du cadre national avec le cadre communautaire se traduira par un effort d'adaptation qui prendra concrètement la forme d'un effort budgétaire, c'est-à-dire d'un coût du point de vue de l'analyse économique. Ce coût sera supposé être fonction de la distance entre la norme communautaire et la norme nationale *ex ante*, en l'occurrence la distance réglementaire que l'Etat membre parcourra pour adapter son droit interne³⁹⁶, mais aussi de qualités intrinsèques dont les pays disposent en vue d'atteindre les résultats escomptés. Comme l'intégration européenne est régie par des délais (de transposition dans le cas des directives), on peut tout à fait imaginer que la vitesse d'intégration soit une donnée importante du point de vue du jeu

³⁹³ Voir chapitre 4 : « *Les marges de manœuvre institutionnelles dans l'UE* ».

³⁹⁴ Voir chapitre 1 : « *Droit communautaire et intégration juridique : définitions et ingrédients préalables* ».

³⁹⁵ Nous nous plaçons du point de vue « classique » de création des règles au niveau communautaire, règles qui seront adaptées ensuite aux niveaux nationaux. Nous excluons de fait le droit primaire issu des traités.

³⁹⁶ Il s'agit d'un mode de représentation pour « visualiser » l'écart qui existe entre un cadre juridique et un autre et qui traduit donc l'effort institutionnel requis pour l'adaptation d'un droit national vis-à-vis du droit communautaire. En termes juridiques, cette distance est nommée « *nouveauté* » (Zolynski, 2007).

concurrentiel. Mais dans la mesure où l'autre aspect crucial de l'intégration relève de la cohérence, on peut formuler l'hypothèse que sera tout aussi important le pouvoir de technicité juridique des différents pays. La concurrence institutionnelle décrite ci-dessus suggère des concepts et ingrédients très proches de ceux de la précédente analyse concurrentielle. Il convient d'explicitier ces éléments.

Les ingrédients précités suffisent-ils à élaborer un modèle de concurrence juridique ? Dans le cadre spécifique de l'intégration juridique européenne, une analyse concurrentielle du droit communautaire peut s'avérer riche d'enseignements. Rappelons que certains courants de la littérature, comme l'économie du droit, l'économie des institutions ou des choix publics, montrent à quel point les règles et les cadres normatifs ont une incidence sur les comportements des agents et sur l'efficacité des systèmes économiques locaux. Ils justifient ainsi, et au moins en partie, l'étude des phénomènes d'intégration juridique. Les quelques travaux d'analyse économique de l'intégration juridique européenne reposent sur des éléments basiques du droit communautaire : il est coutume de considérer de façon sommaire que le processus d'harmonisation³⁹⁷ consiste en la fixation, de la part des pouvoirs publics européens, d'une norme³⁹⁸ à laquelle les Etats membres doivent le cas échéant s'adapter (Zolynski, 2007). De ce processus découle assez naturellement la question vaste, et évoquée précédemment, de l'adaptation des cadres légaux nationaux aux normes internationales.

Les intuitions économiques les plus récentes sur l'adaptation des règles proviennent, entre autres, de Deffains et Pieretti (2006), pour qui une façon pertinente d'appréhender la qualité des dispositions juridiques et des institutions des juridictions consiste à analyser le pouvoir d'attractivité économique que les premières confèrent aux secondes. De « bonnes » règles et des institutions « de qualité » permettraient en effet une adaptation adéquate du cadre juridique et réglementaire local dans un environnement mondial fluctuant. De ce point de vue, il est probable que les caractéristiques des juridictions (leurs propriétés intrinsèques) ne soient pas sans effet sur leurs capacités à produire ce type de cadres attractifs. Les auteurs précédemment cités s'interrogent par exemple « *sur le fait de savoir si la taille de l'économie est un atout dans la recherche d'institutions facilement adaptables* ». Ils répondent intuitivement³⁹⁹ que la petite taille constitue plutôt un atout dans la recherche de dispositifs

³⁹⁷ On considèrera la stratégie d'intégration comme s'apparentant le plus souvent à de l'harmonisation juridique par transposition des normes communautaires (cf. chapitres 3 et 4).

³⁹⁸ Dans un souci de simplification, mais conscients des nuances juridiques entre tous ces instruments juridiques, nous parlerons indifféremment de normes, règles, dispositions ou cadres normatifs.

³⁹⁹ Voir Kuznets (1960), Katzenstein (1985) et Streeten (1993).

consensuels, tandis que les grands pays verraient un plus grand étalement des préférences de leurs citoyens, ce qui rendrait plus difficile l'évolution de leur propre système institutionnel.

Ce type d'analyse économique montre toutefois des carences. L'une d'elle consiste en effet à supposer que l'appareil législatif européen fonctionne comme une boîte noire de laquelle émerge la norme communautaire, alors que la réalité juridique est plus complexe, faite de jeux concurrentiels internes à l'appareil institutionnel communautaire. Une autre carence réside dans le fait que l'enjeu pour les pays qui doivent adapter leur cadre normatif au cadre communautaire ne relève pas seulement de la recherche de dispositifs consensuels, mais aussi de la nécessité de produire des dispositifs hautement matures, caractérisés par un haut degré de technicité juridique qui les rend aptes à répondre à la complexité de l'environnement juridique, ce qui est particulièrement le cas au niveau communautaire. Quid des ingrédients pour cette double concurrence institutionnelle ? Tout comme dans la présentation de l'analyse concurrentielle, nous proposons de justifier le choix desdits ingrédients dans le cadre de l'intégration juridique européenne, avant de montrer la façon dont ils s'articulent les uns par rapport aux autres et en quoi ils permettent d'aller plus loin dans la réflexion engagée dans l'analyse précédente.

A travers la description synthétique du processus d'élaboration du cadre communautaire sont apparus différents ingrédients qui peuvent, chacun pris isolément, faire l'objet d'une analyse économique. Il s'agit de la taille des juridictions, de leur pouvoir de négociation, de leur efficacité publique, mais aussi de leur capacité à adapter leur cadre institutionnel aux changements légaux internationaux et de leur degré de technicité institutionnel. Remarquons pour commencer que la seconde proposition de mouture théorique ne s'inscrit pas dans la logique des modèles de concurrence spatiale puisque n'apparaissent pas les ingrédients liés à la définition de la mobilité des bases fiscales (effet frontière, coût de mobilité). En revanche, deux types d'éléments font leur apparition, à savoir d'une part le pouvoir de négociation, et d'autre part l'adaptabilité et la technicité.

Qu'en est-il de la taille ? Cette caractéristique, objet d'une attention particulière depuis le début de notre réflexion, va précisément s'articuler avec de nouveaux ingrédients. En effet, par « taille », il s'agira de considérer la taille de la population juridictionnelle, qui aura un impact sur le pouvoir de négociation dont jouissent les juridictions au moment de la détermination collégiale des normes communautaires. De ce point de vue, on peut a priori supposer qu'un pays de petite taille « pèse moins » dans la négociation qu'un homologue de

grande dimension. Le résultat au terme de la négociation lui sera donc a priori plutôt défavorable. Il peut en effet se traduire par une distance très grande entre la norme communautaire à laquelle il faudra s'adapter⁴⁰⁰ et sa propre norme nationale en vigueur. La taille apparaît par conséquent comme un handicap. Le fonctionnement institutionnel de l'UE ne remet pas forcément en cause cette idée. Que les Etats membres ne disposent pas tous du même pouvoir de négociation n'est pas en soi un élément original : Malte pèse moins que l'Allemagne dans les réunions du Conseil, comme les six députés européens luxembourgeois ne se font pas forcément beaucoup entendre au milieu des 779 autres membres du Parlement européen. Néanmoins, cet argument de la petite taille comme handicap du point de vue du pouvoir de négociation doit être nuancé car il existe des mécanismes institutionnels qui tendent à équilibrer les poids des pays, afin d'éviter l'hégémonie totale des grands. Ainsi, le droit de veto et la possibilité des majorités qualifiées sont des éléments qui vont dans ce sens, de même que des mécanismes de coalitions⁴⁰¹ favorisent « l'audibilité » des petits Etats membres. Un autre argument atténue l'inconvénient prétendu de la taille. C'est celui de la structure institutionnelle et du crédit des acteurs nationaux. L'exemple luxembourgeois paraît pertinent à cet égard : Jean-Claude Juncker, Premier Ministre du Grand-Duché, est l'une des personnalités les plus écoutées au sein de l'UE, au point de remplir, entre autres, la fonction de Président de l'Eurogroupe⁴⁰², ce qui laisse peu de doutes sur la réelle influence du Luxembourg au sein des instances européennes, et ce en dépit de la taille très restreinte de sa population au regard de la démographie européenne. Enfin, des pays de petite taille ont beau paraître a priori en recul au sein de certaines organisations internationales, ils ne le sont pas forcément dans d'autres. En admettant par exemple que la voix du Luxembourg demeure très relative dans le cadre communautaire, les faits montrent qu'au contraire, au sein du Conseil de l'Europe, elle est à la fois très écoutée et très entendue⁴⁰³.

Quid de l'efficacité publique ? Comme évoqué dans la première analyse concurrentielle, toute production publique d'ordre institutionnel est fonction d'un effort mesuré en volume, mais aussi d'une efficacité avec laquelle l'effort public est réalisé. Cette dernière, plus encore en matière législative et réglementaire, est fondée sur un ensemble

⁴⁰⁰ Obligation découlant du droit des traités.

⁴⁰¹ Ces mécanismes permettent aux petits Etats membres de se faire entendre, soit en trouvant des problématiques communes à celles d'autres Etats membres qui autorisent la formation de coalitions, soit en invoquant directement « le problème des petits pays membres » (sorte de processus de culpabilisation des grands Etats), soit en s'appuyant sur des grands lobbies : ces éléments nous sont connus au terme d'échanges avec des praticiens du droit communautaire, notamment au sein de ministères.

⁴⁰² Les bruits courent par ailleurs sur sa possible nomination, le cas échéant, au poste de premier président de l'Union européenne (cela suppose au préalable la ratification du Traité de Lisbonne par l'ensemble des Etats membres).

⁴⁰³ Selon les quelques témoignages que nous avons recoltés auprès de hauts fonctionnaires nationaux.

d'éléments matériels et immatériels qui ont trait au fonctionnement de l'appareil administratif de la juridiction. Nous nous référons aux derniers travaux de Nabli (2007) pour expliciter ce type d'efficacité. Sans entrer dans des définitions détaillées, disons que tout appareil institutionnel administratif national regroupe un ensemble d'organismes publics et d'organes normatifs qui, en l'espèce, sont chargés de formuler et d'exécuter le droit communautaire. L'exemple français permet de décrire les composantes de cette efficacité : non seulement celle-ci revêt une dimension liée à l'action même des services ministériels (administration gouvernementale), mais aussi et surtout des dimensions de compétences techniques de nature juridique, compétences qui s'expriment dans les phases préparatoires d'élaboration des textes communautaires et nationaux, et plus encore lors de « *l'adaptation laborieuse des services ministériels* ». L'efficacité des pouvoirs publics dans la production institutionnelle, en particulier dans le contexte d'intégration communautaire, comporte en outre tout un aspect de coordination du travail des organes administratifs. Par ailleurs, elle est un facteur juridique et économique qu'il est possible de mesurer : « *l'efficacité de la mobilisation politique du gouvernement se mesure à l'aune de l'amélioration effective du taux de transposition des directives en France. L'enjeu n'est pas d'ordre strictement juridique. Outre les obligations communautaires, des engagements politiques ont été pris par l'Etat membre par la voix du Président de la République au sein du Conseil européen (...). L'efficacité (...) s'est d'abord ressentie à l'occasion de la Présidence française de l'Union européenne, lors du second semestre de l'année 2000. Le stock global de directives en retard de transposition a diminué de moitié entre le 1^{er} octobre 2002 et le 15 mars 2003* » (Nabli, 2007). L'analyse de Zolynski (2007) donne une vision claire des enjeux inhérents à la production du cadre communautaire : une fois les normes fixées au niveau supranational, les juridictions nationales doivent adapter leur droit interne selon les deux exigences que sont le respect des délais de mise en conformité (délais de transposition) et l'intégration cohérente du droit communautaire dans le droit national. Ces deux exigences définissent peut-être le mieux ce que revêt la notion d'efficacité publique dans le présent contexte. Il s'agit en effet pour les Etats membres, au moyen de leur appareil administratif, à la fois d'adapter dans les délais leur cadre institutionnel suite aux changements d'environnement international (communautaire)⁴⁰⁴ et de garantir que l'adaptation est réalisée de manière « satisfaisante » au regard du droit dérivé, ce qui requiert de la part des pays une certaine capacité technique d'assurer une production institutionnelle de qualité, notamment en termes de savoirs-faire juridiques et réglementaires.

⁴⁰⁴ Pour une analyse économique des délais de mise en conformité du droit national au droit communautaire, voir Obidzinski (2006).

Reste à décrire de quelle manière la taille d'un Etat membre influence les deux dimensions identifiées que sont la vitesse et la propriété d'adaptabilité de l'appareil institutionnel d'un côté et le degré de maturité et de technicité juridique et administrative de l'autre⁴⁰⁵. Nombre d'éléments objectifs semblent confirmer les premières intuitions. En s'appuyant sur la littérature déjà évoquée précédemment, il est aisé de conclure que la petite taille en termes de population est plutôt de nature à permettre à l'appareil institutionnel de s'adapter aux changements imposés par l'environnement international. La recherche rapide de dispositifs consensuels, notamment grâce à des circuits de décision plus courts, donne à l'Etat un avantage comparatif du point de vue de sa réactivité (Katzenstein, 1985 ; Alesina et *al.*, 2004 ; Deffains et Pieretti, 2006). La vitesse est donc une fonction décroissante de la taille du pays. Cependant, ce que l'Etat membre gagne d'un côté, il semble le « payer » de l'autre, particulièrement par rapport à la seconde variable dite « de technicité juridique ». Comme le décrit Nabli (2007), « *l'exercice de la fonction de production du droit communautaire dérivé* » peut être exécuté, soit par « *un organe étatique simple* », soit par « *des organes normatifs simples et complexes* ». Dans les deux cas, le processus communautaire prend au niveau national des proportions considérables en termes de tâches juridiques et administratives à opérer. Autrement dit, l'appareil administratif national doit être en mesure d'assumer des opérations institutionnelles à la fois nombreuses et souvent complexes. Selon les pays, l'organisation de ce travail diffère. En France, par exemple, sont mises en place des cellules spécialisées au sein de chaque ministère, ainsi que des systèmes intra et interministériels de coordination du travail communautaire. Par ailleurs, l'un des enjeux majeurs de l'élaboration du cadre communautaire est au minimum de pouvoir garantir la représentation de l'Etat membre lors des négociations politiques et techniques des normes en préparation. Sans parler de la compétence des fonctionnaires qui représentent chaque pays, il importe de noter l'importance pour les Etats de disposer d'un ensemble d'outils d'information juridique et d'organes étatiques consultatifs primordiaux à la qualité du travail gouvernemental et parlementaire de la nation. Il paraît évident que plus un pays est petit, plus il lui est compliqué d'assumer sereinement les exigences techniques qu'impose la construction juridique communautaire. Le fait que certains petits Etats traitent des dossiers parfois complexes par l'intermédiaire d'un seul agent lorsque des grands pays mobilisent toute une équipe sur ces mêmes dossiers manifeste l'asymétrie qui peut exister en termes de savoir-faire et de technicité institutionnelle.

⁴⁰⁵ On pourra ultérieurement noter ces deux variables (*v*) et (*t*).

Comparée à l'analyse en termes de concurrence spatiale, l'analyse en termes de double concurrence institutionnelle offre trois avantages majeurs : d'abord, elle justifie de manière plus convaincante l'existence d'un facteur d'efficacité publique liée au fonctionnement de l'appareil administratif des juridictions, notamment dans l'exercice de production publique de cadres institutionnels nationaux ; elle permet ensuite « d'endogénéiser » une variable à l'origine complètement exogène, et ceci en définissant deux nouvelles variables que sont la vitesse et la propriété d'adaptabilité de l'appareil institutionnel d'un côté (noté v) et le degré de maturité et de technicité juridique et administrative de l'autre (noté t) ; enfin, elle est un moyen de préciser les relations entre taille et efficacité publique, en particulier en distinguant l'influence de la taille en termes de propriété d'adaptabilité de l'appareil institutionnel et les répercussions de la taille du point de vue de la maturité et de technicité juridique et administrative.

5. Conclusion

Cette contribution ouvre une réflexion sur la question de l'attractivité des espaces régionaux. Elle s'appuie sur la littérature économique, notamment l'économie des institutions, ainsi que sur les nombreuses études internationales de compétitivité et les travaux entrepris par certains Etats en vue d'accroître sensiblement l'attractivité de leur droit⁴⁰⁶, afin de définir les concepts et les notions nécessaires à la compréhension de ce que certains considèrent comme l'enjeu principal du développement économique des pays. Après avoir montré le caractère crucial de la prise en compte de la dimension institutionnelle dans l'analyse des politiques d'attractivité élaborées par les pouvoirs publics (surtout nationaux), le papier s'emploie à décrire les mécanismes concurrentiels d'ordre institutionnel qui sont propices au développement économique, notamment de certains secteurs, de même qu'il énonce les conditions d'une concurrence institutionnelle dynamique qui traduise la capacité des Etats à adapter leur cadre réglementaire dans un environnement institutionnel en perpétuel changement. La troisième partie de la contribution est dédiée quant à elle à une présentation synthétique de deux cadres théoriques susceptibles de rendre compte du comportement concurrentiel des Etats membres de l'UE, ces derniers cherchant à promouvoir l'attractivité de leur territoire et de leur cadre public dans le contexte de l'intégration juridique européenne.

⁴⁰⁶ Voir entre autres les travaux théoriques et parlementaires sur le développement de l'attractivité du marché financier et du droit français (documents parlementaires sur « la loi au service de l'attractivité du marché financier et du droit français » ; Canivet et *al.*, 2005).

Cette contribution ouvre donc des pistes qu'il conviendra d'explorer dans la suite de nos travaux. Nous proposerons en premier lieu d'enrichir l'approche de la concurrence entre juridictions en tenant compte de ses aspects fiscaux et institutionnels. Dans un modèle de concurrence spatiale entre deux régions, sera considérée une variable publique d'attractivité valorisant l'usage de biens et services offerts localement. Le modèle décrira une concurrence de nature privée et publique entre deux collectivités asymétriques en termes de tailles et d'efficacités publiques dans l'offre de cadres attractifs. L'idée sera de montrer que ces asymétries ne sont pas sans effet sur la nature des solutions d'équilibre et que la juridiction la plus petite est capable, sous certaines conditions, de pratiquer des prix et des taux d'impôt plus élevés que ceux de sa concurrente, et ceci d'autant plus si la base fiscale est mobile. Notre travail s'emploiera ensuite à proposer une analyse positive du processus d'élaboration des normes communautaires. Sur la base de schémas juridiques inhérents à l'architecture institutionnelle européenne, nous décrirons la réalité du processus d'harmonisation en identifiant les phénomènes de concurrence législative et réglementaire à l'œuvre dans la production du droit communautaire et nous en déduirons certains enjeux de fonctionnement efficace de l'appareil institutionnel européen et des appareils administratifs nationaux.

Chapitre 5

Concurrence spatiale entre juridictions asymétriques et stratégies d'attractivité commerciales des économies de petite taille

Cette contribution vise à enrichir l'approche de la concurrence entre juridictions en tenant compte de ses aspects fiscaux et institutionnels. A cet égard est considérée une variable publique d'attractivité qui valorise l'usage de biens et services offerts localement. Le modèle décrit une concurrence de nature privée et publique entre deux collectivités asymétriques en termes de tailles et d'efficacités publiques dans l'offre de cadres attractifs. On montre que ces asymétries ne sont pas sans effet sur la nature des solutions d'équilibre. Il apparaît en outre que la juridiction la plus petite est capable sous certaines conditions de pratiquer des prix et des taux d'impôt plus élevés que ceux de sa concurrente, d'autant plus si la base fiscale est mobile.

1. Introduction

L'intégration économique exerce de fortes pressions concurrentielles sur les juridictions⁴⁰⁷ en stimulant la mobilité de leurs bases fiscales (Dembour et Wauthy, 2004). Les autorités publiques locales, contraintes de se concurrencer, répondent à ces pressions en développant leur attractivité, notamment par la conduite de politiques fiscales (Pieretti, 1999). Le débat sur la concurrence entre régions s'est d'ailleurs beaucoup nourri des questions de concurrence fiscale⁴⁰⁸. Pour autant, cette dernière n'est qu'un aspect de ce que l'on pourrait appeler « la concurrence institutionnelle » entre collectivités. L'attractivité d'une région ne se réduit pas à sa seule dimension fiscale (Head et *al.*, 1999) et d'autres éléments, plus fondamentaux, comme la fourniture de cadres publics d'ordre matériel⁴⁰⁹ et institutionnel, doivent retenir l'attention. Voilà pourquoi nous proposons d'enrichir l'analyse du caractère attractif de sites productifs au sens générique (Standortwettbewerb⁴¹⁰), en considérant une concurrence entre juridictions, à la fois fondée sur les taux d'impôt et sur les niveaux d'offre de conditions attractives issus de dépenses gouvernementales. C'est en effet l'ensemble de ces dimensions qui rend l'environnement économique favorable au développement juridictionnel (Keen et Marchand, 1997 ; Dembour et Wauthy, 2004 ; Justman et *al.*, 2005).

Les politiques d'attractivité ont pour objet l'attraction des bases mobiles⁴¹¹. La présente contribution s'intéresse au cas où des collectivités tentent, par le biais de dépenses publiques, d'augmenter la valeur d'usage des biens et services offerts localement et d'attirer ainsi des consommateurs venant de collectivités étrangères. En l'espèce, ces dépenses et investissements en éléments matériels et immatériels valorisent l'environnement et donc l'attrait des économies locales, c'est-à-dire augmentent leur pouvoir attractif vis-à-vis de la clientèle locale ou étrangère⁴¹².

⁴⁰⁷ Le mot « juridiction » est à comprendre au sens anglophone du terme, c'est-à-dire une entité politique qui dispose de l'autonomie fiscale (Dembour et Wauthy, 2004). On utilisera aussi de façon indifférente les termes de « région », « collectivité », « pays » ou même « autorités publiques locales ».

⁴⁰⁸ Voir Oates (1972), Wilson (1986), Bucovetsky (1991), Wilson (1991), Sterdyniak et *al.* (1991), Sorensen (2000), Baldwin et Krugman (2001), Wilson et Wildasin (2004).

⁴⁰⁹ Taylor (1992) : les pouvoirs publics mettent en place des infrastructures, en particulier de transport, en vue d'attirer les ressources mobiles et d'initier ainsi la croissance.

⁴¹⁰ Cf. Siebert et Koop (1994) ou Kerber (1998).

⁴¹¹ L'attrait des bases fiscales garantit l'entrée de recettes fiscales et donc le revenu juridictionnel. Il est surtout la condition première du développement local (Pecqueur, 2001).

⁴¹² Pensons par exemple à des infrastructures publiques facilitant l'accès à des zones commerciales ou améliorant les conditions locales d'accueil touristique, mais aussi à des infrastructures hospitalières qui augmentent la qualité des soins de patients locaux et étrangers. On peut aussi bien penser à des infrastructures d'autres types, comme des aménagements réglementaires et institutionnels qui accroissent l'attrait d'investisseurs et épargnants internationaux vis-à-vis des secteurs financiers et bancaires nationaux. Dans ce cas, l'attraction de capitaux relève

Outre la littérature fondée sur des modèles fiscaux avec pays symétriques (Razin et Sadka, 1991) qui traite de la possibilité pour les gouvernements d’opter pour des taux d’impôt non nuls, il en existe une partie qui s’intéresse au caractère potentiellement sous optimal de la concurrence fiscale (Zodrow et Mieszkowski, 1986). L’une des pistes de recherche consiste à modéliser une concurrence entre des juridictions asymétriques, que ce soit en termes de tailles avec capital par tête identique (Wilson, 1991), en termes de tailles uniquement (Kanbur et Keen, 1993), mais aussi en termes de populations et de dotations factorielles (Hwang et Choe, 1995), voire en termes de dettes (Krogstrup, 2002) ou encore en terme stratégique (Kempf et Taugourdeau, 2004). Le modèle développé dans cet article prend en compte deux types d’asymétrie, à savoir de taille juridictionnelle et d’efficacité publique⁴¹³. En effet, si la question de l’attractivité est un enjeu fort pour des juridictions concurrentes et comparables, elle l’est encore plus lorsque les pressions concurrentielles s’exercent de façon différenciée sur les collectivités du fait de leurs caractéristiques intrinsèques (Mintz et Tulkens, 1986 ; Raspiller, 2005).

Le modèle que nous proposons est inspiré des modèles dits « de shopping »⁴¹⁴ qui s’intéressent le plus souvent au caractère sous optimal de la concurrence entre régions (Mintz et Tulkens, 1986 ; Kanbur et Keen, 1993 ; Wang, 1999 ; Hvidt et Nielsen, 2001). Dans le jeu que nous élaborons interagissent de manière séquentielle deux entreprises privées qui se concurrencent en prix et deux juridictions asymétriques qui se concurrencent en offres publiques de conditions attractives et en taux d’impôt. Nous souhaitons analyser, dans un cadre spatial à la *Hotelling*⁴¹⁵, les interactions stratégiques à l’oeuvre dans un espace international intégré et qui émergent entre agents privés (*concurrence en prix*) et agents publics asymétriques (*concurrence fiscale et institutionnelle*). Par ailleurs, nous proposons de déterminer les options de politiques d’attractivité qui émergent à l’équilibre et d’en analyser les modalités.

de la fourniture de règles juridiques appropriées qui garantissent la sécurité des placements pour les investisseurs (Marceau, 1997 ; Marceau et Mongrain, 2002) ou favorise le respect de leurs droits de propriété (Acemoglu et Johnson, 2005).

⁴¹³ On considère ici l’efficacité publique en matière d’offre d’avantages institutionnels et réglementaires, c’est-à-dire l’efficacité publique des dépenses en efforts d’attractivité. Une question permanente à notre réflexion sera de déterminer ses origines.

⁴¹⁴ Cette dénomination vient du fait que, dans ces modèles de concurrence spatiale, « *la mobilité spatiale des consommateurs est restreinte au seul comportement de “shopping” entre leur résidence et les entreprises visitées. Les travaux fondateurs sont dus à Launhardt (1885), Hotelling (1929) et Kaldor (1935)* » (Combes et al., 2006).

⁴¹⁵ Il apparaît empiriquement que le capital, et de manière générale les bases fiscales, ne sont pas parfaitement mobiles (Feldstein et Horioka, 1980). Il est justement aisé de « capturer » cette idée à travers un modèle de localisation linéaire (par exemple dans Hotelling, 1929).

La première partie de ce chapitre⁴¹⁶ présente le modèle de concurrence spatiale. La seconde analyse les caractéristiques de la concurrence fiscale et institutionnelle qui s'exerce entre les agents privés et entre les agents publics. Il s'agit notamment de déterminer les propriétés de l'équilibre non coopératif, d'analyser les types de stratégies d'attractivité des juridictions (impacts des paramètres symétriques et non symétriques) et d'identifier les conditions d'assouplissement des contraintes concurrentielles que peuvent subir les régions de petites tailles dans un environnement de plus en plus intégré. Vient ensuite la conclusion. Toutes les preuves et démonstrations sont en annexe.

2. Le modèle

Il s'agit dans cette partie d'exposer un modèle de concurrence fiscale de nature spatiale (section 1) et de définir le mode de détermination des solutions d'équilibre (section 2).

Section 1 – Un modèle de concurrence spatiale

Soit un espace régional de forme linéaire (cf. figure 1), composé de deux juridictions contiguës (H et F) qui diffèrent par leur taille de population (N_i , $i=H, F$). Dans chaque juridiction résident deux catégories d'individus. L'une, de nature non mobile ou captive (S_i , $i=H, F$), est concentrée aux extrémités du segment linéaire de longueur L ; l'autre, qui est mobile (M_i , $i=H, F$), est uniformément distribuée de densité unitaire le long de l'espace linéaire. Nous supposons en outre que le rapport population mobile sur population captive est le même dans les deux régions. En écrivant $S_H = s$ et $S_F = 1-s$ avec $0 < s \leq \frac{1}{2}$, il résulte de la proportionnalité précédente que $M_H = sL$ et $M_F = (1-s)L$. On obtient par conséquent $N_H = s(1+L)$ et $N_F = (1-s)(1+L)$. Etant donné que $0 < s \leq \frac{1}{2}$, nous considérons que H est la petite juridiction. Le segment L se répartit donc proportionnellement à la taille des deux juridictions (cf. figure 1). Au sein de chacune, localisées aux extrémités H et F de l'espace

⁴¹⁶ Le présent chapitre est inspiré d'un papier co-écrit avec Patrice Pieretti (cf. BORSI, F.-X. et P. PIERETTI (2006), « Concurrence fiscale et non fiscale entre juridictions asymétriques et stratégies d'attractivité », *Annales de la Faculté de Droit Economie et Administration de Metz*, n°6).

linéaire⁴¹⁷, deux firmes offrent le même bien ou service⁴¹⁸. Elles déterminent le prix p_i de leurs produits respectifs dans un cadre de concurrence *duopolistique*, en fonction d'un taux d'impôt t_i ($i=H, F$), calculé par unité vendue⁴¹⁹, et d'un coût moyen supposé nul⁴²⁰. On admet que chaque consommateur achète au plus une seule unité du bien ou service offert auprès de la juridiction de son choix, ceci en s'acquittant d'un prix « taxe comprise » $p_i + t_i$ ($i=H, F$) augmenté d'un coût de déplacement proportionnel à la distance qui le sépare du lieu d'achat⁴²¹. Si cette distance est de x_i , ce coût vaut kx_i ⁴²², avec k le coût unitaire de déplacement⁴²³. Le consommateur choisit son lieu d'achat en maximisant la fonction d'utilité suivante :

$$U(x_i) = U_0 - kx_i - p_i - t_i + m_i \quad (i=H, F) \quad (1)$$

U_0 est l'utilité de réservation, dite de « statu quo », commune aux deux juridictions. Cette utilité est uniforme et représente le prix maximum que chaque consommateur est prêt à payer. Elle correspond à l'utilité obtenue par le consommateur s'il n'achète pas de bien ou service auprès de l'une ou l'autre entreprise⁴²⁴. Le coefficient k exprime quant à lui le degré de mobilité des individus consommateurs, c'est-à-dire leur capacité à délocaliser leurs demandes de biens ou services ; il est donc un moyen d'exprimer le niveau d'intégration économique de la zone comprenant les juridictions. L'évolution positive du degré d'intégration va de pair avec la baisse du coefficient k . La variable m_i représente

⁴¹⁷ Cette hypothèse renvoie au modèle d'Hotelling dits de « localisations extrêmes » (Combes et *al.*, 2006). Les entreprises sont présentes ex ante. On ne se pose pas la question de l'implantation de nouvelles firmes, ce qui exclut tout problème de barrière à l'entrée ou de coût fixe d'établissement (cf. Kanbur et Keen, 1993).

⁴¹⁸ On se place dans un cadre de différenciation uniquement spatiale (cf. Irmen et Thisse, 1998 ; Combes et *al.*, 2006).

⁴¹⁹ Le principe de fiscalité retenu est celui du pays de destination, même s'il pose des questions d'ajustements fiscaux transfrontaliers (cf. Kanbur et Keen, 1993).

⁴²⁰ Ohsawa (1999, 2003), Hussler (2004).

⁴²¹ On reprend dans ce modèle une hypothèse classique de Hotelling (1929) avec un coût de transfert linéaire. On aurait pu retenir un coût quadratique, puisque d'Aspremont et *al.* (1979) ont montré que cette forme garantit l'existence d'un équilibre dans le jeu en prix (cf. Hussler, 2004).

⁴²² Ce coût est supporté par le consommateur (Hotelling, 1929 ; Combes et *al.*, 2006).

⁴²³ Outre les frais de déplacement, ce coût peut comprendre le coût d'opportunité du temps de déplacement, les coûts de recherche des possibilités d'achats à l'étranger ou le coût psychologique de devoir quitter un service de proximité au profit d'un prestataire situé dans une autre juridiction et donc plus éloigné (on tient ainsi compte de ce qu'on appelle dans la littérature un « effet frontière » ou « border effect »). On le retrouve dans Combes et *al.* (2005) sous le terme de « coût de transfert ».

⁴²⁴ On supposera toutefois, dans un souci de simplicité du modèle et à l'instar de Combes et *al.* (2006), que le marché est couvert, i.e. que les prix sont suffisamment faibles pour que tout consommateur choisisse de consommer une unité de bien.

«l'agrément» public institutionnel, de type matériel ou réglementaire, dont jouit individuellement le consommateur du fait de la politique locale d'attractivité menée par la juridiction i . Cette grandeur représente une offre publique qui émane spécifiquement des pouvoirs publics régionaux⁴²⁵. Il s'agit d'un ensemble d'avantages non marchands, matériels et réglementaires, de nature à accroître le pouvoir attractif des produits et des services offerts localement. Ainsi, ces avantages⁴²⁶ améliorent la valeur d'usage (l'attrait) du bien ou service privé offert par la firme implantée localement i ($i=H, F$).

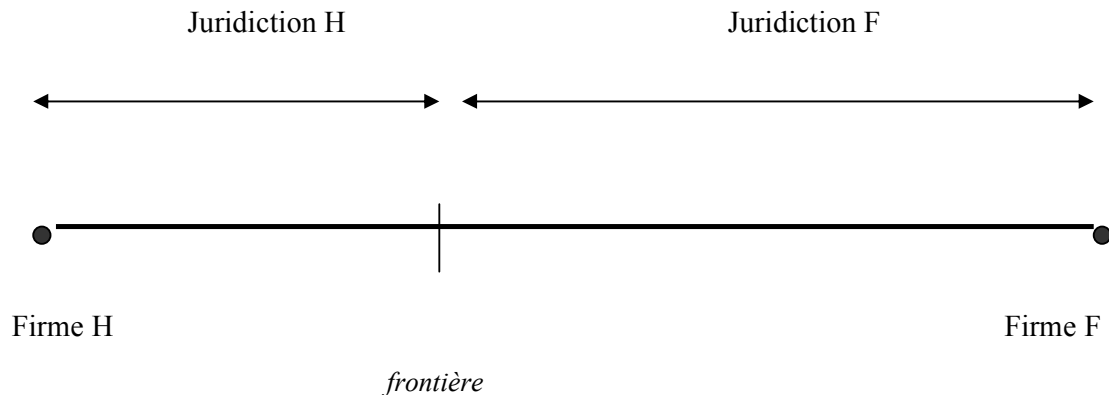


Figure 1 : représentation spatiale

Par définition, le client *marginal* est indifférent entre s'approvisionner et consommer en H ou le faire en F. En supposant qu'il se situe à la distance x de H et à la distance $(L - x)$ de F, le niveau d'utilité qu'il obtient en se fournissant auprès de l'une ou l'autre entreprise est le même :

$$U(x) = U(L - x) \quad (2)$$

⁴²⁵ Le cadre institutionnel (offre publique) doit ici être considéré comme un bien public au sens théorique (absence de rivalité et non exclusion de son utilisation) qui peut prendre la forme d'un panier de services administratifs, judiciaires, économiques et de politiques publiques (cf. Alesina et Spolaore, 1997 ; Josselin et Marciano, 2004). Son domaine d'application est limité à un territoire souverain donné (pas d'effet de débordement).

⁴²⁶ L'offre de biens et services publics d'attractivité relève de l'existence de biens publics.

D'où l'expression de x :

$$x = \frac{L}{2k} [(p_F - p_H) + (t_F - t_H) + (m_H - m_F)] + \frac{L}{2} \quad (3)$$

Les demandes D_i qui s'adressent aux firmes i ($i=H, F$) incluent pour chaque juridiction les composantes mobiles et non mobiles :

$$D_H = x + s \quad (4a)$$

$$D_F = (L - x) + (1 - s) \quad (4b)$$

En combinant (2) et (3), on obtient alors les demandes spatiales :

$$D_H = \frac{1}{2k} [(p_F - p_H) + (t_F - t_H) + (m_H - m_F)] + \frac{L}{2} + s \quad (5a)$$

$$D_F = \frac{1}{2k} [(p_H - p_F) + (t_H - t_F) + (m_F - m_H)] + \frac{L}{2} + (1 - s) \quad (5b)$$

La production par la juridiction i ($i=H, F$) d'un niveau m_i d'avantages locaux non marchands implique un coût de fourniture supposé de forme quadratique. Ce coût augmente plus que proportionnellement par rapport à m_i . On considère ainsi des rendements marginaux décroissants pour l'effort d'attractivité.

$$C(m_i) = \alpha_i m_i^2 \quad (6)$$

Le coefficient α_i ($i=H, F$) mesure l'efficacité de la juridiction i dans la production de services publics d'attractivité et l'élaboration de cadres institutionnels favorable à la clientèle. Ce paramètre est ainsi supposé différencier les deux juridictions. Si $\alpha_F = 1$ et $\alpha_H = \alpha \geq 1$, alors la

collectivité H est supposée au moins aussi efficace que la juridiction F dans l'offre de conditions publiques d'attractivité. En complément à cette politique d'attrait, les juridictions définissent leurs niveaux d'imposition. Nous admettons qu'elles adoptent un comportement de type Léviathan. A l'instar de Brennan et Buchanan (1980) ou de Ederveen et Pelkmans (2006), nous supposons qu'elles maximisent, par rapport aux dépenses m_i et aux taux t_i , une fonction de bien-être W_i , définie par la différence du revenu fiscal et du coût généré par la politique d'attractivité⁴²⁷ :

$$W_i = W_i(t_i, m_i) = T_i - C(m_i) \geq 0 \quad (7)$$

où T_i est le revenu fiscal de la juridiction i ($T_i = t_i D_i$).

Section 2 – Résolution

Le modèle relève d'une logique séquentielle dans la mesure où les collectivités jouent en premier et les firmes en second. Le jeu comporte trois étapes : les juridictions se livrent d'abord une concurrence de type non fiscal en fixant les niveaux de dépenses d'attractivité m_i (avec $i=H, F$) parfaitement observables et irréversibles (*concurrence institutionnelle*), puis elles fixent leurs taux d'imposition t_i (avec $i=H, F$), sous contrainte de dépenses décidées en première étape ; les taux sont parfaitement observables et irréversibles (*concurrence fiscale*). Enfin, les firmes localisées dans les deux juridictions se font concurrence en fixant les prix p_i ($i=H, F$), lesquels maximisent leurs profits (*concurrence privée ou en prix*).

Comme les joueurs ont connaissance à chaque étape des choix de l'étape précédente, le jeu est structuré en information parfaite et se résout selon le principe de récurrence à rebours (*backward induction*). Nous utilisons le concept d'équilibre parfait en sous jeu (cf. Selten, 1975). Le but est de rechercher les stratégies d'équilibres en termes de prix, de taux fiscaux, et de dépenses d'attractivité. On trouvera en annexe les détails de la résolution de jeu (fonctions de réaction).

⁴²⁷ Une propriété du modèle est que cette contrainte est vérifiée automatiquement à l'équilibre.

3. Concurrence fiscale et institutionnelle

La concurrence entre les deux collectivités s'opère à trois niveaux différents relatifs aux interactions institutionnelle, fiscale et tarifaire. L'équilibre du jeu est décrit par la proposition suivante :

Proposition 1 : il existe un unique équilibre parfait en sous jeux en termes de prix, de taux fiscaux et de niveaux d'offre publique d'attractivité. Cet équilibre est asymétrique et les variables stratégiques se présentent comme suit :

$$\begin{aligned}
 m_H^* &= \frac{1}{6k} p_H^* & m_F^* &= \frac{1}{6\alpha k} p_F^* \\
 t_H^* &= 3p_H^* & t_F^* &= 3p_F^* \\
 p_H^* &= \frac{2k[-2 + 3\alpha k(17 + 2s)]}{54\alpha k - 1 - \alpha} & p_F^* &= \frac{2\alpha k[-2 + 3k(19 - 2s)]}{54\alpha k - 1 - \alpha}
 \end{aligned}$$

Preuve : voir annexe 1

Les solutions sont exprimées en fonction des paramètres de taille (s), d'intégration (k) et d'efficacité publique (α) et sont strictement positives pour $k > \frac{2}{51}$. L'équilibre ainsi défini est unique⁴²⁸, en plus d'être asymétrique pour $\alpha > 1$ et/ou $0 < s < \frac{1}{2}$. Les solutions montrent que les valeurs d'équilibre p_H^* , t_H^* et m_H^* sont des fonctions strictement croissantes du facteur taille (s) et du facteur d'efficacité publique dans la production de services publics d'attractivité (α), au contraire des variables stratégiques de la juridiction F. Ainsi, toute chose égale par ailleurs, plus la taille de la région est petite et plus celle-ci est contrainte d'augmenter ses compétitivités tarifaire et fiscale⁴²⁹ et, partant, de devenir moins attractive en

⁴²⁸ Selon Delage (2000), « (ces) problèmes d'existence et d'unicité (de l'équilibre) sont omniprésents » dans la littérature sur la concurrence fiscale (cf. Laussel et Le Breton, 1998).

⁴²⁹ On parlera indifféremment, dans la suite du chapitre, de compétitivité fiscale, compétitivité prix ou compétitivité tarifaire, étant donnée la structure du modèle et la proportionnalité entre les prix et les taux d'impôt.

termes d'effort public. Ce raisonnement est aussi valable pour ce qui est de l'efficacité publique. Nous entrevoyons donc que l'effet contractant de la très petite taille sur les variables stratégiques (« effet taille ») peut être contrebalancé par un « effet efficacité publique ». Pour Kanbur et Keen (1993), la caractéristique principale de l'équilibre est que son asymétrie découle directement de la différence de tailles entre les pays. Dans notre modélisation, le caractère asymétrique de l'équilibre provient à la fois de l'asymétrie de taille et de l'asymétrie d'efficacité publique dans la production de conditions locales attractives.

Preuve : voir annexe 1

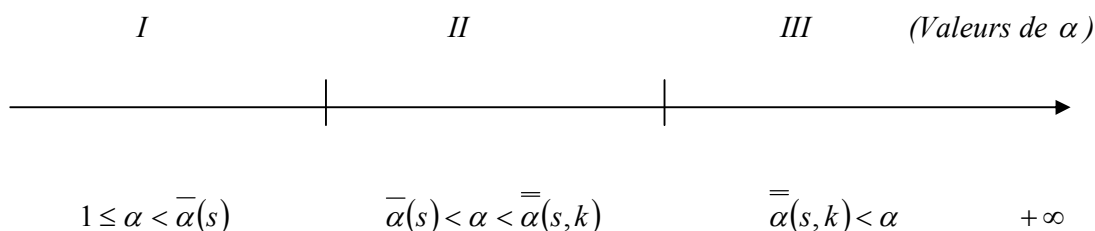
Quelles options d'attractivité s'offrent-elles à la juridiction de petite taille, et selon quelles modalités ? Il découle du raisonnement précédent la proposition suivante :

Proposition 2 : à l'équilibre, la comparaison des variables stratégiques conduit, pour

$$k \in \left] \frac{2}{51}, \frac{1}{3} \right[\text{ et } s \in \left[0, \frac{1}{2} \right[, \text{ à :}$$

- $m_H^* < m_F^*$ si et seulement si $\alpha < \bar{\alpha}(s) = \frac{19 - 2s}{17 + 2s}$
- $t_H^* \leq t_F^*$ et $p_H^* \leq p_F^*$ si et seulement si $\alpha \leq \bar{\bar{\alpha}}(s, k) = \frac{1}{1 - 3k(1 - s)}$

Il en découle la partition suivante :



Preuve : voir annexe 2

La politique d'attractivité de la petite juridiction H émergeant à l'équilibre peut revêtir trois cas de figure selon la position du paramètre d'efficacité α par rapport aux seuils $\bar{\alpha}$ et $\underline{\alpha}$.

Si $\alpha < \bar{\alpha}$, alors $m_H < m_F$, $t_H < t_F$ et $p_H < p_F$: l'attractivité de la petite juridiction est fondée uniquement sur les impôts et les prix si son efficacité publique dans la production de conditions locales attractives est en deçà du seuil $\bar{\alpha}$. Autrement dit, le handicap de la petite juridiction H, qui résulte de la faible étendue de son marché local, est compensée par une politique agressive de prix et de taux fiscaux. On comprend par ailleurs que cette nécessité est d'autant plus pressante que la juridiction H est petite étant donné que le seuil $\bar{\alpha}$ augmente avec la baisse de s .

De plus, il est possible que la petite région produise davantage de biens publics d'attractivité, et ce à condition qu'elle soit plus efficace que sa grande concurrente dans la mise en œuvre de ces derniers. C'est par exemple le cas si $\bar{\alpha} < \alpha < \underline{\alpha}$. On a en effet à l'équilibre $m_H > m_F$. Mais pour autant, dans ce cas précis, la petite juridiction ne renonce pas à sa compétitivité fiscale ($t_H < t_F$ et $p_H < p_F$). Sous hypothèse d'efficacité publique comprise entre ces deux seuils (efficacité publique suffisamment élevée, mais pas trop !), la petite juridiction opte par conséquent pour une attractivité fondée sur la « triple compétitivité » (tarifaire, fiscale et institutionnelle). En l'espèce, la petite juridiction parvient à asseoir sa *compétitivité institutionnelle*, mais sans pouvoir s'affranchir des contraintes de *compétitivité fiscale*. En d'autres termes, concernant la petite juridiction, le handicap inhérent au caractère exigü de son marché domestique n'est pas surmonté.

Jusqu'ici, les résultats sont conformes aux conclusions tirées par les auteurs qui étudient la concurrence fiscale entre des collectivités de tailles différentes (Kanbur et Keen, 1993 ; Pieretti, 1999 ; Haufler et Wooton, 2001 ; Nielsen, 2001 ; Ohsawa et Koshizuka, 2003). La juridiction la plus petite est celle qui pratique à l'équilibre le taux d'impôt et le prix le plus faible. La raison tient au fait que, à prix et taux uniformes, l'élasticité-prix de la demande s'adressant à elle est plus importante que celle à laquelle fait face la grande région. La petite juridiction est ainsi incitée à baisser ses prix et ses taux fiscaux par rapport à son

concurrent dans la mesure où sa petite taille l'expose à des pressions concurrentielles plus fortes que celles qui pèsent sur la grande⁴³⁰.

Au contraire, si la petite juridiction est suffisamment plus efficace que la grande ($\alpha > \bar{\alpha}$), alors elle opte pour une politique d'attractivité axée uniquement sur son attractivité d'ordre public et institutionnel ($m_H > m_F = \text{compétitivité institutionnelle}$) et « renonce » à sa *compétitivité fiscale* ($t_H > t_F$ et $p_H > p_F$). Il découle donc que la seule prise en compte de la dimension publique et institutionnelle (condition nécessaire) ne suffit pas à assouplir suffisamment sa contrainte de compétitivité. Il faut en plus que son efficacité dans l'offre d'avantages non fiscaux dépasse suffisamment celle de sa concurrente ($\alpha > \bar{\alpha}$).

Dans ce cas précis, le pays de petite taille bénéficie d'une rente de localisation liée à son avantage comparatif en matière de mise en œuvre des politiques publiques d'attractivité qui le rendent capable d'engendrer cette rente. Cette dernière profite aux agents privés locaux sous la forme de profits supérieurs à ceux de leurs concurrents étrangers, mais aussi à la petite juridiction sous forme de recettes fiscales.

Quid des deux seuils remarquables identifiés précédemment ? Il faut souligner que leurs valeurs ne sont pas figées une fois pour toute. Le fait que $\bar{\alpha}$ dépende uniquement de la taille relative des juridictions (pour rappel, $\bar{\alpha}(s) = \frac{19-2s}{17+2s}$) implique que les chances pour la petite juridiction d'être plus compétitive que sa grande concurrente du point de vue institutionnel ne dépendent précisément que de cette seule caractéristique intrinsèque. Quant à $\bar{\alpha}(s, k) = \frac{1}{1-3k(1-s)}$, il convient de noter que sa valeur diminue avec la taille, mais augmente avec le degré de mobilité de la zone commerciale. Autrement dit, plus le petit sera petit, plus il lui sera difficile de surmonter son handicap de marché domestique restreint, alors que plus la clientèle sera mobile, plus il lui sera facile de surmonter ce même handicap. Ainsi, la probabilité d'apparition de la rente de localisation (laquelle desserre la contrainte fiscale de H) dépend positivement du degré d'intégration de la zone commerciale. Plus exactement,

⁴³⁰ Le présent modèle permet d'ailleurs de retrouver les résultats en question, notamment à travers le corollaire suivant : s'il y a parfaite symétrie dans l'efficacité de l'offre publique d'attractivité ($\alpha = 1$), la juridiction H, aussi petite soit-elle, pratique à l'équilibre une politique d'attractivité en termes de prix et de taux fiscaux uniquement ($t_H < t_F$, $p_H < p_F$ et $m_H < m_F$).

l'accroissement de la mobilité des bases fiscales constitue la seule chance pour les régions de petites tailles de se voir bénéficier de rentes et de se libérer ainsi des contraintes fiscales. Paradoxalement, l'intégration économique est susceptible de générer une hausse des niveaux d'imposition des collectivités les plus petites, pour peu que ces dernières soient suffisamment efficaces dans leur production institutionnelle. On retrouve ici un argument prépondérant avancé par certains petits Etats membres de l'UE qui invoquent l'importance considérable pour leur propre développement de la réalisation du grand marché européen. Le Luxembourg s'est par exemple toujours positionné comme l'un des grands artisans de l'Europe économique et politique, en particulier du marché unique. Le présent chapitre justifie que l'intégration économique et, à travers elle, l'avènement d'une vaste zone commerciale à l'échelle communautaire sont de nature à accroître les chances pour ces petits Etats de se voir bénéficier d'une rente de localisation et, partant, de pouvoir s'affranchir des contraintes que leur petite taille leur impose « mécaniquement ». Ce résultat favorable dans un contexte d'intégration croissante s'explique par le fait que des avantages de la juridiction de petite taille $m_H > m_F$ deviennent plus visibles et plus aisément accessibles ; ils sont par conséquent mieux valorisés par le marché. Ces derniers développements conduisent à la proposition suivante :

Proposition 3 : *il est d'autant plus probable que la petite juridiction puisse s'affranchir des contraintes concurrentielles qui pèsent sur ses prix et sa politique fiscale, en offrant des avantages publics plus importants que la grande juridiction, que le degré d'intégration de la zone économique est élevé.*

Preuve : $\frac{\partial \bar{\alpha}}{\partial k} = \frac{3(1-s)}{\alpha^2} > 0$, et ceci pour $k \in \left] \frac{2}{5}, \frac{1}{3} \right]$ et $s \in \left[0, \frac{1}{2} \right[$.

Si, au départ de notre réflexion, l'attractivité d'une région semble liée à ses caractéristiques intrinsèques, et en particulier sa taille, la prise en compte de l'efficacité publique conduit à se demander si la petite collectivité peut être attractive en dehors de toute considération de taille. En poussant plus loin la réflexion, nous voyons qu'il existe un seuil d'efficacité publique relative, au-delà duquel l'attractivité non fiscale de la petite juridiction suffit à la prémunir des pressions concurrentielles internationales de façon qu'elle puisse

pratiquer, indépendamment de sa taille, des prix et des taux d'impôt plus élevés que ceux de la grande juridiction. Ce seuil, qui correspond à $\bar{\alpha}_0 = \frac{1}{1-3k}$, s'obtient en introduisant la valeur $s=0$ dans l'expression $\bar{\alpha}(s,k)$

Proposition 4 : pour $\alpha > \bar{\alpha}_0 = \frac{1}{1-3k}$, on a $m_H > m_F$, $t_H > t_F$ et $p_H > p_F$

$$\forall s \in \left[0, \frac{1}{2}\right].$$

Preuve : vu que $\bar{\alpha}(s,k) = \frac{1}{1-3k(1-s)}$, on a $\bar{\alpha}_0 = \frac{1}{1-3k} \geq \frac{1}{1-3(1-s)} \quad \forall s \in \left[0, \frac{1}{2}\right]$.

Les contraintes de concurrence, qui obligent la collectivité de petite taille à être offensive en termes de prix et de taux d'impôt, s'assouplissent lorsque le seuil $\bar{\alpha}_0$ est franchi. En d'autres termes, si la petite taille apparaît comme un « handicap », en particulier en termes d'étendue du marché local, lequel impose à une juridiction d'opter pour une d'attractivité fiscale plutôt qu'institutionnelle, elle cesse de l'être à partir du moment où la collectivité acquiert un avantage compétitif (suffisamment conséquent) dans sa production publique, c'est-à-dire en termes d'efficacité publique.

Somme toute, la taille de leur marché local impose aux petites juridictions de limiter leur stratégie d'attractivité aux seules dimensions de compétitivités fiscale et prix. Pouvoir asseoir leur attractivité sur une possible compétitivité institutionnelle et réglementaire exige d'elles de produire leurs biens publics d'attractivité plus efficacement que leurs grandes concurrentes.

Quel rôle l'intégration économique peut-elle alors jouer dans les chances pour ces petites collectivités d'obtenir cet avantage compétitif du point de vue de la production institutionnelle et donc de privilégier leur compétitivité non fiscale? En particulier, $\bar{\alpha}_0 = \frac{1}{1-3k}$ est une fonction croissante du coût de mobilité. Autrement dit, l'intégration

économique aidant, les chances pour la petite région d'être suffisamment efficace dans sa production publique pour s'affranchir des contraintes liées à sa taille augmentent. A cet égard justement, comment les régions adaptent-elles leur offre de services publics d'attractivité en fonction du degré de mobilité de la base fiscale (k) ? La petite juridiction décide-t-elle d'opter alors à l'équilibre pour une politique plus offensive en termes de services publics d'attractivité ?

Proposition 5 : Suivant la valeur prise par le paramètre d'asymétrie d'efficacité (α), l'impact de la mobilité sur le niveau d'offre de services publics diffère selon les deux juridictions. Deux cas sont à distinguer :

- $\frac{\partial m_H}{\partial k} > 0$ et $\frac{\partial m_F}{\partial k} < 0$ si $1 < \alpha \leq \bar{\alpha}$
- $\frac{\partial m_H}{\partial k} < 0$ et $\frac{\partial m_F}{\partial k} > 0$ si $\alpha > \bar{\alpha}$.

Preuve (voir annexe)

Si les juridictions sont faiblement différenciées du point de vue de l'efficacité publique ($1 < \alpha \leq \bar{\alpha}$), alors un accroissement de la mobilité entraîne une diminution de l'offre publique d'attractivité de H et une hausse de celle de F. En d'autres mots, la baisse du coût de déplacement (k) pousse la petite juridiction à réduire le niveau m_H afin de se concentrer sur une politique plus offensive en matière de baisse de prix et de taux fiscaux. En effet, $\frac{\partial p_H}{\partial k} > 0$ et $\frac{\partial t_H}{\partial k} > 0$ (cf. annexe 4).

Si en revanche l'asymétrie d'efficacité institutionnelle est suffisamment forte ($\alpha > \bar{\alpha}$), alors toute hausse du degré d'intégration (diminution de k) implique une hausse du niveau de services publics de H et une baisse de celui de F. L'augmentation de la mobilité pousse dans ce cas la petite économie à développer son offre de conditions attractives.

Revenons au cas où les juridictions sont parfaitement symétriques : les solutions d'équilibres sont $m_H^* = m_F^* = \frac{1}{3}$, $t_H^* = t_F^* = 6k$ et $p_H^* = p_F^* = 2k$. Les variables endogènes ne sont alors fonction que du degré d'intégration de la zone économique. La mobilité n'a alors aucune incidence sur l'attractivité publique et son accroissement entraîne la baisse des prix et des taux fiscaux dans les deux juridictions. Ainsi, en réaction à l'intégration économique croissante (baisse de k), les régions ne mènent des politiques d'attractivités qu'à travers le levier purement fiscal en imposant la réduction des niveaux d'imposition comme seul mode compétitif. On retrouve les résultats de Zodrow et Mieszkowsky (1986) selon lesquels la concurrence interjuridictionnelle entre des collectivités comparables conduit à une course à la baisse (*race to the bottom*) en terme fiscal. Notre modèle confirme qu'une « *race to the top*⁴³¹ » est possible, pour peu que l'on considère des juridictions différentes dans leurs caractéristiques intrinsèques (notamment la taille), en identifiant les conditions pour lesquelles une juridiction de petite taille préfère utiliser une arme institutionnelle et réglementaire plutôt que fiscale et tarifaire dans la bataille concurrentielle.

Ce chapitre montre à quel point les notions d'attractivité et de compétitivité sont proches. De ce point de vue, il s'inscrit bien dans la réflexion précisée dès le chapitre précédent. Dans les modèles de *shopping*, les collectivités se concurrencent sur des marchés internationaux dont l'enjeu est l'attrait de clientèle étrangère mobile. A cet égard, cette vision axée sur la demande semble rapprocher les notions susnommées. Si la compétitivité désigne la capacité d'une entreprise (et par extension d'un pays) à conquérir et/ou à maintenir des parts de marché, le plus souvent en terme tarifaire, nous élargissons dans ce papier cette définition en distinguant les différents « pouvoirs compétitifs » qu'une juridiction peut développer, qu'ils soient institutionnel, fiscal et tarifaire. En somme, nous considérons que le pouvoir attractif d'une collectivité est la résultante de la combinatoire de ses compétitivités. L'attractivité d'une région est donc liée à toutes les dimensions qui conditionnent ces types de compétitivité, comme le niveau et la qualité des biens publics d'attractivité produits localement, comme aussi la taille des marchés locaux et le niveau de mobilité des bases fiscales de la zone économique, comme enfin l'efficacité des dépenses d'attractivité⁴³².

⁴³¹ Cf. la littérature sur la concurrence fiscale à travers les modèles d'économie géographique (Krogstrup, 2002 ; Baldwin et Krugman, 2001 ; Baldwin et Krugman, 2004 ; Haufler et Pflüger, 2004 ; Borck et Pflüger, 2006).

⁴³² On peut définir l'attractivité juridictionnelle autrement, en invoquant les conditions d'attractivité d'un site productif, en particulier vis-à-vis de l'arrivée d'investissements nouveaux et du maintien du tissu économique local. C'est ce à quoi nous renvoie l'analyse en termes de concurrence spatiale des sites (*Standardwettbewerb*)

4. Conclusion

La question de la consommation internationale mettant en scène des économies de petite taille trouve un écho et une illustration particulièrement pertinente eu égard à l'exemple du commerce transfrontalier au sein de la Grande Région⁴³³, notamment entre le Luxembourg et ses pays limitrophes. Le dernier bulletin du STATEC⁴³⁴, intitulé « *Les dépenses des salariés frontaliers au Luxembourg en 2007* » est de ce point de vue très parlant : « *Si on devait extraire un enseignement de toutes les analyses menées sur les comportements de dépenses des frontaliers depuis 2002, sans doute relèverait-il de cette tendance, maintenant confirmée, à remettre en cause des idées reçues. (...) Les analyses ont montré que l'importance du prix dans les décisions de consommer devait être relativisée (...). Globalement, les deux éléments qui motivent les dépenses frontalières courantes (...) sont, d'une part, l'aspect pratique lié au gain de temps que procure le fait de consommer au Luxembourg, et d'autre part, l'offre de produits indisponibles dans le pays de résidence. (...) Ne peut-on pas formuler l'hypothèse selon laquelle le fait de faire ses courses au Luxembourg améliorerait la connaissance des produits et renforcerait petit à petit la pratique, en faisant apparaître de nouveaux avantages à faire ses courses au Luxembourg ?* ». Par ces quelques mots, le STATEC confirme tout l'intérêt que revêt l'analyse du commerce transfrontalier et des éléments qui motivent et dynamisent les comportements d'achat de part et d'autre de frontières diluées dans un marché unique et, partant, fortement intégré.

C'est dans un cadre similaire, et donc tout à fait réaliste, que s'inscrivait le présent chapitre qui posait la question des politiques locales d'attractivité à travers un modèle de concurrence spatiale entre agents privés et publics. Ont été étudiées les dimensions fiscales et institutionnelles de la concurrence qui pouvait s'instaurer entre juridictions, différentes par leurs tailles et leurs efficacités productives et cherchant à maximiser leurs recettes nettes fiscales en incitant le maximum de clientèle locale et étrangère à s'approvisionner auprès de leur propre tissu économique local. Le modèle considérait spécifiquement une variable non fiscale qui mesurait l'offre de services publics d'attractivité favorable aux consommateurs et permettait justement de considérer une asymétrie dans l'efficacité publique des juridictions.

eu égard aux facteurs de production et aux agents économiques, plus mobiles dans une économie globalisée (Siebert et Koop, 1994 ; Gérard et Ruiz, 2005). Nous proposerons par la suite une telle analyse de l'attractivité.

⁴³³ Il s'agit de l'espace géographique et économique qui englobe le Grand-Duché de Luxembourg, la Lorraine (France), la Wallonie (Belgique), la Rhénanie-Palatinat et la Sarre (Allemagne).

⁴³⁴ L'organisme national de statistiques luxembourgeois produit des bulletins trimestriels sur les thématiques économiques nationales en vigueur. En l'espèce, voir le bulletin 1_2008, publié en juillet 2008.

La résolution du jeu a conduit aux résultats suivants. Si l'asymétrie d'efficacité publique est faible, la petite juridiction produit à l'équilibre moins de biens publics d'attractivité que sa concurrente, de même qu'elle pratique les prix et les taux d'impôt les plus faibles (Kanbur et Keen, 1993 ; Pieretti, 1999 ; Haufler et Wooton, 2001 ; Nielsen, 2001). En revanche, si elle est suffisamment élevée, la région la moins grande parvient à desserrer sa contrainte de compétitivité fiscale et compétitivité prix en offrant le niveau le plus élevé de biens publics. En outre, les variations de la mobilité des consommateurs n'ont d'impact sur la production de cadres publics attractifs que si les juridictions sont asymétriques. En l'occurrence, si la petite juridiction est suffisamment plus efficace dans son offre de cadre non fiscal que la grande, alors toute hausse du degré d'intégration de la zone l'incitera à produire davantage de biens et services publics d'attractivité, à l'inverse de la grande juridiction.

Le chapitre en question permet de confirmer des résultats connus de la littérature : la taille de marché juridictionnelle revêt une importance cruciale dans les interactions concurrentielles émergeant dans un cadre d'intégration économique. Ainsi, les collectivités de petites tailles sont susceptibles de pratiquer le dumping tarifaire et fiscal pour compenser leur désavantage de taille. Mais le chapitre montre aussi que certaines caractéristiques locales, autres que la taille (l'efficacité dans la production publique, l'environnement, la culture, etc.), peuvent constituer une arme considérable dans un contexte de concurrence interjuridictionnelle. Les régions les plus petites peuvent à cet égard demeurer les plus attractives, même si elles pratiquent des prix et des impôts élevés (exemples de la Suisse ou de Monaco). Loin de préférer jouer sur leurs seuls leviers tarifaire et fiscal, elles sont susceptibles, sous conditions d'efficacité publiques suffisantes, de s'affranchir des pressions concurrentielles en produisant plus de biens publics que leurs concurrentes de grandes tailles. Cela est d'autant plus vrai que la mobilité entre juridictions est facilitée.

Dans un souci de simplicité, notre jeu ne comporte que deux juridictions. Une généralisation à n joueurs pourrait s'avérer intéressante, même si elle poserait alors des soucis analytiques de résolution. Cependant, on pourrait montrer que, même dans ce jeu simple, l'équilibre non coopératif est aussi non efficient⁴³⁵, ce qui pose la question de la coordination fiscale et non fiscale entre ces régions différentes⁴³⁶. En outre, la prise en compte d'éléments d'asymétrie dans de tels modèles de concurrence entre juridictions appelle une analyse comparative du bien-être des juridictions. Enfin, si l'hypothèse de localisation fixe *ex ante* des

⁴³⁵ Cf. les travaux de Tirole (1993) et Bulow et al. (1985).

⁴³⁶ Haufler (1996), Haufler et Wooton (2001) ou Sinn (1990).

firmes permet de se concentrer sur l'équilibre public et en prix, elle peut toutefois apparaître comme trop restrictive, d'autant que la question de la localisation des firmes est particulièrement importante dans les modèles de concurrence spatiale.

Annexes

Annexe 1 (proposition 1) : équilibre parfait en sous jeux

Le profit Π_i ($i=H, F$) de la firme i s'écrit comme suit après avoir tenu compte des équations (4) et (5) dans (8) :

$$\Pi_H = -\frac{p_H^2}{2k} + \frac{p_H}{2k} [k + (m_H - m_F) + p_F + 2ks + (t_F - t_H)] \quad (7a)$$

$$\Pi_F = -\frac{p_F^2}{2k} + \frac{p_F}{2k} [3k + (m_F - m_H) + p_H - 2ks + (t_H - t_F)] \quad (7b)$$

$\forall p_i, \frac{\partial^2 \Pi_i}{\partial p_i^2} < 0$. Les fonctions Π_i ($i=H, F$) sont donc strictement concaves en p_i . Par

conséquent, il suffit que l'équilibre en prix satisfasse les conditions du premier ordre (CPO) pour chaque firme⁴³⁷ :

$$\frac{\partial \Pi_H}{\partial p_H} = 0 \Leftrightarrow p_H = \frac{1}{2}(k + m_H - m_F + p_F + 2ks - t_H + t_F) \quad (8a)$$

$$\frac{\partial \Pi_F}{\partial p_F} = 0 \Leftrightarrow p_F = \frac{1}{2}(3k - m_H + m_F + p_H - 2ks + t_H - t_F) \quad (8b)$$

⁴³⁷ Pour rappel, l'équilibre parfait en sous-jeux requiert le respect des conditions du 1^{er} et du 2nd ordres (Tirole, 1993).

La résolution du système (8) conduit à l'équilibre de Nash en prix (p_H^*, p_F^*) , pour des niveaux m_i et t_i donnés ($i=H, F$) :

$$\begin{cases} p_H^* = \frac{1}{3}[k(5+2s) + (m_H - m_F) + (t_F - t_H)] \\ p_F^* = \frac{1}{3}[k(7-2s) + (m_F - m_H) + (t_H - t_F)] \end{cases} \quad (9)$$

En réintroduisant les valeurs d'équilibre de (9) dans les équations de (4), on reformule les demandes spatiales et on déduit des fonctions objectifs des juridictions les recettes fiscales de chacune :

$$T_H = -\frac{t_H^2}{6k} + \frac{t_H}{6k}[k(5+2s) + m_H - m_F + t_F]$$

$$T_F = -\frac{t_F^2}{6k} + \frac{t_F}{6k}[k(7-2s) + m_F - m_H + t_H]$$

Les CPO suffisent au calcul de l'équilibre en taux fiscaux (t_H^*, t_F^*) car les fonctions objectifs des juridictions sont strictement concaves en leurs taux propres t_i ($i=H, F$). Ainsi, pour tout niveau m_i donné, la solution d'équilibre non coopératif est la suivante :

$$\begin{cases} t_H^* = \frac{1}{3}[k(17+2s) + m_H - m_F] \\ t_F^* = \frac{1}{3}[k(19-2s) + m_F - m_H] \end{cases} \quad (11)$$

En réintroduisant les équations de (11) dans les équations de (9), on reformule les prix d'équilibre :

$$\begin{cases} p_H^* = \frac{1}{9}[k(17+2s) + m_H - m_F] \\ p_F^* = \frac{1}{9}[k(19-2s) + m_F - m_H] \end{cases} \quad (1)$$

Introduire (11) et (10) dans l'équation (6) permet d'exprimer les fonctions objectifs des juridictions en fonction des niveaux des variables d'attractivité:

$$W_H(m_H, m_F) = -\frac{(54k-1)}{54k}m_H^2 + \frac{[k(17+2s) - m_F]}{27k}m_H + \frac{m_F^2 - 2km_F(17+2s) + k^2(17+2s)^2}{54k} \quad (13)$$

$$W_F(m_H, m_F) = -\frac{(54\alpha k - 1)}{54k}m_F^2 + \frac{[k(19-2s) - m_H]}{27k}m_F + \frac{m_H^2 - 2km_H(19-2s) + k^2(19-2s)^2}{54k}$$

Ces dernières étant strictement concaves par rapport à m_i ($i=F, H$), les CPO suffisent au calcul de l'équilibre en variables d'attractivité (m_H^*, m_F^*):

$$\begin{cases} m_H^* = \frac{-2 + 3\alpha k(17+2s)}{3(54\alpha k - 1 - \alpha)} \\ m_F^* = \frac{-2 + 3k(19-2s)}{3(54\alpha k - 1 - \alpha)} \end{cases} \quad (14)$$

Il suffit de réintroduire (14) dans (11) puis dans (12) pour obtenir l'intégralité de l'équilibre parfait en sous jeux, fonction des seules variables de taille (s), de degré de mobilité des consommateurs (k) et d'efficacité des efforts publics (α):

$$\begin{cases} m_H^* = \frac{-2 + \alpha k(51+6s)}{3(54\alpha k - 1 - \alpha)} \\ m_F^* = \frac{-2 + k(57-6s)}{3(54\alpha k - 1 - \alpha)} \end{cases}$$

$$\begin{cases} t_H^* = \frac{6k[-2 + 3\alpha k(17 + 2s)]}{54\alpha k - 1 - \alpha} \\ t_F^* = \frac{6\alpha k[-2 + 3k(19 - 2s)]}{54\alpha k - 1 - \alpha} \end{cases} \quad (15)$$

$$\begin{cases} p_H^* = \frac{2k[-2 + 3\alpha k(17 + 2s)]}{54\alpha k - 1 - \alpha} \\ p_F^* = \frac{2\alpha k[-2 + 3k(19 - 2s)]}{54\alpha k - 1 - \alpha} \end{cases}$$

Annexe 1 (suite) : non négativité des variables stratégiques

Il s'agit d'étudier à chaque fois des signes de quotients. La règle générale est qu'un quotient est positif si le numérateur et le dénominateur ont le même signe. Ainsi, on montre aisément

que si $1 \leq \alpha < \bar{\alpha}(s) = \frac{19 - 2s}{17 + 2s}$:

- $m_H > 0$ et $m_F > 0$ si et seulement si $k > \frac{2}{51}$ ou $k < \frac{2}{57}$
- $t_H > 0$, $t_F > 0$, $p_H > 0$ et $p_F > 0$ si et seulement si $t_H > 0 \Leftrightarrow k > \frac{2}{51}$ ou $0 < k < \frac{1}{54}$.

De même, si $\alpha > \bar{\alpha}(s) = \frac{19 - 2s}{17 + 2s}$:

- $m_H > 0$ et $m_F > 0$ si et seulement si $k > \frac{1}{27}$ ou $k < 0$
- $t_H > 0$, $t_F > 0$, $p_H > 0$ et $p_F > 0$ si et seulement si $k > \frac{1}{27}$ ou $0 < k < \frac{1}{54}$.

Toutes les conditions sur la variable k doivent être remplies : en l'occurrence, les conditions de non négativité sur k sont, pour tout $\alpha \geq 1$, que $k > \frac{2}{51}$.

Annexe 1 (suite) : sens de variation des variables stratégiques

$\frac{\partial m_H^*}{\partial \alpha} = \frac{57k-6ks-2}{3(54\alpha k-1-\alpha)^2}$, qui est toujours strictement positif. Il en est de même pour $\frac{\partial p_H^*}{\partial \alpha}$, $\frac{\partial t_H^*}{\partial \alpha}$,

$\frac{\partial m_H^*}{\partial s}$, $\frac{\partial p_H^*}{\partial s}$ et $\frac{\partial t_H^*}{\partial s}$. A l'inverse, $\frac{\partial m_F^*}{\partial \alpha} = \frac{k(165-3078k+324ks-6s)-2}{9(54\alpha k-1-\alpha)^2}$ est toujours strictement

négatif, de même que $\frac{\partial p_F^*}{\partial \alpha}$, $\frac{\partial t_F^*}{\partial \alpha}$, $\frac{\partial m_F^*}{\partial s}$, $\frac{\partial p_F^*}{\partial s}$ et $\frac{\partial t_F^*}{\partial s}$.

Annexe 2 (proposition 2)

$$\Delta m = m_H^* - m_F^* = \frac{k[(-19+2s)+\alpha(17+2s)]}{54\alpha k-1-\alpha} < 0 \text{ ssi } \alpha < \bar{\alpha}(s) = \frac{19-2s}{17+2s}$$

$$\text{i.e. } m_H^* < m_F^* \Leftrightarrow \alpha < \bar{\alpha}(s) = \frac{19-2s}{17+2s}$$

$$\Delta t = t_H^* - t_F^* = \frac{12k[(-1+\alpha)-3\alpha k(1-2s)]}{54\alpha k-1-\alpha} \leq 0 \text{ ssi } \alpha \leq \bar{\alpha}(s,k) = \frac{1}{1-3k(1-s)}$$

$$\text{i.e. } t_H^* \leq t_F^* \Leftrightarrow \alpha \leq \bar{\alpha}(s,k) = \frac{1}{1-3k(1-s)}$$

$$\Delta p = p_H^* - p_F^* = \frac{4k[(-1+\alpha)-3\alpha k(1-2s)]}{54\alpha k-1-\alpha} \leq 0 \text{ ssi } \alpha \leq \bar{\alpha}(s,k) = \frac{1}{1-3k(1-s)}$$

$$\text{i.e. } p_H^* \leq p_F^* \Leftrightarrow \alpha \leq \bar{\alpha}(s,k) = \frac{1}{1-3k(1-s)}$$

$\bar{\alpha}$ est une fonction définie et dérivable pour tout $s \in \left[0, \frac{1}{2}\right[$ et $\bar{\alpha}$ est une fonction définie pour tout $k \in \left[\frac{2}{51}, \frac{1}{3}\right]$ et pour tout $s \in \left[0, \frac{1}{2}\right[$.

$$\bar{\alpha}(s) = \frac{19 - 2s}{17 + 2s} \text{ et } \bar{\alpha}'(s) = \frac{-72}{(17 + 2s)^2} < 0. \text{ On en déduit aisément ses variations.}$$

$\bar{\alpha}$ est une fonction continue strictement décroissante de s , variant de $\frac{19}{17}$ à 0 pour les valeurs de s allant de 0 à $\frac{1}{2}$: cette limite est donc d'autant plus élevée que le facteur taille se rapproche de 0, avec un maximum de $\frac{19}{17}$.

$$\bar{\bar{\alpha}}(s, k) = \frac{1}{1 - 3k(1 - s)} \text{ et } \frac{\partial \bar{\bar{\alpha}}}{\partial k} = \frac{3(1 - s)}{[1 - 3k(1 - s)]^2} > 0. \text{ On en déduit ses variations en fonction de}$$

k . Puis, en dérivant les fonctions $s \propto \frac{17}{15 + 2s}$ et $s \propto \frac{1}{s}$, on en déduit ses variations. $\bar{\bar{\alpha}}$ est une fonction continue, strictement décroissante de s et strictement croissante de k , variant de $\frac{17}{16}$ à $+\infty$: cette limite est donc d'autant plus grande que le facteur taille tend vers 0 et que le facteur de mobilité de la base fiscale tend vers $\frac{1}{3}$, avec un minimum absolu de $\frac{17}{16}$.

$$\alpha < \bar{\bar{\alpha}}(s, k) \text{ implique que } \bar{\bar{\alpha}}(s, k) > 0$$

$$\bar{\bar{\alpha}}(s, k) > 0 \text{ si et seulement si } 1 - 3k(1 - s) > 0, \text{ i.e. } k < \frac{1}{3(1 - s)}$$

En étudiant les variations de la fonction $s \propto \frac{1}{3(1 - s)}$, on déduit aisément que :

$\bar{\bar{\alpha}}(s, k) > 0$ si et seulement si $k < \frac{1}{3}$. Ainsi, notre modélisation n'a de sens que pour tout

$$k \in \left[\frac{2}{51}, \frac{1}{3}\right], \text{ pour tout } s \in \left[0, \frac{1}{2}\right[\text{ et pour tout } \alpha \geq 1.$$

Posons $\Delta\alpha = \bar{\alpha} - \alpha = \frac{3(1-s)(19-2s)k + 4s - 2}{(17+2s)[1-3k(1-s)]}$. Compte tenu du dénominateur, le signe de ce quotient dépend du numérateur. Celui-ci est une fonction de s et k définie et continue sur l'ensemble de définition de notre modèle. On montre facilement que $\frac{\partial\Delta\alpha}{\partial k} > 0$ et que $\Delta\alpha$ a pour minimum la fonction $s \alpha \frac{4}{17}s^2 + \frac{26}{17}s + \frac{4}{17}$ qui a elle-même pour minimum $\frac{4}{17}$.

Par conséquent, pour tout $k \in \left[\frac{2}{51}, \frac{1}{3}\right]$ et pour tout $s \in \left[0, \frac{1}{2}\right]$, $\Delta\alpha > 0 \Leftrightarrow \bar{\alpha} > \alpha$. Autrement dit, $\bar{\alpha}$ est toujours plus grand que α .

Annexe 3 (proposition 5)

Calculons les dérivées des niveaux d'offre de services publics d'attractivité par rapport au coût unitaire de déplacement. Ces dérivées sont positives suivant les valeurs du facteur taille.

$$\frac{\partial m_H^*}{\partial k} = \frac{171\alpha - 153\alpha^2 - 18\alpha s(1+\alpha)}{9(54\alpha k - 1 - \alpha)^2} > 0 \Leftrightarrow s < \frac{19 - 17\alpha}{2(1+\alpha)}$$

Avec $\alpha_0 = \frac{19}{17}$ le seuil d'efficacité publique tel que $\Omega(\alpha_0) = \frac{19 - 17\alpha_0}{2(1+\alpha_0)} = 0$

On étudie aisément les variations de cette dernière fonction de α qui est bijective.

En deçà d'un certain degré d'efficacité publique, il est possible que la taille de H soit comprise entre 0 et $\frac{1}{2}$. Dans ce cas, $\frac{\partial m_H^*}{\partial k} > 0$. Au-delà de ce degré d'efficacité, s n'est plus dans son intervalle de définition, auquel cas, $\frac{\partial m_H^*}{\partial k} < 0$. Le raisonnement est le même pour

l'étude des variations de $\frac{\partial m_F^*}{\partial k}$. Ainsi $\frac{\partial m_F^*}{\partial k} > 0 \Leftrightarrow s > \frac{19 - 17\alpha}{2(1+\alpha)}$.

Annexe 4

$$\frac{\partial p_H}{\partial k} = \frac{4}{[-1 + \alpha(-1 + 54k)]^2} [2 + 81\alpha^2(17 + 2s)k^2 - 3\alpha(17 + 2s)k + \alpha - 3\alpha^2(17 + 2s)]$$

Le trinôme de cette dérivée en k entre crochets est de signe positif pour $1 < \alpha \leq \bar{\alpha}$ car alors il n'admet que des racines complexes et le coefficient de k^2 est strictement positif. On en déduit les signes des dérivées des taux par rapport au degré de mobilité.

Chapitre 6

Elaboration du droit communautaire et concurrence institutionnelle

Cette contribution propose une analyse positive du processus d'élaboration des normes communautaires. En nous appuyant sur les schémas juridiques qu'impose l'architecture institutionnelle européenne, nous décrivons la réalité du processus d'harmonisation en identifiant les phénomènes de concurrence législative et réglementaire à l'œuvre dans la production du droit communautaire et nous en déduisons certains enjeux pour un fonctionnement efficace de l'appareil institutionnel européen.

1. Introduction

Dans le précédent chapitre, la réflexion avait porté sur l'analyse d'un modèle de concurrence fiscale et institutionnelle entre des juridictions asymétriques qui, pressées par les forces internationales d'intégration économique, devaient développer des efforts d'attractivité en vue d'assurer leur développement. Les résultats mettaient en lumière l'importance cruciale que revêtait la taille de marché juridictionnelle dans les interactions concurrentielles, en montrant que les collectivités de petite taille étaient susceptibles de pratiquer les dumpings fiscal et tarifaire pour compenser le désavantage que leur conférait leur taille de marché. Ils suggéraient surtout que certaines autres caractéristiques intrinsèques locales, comme l'efficacité publique, pouvaient constituer une arme considérable dans ce contexte de concurrence (Borsi et Pieretti, 2006, Pieretti et *al.*, 2007).

Malgré des résultats intéressants, ce modèle présente des inconvénients et des carences. D'abord, il s'appuie sur un concept d'efficacité publique critiquable à plusieurs égards. Rappelons par exemple que, dans le chapitre en question, le coefficient α_i ($i=H, F$) mesure l'efficacité de la juridiction i dans la production de services publics d'attractivité et l'élaboration de cadres institutionnels favorables à la clientèle. Sa définition mériterait à vrai dire quelques clarifications et approfondissements. En outre, ce coefficient, exogène de surcroît, est supposé favorable au pays le plus petit : « *l'efficacité des juridictions dans la mise en œuvre de cadres institutionnels attractifs est d'autant plus élevée que leur taille est faible* » (Pieretti et *al.*, 2007). La littérature n'est cependant pas claire au point de considérer l'hypothèse comme définitivement pertinente. Une autre hypothèse enfin doit être discutée, à savoir la manière dont les variables de taille et d'efficacité publique s'articulent.

Le contexte mondial de forte intégration alimente des pressions permanentes sur les pays qui les poussent à se concurrencer. Pourtant, en plus de la stricte dimension économique, il convient de souligner la dimension juridique qu'a pris le processus d'intégration, à la fois au niveau international et, plus encore, à l'échelle européenne. Lesdites pressions ont ainsi de plus en plus trait à la nécessité pour les Etats d'adapter leur cadre institutionnel aux nouveaux standards internationaux, lesquels sont en mutation permanente. En l'occurrence, la question de l'adaptation des règles est traitée dans la littérature économique⁴³⁸, le plus souvent au travers des théories évolutionnistes d'inspiration darwinienne (voir par exemple Josselin et Marciano, 2002) et de la théorie des jeux évolutionnaires (Crettez et Deloche, 2005). Les

⁴³⁸ Economie du droit, économie des institutions, économie des choix publics.

dernières réflexions portent sur la qualité des dispositions légales et des institutions au niveau national. Car nombre de courants d'analyse économique montrent à quel point les règles et les cadres normatifs ont une incidence sur les comportements des agents et sur l'efficacité des systèmes économiques locaux (Acemoglu et al., 2001). L'intuition consiste en l'occurrence à analyser le pouvoir d'attractivité économique que les premières confèrent aux secondes. Car de bonnes règles et institutions permettraient une adaptation adéquate dans un environnement mondial fluctuant. De ce point de vue, il est probable que les caractéristiques des juridictions (leurs propriétés intrinsèques) ne soient justement pas sans effet sur leur capacité à produire ces cadres attractifs. On peut par exemple s'interroger « sur le fait de savoir si la taille de l'économie est un atout dans la recherche d'institutions facilement adaptables ». En s'appuyant sur les travaux de Kuznets (1960), Katzenstein (1985) et Streeten (1993), on pourrait répondre intuitivement que la petite taille constitue plutôt un atout dans la recherche de dispositifs consensuels, tandis que les grands pays verraient un plus grand étalement des préférences des citoyens, ce qui rendrait difficile l'évolution du système institutionnel. Toujours est-il que la qualité institutionnelle se traduit par des efforts de production législative et réglementaire de la part des autorités publiques nationales, et surtout par l'avènement de véritables jeux de concurrence institutionnelle.

Pourquoi poser la question de l'adaptation des règles dans le cadre communautaire ? Rappelons que, depuis les années 1950⁴³⁹, le fonctionnement institutionnel de l'espace européen ne cesse de faire débat entre économistes, politistes et juristes⁴⁴⁰. Et pour cause, l'architecture institutionnelle européenne s'est bâtie autour du projet de mise en place du puissant instrument économique qu'est le grand marché (*dimension économique de l'intégration*), lui-même encadré et organisé par un instrument juridique atypique, à savoir le droit communautaire (*dimension juridique de l'intégration*). L'analyse pluridisciplinaire des ressorts de cette intégration multiforme, de ses dynamiques et des logiques qui lui sont sous-jacentes impose de critiquer toute vision réductrice qui consisterait à ne voir dans l'intégration européenne qu'une logique concurrentielle ou qu'une logique de pure harmonisation. L'intégration juridique et institutionnelle « à l'europpéenne » relève au contraire d'un modèle de fédéralisme hybride où s'imbriquent précisément ces deux logiques⁴⁴¹.

⁴³⁹ Cf. les débuts de l'histoire de la construction européenne : Traité CECA (1951), Traité de Rome (1957).

⁴⁴⁰ L'adoption récente du Traité de Lisbonne en décembre 2007 par le Conseil européen ne boucle d'ailleurs pas les discussions sur ce que devrait être l'architecture juridique et institutionnelle de l'UE (cf. l'échec des ratifications néerlandaise et française en 2005, ainsi que l'incertitude du vote négatif de l'Irlande en 2008).

⁴⁴¹ La littérature emploie plusieurs expressions pour rendre compte de ce modèle hybride : par exemple, harmonisation réflexive (Deakin, 2006) ou harmonisation évolutive (Zolynski, 2007).

Plusieurs raisons poussent à considérer le cadre communautaire relativement à la question de l'adaptation des règles. En premier lieu, le cadre juridique européen relève typiquement de la concurrence institutionnelle. Il n'y a qu'à identifier les innombrables marges de manœuvre législatives, réglementaires et administratives au sein de la structure du droit communautaire pour s'en convaincre (voir chapitre 4). Deuxièmement, l'exemple de l'UE est emblématique de la question de l'adaptation des normes nationales à un cadre juridique international. Enfin, le cadre communautaire se prête particulièrement bien à l'analyse des effets des caractéristiques des Etats membres sur les processus concurrentiels ainsi décrits. Ajoutons que la problématique de l'intégration juridique ne se décline pas sous la seule question de l'adaptation des règles, mais aussi sous celle de la détermination des standards internationaux. Car les Etats membres de l'UE, non seulement ont l'obligation de mettre leur cadre national en conformité avec le droit communautaire⁴⁴², mais en plus déterminent de façon collective les normes communautaires : l'enjeu pour les pays qui doivent adapter leur cadre normatif au cadre communautaire ne relève donc pas seulement de la recherche de dispositifs consensuels, mais aussi de la nécessité de produire des dispositifs hautement élaborés, c'est-à-dire caractérisés par un haut degré de technicité juridique qui les rend aptes à répondre à la complexité de l'environnement juridique par des réformes nationales cohérentes. De ce point de vue, l'analyse du droit communautaire est enrichissante.

Dans le chapitre précédent, l'attractivité était définie, soit comme la capacité d'une juridiction d'attirer des consommateurs, soit comme un ensemble de « *conditions d'attractivité d'un site donné envers l'implantation d'activités nouvelles, ainsi que leur maintien* » (Pieretti et al., 2007). Dans la présente mouture, ces dimensions de l'attractivité ne sont pas exclues, mais la notion prend aussi une autre signification qui renvoie à la raison qui conduit les Etats membres à produire des réglementations sous l'impulsion communautaire. Tout comme dans la modélisation précédente, les juridictions sont incitées par l'intégration économique croissante à redoubler d'efforts en matière fiscale et institutionnelle afin de capter les bases fiscales mobiles, ces dernières étant leur source de revenu, et donc de développement économique, les Etats membres sont poussés par la dynamique d'intégration juridique à adapter leur droit interne aux normes communautaires en vue de bénéficier des avantages du grand marché visé par ladite intégration⁴⁴³. Loin de produire un simple effort d'attractivité par quelque levier fiscal ou institutionnel, les juridictions européennes mènent

⁴⁴² Cf. les principes de primauté et d'effets directs du droit communautaire (voir chapitre 1).

⁴⁴³ Il convient de garder à l'esprit que, légalement, les Etats membres de l'UE intègrent leurs droits nationaux en raison des exigences issues des traités européens.

des politiques d'insertion dans le marché unique, d'accompagnement de sa mise en œuvre, dans l'optique que leur propre appareil productif et leurs concitoyens en retirent tous les avantages⁴⁴⁴.

Les enjeux de notre réflexion sont multiples. Il y a d'abord la compréhension du phénomène d'intégration juridique au niveau communautaire au moyen de l'analyse économique, mais aussi l'enjeu de l'attractivité des pays dans un contexte de concurrence institutionnelle, d'autant plus si ces pays sont différents par leurs caractéristiques et que, partant, les pressions concurrentielles qui s'exercent sur eux ne sont pas les mêmes (cf. Mintz et Tulkens, 1986 ; Raspiller, 2005). Il y a par ailleurs la compréhension de la véritable forme, des conditions et des modalités réelles de la concurrence institutionnelle à l'œuvre à travers l'intégration européenne, compréhension qui va au-delà des analyses les plus récentes (Herings et Kanning, 2002 ; Marciano et Josselin, 2002 ; Crettez et Deloche, 2005). Il s'agit aussi de proposer une définition et une « endogénéisation » pertinente de ce qu'il convient d'appeler l'efficacité publique des nations, respectivement leur qualité institutionnelle. Plus largement, notre réflexion fait ressurgir les grands enjeux que les littératures économique et juridique ont mis en lumière ces dernières années par rapport aux questions liées au fédéralisme européen, à savoir l'amélioration de la législation communautaire⁴⁴⁵, une meilleure gouvernance à l'échelle communautaire⁴⁴⁶, plus d'efficacité et de compétitivité de l'appareil de production européen ou la bonne application du droit communautaire aux échelons nationaux, notamment en matière de transposition des directives⁴⁴⁷.

De ces enjeux émerge la problématique suivante : dans un contexte d'intégration juridique inhérente aux dynamiques du droit communautaire, les Etats membres de l'UE, dans le cadre de la transposition législative, sont engagés dans une double concurrence institutionnelle, avec des armes qui dépendent principalement de leurs caractéristiques intrinsèques. C'est en fonction de ces caractéristiques qu'ils peuvent développer des qualités d'ordre institutionnel, que ce soit dans les étapes de négociation du droit communautaire ou de transposition de ce droit dans leur ordre juridique national. Au regard de ces éléments, on peut mesurer dans quelle mesure la taille et l'efficacité publique constituent pour un Etat des armes efficaces pour faire face à la compétition (institutionnelle) internationale.

⁴⁴⁴ Voir la description de Fontagné et Freudenberg (1999) des avantages procurés par le marché unique (économies d'échelle, accroissement des effets de concurrence,...).

⁴⁴⁵ Voir les conclusions du Conseil européen d'Edimbourg (1992).

⁴⁴⁶ Cf. Stratégie de Lisbonne.

⁴⁴⁷ Zolynski (2007).

En rappelant qu'il est coutume de considérer que le processus d'harmonisation⁴⁴⁸ consiste en la fixation, de la part des pouvoirs publics européens, d'une norme⁴⁴⁹ à laquelle les Etats membres doivent le cas échéant s'adapter (Zolynski, 2007), il conviendra de répondre à la question en distinguant, dans l'élaboration du droit communautaire, une première étape de concurrence législative, au cours de laquelle est négociée la norme communautaire et où la taille de l'Etat membre s'avère jouer un rôle déterminant, et une seconde phase de concurrence réglementaire dont l'enjeu pour les Etats est d'adapter leur droit interne à la norme précitée, et ceci conformément aux exigences communautaires ; au cours de cette étape, la taille revêt encore une grande importance dans la mesure où elle s'articule avec l'efficacité publique pour devenir le cas échéant une arme efficace dans la concurrence institutionnelle.

2. Concurrence législative : pouvoir de négociation et rôle de la taille

L'élaboration du cadre communautaire, notamment du droit dérivé, est le fruit d'interactions de nature intergouvernementale entre les Etats membres de l'UE, et ceci en dépit de l'image très fédérale de l'appareil public européen (section 1). La gouvernance communautaire est de fait une gouvernance de négociation (section 2) qui conditionne donc l'existence de jeux concurrentiels où les pouvoirs de négociation sont pour les Etats membres des armes dans la compétition législative. Or, ces pouvoirs sont fonctions des caractéristiques intrinsèques des pays, en particulier de leur taille démographique (section 3).

Section 1 – Caractère intergouvernemental de la production législative européenne

L'analyse du processus d'élaboration du droit communautaire requiert de s'appuyer sur des concepts et notions juridiques clairs. A l'instar de Nabli (2007), commençons par noter que la

⁴⁴⁸ On considèrera la stratégie d'intégration comme s'apparentant le plus souvent à de l'harmonisation juridique par transposition des normes communautaires (cf. chapitre 3).

⁴⁴⁹ Dans un souci de simplification, mais conscients des nuances juridiques entre tous ces instruments juridiques, nous parlerons indifféremment de normes, règles, dispositions ou cadres normatifs.

fonction de production du droit communautaire, c'est-à-dire « *l'ensemble des actes juridiques et matériels pris par les organes étatiques et contribuant à l'expression de la volonté de l'Etat membre dans les procédures de production du droit communautaire* », incombe aux institutions communautaires, mais aussi et en premier lieu aux Etats membres.

Au sens de la théorie du droit, ladite fonction traduit une volonté de ces Etats à la « *formation de la volonté de la Communauté* » et s'exerce sur les deux dimensions du droit communautaire, selon qu'il s'agisse du droit primaire ou dérivé. Concernant le premier, il faut rappeler que les Etats membres disposent du *treaty making power* (Lambers, 1961) et sont à ce titre, et conformément au droit international, les maîtres des traités (en matière communautaire). De ce point de vue, les Communauté et Union européennes tirent toutes leurs compétences des traités négociés par les Etats membres. De même, toute révision des traités ne peut résulter que d'un accord unanime des gouvernements des pays de l'UE, en raison du respect du principe de souveraineté de l'Etat. Le droit primaire peut donc clairement être imputé aux Etats, tandis que la logique intergouvernementale semble moins évidente s'agissant du droit dérivé. En la matière, il est vrai que les actes juridiques et administratifs peuvent être pris de façon unilatérale par les institutions communautaires et « obliger » les Etats membres. Ainsi, les actes issus du droit dérivé ne sont théoriquement pas imputables à la volonté directe des pays membres de l'UE, mais aux institutions communautaires fédérales qui expriment l'intérêt général de l'ensemble de l'Union. Toujours de façon théorique, le principe d'autonomie institutionnelle⁴⁵⁰ fait du Conseil des ministres un organe institutionnel strictement distinct de la somme de ses membres constitutifs. Il ne représente donc pas la somme des intérêts individuels des Etats membres qui y siègent par le biais de leurs représentants, mais bien l'intérêt général communautaire.

Pour autant, malgré sa visée fédérale, « *la méthode communautaire*⁴⁵¹ *n'invalide pas toute logique intergouvernementale* » (Nabli, 2007). Pour sa plus grande part⁴⁵², le droit dérivé relève d'un « *processus de négociation internationale, malgré la fiction de la théorie qui oppose le caractère d'intégration de la Communauté au caractère intergouvernemental d'autres organisations internationales* » (Ziller, 1993). Autrement dit, le droit dérivé

⁴⁵⁰ Cf. CJCE, 18 fév. 1970, *Commission c/ République italienne*, aff. 38/69, *Rec.* p. 47, point 11 : « *on ne saurait qualifier d'accord international un acte qui est caractérisé comme décision communautaire tant par son objet que par le cadre institutionnel à l'intérieur duquel il a été élaboré* ».

⁴⁵¹ Ce terme désigne le processus de décision de l'UE dans le cadre du premier pilier. Ce processus comprend le droit (monopole) d'initiative de la Commission, le principe de majorité qualifiée du Conseil, la codécision entre le Conseil et le Parlement, ainsi que le contrôle de la CJCE.

⁴⁵² Si l'on excepte certains domaines juridiques sensibles qui sont soumis au principe d'unanimité (exemple de la fiscalité).

constitue un ensemble d'actes dérivés qui sont le fruit de négociations et de compromis entre les intérêts des Etats membres et les intérêts supranationaux. Les instances communautaires telles que le Conseil des ministres ou le Parlement européens, qui définissent précisément les actes du droit dérivé, sont des cadres institutionnels dans lesquels s'exprime la volonté des individualités étatiques. Nabli (2007) souligne d'ailleurs la nature conventionnelle de ces actes juridiques et administratifs. La logique intergouvernementale semble donc conditionner un jeu institutionnalisé de négociation entre les pays membres de l'UE. Or, la théorie économique a toutes les raisons de lire ce jeu comme un jeu concurrentiel car il met en lumière des rapports de forces entre Etats.

Revenant à la description des processus de négociation inhérents à la phase de concurrence législative, il importe de montrer d'abord que la logique de négociation de cette première étape concurrentielle découle directement de la structure de gouvernance communautaire, ce qui permet ensuite de comprendre l'enjeu pour les pays de bénéficier d'un important pouvoir de négociation, ce dernier étant la résultante à la fois des caractéristiques intrinsèques des juridictions (leurs propriétés) et de diverses conditions économiques et institutionnelles.

Section 2 – Gouvernance communautaire et logique de négociation

Notre analyse se place sur le terrain de la production de droit communautaire dérivé. Nous avons montré à quel point la logique concurrentielle semblait prévaloir au regard de l'existence de nombreuses marges de manœuvre institutionnelles, non seulement au sein de la structure de la mécanique communautaire (triangle institutionnel), mais aussi dans le processus de décision européen. Il importe à cet égard de décrire ce processus afin d'en cerner les jeux d'influence et les logiques de négociation.

La détermination des dispositions communautaires (par exemple sous la forme d'une directive) relève d'un véritable système de production normative. Toute norme communautaire fait suite à une série de discussions qui découlent de forums et de réseaux d'échanges institutionnels où politiques, techniciens du droit ou des domaines concernés, acteurs et supports légaux se mélangent pour former des flux d'informations juridiques formalisées de manière cohérente et logique. De ce point de vue, tous les acteurs du

changement institutionnel sont enclins à la vigilance dans tout exercice de réforme : il y va de leur capacité à influencer sur l'élaboration desdites dispositions.

Le processus d'élaboration, au sens strict, des normes européennes comprend « grosso modo » trois étapes⁴⁵³ qui sont l'initiative de la norme par la Commission, puis l'élaboration de la position de l'Etat membre par le gouvernement national et enfin les négociations communautaires. S'agissant de la première, il revient à la Commission de rédiger une proposition de texte, laquelle fera l'objet de débats et conditionnera de la sorte les influences des acteurs institutionnels intéressés⁴⁵⁴. Les premières moutures de textes sont à vrai dire issues de consultations de la part de la direction générale⁴⁵⁵ concernée vis-à-vis des ministères en charge du domaine juridique en question, puis elles sont transmises aux autres directions générales pour consultations complémentaires⁴⁵⁶. On comprend dès lors que des phénomènes concurrentiels puissent advenir à travers les avis rendus par ces différentes directions⁴⁵⁷. Les marges de manœuvre sont particulièrement visibles dans le cas des avis négatifs où l'absence d'accord génère une procédure orale sous la forme d'une réunion, laquelle fait se confronter de multiples intérêts, en termes de personnes (les chefs de cabinet nationaux concernés), en termes de directions générales ou en termes d'Etats membres. D'autres sessions peuvent elles aussi être le théâtre de jeux d'influence internes, comme les réunions entre commissaires, selon les mêmes logiques que précédemment décrit. De manière générale, la Commission fixe des programmes de travail relatifs à la législature communautaire et met en œuvre des procédures de consultations publiques⁴⁵⁸. Comme le résume le *Rapport public 2007* du Conseil d'Etat (français), « *la phase de la préparation des réformes fait l'objet d'une attention toute particulière de certains Etats membres qui mobilisent l'ensemble de leurs réseaux au sein de la Commission pour intervenir dès cette étape, avant même que la*

⁴⁵³ Dans une définition plus large, il convient sans doute de citer une quatrième étape, en amont de l'initiative de la Commission, qui donne lieu à des échanges et des réflexions et où s'opèrent déjà des jeux d'influence. Cette étape laisse la place à ce que l'on peut appeler des « ballons d'essai » à travers l'usage des outils juridiques décrits notamment dans le chapitre 2 (livres verts, livres blancs, recommandations...).

⁴⁵⁴ Les premiers sont la plupart du temps les Etats membres eux-mêmes et le Parlement européen. Par conséquent, on comprend que la véritable initiative de production de dispositions communautaires relève de demandes directes des pays de l'UE et comporte donc intrinsèquement des logiques concurrentielles inhérentes aux positions politiques diverses desdits pays.

⁴⁵⁵ Pour une définition, voir par exemple Jacqué (2006).

⁴⁵⁶ Chaque domaine de réforme juridique est « nécessairement à l'intersection des champs de compétences de plusieurs directions générales » (Frison-Roche, 2007).

⁴⁵⁷ Les avis peuvent être favorables, suspensifs ou négatifs.

⁴⁵⁸ Citons par exemple les Livres verts, que la Commission définit comme des « documents de réflexion publiés par (elle) sur un domaine politique spécifique (...), avant tout (...) destinés aux parties concernées – organismes et particuliers – qui sont invités à participer au processus de consultation et de débat. Dans certains cas, ils sont à l'origine de développements législatifs ultérieurs ». La Commission fait aussi usage des Livres blancs qui, « tandis que les Livres verts exposent un éventail d'idées à des fins de débats publics, (...) contiennent un ensemble officiel de propositions, dans des domaines politiques spécifiques, et constituent l'instrument de leur mise au point » (définitions de la Commission elle-même).

proposition ne soit formalisée (...). Les consultations diverses (...) sont en effet suivies d'une série d'étapes internes à la Commission, notamment de débats entre les différentes directions générales concernées, de l'arbitrage du secrétaire général et de l'avis obligatoire de la direction des services juridiques. Ces phases successives donnent lieu à des stratégies d'influence menées non seulement par les groupes de pression les plus divers, mais également par les fonctionnaires et les décideurs politiques des pays les plus actifs ». Restent d'autres pratiques consultatives qui conditionnent grandement des influences politiques et réciproques entre les acteurs administratifs et institutionnels nationaux, pratiques parmi lesquelles il importe de citer les consultations auprès du Comité économique et social européen (CESE) représentatif de la société civile⁴⁵⁹, les consultations auprès du Comité des Régions (CdR) qui exprime le point de vue des collectivités territoriales⁴⁶⁰, ainsi que les sollicitations auprès des partenaires sociaux européens quant aux questions qui les intéressent. Il convient de préciser que ces derniers acteurs institutionnels ne sont pas directement associés à toutes les productions législatives.

En plus de l'action des acteurs institutionnels en termes d'influence sur les projets de réforme législative communautaire, il faut citer l'importance de l'action des lobbies et des groupes d'intérêt dans l'élaboration des contenus normatifs à portée européenne. Le *Rapport public 2007* du Conseil d'Etat français décrit la forme que prend la participation de ces groupes à la production législative de l'UE. Rappelons que le lobbying communautaire s'organise via divers groupes d'intérêt, ces derniers représentant les entreprises⁴⁶¹, les organisations syndicales⁴⁶², les collectivités territoriales, les institutions de réflexion indépendantes⁴⁶³, les médias ou les consommateurs. Au-delà de l'enjeu crucial de l'amélioration de la transparence en matière de lobbying européen (Frison-Roche, 2007),

⁴⁵⁹ Sans décrire de façon exhaustive le fonctionnement du CESE, il convient de noter que sa structure est représentative des 27 membres du Conseil de l'UE, ces derniers statuant à la majorité qualifiée. Selon l'article 257 du TCE, les conseillers représentent les « *différentes composantes à caractère économique et social de la société civile organisée, notamment des producteurs, agriculteurs, transporteurs, travailleurs, négociants et artisans, professions libérales, consommateurs et des représentants de l'intérêt général* ». A travers ses fonctions de conseil auprès des institutions du triangle communautaire, on peut imaginer les jeux d'influence que cet organe favorise par lui-même, à l'instar des institutions décrites précédemment.

⁴⁶⁰ Au-delà de ses fondements communautaires (articles 263 à 265 du TCE), soulignons que le CdR émet quatre types d'actes administratifs et juridiques que sont les avis, les résolutions, les rapports de prospective et d'impact, ainsi que des études d'expertise (voir Frison-Roche, 2007). De ce point de vue, cet organe participe aux débats et aux jeux d'influence inhérents aux réformes institutionnelles communautaires.

⁴⁶¹ Il convient de citer le Cercle des délégués permanents qui regroupe plus de 150 lobbyistes français auprès de la Représentation permanente française de l'UE.

⁴⁶² Cf. la Confédération européenne des syndicats, aux travaux de laquelle participent cinq centrales syndicales françaises par exemple.

⁴⁶³ L'association « Notre Europe » a mené en 2004 une étude sur les *Euro think tanks*, ces groupes de réflexion « *qui se consacrent à la recherche indépendante et à la formulation de propositions de politiques publiques innovantes* ».

force est d'observer que les groupes de pression interviennent tout au long du processus normatif communautaire, dès le stade de l'initiative, jusqu'à l'exécution des dispositions communautaires au niveau national. Ainsi, les acteurs institutionnels précités sont sollicités par consultation des institutions communautaires (en particulier la Commission). Les consultations peuvent suivre des procédures formelles (comités consultatifs, groupes d'experts) ou informelles (par l'intermédiaire par exemple du Groupe de contact de la société civile). En tout état de cause, les actions de lobbying sont menées au cours de l'examen de la proposition de texte communautaire, directement auprès des institutions communautaires et de leurs composantes. L'influence de la société civile peut aussi se concrétiser par une action de production normative, que celle-ci prenne la forme d'accords entre les partenaires sociaux ou de codes de conduite (autorégulation), ou encore d'accords négociés de co-régulation. L'action normative des groupes d'intérêt peut aussi s'opérer sous la forme d'évaluation des normes communautaires et de contrôle de leur application. Certains acteurs institutionnels et économiques signalent en effet les difficultés que le non respect du droit dérivé fait peser. Ces initiatives à caractère informatif, notamment auprès de la Commission, peuvent prendre un caractère judiciaire s'il s'agit de solliciter l'action de la CJCE ; dans tous les cas, elles sont de nature à sensibiliser les acteurs communautaires et les agents économiques et, partant, à inciter l'appareil administratif à (se) réformer.

A travers les maintes stratégies d'influence qui s'y déroulent, l'étape d'initiative de la Commission justifie donc l'analyse concurrentielle de l'élaboration du cadre communautaire, à l'instar de la phase d'élaboration de la position de l'Etat membre par le gouvernement national, phase au cours de laquelle émergent nombre de jeux de concurrence, entre acteurs nationaux, ministériels et politiques (cf. chapitre 3).

La troisième étape de l'élaboration « stricte » de la norme communautaire relève de la négociation entre Etats membres au sein des instances de l'UE. Comme le souligne Nabli (2007), « *le Conseil des ministres fait le plus souvent office de simple conférence intergouvernementale : ses membres agissent d'abord en tant que mandataires de leurs gouvernements respectifs dont ils s'attachent à défendre l'intérêt individuel étatique (...). Au sein du Conseil et de ses organes (...), la représentation de l'Etat membre est le fait du gouvernement et des fonctionnaires qui agissent sous son autorité (...). Les représentants de l'Etat membre ont la charge de défendre l'intérêt national, la position nationale dans les négociations communautaires sur la proposition d'acte dérivé* ». Ainsi, une fois les positions nationales définies au niveau des ministères et de leurs cellules spécialisées débute la phase de

négociation dans le cadre des réunions du Conseil. Il convient de distinguer, dans cet exercice de confrontation interétatique, deux types de négociations : celles menées par les fonctionnaires de la Représentation permanente et celles conduites par les fonctionnaires des ministères concernés par les réformes. Les premières sont d'ordre technique et ont lieu au sein de groupes de travail du Conseil. Elles marquent le point de départ des discussions de compromis et voient la présentation des différentes positions nationales. Il s'agit notamment pour les agents de la Représentation permanente de « *traduire les instructions nationales en positions négociables. Mais le caractère essentiellement technique des questions soulevées par les propositions de la Commission implique la venue à Bruxelles de nombreux fonctionnaires nationaux, d'experts issus des administrations centrales* » (Doutriaux et Lequesne, 2005 ; Nabli, 2007). Les groupes de travail sont l'occasion de créer les contacts entre fonctionnaires nationaux et communautaires et de confronter les positions respectives des acteurs institutionnels. Les discussions peuvent aboutir à des accords, non encore formellement arrêtés, mais au moins sur le contenu des propositions de la Commission.

S'agissant du second type de négociation menée au sein du Comité des Représentants permanents des Etats membres (COREPER), il convient de noter deux niveaux de configuration des travaux de cette quasi-institution⁴⁶⁴, à savoir le « COREPER I » où sont préparés les travaux de la plupart des Conseils dits spécialisés (selon les domaines ministériels) et où le processus législatif débute véritablement, et le « COREPER II » où sont tranchées « *les questions moins techniques, de nature institutionnelle ou politique* » (Nabli, 2007). Toutes les propositions de la Commission sont traitées lors de débats avec le COREPER, puis classées selon qu'elles ont en définitive fait l'objet de consensus ou pas. Même si le Conseil valide automatiquement les propositions consensuelles, et ceci dans la grande majorité des propositions, nombre de ces dernières ont toutefois fait l'objet de discussions à maintes reprises entre les représentants des gouvernements, en particulier « *dans le cadre de réunions officieuses* » (Nabli, 2007). C'est en cela que le Conseil européen n'est jamais « *juridiquement départi de son pouvoir de décision* » (Rigaux, 1993).

Quid de la négociation à travers l'exercice de la fonction législative de l'Union par le Conseil des ministres ? Le Conseil détermine collectivement les normes européennes et

⁴⁶⁴ D'aucun parlent de la « cinquième institution de la Communauté ». Pour autant, le COREPER n'est pas une institution de l'UE au sens strict (Dewost, 1980 ; Hayes-Renshaw et al., 1989).

exerce à ce titre une fonction législative, dans le cadre de laquelle les ministres nationaux⁴⁶⁵ « font œuvre de législateur en approuvant, avec ou sans codécision du Parlement européen, les propositions législatives de la Commission » (Blumann et Dubouis, 2004). Car même s'il n'existe pas de « fonction législative » clairement définie dans les traités européens (Kovar, 1964), la construction communautaire a consacré, par l'intermédiaire notamment des arrêts rendus par la CJCE, les concepts de « système législatif du traité⁴⁶⁶ », de « législateur communautaire⁴⁶⁷ » ou de « processus législatif communautaire⁴⁶⁸ ». Selon Blumann, la doctrine parle volontiers de procédures législatives et de fonction législative communautaire. Cette dernière revient en grande partie au Conseil. En effet, loin d'étouffer la logique intergouvernementale et d'exclure la représentation des intérêts nationaux, la « méthode communautaire » repose sur le rôle central du Conseil des ministres. Blumann rappelle que les représentants nationaux au sein de ladite institution constituent le « législateur de droit commun » et manifestent la dimension intergouvernementale de la production de droit dérivé. Ainsi le résumé Nabli (2007) : le Conseil « constitue une sorte de « législateur gouvernementale plurinationale », qui se caractérise encore par son « rôle décisionnel fondamental » lorsqu'il agit en « qualité de législateur » ». Reste que la fonction législative est complexe du fait des nombreux acteurs institutionnels⁴⁶⁹ qui forment en réalité l'« organe législatif » de l'UE. Le Traité de Lisbonne de 2007 prévoit de simplifier et d'accroître la transparence de ladite fonction, en la confiant à une composante unique du Conseil, appelée « Conseil législatif ».

Section 3 – Pouvoir de négociation des Etats et caractéristiques intrinsèques des juridictions : l'importance de la taille des pays

Après avoir justifié la pertinence d'une analyse concurrentielle de l'élaboration du droit communautaire dérivé dès la phase de définition de la norme communautaire, en montrant que ladite phase est prétexte à l'émergence de nombreux espaces de concurrence inhérents à la logique intergouvernementale et à l'existence de jeux d'influence entre acteurs

⁴⁶⁵ L'article 203 du Traité sur l'UE dispose que les représentants des Etats membres doivent être de niveau ministériel et habilités à engager le gouvernement des pays qu'ils représentent. Par souci de simplification, on évoquera le plus souvent le rôle du ministre.

⁴⁶⁶ CJCE, 17 déc. 1970, *Köster*, aff. 25/70, *Rec. p.* 1161.

⁴⁶⁷ CJCE, 14 juil. 1972, *R.F.A. c/Commission*, aff. C-240/90, *Rec. p.* I-5383.

⁴⁶⁸ CJCE, 5 juil. 1995, *Parlement c/Conseil*, aff. C-621/94, *Rec. p.* I-1827.

⁴⁶⁹ Les sommets du triangle institutionnel et la CJCE, pour ne citer que ces institutions.

institutionnels, de même qu'elle repose sur un jeu de négociation entre les Etats membres, il s'agit maintenant de caractériser le jeu de concurrence à l'œuvre dans l'étape de négociation des dispositions communautaires. A cet égard, nous proposons de caractériser une variable d'asymétrie entre pays qui réponde à la description faite de la première phase d'élaboration du droit dérivé, à savoir un pouvoir de négociation relatif. En justifiant l'hypothèse selon laquelle la taille d'un Etat membre peut avoir des répercussions en termes de pouvoir de négociation dans le cadre communautaire, nous indiquerons comment certains éléments institutionnels spécifiques de la « méthode communautaire » sont de nature à modifier la répartition des pouvoirs de négociation.

Qui dit jeu de négociation implique la définition de joueurs et l'affectation de pouvoirs de négociation entre ces joueurs. Les Etats membres de l'UE, en participant aux Conseils européens, sont engagés dans des jeux de concurrence où l'enjeu consiste à définir de manière collective des positions européennes sous la forme de normes communautaires dont chacun puisse tirer profit⁴⁷⁰. Le pouvoir de négociation de chaque pays résulte sans aucun doute de la combinaison de plusieurs éléments, eux-mêmes inhérents aux caractéristiques intrinsèques du pays en question. Nous proposons pour commencer de faire une hypothèse (certes a priori forte) qui consiste à réduire l'ensemble des propriétés d'un Etat membre de l'UE à sa seule taille de population⁴⁷¹. La gouvernance communautaire étant régie, entre autres, par le principe de proportionnalité, il est à parier que plus un pays est petit, moins il parvient à « se faire entendre » sur la scène (internationale) européenne. C'est d'ailleurs ce que souligne Jacqué (2006) quand il indique qu'« *il n'est pas interdit de penser que l'opinion des grands Etats pèse parfois plus lourd que celle des petits, mais il s'agit d'un fait politique que tous les aménagements juridiques ne pourront empêcher, à moins que l'on ne souhaite instaurer la paralysie dans le fonctionnement de l'Union* ». Cela se traduit par conséquent en termes de pouvoir de négociation : un pays qui représente une importante fraction de la population de l'UE jouit d'un fort pouvoir de négociation. L'histoire de la construction du droit communautaire semble en partie confirmer une corrélation assez élevée entre la taille de la population d'un Etat membre et son influence au sein de l'UE. Pour exemple, l'Allemagne, qui est le plus grand pays européen du point de vue démographique, a aussi réussi la plupart du temps à faire valoir son point de vue politique et économique, y compris et surtout dans le

⁴⁷⁰ Ceci ne va pas à l'encontre de la poursuite collective de l'intérêt général, objectif fixé du reste dans les traités.

⁴⁷¹ Il existe plusieurs façons de définir la taille en analyse économique. Nous choisissons une définition de type « démographique » dans la mesure où nous analysons des processus de nature institutionnelle. Dans d'autres constructions intellectuelles, on pourrait préférer une approche en termes de taille géographique, dans laquelle, par exemple, les enjeux relèveraient de la baisse des coûts de transport sur des distances plus ou moins longues (voir par exemple Combes et al., 2006).

cadre de l'élaboration des traités et du droit dérivé : l'exemple de la monnaie unique le montre. En matière de production normative, les négociations consistent pour chaque pays à défendre ses propres idées de contenus normatifs, le plus souvent sur la base de son propre droit interne. Et pour cause, non seulement, en cas d'harmonisation préétablie, et donc de « victoire » dans la négociation⁴⁷², le coût de mise en conformité du droit national avec le droit dérivé sera d'autant plus faible, mais en plus le résultat favorable de la négociation traduira le poids politique et l'influence du pays au sein de l'Union⁴⁷³. Même si l'hypothèse de caractériser un pays uniquement par sa taille paraît excessive⁴⁷⁴, il n'en reste pas moins qu'on peut tout à fait imaginer un lien direct entre poids démographique et pouvoir d'influence et de négociation au sein des instances communautaires. Pour autant, il convient de nuancer la pertinence de cette hypothèse, eu égard notamment à des éléments de nature institutionnelle et économique.

Certes, on comprend aisément qu'un pays comme la Hongrie, ou plus encore Malte, ne bénéficie pas encore, dans le cadre des négociations communautaires, d'une influence comparable à celle des grands fondateurs européens comme l'Allemagne, l'Italie ou la France. Le poids de la population explique évidemment qu'un pays de 400.000 habitants se fasse moins entendre qu'un autre de 80.000.000, proportion oblige. En revanche, le principe de proportionnalité s'articule avec celui, tout aussi consacré dans le « marbre communautaire », d'égalité. Cet élément est particulièrement visible au regard de la participation des gouvernements nationaux à l'adoption des actes dérivés⁴⁷⁵. Deux droits attirent l'attention de ce point de vue : le droit de veto conféré à chaque Etat membre, quelle que soit sa taille, et le vote à la majorité qualifiée sur nombre de domaines juridiques de négociation. Concernant le premier, il convient de remarquer que le droit communautaire peut permettre à un gouvernement national « *de ne pas exprimer son consentement pour l'adoption de l'acte (dérivé)* » (Nabli, 2007). Et le juriste d'ajouter que, même si la tendance est au recul de la règle d'unanimité⁴⁷⁶, « *le Conseil connaît encore des domaines sensibles où ce principe rigoureux prévaut* ». Mais le droit de veto garde une certaine actualité à travers l'application

⁴⁷² On suppose en effet que l'objectif de base de la négociation est de s'accorder collectivement sur des dispositions communautaires les plus proches de ses propres dispositions nationales (cf. Zolynski, 2007).

⁴⁷³ Autant les « grands pays » sont ceux pour lesquels le Conseil et les institutions communautaires sont les plus magnanimes quand les premiers ne respectent pas par exemple les exigences du Pacte de stabilité et de croissance, autant les institutions européennes n'hésitent pas à réprimander les petits si ces derniers imitent leurs grands partenaires.

⁴⁷⁴ Comme de nombreuses hypothèses soutenues en matière d'analyse économique.

⁴⁷⁵ Nous invoquons ici la théorie réaliste de l'organe (voir Nabli, 2007).

⁴⁷⁶ Cf. nouvelle clause « passerelle » inscrite dans le Traité de Lisbonne (2007).

du « compromis de Luxembourg⁴⁷⁷ » (1966) qui incite les négociations à aboutir à des consensus unanimes. Si chaque gouvernement national a le pouvoir de maintenir la « menace » d'un veto, ou si plus largement sa voix manque à une unanimité, on comprend que le pouvoir de négociation, même s'il dépend d'une capacité de l'Etat à influencer ses partenaires (rôle du poids démographique), s'en trouve « redistribué ». Partant, des petits pays sont susceptibles d'être entendus et de véritablement peser dans les négociations européennes. C'est ainsi que des pays comme la Belgique ou les Pays-Bas, qui sont certes petits relativement aux géants⁴⁷⁸ allemand et espagnol, disposent malgré tout d'un crédit non négligeable sur la scène politique communautaire. Le vote à la majorité qualifiée viendrait quant à lui restreindre le pouvoir de négociation que la règle de l'unanimité confère, en particulier aux petits Etats. En effet, le principe d'égalité invoqué précédemment n'empêche pas la différenciation parmi les Etats membres (Burgogue-Larsen, 2004). Selon Nabli (2007), en effet, « *le nombre d'Etats membres impose la prise en compte des critères démographiques et géographiques. Conformément à la double légitimité de l'Union, la logique interétatique (qui exige la représentation égale des Etats) se concilie avec la logique démocratique (qui requiert une représentation proportionnelle à la population des Etats)* ». En rappelant que la tendance est à l'extension de la majorité qualifiée⁴⁷⁹, et ce en dépit d'une pratique qui consiste le plus souvent à chercher des solutions de consensus, il importe de noter que ledit principe de majorité s'accompagne d'un système de pondération des voix au sein du Conseil. Nabli (2007) ajoute que « *la complexité du système ne permet pas de restituer rationnellement le poids réel de chaque Etat* ». Il témoigne ainsi des enjeux importants en terme institutionnel de « *l'équilibre du pouvoir entre les Etats membres* » et de « *représentation effective* ». En tout état de cause, si la gouvernance européenne se rapproche du principe de proportionnalité en répondant à l'exigence démocratique évoquée précédemment, alors les raisons se confirment de lier l'influence et le pouvoir de négociation à certaines caractéristiques intrinsèques des Etats membres, a fortiori la taille de population⁴⁸⁰.

Elle conduit à rappeler que la fonction de production du droit communautaire incombe aux Etats membres, au point qu'il est fondé de formuler une analyse qui privilégie une logique intergouvernementale de concurrence institutionnelle. Celle-ci se justifie en effet par

⁴⁷⁷ IXe Rapport général sur l'activité de la Communauté économique européenne, 1965-1966, p.34 et s.

⁴⁷⁸ Il ne s'agit là que d'une image !

⁴⁷⁹ Voir Traité de Rome (2005), article IV-7 bis. Cet article apparaît dans le Traité de Lisbonne (2007).

⁴⁸⁰ Il importe néanmoins de nuancer le propos en gardant à l'esprit que la littérature identifie d'autres éléments d'asymétrie que la seule taille, lesquels peuvent influencer sur le pouvoir de négociation des pays : par exemple, le niveau de vie et les performances économiques d'un petit Etat membre de l'UE sont de nature à lui donner du crédit sur la scène communautaire (cf. le Grand-Duché de Luxembourg).

l'existence de marges de manœuvre juridiques et institutionnelles qui sont liées à la gouvernance communautaire et à ses logiques de négociation qui rendent opérantes diverses forces de concurrence dans les processus institutionnels communautaires. Sur la base de ces marges, il est possible de décrire nombre de jeux d'influence qui s'exercent entre organes institutionnels nationaux et font de la première étape d'élaboration du droit communautaire, en l'espèce la négociation des normes communautaires, une étape de concurrence interjuridictionnelle conditionnée principalement par une asymétrie des régions en termes de pouvoir de négociation, laquelle n'est pas étrangère à l'asymétrie des pays de l'UE du point de vue de la taille de population. Néanmoins, les enjeux de l'élaboration du droit communautaire ne résident pas seulement dans la première étape de négociation des normes supranationales. Ils relèvent aussi (et peut-être surtout) de la phase d'adaptation des droits nationaux aux dispositions européennes, phase au cours de laquelle s'opère là encore un jeu de nature concurrentielle.

3. Concurrence réglementaire : efficacité publique et enjeu communautaire de « mise en conformité »

Après l'étape de négociation des règles au niveau européen, au cours de laquelle s'opère une concurrence législative, une seconde étape se déroule sur fond de concurrence réglementaire, l'enjeu étant pour les Etats de transcrire dans leur droit interne les dispositions négociées, conformément aux exigences communautaires. Plus que la taille seule cette fois-ci, c'est la manière dont celle-ci s'articule avec l'efficacité institutionnelle nationale qui va déterminer la nature de la concurrence institutionnelle à l'œuvre dans le processus d'intégration juridique européenne. Rappelons à ce stade de l'analyse les motivations premières de ce chapitre. D'abord, il s'agit de définir un concept pertinent d'efficacité publique d'ordre institutionnel (*efficacité institutionnelle*), en permettant notamment d'« endogénéiser » une variable d'efficacité publique (section 1). Il s'agit ensuite d'exposer les modalités de la concurrence réglementaire à l'œuvre dans la phase de transposition des règles communautaires aux niveaux nationaux (section 2), pour enfin expliciter la manière dont les caractéristiques locales de taille et d'efficacité institutionnelle peuvent s'articuler et conditionner ainsi la concurrence institutionnelle entre juridictions (section 3).

Section 1 – Concepts et ingrédients

Dans le premier modèle (chapitre précédent) était définie une variable d'efficacité publique qui « intervenait » dans l'effort public d'attractivité. Dans la présente contribution, l'efficacité dans la production normative est entendue au sens administratif et réglementaire. Elle traduit entre autres la capacité d'un appareil administratif national à adapter les règles locales aux pressions internationales (règles de droit international ou normes communautaires). Pour rappel, d'après les intuitions économiques les plus récentes sur l'adaptation des règles, de « bonnes » règles et des institutions « de qualité » sont de nature à garantir une adaptation adéquate du cadre juridique et réglementaire local à l'environnement mondial fluctuant. Or, l'on peut s'interroger aussi sur la relation entre la taille des pays et les incitations que ces derniers ont à produire un cadre institutionnel de qualité, en répondant intuitivement⁴⁸¹ que la petite taille constitue plutôt un atout dans la recherche de dispositifs consensuels, tandis que les grands pays verraient un plus grand étalement des préférences de leurs citoyens, ce qui rendrait plus difficile toute transformation et adaptation de leur propre système institutionnel. L'enjeu d'adaptation des règles à l'environnement communautaire relève-t-il pour autant de la seule propriété des Etats à rechercher des dispositifs consensuels ? Nous ne le croyons pas et, de ce point de vue, l'analyse juridique de la transposition des directives peut aider à compléter la réflexion. La transposition des directives est en effet un cadre qui correspond particulièrement à la problématique posée en l'espèce : elle comprend deux phases, chacune caractérisée par des enjeux clairement identifiés par la science juridique, ainsi que par l'existence de marges de manœuvre institutionnelles qui rendent possible l'expression de dynamiques concurrentielles, à la fois législatives et réglementaires.

Tout comme dans la phase législative, la logique intergouvernementale prévaut au cours de l'étape réglementaire en raison de l'existence de marges de liberté laissées aux Etats membres dans leur exercice d'élaboration de la norme communautaire, précisément au moment où ils doivent transcrire le droit dérivé dans le droit interne. Ces marges sont définies selon les exigences communautaires et découlent du respect de l'obligation de transposition⁴⁸². Il est donc possible d'identifier et de mesurer l'étendue des espaces de liberté qui s'offrent à l'action institutionnelle et administrative des pays de l'UE sur la base de cette obligation. Les marges sont d'abord définies selon la nature de l'obligation, laquelle dépend

⁴⁸¹ Voir Kuznets (1960), Katzenstein (1985) et Streeten (1993).

⁴⁸² La doctrine définit cette obligation comme une obligation de résultat (Pescatore, 1980). Elle consiste pour les Etats membres en une obligation de faire, c'est-à-dire qu'il leur incombe de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le plein effet des directives dans leur ordre juridique national.

elle-même du degré d'harmonisation poursuivi : si le droit communautaire ne décrit que des objectifs, alors les Etats membres ne sont tenus que par une « *obligation de compatibilité* » de leur droit aux dispositions communautaires, étant par ailleurs libres dans la détermination des moyens pour atteindre les objectifs. En l'espèce, les marges peuvent être grandes (cas d'une liberté normative encadrée). Si, au contraire, les termes du droit dérivé définissent à la fois les objectifs et les moyens pour les atteindre, alors les Etats sont appelés à une « *obligation de conformité* » et les marges sont inexistantes (absence de liberté normative). D'un point de vue théorique, « *les Etats membres sont tenus de transposer la directive, rien que la directive et toute la directive* » (Simon, 1998). Il n'est donc pas question de s'écarter du strict respect des prescriptions communautaires. Pour autant, Nabli (2007) note que « *certaines directives contiennent des clauses autorisant les Etats membres à dépasser le niveau de protection résultant de l'application des dispositions communautaires. Il résulte de l'insertion de ces clauses dites « minimales » que les dispositions auxquelles elles trouvent à s'appliquer poursuivent une harmonisation a minima au-delà de laquelle les Etats membres retrouvent leur compétence pour exercer leur liberté normative* ». Il existe donc, dans le cas où la finalité politique du droit dérivé est d'accroître le niveau de protection des sujets du droit, des marges dans l'exercice d'adaptation des normes communautaires au niveau national⁴⁸³. Notons que ces marges sont contenues ou suggérées dans les clauses « *minimales* », soit que celles-ci prévoient la possibilité pour les Etats d'étendre ladite protection en complétant les dispositions de la directive au moment de la transposition, soit qu'elles autorisent explicitement les législateurs nationaux à modifier le contenu des dispositions communautaires dans le sens de davantage de protection recherchée. Somme toute, les marges de manœuvre d'ordre institutionnel sont présentes au regard de la phase d'élaboration au niveau national des règles de droit interne et dépendent des termes de l'obligation de transposition, c'est-à-dire l'obligation de respecter les prescriptions du droit dérivé et l'habilitation éventuelle de modifier son contenu normatif.

La description du processus de transposition de directives⁴⁸⁴ permet de mettre à jour les deux enjeux majeurs de l'exercice de mise en conformité du droit national⁴⁸⁵ par rapport au droit communautaire : le respect des exigences communautaires et l'intégration cohérente des normes européennes (Zolynski, 2007). La notion d'« *exigences communautaires* »

⁴⁸³ Ces marges peuvent consister à aller au-delà des dispositions communautaires d'une directive en termes de niveau de sanction. Citons en exemple que la transcription de la directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle autorise l'ajout de sanctions pénales aux sanctions « harmonisées ».

⁴⁸⁴ Voir chapitre 2.

⁴⁸⁵ La notion de mise en conformité du droit national renvoie directement à l'exercice de transposition des directives et, plus largement, au mouvement d'harmonisation et d'intégration des droits nationaux.

apparaît dans l'article 249 du TCE : « *la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». A travers lui s'affirme la dialectique que revêt la transposition des normes communautaires, avec d'un côté, l'existence d'une marge d'appréciation des pays membres de l'UE lorsqu'il leur revient de mettre en œuvre la norme européenne dans leur propre droit national, et de l'autre, le fait que cette marge n'implique pas pour autant que les pays se soustraient de leur obligation d'atteindre les résultats prescrits par ladite norme. Les exigences communautaires renvoient précisément à l'ensemble des effets obligatoires ainsi décrits. En réalité, elles n'apparaissent pas clairement aux yeux des Etats membres qui, selon Zolynski (2007), sont tenus de les identifier en produisant un « *effort de systématisation* ». Celui-ci comprend un exercice de détermination du « *degré d'harmonisation poursuivi par la disposition communautaire à transposer* », ainsi qu'un exercice de mise en conformité avec l'obligation intrinsèque à la directive. Dans sa *Méthode de transposition des directives communautaires*⁴⁸⁶, l'auteur définit lesdites exigences à travers trois étapes qui sont la définition du degré d'harmonisation, la comparaison entre les contenus normatifs des dispositions nationale et communautaire, et enfin la caractérisation de l'obligation de transposition. La première de ces étapes s'opère en identifiant des critères élémentaires (choix de l'instrument normatif, identification des formules dites spécifiques,...), mais aussi des critères relatifs au propre contenu normatif des dispositions, lesquels critères appellent à une analyse formelle et une analyse finaliste⁴⁸⁷. Pour Zolynski (2007), « *c'est bien l'ensemble de ces critères qu'il convient de prendre en compte afin de déterminer précisément le degré d'harmonisation poursuivi par une disposition communautaire avant de la transposer dans l'ordre interne ; c'est à cette seule condition que la transposition sera réalisée conformément aux exigences communautaires* ». Définir les exigences communautaires requiert de comparer dans une deuxième étape le contenu normatif de la disposition à transposer au droit interne préexistant, de sorte que plus la disposition communautaire est étrangère au droit national et plus il importe de modifier ce droit pour intégrer ladite disposition. Zolynski (2007) décrit parfaitement cette idée : « *la nouveauté de la norme communautaire eu égard à l'état du droit interne préexistant fait naître l'exigence de transposition dans la mesure où, si elle est constatée, le droit interne doit être modifié afin d'assurer la mise en œuvre de la directive. (...) Cette nouveauté (...) s'apprécie en comparant ces deux normes (communautaire et nationale). Or, la simplicité de l'opération est trompeuse. Tout d'abord parce que le droit communautaire est un droit autonome (...). Ensuite parce que la norme communautaire peut*

⁴⁸⁶ Titre de la thèse de Zolynski (2007).

⁴⁸⁷ Voir Zolynski (2007) – chapitre 1.

évoluer dans le temps ». Du point de vue de l'analyse économique, il est aisé de considérer la « nouveauté » comme la manifestation d'un état de différenciation entre deux normes, l'une interne et l'autre communautaire. En d'autres termes, on peut imaginer un segment dont les extrémités sont deux normes et dont la longueur exprime le caractère différencié présentement décrit. Le sens à donner à cette « représentation graphique » est double : elle traduit en effet à quel point deux dispositions peut différer, mais elle est aussi une façon de représenter l'effort qu'il faut produire pour que ces dispositions se rapprochent, convergent, en somme soient intégrées. Cette représentation semble particulièrement pertinente dans le cadre de la transposition des directives puisque qu'elle renvoie à deux réalités institutionnelles dudit processus. D'un côté, une norme communautaire donne le plus souvent lieu à une obligation de mise en conformité, preuve que les droits nationaux ne sont pas nécessairement transcrits *ex ante* (cas de l'harmonisation préexistante selon Zolynski (2007)). De l'autre, l'harmonisation se traduit aux niveaux nationaux par des efforts publics de transposition, ne serait-ce qu'au regard du fonctionnement administratif qu'implique toute réforme juridique et institutionnelle (par exemple les dépenses de fonctionnement du Parlement). La dernière étape de définition des « exigences communautaires » relève de la caractérisation de l'obligation de transposition. Disons pour résumer que les Etats membres de l'UE sont tenus de garantir la conformité de leur droit national avec les prescriptions communautaires en vue de faire produire à la directive (ou à quelque instrument juridique communautaire) son plein effet dans tout droit interne.

Quid de la notion d'intégration cohérente des normes communautaires ? Comme indiqué précédemment, le processus d'adaptation d'un droit interne au droit communautaire renvoie à deux enjeux qui sont de répondre aux exigences communautaires et d'assurer une intégration (transposition) cohérente de la norme communautaire dans l'ordre national concerné. Deux aspects doivent être pris en considération : la forme et le fond. La première renvoie au type d'instrument de transposition mis en œuvre (législative ou jurisprudentielle), tandis que la seconde a trait à la formulation de la norme de transposition (Zolynski, 2007). Nous y reviendrons au moment d'analyser la notion d'efficacité publique. Il ressort globalement de l'observation des pratiques de transposition aux niveaux nationaux que l'« exigence d'intégration cohérente » n'est le plus souvent pas respectée, que ce soit pour des motifs d'incohérence juridique interne liée à l'utilisation de concepts légaux inadéquats ou de vecteurs de transposition inappropriés, ou encore pour des raisons de recours à des « mosaïques, voire des monstres législatifs » au contenu flou, incohérent et obscur (Savignac et Salon, 1986, Revet, 1996). Les cas de pratiques défailtantes sont nombreux du fait des

violations innombrables de l'obligation de transposition conforme, en France ou au Luxembourg particulièrement (par exemple, le déficit de transposition au Grand-Duché atteint un taux de 2,4% en 2007 – voir avis du CES en 2008). Comme le souligne Zolynski (2007), l'intégration cohérente des dispositions communautaires requiert avant toute chose de contrôler leur énoncé. En cas de décalage entre celui-ci et l'énoncé des dispositions européennes, les Etats membres sont tenus de produire des efforts d'adaptation de nature à empêcher les conflits d'interprétations. Car pour que la « greffe » prenne, il faut que le pouvoir réglementaire national garantisse à la fois la « *compréhensibilité* » de l'énoncé de la norme, ainsi que son « *assimilation par le droit interne* », les deux étant les conditions *sine qua non* de la mise en œuvre effective et efficace de la règle communautaire. S'agissant de la forme, il importe que l'instrument de transposition favorise l'intégration cohérente de la norme communautaire, en permettant à la fois le respect des exigences communautaires et celui de la structure institutionnelle spécifique à l'Etat membre. Et Zolynski (2007) de conclure : « *en toute hypothèse, il ne faut pas conserver l'habitude de la transposition de « dernière minute » qui aboutit au sacrifice du processus démocratique, à une sanction éventuellement financière et, au-delà, au rejet de la norme communautaire perçue comme source d'incohérence. L'amélioration du processus de transposition préconisé et le courage politique des autorités nationales en sont les deux remèdes en ce qu'ils permettent de garantir l'intégration cohérente de la directive dans l'ordre interne* ».

L'identification des deux enjeux principaux de l'exercice de transposition et, plus largement, de mise en conformité du droit national avec le droit communautaire permet d'éclairer la définition de l'action publique nationale en matière de réforme juridique et institutionnelle. Pour ce faire, nous reprenons l'idée avancée précédemment que la production publique (en particulier réglementaire) et de l'influence d'un facteur d'efficacité publique.

Dans le chapitre précédent, il était question de montrer de quelle manière des asymétries entre pays pouvaient influencer sur la nature des jeux concurrentiels que lesdits pays se livraient. Nous avons notamment focalisé notre attention sur les aspects de taille et d'efficacité publique qui permettaient de différencier les Etats. L'une des conclusions était que certaines caractéristiques locales, en particulier l'efficacité dans la production publique, peuvent constituer une arme considérable dans un contexte de concurrence interjuridictionnelle. Dans le contexte spatial ainsi décrit, les régions les plus petites sont capables d'être les plus attractives, en raison précisément de leur avantage en termes d'efficacité institutionnelle. L'idée est, dans la présente contribution, de préciser la notion

d'efficacité institutionnelle, en élargissant l'efficacité dans l'effort public d'attractivité du chapitre précédent à une efficacité institutionnelle liée à l'exercice de transposition des directives communautaire. Il s'agira de s'appuyer sur un concept d'efficacité administrative au sens où elle relèvera de l'action de l'appareil administratif et gouvernemental tel que la littérature, notamment juridique, peut en décrire le fonctionnement et l'action. Il sera alors toujours temps de se reposer la question suivante : l'efficacité institutionnelle est-elle une arme de choix dans la concurrence que se livrent les Etats membres de l'UE ?

Section 2 – Les modalités de la concurrence réglementaire

Commençons par rappeler, à l'instar de Nabli (2007), les modalités élémentaires de la production réglementaire en matière d'élaboration de mesures nationales d'exécution du droit communautaire : « *le gouvernement est à l'initiative de l'ensemble des mesures nationales de complément, d'application ou de transposition du droit communautaire : projets de lois, d'ordonnances, de décrets (...) ou d'arrêtés (...). En qualité d'organe compétent de l'Etat membre, le gouvernement agit conformément aux obligations afférentes à la fonction d'exécution du droit communautaire* ». Les analyses académiques s'accordent sur la manière dont la production réglementaire nationale s'opère dans le cadre de la transposition du droit communautaire en droit interne. Le point de vue de Nabli (2007) consiste à décrire ce processus à travers le prisme de la fonction d'exécution du droit communautaire de l'Etat membre : le gouvernement national est assisté par son administration centrale et interministérielle dont le « *bon fonctionnement* » détermine pleinement l'« *efficacité de l'exécution normative du droit communautaire* ». Le point de vue de Zolynski (2007) semble assez proche en décrivant l'adaptation de la norme de transposition comme une œuvre collective qui voit les actions conjointes et complémentaires d'un « *gouvernement-légiste* » qui, assisté du Conseil d'Etat, adapte la norme au niveau national, et d'un parlement qui, au moins dans le cas français, exerce une rôle de contrôle de l'adaptation. Les deux analyses soulignent à quel point la transposition ne va pas de soi et implique de la part du pouvoir souverain un effort en termes de conception et de production législatives, mais aussi du point de vue de la coordination de l'ensemble de l'appareil juridique et administratif. L'idée que l'élaboration des mesures réglementaires nationales de mise en conformité du droit interne avec le droit communautaire s'opère de façon plus ou moins efficace semble par conséquent suffisamment pertinente pour qu'on fasse l'hypothèse que les Etats membres de l'UE

différent, outre par leur seule taille démographique, par l'efficacité de leur appareil administratif. La littérature rend-elle compte de ladite efficacité ?

La réponse semble être affirmative. Trois types d'argument permettent en effet d'aller dans ce sens. Le premier renvoie à la première étape décrite de négociation des normes communautaires. Il convient ainsi de rappeler que la négociation des actes dérivés prend un caractère technique dans le cadre des groupes de travail du Conseil (cf. chapitre 3). L'intervention, par exemple, des membres de la Représentation permanente d'un pays, ainsi que des experts ministériels qui les assistent, traduit le potentiel administratif et d'expertise dont un Etat membre peut faire preuve. A travers ce potentiel s'exerce une machine administrative dont il importe le cas échéant de mesurer l'efficacité, notamment en termes de résultats de négociation ou de propositions législatives à caractère technique. Le facteur d'efficacité administrative, spécifique à chaque pays de l'UE, dépendrait donc du degré d'expertise de l'appareil administratif national et, partant, de la qualité des personnels techniques et juridiques d'une administration centrale (Gonzalez Sanchez, 1992). Le deuxième argument renvoie à ce que Nabli (2007) nomme l'« *efficacité d'exécution* ». Remarquant que « *le suivi du travail ministériel par un système de coordination centralisé et rationalisé répond à la double exigence d'unité de la volonté étatique et d'efficacité de l'exercice de sa fonction d'exécution* », il démontre que l'efficacité administrative réside dans la coordination administrative définie et mise en œuvre par le chef de gouvernement : en France par exemple, ladite coordination relève de l'établissement d'un véritable mécanisme procédural de coordination (voir circulaire 3140/SG du 5 mai 1986), mais aussi d'une logique de rationalisation de la coordination interministérielle centralisée. Nabli (2007) met par ailleurs l'accent sur l'importance, en matière d'efficacité de la fonction d'exécution du droit communautaire, de la mobilisation gouvernementale⁴⁸⁸ : « *l'efficacité de la mobilisation politique du gouvernement se mesure à l'aune de l'amélioration effective du taux de transposition des directives* ». Enfin, le même auteur définit ce qu'est « *l'efficacité de l'exécution du droit communautaire par voie législative* », laquelle dépend de la volonté gouvernementale. Par exemple en France, le gouvernement dispose d'instruments juridiques qui rendent le cas échéant son action efficace, y compris en matière d'exécution du droit

⁴⁸⁸ La mobilisation gouvernementale désigne un ensemble d'éléments concrets qui plaident en faveur de l'engagement du gouvernement dans un projet. Il peut s'agir par exemple de l'engagement personnel du Premier ministre ou de tout autre chef de gouvernement, la création d'un organe ministériel dédié audit projet (citons la création, au Luxembourg et en France, d'un ministère délégué aux Affaires européennes), l'usage de circulaires incitatives de la mobilisation des différents ministères, toujours sous l'impulsion du chef de gouvernement, etc. (voir Nabli, 2007).

communautaire. Citons le recours possible à certaines prérogatives constitutionnelles⁴⁸⁹ qui permettent au gouvernement d'invoquer la contrariété supposée d'amendements parlementaires avec le droit européen, voire de les rejeter. Il faut souligner la possibilité pour le gouvernement d'utiliser des instruments procéduraux propices à accélérer les procédures législatives (vote sans débat, débat restreint...), ou plus simplement à contraindre le parlement à édicter la loi de transposition. Nabli (2007) ajoute que le gouvernement « *peut ainsi recourir à la technique du vote bloqué et imposer à l'assemblée saisie de se prononcer par un seul vote, sur tout ou partie du texte en discussion, en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par lui. En outre, par l'utilisation combinée des articles 45, alinéa 4, et 49, alinéa 3, de la Constitution, le gouvernement peut faire adopter un projet de loi, pourtant rejeté par le Sénat et n'ayant fait l'objet d'aucun vote formel de l'Assemblée nationale* ». Au regard des éléments précités, la notion d'efficacité institutionnelle semble avoir pleinement sens. Les pouvoirs publics (le gouvernement) exercent la fonction de « transpositeur » de manière plus ou moins efficace selon les pays concernés. Cette efficacité traduit un savoir-faire et un bon fonctionnement de l'appareil administratif national. Il est par conséquent fondé de procéder à une analyse de la concurrence institutionnelle entre des Etats européens sur fond d'asymétrie en termes d'efficacité administrative. Mais si l'une des grandes critiques du chapitre précédent était que l'efficacité publique (de production d'attractivité) était définie de façon exogène, nous souhaitons proposer dans la présente contribution une « endogénéisation » de cette variable. Dans cette optique, nous revenons à la définition des enjeux tels que suggérés par Zolynski (2007).

Pour « endogénéiser » l'efficacité institutionnelle, il importe de définir des variables qui la conditionnent. A cette fin, rappelons les deux enjeux majeurs de la transposition communautaire au niveau national : le respect d'abord des exigences communautaires renvoie à l'obligation et au délai de transposition, puis l'intégration cohérente des dispositions fait référence à la juste formulation de la norme et au choix pertinent de l'instrument de transposition. Il s'agit en effet pour les Etats membres, au moyen de leur appareil administratif, à la fois d'adapter dans les délais impartis leur cadre institutionnel suite aux changements d'environnement européen et de garantir que l'adaptation est réalisée de manière satisfaisante au regard du droit dérivé. De cette analyse découle la définition et la prise en compte de deux variables dont l'intérêt est d'articuler l'efficacité publique des Etats en matière institutionnelle avec leur taille.

⁴⁸⁹ Les articles 40 et 41 de la Constitution française permettent au gouvernement d'opposer aux amendements parlementaires l'irrecevabilité au cours de débats autour de projets de lois.

Section 3 – Des enjeux de la transposition au lien entre taille juridictionnelle et efficacité institutionnelle

De quelle manière les pays peuvent-ils répondre à l'obligation de transposition dans les délais qui leur sont impartis conformément aux exigences communautaires ? En étant efficaces. Mais encore ? Une réponse satisfaisante provient là encore de la littérature juridique. Comme le décrit Zolynski (2007), le processus de transposition communautaire, qui est fondamentalement un exercice de production de règles juridiques, impose en premier lieu de traduire dans des délais raisonnables (et surtout légaux) des dispositions communautaires. Or l'élaboration de mesures nationales d'exécution requiert de la part des pouvoirs publics nationaux un niveau suffisant de coordination administrative. Cette dernière se traduit par des objectifs de coordination interministérielle et de rationalisation gouvernementale qui supposent des outils juridiques adéquats⁴⁹⁰ de nature à clarifier les responsabilités administratives au sein de l'appareil gouvernemental, ainsi qu'à définir des « *méthodes de travail communes à l'ensemble des ministères* ». Mais la coordination administrative renvoie aussi (et peut-être surtout) à la coordination politique. Sans revenir sur l'efficacité publique eu égard à cette dimension, nous nous arrêtons sur la description faite par Zolynski (2007) des défaillances possibles d'un appareil administratif national en matière de délais de transposition. En France par exemple, « *la majeure partie des retards constatés est imputable à des obstacles ou à des errements de l'administration centrale. (...) La concertation interministérielle se heurte dès ce stade à des problèmes ayant trait au « management administratif » et à la stratégie d'un ou de plusieurs ministères* ». Outre des problèmes inhérents au perfectionnisme juridique⁴⁹¹, mais surtout, selon la complexité structurelle de l'appareil administratif national, l'obligation juridique de prendre l'avis, au cours des procédures d'adaptation du droit interne, des différents acteurs institutionnels et représentatifs génère des retards dans la transposition. Une autre question relative au respect des délais de transcription des normes communautaires est celle des conflits potentiels entre ministères engagés dans la réforme adaptative du droit national. Elle débouche sur la conclusion qu'il est important de garantir entre lesdits ministères des liens et des procédures efficaces de coopération. De même, l'expérience communautaire plaide pour un renforcement des liens

⁴⁹⁰ Citons par exemple la circulaire du 9 novembre 1998 du Premier ministre relative à la procédure de suivi de la transposition des directives communautaires en droit interne, laquelle visait à rationaliser l'organisation du suivi de la transposition afin d'accroître l'efficacité. Et Zolynski (2007) de préciser que la circulaire « *fixe la réorganisation administrative visant à résorber le retard de la France en matière de transposition de directives* ».

⁴⁹¹ Que l'on rencontre essentiellement dans des grands pays influents à tradition juridique bien ancrée (Zolynski, 2007).

entre les instances communautaires et les gouvernements. Somme toute, le respect nécessaire des délais de transposition, et plus largement des exigences communautaires, exige des qualités institutionnelles de vitesse et d'adaptabilité de l'appareil administratif national.

Existe-t-il un lien objectif entre l'adaptabilité de l'appareil institutionnel étatique et la taille de la population nationale ? Pour rappel, différents courants de la littérature économique se sont intéressés à la question et semblent plaider en faveur d'une relation positive entre la petite taille d'un pays et l'efficacité de ses pouvoirs publics (cf. l'économie du fédéralisme, l'économie des institutions ou l'économie du développement). Mais en se focalisant sur la capacité d'adaptation d'un appareil institutionnel local, et non sur l'efficacité publique, on trouve des arguments en faveur d'une relation positive entre la taille d'un pays et son adaptabilité par rapport aux changements de l'environnement institutionnel. Car la petite taille d'un Etat peut justifier que le consensus politique et social soit plus facile à atteindre. Pour Alesina et *al.* (2004), la petite taille favoriserait la recherche de dispositifs consensuels et rendrait le pays plus réactif et plus adaptables aux changements institutionnels internationaux. Qui dit petite taille du gouvernement dit des circuits d'information, de communication et de décision qui sont aussi plus courts et, par conséquent, une réactivité accrue de l'appareil administratif. C'est d'autant plus vrai que la structure institutionnelle est élaborée ou pas. Prenons l'exemple du fonctionnement d'une structure parlementaire nationale. Nombre de petits Etats membres de l'UE fonctionnent avec un seul organe parlementaire (par exemple la Chambre de Députés au Luxembourg). A l'inverse, des grands pays de l'espace communautaire fonctionnent selon un système bicaméral (Assemblée Nationale et Sénat en France, Bundesrat et Bundestag en Allemagne). On comprend dès lors que l'examen des textes législatifs et réglementaires puisse être plus long et plus complexe, avec, concernant le système bicaméral, des examens, des reports, des allers-retours des projets de lois plus fréquents. Sans augurer d'un échec des réformes législatives dans ces grands Etats, il est à supposer que les circuits décisionnels puissent être plus longs, ce qui participe d'une manière ou d'une autre de l'efficacité (institutionnelle) de l'appareil administratif national. En matière de transposition communautaire, la taille du pays apparaît donc comme un élément favorable d'efficacité institutionnelle si celle-ci est vue sous l'angle de la réactivité (adaptabilité) administrative.

Comment un Etat membre peut-il répondre à la nécessité d'intégration cohérente de dispositions communautaires au niveau national ? Rappelons que l'intégration s'apparente, en termes de transposition, à une « greffe ». Elle est cohérente si et seulement si la greffe

« prend », c'est-à-dire qu'elle n'est pas rejetée (Bergel, 1991⁴⁹²). La cohérence est de fait « *la condition de l'importation réussie de la norme dans le système juridique national, (...) la recherche d'une coordination harmonieuse de la norme communautaire et du droit national* » (Zolynski, 2007). Comme indiqué précédemment, elle suppose à la fois une « *juste formulation de la norme*⁴⁹³ » et l'utilisation de l'instrument de transposition le plus en phase avec la structure institutionnelle de l'Etat membre. Autrement dit, l'intégration cohérente du droit communautaire renvoie à des éléments de maîtrise juridique et institutionnelle. Ces derniers relèvent, non pas de la vitesse d'exécution et d'élaboration de mesures nationales de transposition, mais bien de la capacité technique et du savoir-faire institutionnel d'un pays, à travers son appareil administratif, qui lui permettent de produire effectivement des cadres réglementaires adéquats au regard des exigences communautaires. De ce point de vue, un Etat membre sera d'autant plus efficace que son administration centrale sera mûre et capable de répondre techniquement à la nécessité de traduire des règles d'« inspiration communautaire » dans le droit national selon des contenus de qualité. Cette « efficacité technique » se mesure à l'aune de la qualité des acteurs nationaux du changement législatif. L'identification desdits acteurs n'est pas strictement identique à travers la littérature, mais elle permet de comprendre l'importance, dans les travaux de mise en conformité du droit interne avec le droit communautaire, des compétences techniques et administratives de ces acteurs institutionnels. Pour Nabli (2007), il importe dans le cadre français de distinguer l'action de l'administration au service du gouvernement, laquelle joue un rôle technique, de celle du Conseil d'Etat, qui joue auprès des pouvoirs publics un rôle de conseiller. Concernant la première, l'auteur indique qu'elle « *contribue concrètement à la volonté gouvernementale dans l'exercice de la fonction d'exécution du droit communautaire. L'organisation du travail gouvernemental associe les départements ministériels concernés et les structures de coordination interministérielle centralisée. Du bon fonctionnement de ce dispositif dépend l'efficacité de l'exécution normative du droit communautaire* ». Il ajoute que la production de mesures nationales de transposition relève d'un important travail de préparation des textes, que ce soit en termes de « *consultation formelle d'organismes divers* » ou de « *consultation informelle auprès d'acteurs privés* ». Le secret de la réussite potentielle des réformes juridiques apparaît comme lié à la capacité des ministères concernés à préparer les transpositions de plus en plus en amont des phases d'élaboration du droit communautaire. Tous les projets d'actes dérivés

⁴⁹² Selon le juriste, « *il faut que ce processus d'intégration du droit communautaire aux droits internes respecte à la fois les exigences communautaires et (...) qu'il soit fidèle à la norme européenne à intégrer sans méconnaître les fondements et la substance des systèmes juridiques nationaux auxquels celle-ci s'intègre* ».

⁴⁹³ La justesse de la formulation renvoie au respect d'un code et d'un langage propres au droit interne, ceci en vue de garantir le caractère compréhensible de la norme en droit national (Zolynski, 2007)

donnent théoriquement lieu à des analyses préalables de leurs répercussions juridiques, économiques, administratives, budgétaires ou politiques. C'est en cela que l'administration exerce des fonctions complexes de veille et de préparation réglementaires. Plus l'appareil administratif sera mûr et prouvera sa maîtrise technique, plus il sera à même d'assurer les tâches ainsi décrites, tout comme il pourra garantir l'adaptation « laborieuse » des services ministériels. Nabli (2007) cite par exemple l'enjeu technique essentiel de suivi juridique de la réforme de transposition. Le Conseil d'Etat constitue le second maillon important de l'appareil administratif puisqu'il remplit deux fonctions cruciales inhérentes à sa grande expertise juridique et institutionnelle : la fonction consultative⁴⁹⁴ et la fonction d'« *aiguillon* » dans l'exécution normative du droit communautaire. Outre les consultations facultatives sur les actes communautaires⁴⁹⁵, le Conseil d'Etat est notamment appelé à contrôler la conformité des projets d'ordonnance avec la loi dite d'habilitation. Plus généralement, il rend des avis sur les projets de décret de transposition ou d'application du droit communautaire et dispose à cette fin de multiples services juridiques hyper spécialisés. Ces services s'attachent à repérer toute irrégularité juridique des dispositions envisagées dans les projets de lois et règlements, à combler le cas échéant leurs lacunes techniques et à identifier d'éventuelles difficultés contentieuses⁴⁹⁶. Ils participent ainsi à l'élaboration qualitative des mesures d'exécution au niveau national. Zolynski (2007), quant à elle, décrit l'adaptation de la norme de transposition comme une « *œuvre collective* » entre un « *Gouvernement-légiste* » chargé d'adapter les normes communautaires et le Parlement tenu de contrôler ladite adaptation. On comprend dès lors que l'efficacité institutionnelle d'un Etat membre de l'UE découle des performances de ses organes exécutifs et législatifs, c'est-à-dire des compétences techniques dont sont dotés ses institutions et son appareil administratif tout entier. Un dernier argument, qui tend à soutenir l'idée que l'efficacité institutionnelle d'un pays transparaît dans les compétences techniques de son appareil administratif, consiste à évoquer la dimension technique et juridique que revêt la négociation des normes communautaires et, partant, le rôle déterminant des fonctionnaires nationaux pour témoigner de ces compétences. Même si nous nous plaçons du point de vue de la première étape d'élaboration du droit communautaire, il est particulièrement important de souligner que la phase de négociation est l'occasion pour un Etat de mettre ses fonctionnaires à contribution, notamment en termes de savoir-faire technique et juridique. Que ce soit au sein des groupes de travail du Conseil ou au moment des négociations dans le cadre du Comité des

⁴⁹⁴ Cf. article 38 et 39, alinéa 2, de la Constitution.

⁴⁹⁵ Ces consultations ont lieu au cours de la première étape d'élaboration des normes communautaires (cf. Nabli, 2007).

⁴⁹⁶ Citons comme exemples de difficultés contentieuses la censure constitutionnelle pour un projet de loi ou une condamnation en manquement par la Cour de justice.

Représentants permanents des Etats membres, lesdits fonctionnaires sont appelés à démontrer leurs compétences et à déployer de gros efforts en termes de maîtrise des dossiers à traiter. En d'autres termes, et même si nous ne nous focalisons pas sur cet aspect, la première étape de négociation est aussi de nature à faire intervenir la dimension d'efficacité administrative.

Existe-t-il un lien objectif entre les compétences « technico-juridiques » d'un appareil institutionnel national et la taille démographique de l'Etat membre ? La réponse est à nuancer. Toutefois, deux types d'arguments font croire en une corrélation plutôt positive entre la taille d'un Etat et le degré d'expertise de son appareil administratif. L'analyse politique de la taille des pays apporte des premiers éléments, même s'ils restent globalement d'ordre intuitif quand il s'agit de les confronter à la réalité du fonctionnement administratif des Etats. Alesina et Spolaore (1997) déterminent en effet la dimension optimale des pays, sur les bases de leur capacité à produire un bien public (composite). Leur analyse est à la fois quantitative et qualitative : à l'aune de ces deux aspects, ils concluent à la pertinence des hypothèses d'économies d'échelle et d'économies de gamme au regard desquelles la taille croissante des Etat apparaît comme un élément favorable à leur production publique. Non seulement « *la centralisation de plusieurs activités au sein d'une seule organisation implique un coût total de réalisation moindre qu'un mode décentralisé* » (Pouget, 2004), mais en plus la hausse de la taille démographique d'un pays permet de réduire le coût de production unitaire d'un ensemble de biens publics. Si l'on fait l'hypothèse qu'un bien public composite comprend une composante administrative, on déduit qu'un pays (relativement grand) produira un bien administratif de manière plus efficace qu'un pays qui lui est plus petit. L'OCDE suggère le second type d'arguments en décrivant dans un rapport de 2004 les quatre facteurs nationaux qui concourent à favoriser la production de réglementations de qualité. Il convient ainsi de distinguer, parmi lesdits facteurs la transparence administrative, la diversité des choix d'instruments politiques, la capacité d'évaluer l'impact de la réglementation et le pouvoir de mise en place de régulateurs indépendants. Or il est possible de justifier que la taille croissante d'un pays joue favorablement sur ces éléments de qualité de l'appareil administratif national⁴⁹⁷. Sur la diversité des choix politiques, il importe de souligner la tendance, de plus en plus répandue parmi les Etats membres, de rechercher des alternatives à la stricte réglementation, ceci en vue de limiter l'excès de législation et de privilégier, lorsque c'est possible, des « *solutions alternatives à l'édiction de règles* ». Car des dispositifs semblent pouvoir se substituer au droit matériel. Le rapport de l'OCDE cite l'exemple du passage à

⁴⁹⁷ A l'exception néanmoins de la transparence pour laquelle il semblerait que ce soit plutôt la petite taille d'un Etat qui joue favorablement (voir paragraphes précédents).

l'euro et des difficultés inhérentes à la mise en circulation de la monnaie fiduciaire. Les solutions de mise en œuvre ont été trouvées par la concertation avec la profession bancaire, et non pas à travers l'action législative et réglementaire. Globalement, il existe trois options alternatives à la réglementation : les normes négociées dans le cadre des contrats, les normes « déléguées » dans le cadre de l'autorégulation et les instruments économiques alternatifs⁴⁹⁸. Sans entrer dans la description approfondie de ces types de normes, il faut simplement remarquer que leur existence et leur utilisation passent par un seuil critique lié à la taille de l'appareil institutionnel national. En effet, pour que des normes soient édictées par le biais des contrats, il convient que les parties prenantes, en l'occurrence les acteurs institutionnels, soient suffisamment matures et développées pour conclure lesdits contrats. Les petits Etats n'ont pas forcément des acteurs institutionnels suffisamment organisés et représentatifs pour garantir un dialogue social ou un lobbying efficace. De même, dans le cas de l'autorégulation, il s'avère nécessaire pour les acteurs contractants de pouvoir s'organiser de manière collective afin de rendre leurs actions lisibles, audibles et, partant, efficaces : cela passe par la formation et l'organisation d'associations professionnelles, sectorielles, institutionnelles, qui, suffisamment grandes, disposent des atouts essentiels à l'action normative. Des Etats comme Chypre ou Malte ne possèdent pas forcément encore aujourd'hui d'acteurs institutionnels organisés pour garantir un fonctionnement « normal » de leur appareil administratif dans la mesure où celui-ci n'a pas encore atteint de taille critique qui le lui permette. Quid de la relation entre la taille démographique et la mise en place de régulateurs indépendants au niveau national ? Le rapport 2004 précédemment invoqué décrit les régulateurs indépendants comme « *l'une des institutions de la gouvernance réglementaire moderne, qui s'est répandue de façon rapide pendant les années 1980-1990. L'action et la configuration institutionnelle de ces autorités influent donc sensiblement sur la qualité des systèmes réglementaires nationaux* ». Surtout, leur mise en place requiert d'importants moyens financiers dont disposent plus généralement les grands pays. Plus un pays sera grand et plus il disposera de moyens à consacrer à l'amélioration de la qualité de son appareil institutionnel en le complétant par des organes indépendants. Ainsi, autant les Etats membres les plus grands de l'UE disposent de régulateurs dans les domaines des services de communication et de l'audiovisuel, de la concurrence, de la protection des libertés publiques, ou même de la transparence administrative, autant les pays les plus petits ne bénéficient pas forcément de l'action de tels institutions autonomes. Le Luxembourg fait de ce point de vue figure d'exception (ce qui traduit peut-être une réelle efficacité institutionnelle de la part de ce petit

⁴⁹⁸ Cf. par exemple les marchés de droits ou les accords volontaires avec l'industrie.

Etat membre). L'existence des facteurs ainsi présentés dénote, pour certains pays, d'un certain degré de maîtrise et d'expertise institutionnelle et administrative et, partant, fait dire que la taille d'un Etat peut constituer un atout dans la recherche de cette expertise. De manière générale, un grand pays semble avoir des avantages en terme institutionnel dans le sens où il dispose d'une plus grande expertise à travers son tissu institutionnel élaboré, soutenu par des institutions de contrôle (certains grands Etats membres de l'UE ont par exemple un Conseil d'Etat), qui lui permette, entre autres, de maintenir un contrôle de la production législative et réglementaire (inhérente en particulier au droit communautaire), ainsi que du suivi de l'élaboration légale, de même qu'il lui est plus facile de mener une coordination efficace du travail gouvernemental (cf. rôle du Secrétariat Général Gouvernemental ou du Secrétariat Général des Affaires Européennes en France).

Même si un lien semble être clairement identifié entre taille de l'appareil administratif étatique et expertise juridique de ce dernier, des pays de petite taille démontrent un degré de maturité et de technicité administrative remarquable : le Luxembourg dispose en effet d'un appareil institutionnel à la fois ancien et élaboré⁴⁹⁹. Cela nous fait d'ailleurs dire qu'un tel pays peut faire valoir des qualités institutionnelles largement supérieures à celles de la plupart de ses partenaires concurrents communautaires.

4. Synthèse et représentation

Il convient de rappeler que nous avons identifié, dans le processus d'élaboration du droit communautaire, une première étape dite de « *concurrence législative* », au cours de laquelle s'opère la négociation du droit communautaire. Nous avons identifié comme variable déterminante de cette étape le pouvoir de négociation des Etats membres, lequel résulte de caractéristiques intrinsèques desdits Etats, notamment leur importance en termes de population au sein de l'UE. Ainsi, un petit Etat aura tendance à se faire moins entendre qu'un plus grand. La seconde étape consiste en un jeu de « *concurrence réglementaire* » où l'objectif pour les pays est d'intégrer le droit communautaire à leur droit interne, c'est-à-dire d'adapter leurs propres dispositions nationales aux dispositions européennes. L'enjeu au cours de cette phase est double puisqu'il s'agit pour les Etats membres de transposer le cadre

⁴⁹⁹ Cf. par exemple le nombre des fédérations professionnelles, l'action des chambres professionnelles et des associations représentatives de certains secteurs économiques, la maturité de la structure institutionnelle (Pieretti et al., 2007).

communautaire dans leur propre ordre juridique interne dans des délais acceptables, mais aussi et surtout de le faire de façon cohérente. Nous supposons que l'effort d'adaptation se traduira par un effort public de nature budgétaire, c'est-à-dire un coût en termes d'analyse économique.

Nous proposons de définir un « espace normatif de forme linéaire⁵⁰⁰ ». On suppose deux pays H et F qui se caractérisent chacun par un droit interne (droit national) spécifique, fruit de leurs caractéristiques intrinsèques et de leur histoire⁵⁰¹. Nous représentons H et F par leurs droits. Pour simplifier, deux normes h et f seront représentatives de ces droits. Toujours dans un souci de simplification, nous les nommerons aussi H et F. Pour traduire le fait que les droits des pays, et donc les pays eux-mêmes, sont différents (ou différenciés), nous utiliserons un segment dont les deux extrémités représenteront les deux normes en question et la distance entre ces deux points le degré de différenciation entre les droits.

L'objet de la concurrence législative (1^{ère} étape) et que les pays s'entendent sur une nouvelle norme, appelée C comme « norme Communautaire ». Celle-ci résultant d'une négociation (dimension concurrentielle), elle sera définie le long du segment HF. Apparaissent donc deux demi segments, respectivement HC et CF qui représentent chacun la distance entre le droit interne du pays considéré et le droit communautaire. Cette distance traduit en réalité le degré de différenciation qui existe entre les droits nationaux et le droit européen, ce que Zolynski (2007) nomme la « nouveauté ». Autrement dit, plus la distance entre H (respectivement F) et C est petite, plus la norme communautaire est proche de la norme nationale. En outre, plus la distance entre H et C diminue (respectivement augmente), plus celle entre F et C augmente (respectivement diminue).

⁵⁰⁰ Clin d'œil à la définition méthodologique dans le chapitre précédent d'un espace régional de forme linéaire.

⁵⁰¹ Nous avons conscience qu'un modèle à deux pays n'est pas forcément le plus représentatif de la concurrence institutionnelle au niveau communautaire, ne serait-ce que parce que les normes européennes se déterminent aujourd'hui à 27 Etats membres. Mais un tel modèle a l'avantage d'être simple et n'exclut a priori pas d'aboutir à des résultats intéressants.

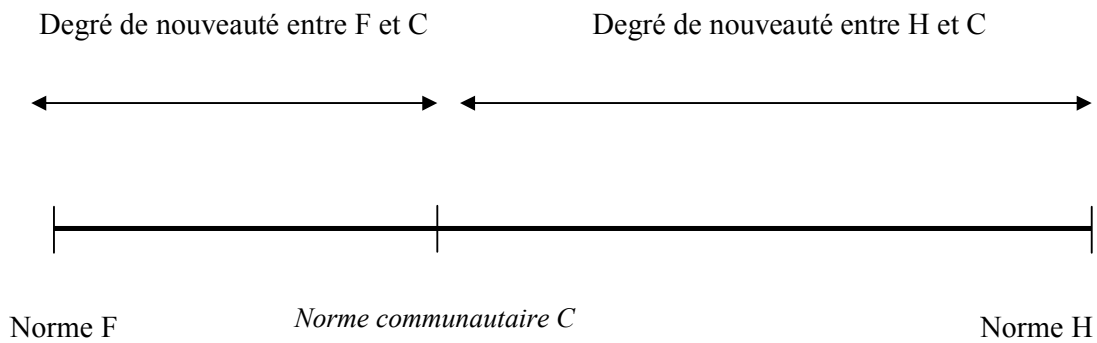


Figure : représentation « spatialisée »

La représentation ainsi proposée met en lumière les enjeux de la concurrence législative. Les Etats membres vont se « battre » dans la négociation du droit communautaire dans l’optique que la « nouveauté » du droit communautaire par rapport à leur propre droit interne soit la plus faible possible. En effet, la résultante du jeu législatif traduit d’un côté le pouvoir de négociation du pays considéré et donc le poids qu’il fait valoir dans l’élaboration initiale de la norme communautaire, mais elle exprime aussi les enjeux de la seconde étape de concurrence réglementaire : le pays dont le droit interne est le plus éloigné du droit communautaire devra produire le plus d’effort dans l’exercice de mise en conformité de son droit national avec le droit européen et, partant, supporter le coût de mise en conformité le plus élevé. En d’autres termes, alors qu’il aura « perdu la première bataille » dans la négociation, il lui faudra partir avec un handicap dans la « seconde ».

Précisons les ingrédients d’un possible modèle. Nous avons décrit dans la première étape concurrentielle que les Etats membres négocient la norme communautaire, dont la fixation dépend en définitive des pouvoirs de négociation desdits Etats. En supposant que ces pouvoirs dépendent des caractéristiques des pays, respectivement de leur taille démographique, on peut définir une fonction représentative du pouvoir de négociation, notée $\phi_i = \phi_i(s_i)$, ($i=H,F$), s_i étant la taille de population (exogène) de l’Etat membre i . Comme nous considérons qu’un pays de petite taille a moins de poids dans une négociation qui l’oppose à un grand pays, on en vient à définir ϕ_i comme une fonction continue et croissante

de s_i . Bien que discutable⁵⁰², cette hypothèse demeure pertinente dans une certaine mesure, du moins elle traduit une réalité observable dans le cadre communautaire : les grands pays se font en général plus entendre dans le concert des Nations européennes (par exemple, il est acquis que l'Allemagne, premier pays de l'UE par sa population, s'est particulièrement fait entendre dans les négociations sur la monnaie unique).

Pour simplifier, on suppose que le segment de l'espace normatif est de longueur L normalisée à l'unité. De plus, on pose que $s_H = s$, ce qui équivaut à $s_F = 1 - s$. Ces hypothèses impliquent donc que $\phi_H = \phi_H(s)$.

La distance iC ($i=H,F$) représente certes le degré de différenciation entre le droit communautaire et le droit national, mais surtout la distance qu'il faudra parcourir à l'Etat membre i ($i=H,F$) pour atteindre la norme C dans le cadre du processus d'intégration et, partant, l'effort public de transposition qu'il lui faudra produire. Rappelons que, derrière cette représentation, on trouve deux enjeux du processus de transposition. D'abord, il incombera au pays i ($i=H,F$) d'intégrer⁵⁰³ le droit communautaire à son droit interne dans des délais satisfaisants⁵⁰⁴; ensuite, il lui faudra intégrer de manière effective, c'est-à-dire cohérente, le droit européen. Au total, l'intégration supposera de la part des pays, et a fortiori celui qui aura le plus perdu dans la négociation, un effort d'adaptation du droit interne au droit communautaire qui se traduira par un coût. Dans un souci de simplification, on notera η la distance entre H et C, laquelle traduira le résultat de la négociation et sera par conséquent directement fonction de $\phi_H = \phi_H(s)$, c'est-à-dire dépendra en définitive de la taille de l'Etat membre le moins grand. En tout état de cause, le coût de mise en conformité de la norme nationale avec la norme communautaire dépend d'un coût unitaire homogène entre les Etats membres et sera fonction de la distance traduisant la nouveauté, c'est-à-dire pour le pays H de η , respectivement de sa taille s .

A l'instar de Borsi et Pieretti (2006), on peut également considérer que ce coût sera aussi dépendant d'un facteur d'efficacité de la dépense publique traduisant l'efficacité dans la

⁵⁰² Rappelons qu'il existe en effet des instruments juridiques communautaires qui permettent aux petits Etats de faire valoir leur point de vue : par exemple, le droit de veto ou l'usage de la majorité qualifiée dans certains domaines du droit dérivé sont des éléments institutionnels propres à rétablir un équilibre des pouvoirs de négociation.

⁵⁰³ Conscients du sens des termes de droit, nous utiliserons quand même de manière équivalente les termes d'intégration, de transposition et de mise en conformité.

⁵⁰⁴ Les délais de transposition sont en général indiqués dans les directives et instruments d'intégration utilisés par les autorités communautaires.

réalisation de la transposition du droit communautaire, notée α_i . Comme l'enjeu de la transposition relève à la fois de la capacité des pays à aller suffisamment vite dans l'adaptation, mais aussi de leur pouvoir à intégrer de façon correcte, effective et cohérente, le droit communautaire, nous en déduisons que l'efficacité (qui joue sur la fonction coût de l'intégration) sera fonction en définitive de deux facteurs exogènes que sont v_i , la vitesse d'intégration traduisant la capacité d'adaptation de l'appareil administratif et réglementaire du pays i , et t_i , l'ensemble des facultés cognitives, d'expertise et de savoir-faire juridique, en somme de technicité de l'appareil institutionnel national en question.

L'intérêt de la définition de précédents ingrédients est de proposer une « endogénéisation » qui faisait défaut dans le chapitre précédent. En l'occurrence, nous écrivons que $\alpha_i = \alpha_i(v_i, t_i)$. Ainsi, et conformément à l'analyse menée jusque-là, α_i est une fonction que nous supposons continue et croissante à la fois en v_i et en t_i . De même, les variables v_i et t_i ne sont pas exogènes puisqu'on suppose qu'elles dépendent de la donnée s_i , c'est-à-dire en définitive de s .

5. Conclusion

La question de l'élaboration du cadre communautaire demeure d'actualité, tant du point de vue de l'analyse économique que de celui de la science juridique. Elle est à cet égard au cœur des travaux menés depuis peu par la Commission européenne sur la thématique du « Mieux légiférer ». Pour Monica Frassoni, actuelle présidente du groupe des Verts au Parlement européen, l'enjeu d'amélioration de la qualité législative au niveau communautaire passe par le traitement d'au moins deux questions. La première a trait au processus d'élaboration des lois communautaires, depuis leur gestation jusqu'à leur négociation. La seconde concerne quant à elle le caractère effectif de la mise en œuvre du droit communautaire. Le présent chapitre s'inscrit donc parfaitement dans la lignée des réflexions en cours au sein même des institutions européennes. En s'appuyant sur les derniers développements juridiques en la matière (Nabli, 2007 ; Zolynski, 2007), il a vocation à proposer une analyse économique de l'élaboration du droit communautaire en termes de concurrence institutionnelle, en décrivant les processus de concurrence législative et de concurrence réglementaire inhérents aux étapes

de négociation des normes communautaires et de mise en conformité des droits nationaux avec le droit européen.

Mais ce chapitre s'emploie surtout à identifier les éléments caractéristiques des Etats membres qui conditionnent pour l'essentiel les jeux concurrentiels à l'œuvre durant les phases de négociation et de transposition communautaires. Nous montrons par exemple que la taille démographique est une variable qui influence grandement la concurrence législative en tant qu'elle détermine fortement les pouvoirs de négociation des appareils administratifs et politiques nationaux. Nous aboutissons également à la conclusion que les Etats de l'UE, y compris et surtout ceux de plus petite taille, ont à leur disposition une arme décisive dans les épreuves de concurrence réglementaire au cours de la transcription des normes européennes, à savoir leur efficacité institutionnelle. Au total, l'intérêt essentiel du chapitre est d'apporter ces nouveaux éléments en complément des analyses très fines de ce qu'est la transposition des directives européennes en droit interne, et plus largement de ce que sont les enjeux majeurs de la mise en conformité des droits nationaux, si divers par essence, avec le droit communautaire.

Comparée à l'analyse en termes de concurrence spatiale, l'analyse en termes de double concurrence institutionnelle offre en outre trois avantages majeurs. Elle justifie de manière assez convaincante l'existence d'un facteur d'efficacité publique liée au fonctionnement de l'appareil administratif des juridictions, notamment dans l'exercice de production publique de cadres institutionnels nationaux. Elle permet également d'« endogénéiser » une variable à l'origine complètement exogène, et ceci en définissant deux nouvelles variables que sont la vitesse et la propriété d'adaptabilité de l'appareil institutionnel d'un côté (notée v) et le degré de maturité et de technicité juridique et administrative de l'autre (noté t). Enfin, elle est un moyen de préciser les relations entre taille et efficacité publique, en particulier en distinguant l'influence de la taille en termes de propriété d'adaptabilité de l'appareil institutionnel et les répercussions de la taille du point de vue de la maturité et de technicité juridique et administrative.

Il reste toutefois des limites à la présente contribution. Il convient en premier lieu de manier les concepts juridiques sur lesquels se fondent l'analyse et la proposition de modélisation avec prudence. Prenons l'exemple de la « *nouveauté de la norme communautaire* » : pour Zolynski (2007), il peut paraître trompeur d'identifier cette dernière par simple comparaison des normes communautaire et nationale, « *tout d'abord parce que le*

droit communautaire est un droit autonome qui ne se définit pas par référence aux concepts nationaux (...). Ensuite parce que la norme communautaire peut évoluer dans le temps ». De ce point de vue, notre contribution peut apparaître comme trop « statique ». Une autre critique de ce travail peut avoir trait au choix de considérer deux étapes concurrentielles (législative et réglementaire), alors que d'autres travaux consacrent l'idée d'une triple dimension en y ajoutant une étape de concurrence jurisprudentielle résultant de l'action des juges (cf. Dubos, 2004). Il est vrai que le présent chapitre ne met pas l'accent sur la dimension interprétative de la norme et donc sur le rôle déterminant du juge eu égard à la production et la mise en œuvre du droit dérivé. Il est possible par ailleurs de critiquer la définition des ingrédients, notamment celle de l'efficacité institutionnelle qui ne joue dans notre réflexion que dans la phase de concurrence réglementaire. Or, comme le souligne Nabli (2007), « *la représentation de l'Etat membre au sein du COREPER forme incontestablement un enjeu au regard de la compétence de cet organe du Conseil de l'Union. Il revient au représentant permanent et à son adjoint de prendre position sur les textes en discussion* », ce qui, entre autres, suggère que l'appareil administratif d'Etat joue aussi de son efficacité dans l'exercice de négociation des dispositions communautaires. Rien n'exclut en outre que les pouvoirs de négociation nationaux relèvent également de l'efficacité institutionnelle de chaque Etat membre de l'UE. Une dernière grande critique peut sans doute être invoquée, à savoir que l'adaptation des normes au niveau national est, comme l'explique Zolynski (2007), un travail collectif de tout un ensemble d'institutions, mais elle est surtout « *une œuvre inachevée* », c'est-à-dire en mouvance perpétuelle. La dimension statique de notre représentation ne rend malheureusement pas compte de cela.

Dans le rapport annuel 2007 du CES, « *Mme Anne-Marie Frison-Roche, lors de son audition par la délégation pour l'UE du Conseil économique et social*⁵⁰⁵, présentait le système européen d'élaboration du droit comme un « *centre permanent et anticipé de discussion* » dans lequel sont discutés en continu, dans le cadre de forums et de réseaux associant politiques et techniciens, des textes articulés entre eux dans une logique de paquet : les textes adoptés, en tout cas une grande part d'entre eux, ne sont en effet pas pris isolément et de manière soudaine, comme cela est parfois perçu en France, mais s'inscrivent dans un flux continu de textes annoncés à l'avance et s'enchaînant logiquement. Une vigilance et une participation normative permanentes des acteurs sont donc essentielles pour qui souhaite influencer sur l'élaboration des normes européennes ». A l'aune de ces observations, ladite

⁵⁰⁵ Audition de Mme Frison-Roche par la délégation pour l'UE du Conseil économique et social, le mardi 19 décembre 2006.

contribution participe au débat sur ce que peut être une bonne méthode de transposition et quelle véritable stratégie du « *mieux légiférer* » elle peut accompagner.

Conclusion générale

« L'intégration (...) européenne n'est pas la formule magique qui résoudrait tous les problèmes nés de l'ouverture des frontières. Certains pensent même qu'elle crée de nouveaux problèmes (...). L'originalité de la construction européenne est de réunir des Etats ayant déjà une forte identité, politique, économique, culturelle et juridique (...). Il ne s'agit donc pas pour ces Etats d'affirmer ensemble leur indépendance (...), mais (...) de reconnaître que leur interdépendance les incite à construire, sinon un ordre juridique unifié et stable, du moins un nouvel espace, ouvert, complexe et évolutif (...). Si des pays qui s'étaient combattus pendant des siècles ont choisi de renoncer au marteau pour construire ensemble un espace juridique commun, c'est que cette construction est une réponse, moins idéologique que pratique, à une interdépendance croissante, particulièrement visible entre pays d'Europe ». Ces mots de Delmas-Marty (2006) décrivent fondamentalement les enjeux que revêt l'intégration (juridique) en Europe : caractère unifié ou harmonisé des cadres normatifs nationaux, peut-être ; stabilité et caractère évolutif et adaptable de l'ordre juridique communautaire, sans aucun doute.

Rapprocher les droits internes se justifie, y compris du point de vue économique. Car après la suppression des frontières et l'avènement d'un marché unique stimulé par une monnaie commune, il reste théoriquement des coûts et des inefficacités productives liés aux divergences juridiques entre droits nationaux. C'est dans ce cadre que les décideurs publics nationaux et européens essaient de trouver à la fois le juste équilibre de centralisation/décentralisation juridique, mais aussi la stratégie d'intégration la plus pertinente en vue de la mise en œuvre de cet équilibre. Reste que, comme pour le marché commun et la monnaie unique, les perspectives semblent s'orienter vers une uniformisation (inéluçtable ?) du droit. Bien sûr, les arguments pour un maintien de la diversité des droits ne manquent pas (« reconstitutionnalisation » des droits nationaux selon Nabli (2007), force des cultures juridiques pour Legrand (1996), efficacité de la diversité et de la concurrence institutionnelle d'après Frey (1999)), mais le droit communautaire produit des dynamiques si fortes et le besoin d'intégration est tellement important que la tendance pourrait aller dans le sens d'une proximité juridique toujours plus forte entre les Etats membres de l'UE.

Dans ces conditions, le débat ne consiste pas à trancher entre harmonisation et concurrence des droits. Notre point de vue se rapprocherait plutôt de l'idée soutenue par Deakin (2006), selon laquelle l'harmonisation communautaire se caractériserait

fondamentalement par un véritable dynamisme institutionnel : « *whereas the federal legislature in the American context frequently takes on the character of a “monopoly regulator”, occupying the field to the exclusion of state initiative, harmonization in the European context has quite the opposite connotation, namely that of preserving the conditions for local diversity. This may, in turn, provide the necessary conditions for search and learning processes which can generate “dynamic efficiency”, in the sense of the efficient evolutionary adaptation of systems to changing environmental conditions. The jury may still be out on the long-term prospects for rival systems of corporate governance in a globalizing economy. However, there is much to be said in favour of developing further the European approach, since it would seem to combine the values of local autonomy with systemwide adaptability* ». Notre espoir est que la thèse aura permis d’apporter des éclairages sur les dynamiques d’intégration juridique, en suggérant que ces dernières ont bien au sein de l’espace communautaire un fort caractère concurrentiel et que, partant, l’harmonisation européenne, y compris dans sa dimension juridique, apporte ses avantages (efficience du marché) et limite ses inconvénients par cet aspect concurrentiel (efficacité institutionnelle et innovations juridiques).

Claude Revel, présidente de la commission *Droit et influence internationale* du Comité des conseillers du commerce extérieur français, justifie l’approche et le contexte dont nous avons pris le parti : « *la compétition internationale n’est pas qu’économique et financière. Elle porte sur des éléments moins visibles, mais tout aussi importants, comme la recherche, l’éducation...ou le droit. Pour les entreprises qui travaillent à l’international, la question se pose au double niveau « privé », celui des transactions, et institutionnel, celui du cadre normatif, multilatéral ou local. Disposer d’un cadre juridique favorable peut créer ou accélérer des marchés, et l’inverse est aussi vrai. Mais les acteurs industriels ne sont pas les seuls concernés. Pour les professionnels du droit et des services associés, un marché mondial s’est aussi créé. Pour les Etats enfin, le droit participe au rayonnement et à la puissance, ce que l’on appelle soft power, car il véhicule des cultures et des systèmes de pensée. (...). Par ailleurs, nombre de pays (...) adaptent leurs droits pour participer au commerce international. De quels modèles juridiques vont-ils s’inspirer ? Evidemment de ceux qui se « vendront » le mieux. Qu’est-ce que « se vendre » ? C’est, d’une part, présenter une image attractive, d’autre part, exercer une action volontariste pour se promouvoir. Qu’il s’agisse de marchés privés ou de règles institutionnelles, le droit est devenu un instrument privilégié de concurrence et d’influence en amont, c’est-à-dire d’intelligence économique* ». Somme-toute, dans un monde de plus en plus intégré et dans le cadre du rapprochement des systèmes

juridiques et des législations européennes, les juridictions tentent de développer des politiques d'attractivité, en particulier en produisant et en offrant aux bases fiscales des cadres institutionnels attractifs. La réflexion menée dans le présent travail de recherche consistait à caractériser les processus d'intégration juridique à l'œuvre dans l'espace institutionnel européen et de proposer des analyses des comportements concurrentiels que peuvent adopter les Etats européens au moyen de modèles de concurrence institutionnelle.

Le chapitre premier a présenté les concepts et les ingrédients nécessaires à une réflexion sur la notion d'intégration juridique dans le cadre du développement du droit communautaire. Il y est apparu que l'analyse des processus d'intégration juridique amène à identifier des espaces juridiques différents par leur nature en raison des spécificités des dynamiques institutionnelles qui découlent desdits processus. Dans le cadre européen, les dynamiques afférentes ont trait aux effets du droit communautaire. Celui-ci trouve sa source dans les principes fondateurs de l'UE, faisant de ce droit utile un élément identitaire important de l'Union, mais aussi dans des institutions communautaires garantes des dynamiques institutionnelles en Europe. Le droit communautaire dispose en outre des propriétés de primauté et d'effets directs qui lui confèrent son caractère effectif et, partant, son efficacité. Il correspond en cela assez bien aux critères théoriques d'une intégration économique aboutie et d'une intégration juridique étendue, centrée et intense.

Dans le deuxième chapitre ont été exposés les enjeux principaux que revêt l'intégration du cadre juridique au niveau européen. On y a présenté le droit communautaire comme un véritable terreau de la manifestation de différentes forces d'intégration, à la fois économiques et juridiques. Les dynamiques afférentes relèvent, selon leur nature, soit de logiques de rapprochement des cadres normatifs nationaux, soit de phénomènes de différenciation réglementaire. C'est dans ce cadre qu'ont été décrites les diverses stratégies d'intégration à disposition des acteurs publics, à savoir l'harmonisation, la coordination et l'unification, chacune d'entre elles possédant ses propres logiques dynamiques et institutionnelles.

L'objet du chapitre 3 a été de proposer des analyses concurrentielles du processus d'intégration juridique au niveau européen en développant la notion de « marges de manœuvre institutionnelles ». Si les origines de ces marges sont multiples au regard de la littérature (incomplétude du droit, marges délibérées des Etats, complexité des cadres normatifs), nous avons montré que, dans le cas du droit communautaire, les marges relèvent à

la fois du droit matériel et du droit institutionnel (marges législatives, réglementaires ou administratives, ainsi que marges liées aux instruments juridiques et aux actes dérivés...). Le principe de concurrence institutionnelle se prête donc particulièrement bien à l'analyse de l'intégration juridique.

Le chapitre 4 a ouvert la seconde moitié de notre travail de recherche sur la question de l'attractivité régionale. Sur la base des études internationales conduites autour de la thématique de la compétitivité des Etats, ainsi que de la littérature économique, il a décrit l'enjeu crucial de l'attrait des pays du point de vue des cadres normatifs et des institutions. Nous avons défini les concepts de compétitivité et d'attractivité, de même que nous avons caractérisé les dynamiques concurrentielles positives et potentielles inhérentes à la production publique d'ordre institutionnel. Le chapitre a aussi été le prétexte à des premières réflexions théoriques sur les comportements de concurrence institutionnelle que peuvent adopter des juridictions qui cherchent à promouvoir leur pouvoir d'attrait.

Un premier modèle de concurrence fiscale entre agents privés et publics a été présenté dans le chapitre 5. Ont ainsi été étudiées les dimensions fiscales et institutionnelles de la concurrence qui peut s'instaurer entre deux juridictions, différentes par leurs tailles et leurs efficacités productives et qui cherchent à maximiser leurs recettes nettes fiscales en incitant le maximum de clientèle locale et étrangère à s'approvisionner auprès de leur tissu économique national. Le modèle a considéré spécifiquement une variable non fiscale mesurant l'offre de services publics d'attractivité favorable aux consommateurs et permettant précisément de considérer une asymétrie dans l'efficacité publique des juridictions. Outre des résultats déjà connus de la littérature, le modèle a montré que certaines caractéristiques locales, en particulier l'efficacité dans la production de biens publics, peuvent constituer des armes considérables dans un contexte de concurrence entre juridictions et de forte intégration (économique et juridique). Les régions les plus petites peuvent être plus attractives que leurs grandes concurrentes, y compris en termes d'offre publique, et ce même si elles pratiquent des prix et des impôts élevés. Elles sont ainsi capables de s'affranchir des contraintes et pressions concurrentielles. De ce point de vue, l'intégration économique apparaît par ailleurs comme un facteur favorable à ces résultats.

En revanche, il existait une limite assez critiquable à la modélisation dans la définition exogène de l'efficacité publique, limite que le dernier chapitre de la thèse aura tenté de dépasser. Par ailleurs, l'équilibre non coopératif s'est avéré non efficient, ce qui a posé la

question (non résolue dans ce travail) de la coordination fiscale et non fiscale entre ces régions différenciées. L'analyse pouvait également être complétée par une analyse comparative du point de vue du bien-être. En outre, si l'hypothèse de localisation fixe *ex ante* des firmes a permis de se concentrer sur l'équilibre public et en prix et de « favoriser » l'existence des solutions d'équilibre⁵⁰⁶, elle a occulté une question particulièrement intéressante, à savoir celle de la localisation du tissu industriel dans les grands pays, par exemple à proximité des frontières.

Le dernier chapitre est revenu sur la concurrence que sont susceptibles de se livrer, dans le cadre de l'harmonisation législative européenne, deux Etats membres de l'UE différenciés par leurs caractéristiques intrinsèques, en l'occurrence celles invoquées dans le chapitre précédent (taille et efficacité publique). Le contexte de l'élaboration du cadre communautaire s'est révélé pertinent car il a permis de trouver des arguments juridiques qui ont justifié pour une bonne partie le cadre de modélisation proposé. Les chapitres 5 et 6 ont été complémentaires car ils ont permis à eux deux d'identifier deux éléments caractéristiques des Etats membres qui conditionnent pour l'essentiel les jeux concurrentiels à l'œuvre dans le cadre de l'intégration du cadre juridique européen.

Nous avons montré que la taille démographique est une variable qui influence la concurrence législative par l'intermédiaire des pouvoirs de négociation des appareils administratifs et politiques nationaux. Il est également apparu que les Etats de l'UE disposent d'une arme décisive en matière de concurrence réglementaire dans l'exercice de transcription des normes européennes, à savoir leur efficacité (publique) institutionnelle, laquelle s'exprime par les capacités de l'appareil d'Etat à réagir vite et de manière cohérente aux changements institutionnels. Le dernier chapitre a ainsi contribué à avancer les bases d'une analyse économique de la transposition des directives européennes en droit interne (cf. représentation spatiale de la concurrence institutionnelle), du reste de façon complémentaire aux apports les plus récents du droit en la matière (Zolynski, 2007 ; Nabli, 2007).

⁵⁰⁶ Cf. thèse de Hussler (2004).

Bibliographie

- ACEMOGLU, D. et S. JOHNSON (2005), “Unbundling Institutions”, *Journal of Political Economy*, volume 113, p. 949–995.
- ACEMOGLU, D., JOHNSON S. et ROBINSON J.A. (2001), “The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation”, *American Economic Review*, 91, p. 1369–1401.
- ALESINA, A. et E. SPOLAORE (1997), “On the Number and Size of Nations”, *Quarterly Journal of Economics*, 112 (4).
- ALESINA, A. et E. SPOLAORE (2003), *The Size of Nations*, Cambridge, The MIT Press.
- ALESINA, A., SPOLAORE, E. et R. WACZIARG (2004), “Trade, Growth and the Size of Countries”, *Handbook of Economic Growth*, North-Holland.
- ALLEAUME, V.C. (2001), « Le droit d’auteur ou l’arlésienne du droit d’auteur », *Légicom*, n°24, pp. 43-50.
- ALLEN, F. (2001), “Do Financial Institutions Matter?”, *Journal of Finance*, vol. LVI, n°4: p. 1165–1175.
- ASCHAUER, D.A. (1989), “Is Public Expenditure Productive?”, *Journal of Monetary Economics* 23: 177-200.
- BALDWIN R. et P. KRUGMAN (2004), “Agglomeration, Integration and Tax Harmonization”, *European Economic Review*, 48, 1-23.
- BALASSA, B. (1961), *The Theory of Economic Integration*, Londres, Allen & Unwin.
- BARRO, R.J. (1990), “Government Spending in a Simple Model of Endogenous Growth”, *Journal of Political Economy* 98 : S103-S125.
- BARTHE, M.-A. (2003), *Economie de l’Union européenne* (2^{nde} éd.), Paris, Editions Economica.
- BELLEFLAMME, P. et J. HINDRIKS (2005), “Yardstick Competition and Political Agency Problems”, *Social Choice and Welfare*, 24, pp. 155-169.
- BELLOC, M. (2006), “Institutions and International Economics: A Reconsideration of Comparative Advantage”, *Journal of Economic Surveys*, vol. 20, n°1.
- BENABOU, V.-L. (2002), « Les nouveaux critères de protection des dessins et modèles : une protection sur mesure ? », *Dr. et patrimoine n°100*, pp. 43-49.
- BENNETT, R.J. (1990), *Decentralisation, Local Governments and Markets: Towards a Post-Welfare Agenda*, Clarendon Press, Oxford.

- BERGEL, J.-L. (1991), « A la recherche de méthode d'intégration du droit communautaire », *RRJ n°4*, pp. 999-1008.
- BERGEL, J.-L. (2003), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4^e éd., n° 290.
- BESLEY, T. J. et A. CASE (1995), "Incumbent Behavior: Vote-Seeking, Tax-Setting and Yardstick Competition", *American Economic Review*, 85, 25-45.
- BESLEY, T. J. et M. SMART (2003), "Does Tax Competition Raise Voter Welfare?", *London School of Economics*.
- BLANQUET, M. et G. ISAAC (2004), *Droit communautaire général*, Armand Colin, 8^e éd., p.225.
- BLUMANN, C. et L. DUBOIS (2005), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 2^e éd., n°569.
- BONICHOT, J.-C. (1996), *Le Droit communautaire et le droit administratif français*, A.J.D.A., n° spécial.
- BORSCHARDT, K.-D. (1999), *L'ABC du droit communautaire*, Documentation européenne, Direction générale de l'éducation et de la culture, Commission européenne.
- BORDIGNON, M, CERNIGLIA, F. et F. REVELLI (2003), "In search of yardstick competition: A spatial analysis of Italian municipality property tax setting", *Journal of Urban Economics*, 54.
- BORCK, R. et M. PFLUGER (2006), "Agglomeration and Tax Competition", *European Economic Review*, 50, pp.647-668.
- BORSI, F.-X. et P. PIERETTI (2006), « Concurrence fiscale et non fiscale entre juridictions asymétriques et stratégies d'attractivité », *Annales de la Faculté de Droit Economie et Administration de Metz*, n°6.
- BOSKOVITS, K. (1999), *Le droit communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruxelles, Bruylant, p.347.
- BRENNAN, G. et J. BUCHANAN. (1980). *The power to tax: analytical foundations of a fiscal constitution*, Cambridge MA: Cambridge University Press.
- BROUSSEAU, E. et E. RAYNAUD (2006), "The Economics of Private Institutions. An introduction to the dynamics of Institutional Frameworks and to the Analysis of multilevel Multitype Governance", à paraître.
- BUCOVETSKY, S. (1991), "Asymmetry Tax Competition", *Journal of Public Economics*, 30: 167-181.

- BUCOVETSKY, S. et J.D. WILSON (1991), "Tax Competition with Two Tax Instruments", *Regional Science and Urban Economics*, 21 : 333-350.
- BULOW, J., GEANAKOLPOS, J. et P. KEMPLERER (1985), "Multimarket Oligopoly: Strategic Substitutes and Complements", *Journal of Political Economy*, 93 : 488-511.
- BURGORGUE-LARSEN, L. (2004), « Le droit communautaire dans tous ses états ou les désordres du in et du out », dans *Mélanges en hommage à Guy Isaac, 50 ans de droit communautaire*, t. I, Presse de L'Université des sciences sociales, pp. 121-137.
- CANIVET, G., FRISON-ROCHE M.-A. et M. KLEIN (2005), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, L.G.D.J.
- CALFEE, J. E. et R. CRASWELL (1984), "Some Expects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards", *Virginia Law Review*, vol. 70, n°5, 965-1003.
- CALFEE, J. E. et R. CRASWELL (1986), "Deterrence and Uncertainty Legal Standards", *Journal of Law and Organization*, vol. 2, n°2, 279-303.
- CANIVET, G., FRISON-ROCHE, M.-A. et M. KLEIN (2005), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris : L.G.D.J.
- CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M. et J.H.H. WEILER (1986), "Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience – A General Introduction", dans CAPPELLETTI, M., SECCOMBE, M. et J.H.H. WEILER (dir.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience – Methods, Tools and Institutions*, tome 1, Berlin, New York, W. de Gruyter, 1986, p.12.
- CARBONNIER, J. (1995), « L'inflation des lois », *Essais sur les lois*, Defrénois, 2^e éd., pp. 307-313.
- CARBONNIER, J. (2001), *Flexible Droit : Pour Une Sociologie du Droit Sans Rigueur*, Paris : L.G.D.J. (10^{ème} éd.).
- CARDOZO, B. (1921), *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press.
- CHOPARD, B. et B. DEFFAINS (2005), « Droit, finance et efficacité économique : au-delà des indicateurs de protection légale des investisseurs », dans CANIVET, G., FRISON-ROCHE, M.-A. et M. KLEIN, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris : LGDJ.
- CRETTEZ, B. et R. DELOCHE (2006), "On the unification of legal rules in the European Union", *European Journal of Law and Economics*, vol. 21, 203-214.
- COHEN, E. (1993), « Les Etats sont-ils encore souverains dans l'ordre économique ? », *Relations internationales et stratégiques*.
- COMBES, P.-P., T. MAYER et J.-F. THISSE (2006), *Economie géographique - L'intégration des régions et des nations*, CorpusEconomie : Economica.

- CONSTANTINESCO, V. (1987), « L'art.5 CEE : de la bonne foi à la loyauté communautaire », dans *Liber amicorum Pierre Pescatore, Du droit international au droit de l'intégration*, Nomos, Baden-Baden, pp.97-114.
- COTE, P.-A. (1999), « Méthode législative et directive d'interprétation », dans MORAND, C.-A. (1999), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, pp. 149-159.
- DAFFLON, B. (1999), "Fiscal Federalism in Switzerland", dans FOSSATI, A. et G. PANELLA, *Fiscal Federalism in Europe*, Routledge Studies in the European Economy, Londres, pp. 255-294.
- DANIELS, R. (1991), "Should Provinces Compete? The Case for a Competitive Corporate Law Market", *36 McGill L.J.* 130.
- DARI-MATTIACCI, G. Et B. DEFFAINS (2006), « Uncertainty of Law and the Legal Process », *Document de travail BETA*.
- DAUDET, Y. (1991), « Le droit international tire-t-il profit du droit communautaire ? », dans *Mélanges Jean Boulouis, L'Europe et le droit*, Paris, Dalloz, pp. 97-112.
- DEAKIN, S. (à paraître), "Regulatory Competition versus Harmonization in European Company Law", dans ESTY, D. et D. GERADIN (éd.), *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, Oxford: OUP.
- DEFFAINS, B. (2001), "Competition between legal systems : a comparative law and economics perspective", dans *Law and economics in civil law*, B. DEFFAINS et T. KIRAT (éd.), Elsevier, JAI Press, pp. 11-23.
- DE VILLEPIN, D. et J. SEMPRUM (2005), *L'Homme européen*, édition Plon.
- DELAGE, B. (1999), « Concurrence fiscale : un survol », *L'actualité économique*, 75, pp.67-92.
- DELMAS-MARTY, M. (1992), « Contraintes du droit européen des droits de l'homme », dans *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, pp. 373-401.
- DELMAS-MARTY, M. (1997), « Union européenne et droit pénal », *Cahiers de droit européen*, pp. 607-653.
- DELMAS-MARTY, M. (2006), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre systèmes juridiques », conférence à l'Université Bordeaux IV, en réf. à *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, janvier 2006.
- DELMAS-MARTY, M. (2006), « La dimension juridique du multilatéralisme régional », *Symposium sur les dimensions sociales des processus d'intégration régionale*, Forum International sur les Interfaces entre Politiques et Sciences Sociales, février 2006.

- DELMAS-MARTY, M., GIUDICELLI-DELAGE, G. et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (2003), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris (éd.).
- DEMBOUR, C. et X. WAUTHY (2004), "Investment in Public Infrastructure and Tax Competition between Contiguous Regions", papier présenté au PET 05, Marseille.
- DEMOUGIN, D. (2004), "Organizational Form and Information Acquisition: Comment", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Bd. 160(1), S. 52-55.
- DEWATRIPONT, M. et J. TIROLE (1993), *La réglementation prudentielle des banques*, Editions Payot Lausanne, traduction : 1994, *The Prudential Regulation of Banks*, Cambridge, MA and London, MIT Press.
- DEWOST, J.-L. (1980), « Les relations entre le Conseil et la Commission dans la procédure décisionnelle communautaire », R.M.C., n°242, pp.289-294.
- DIAMOND, D.W. et P.H. DYBVIIG (1983), "Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity", *Journal of Political Economy*, 91, 401-419.
- DOUTRIAUX, Y et C. LEQUESNE (2005), *Les institutions de l'Union européenne*, Documentation française, Réflexe Europe.
- DRAZEN, A. (2001), *Political Economy in Macroeconomics*, Princeton University Press, Princeton.
- DU MARAIS, B. (2007), *Agences de notation, immobilier et contrats publics. Contributions sur l'attractivité du droit*, Paris, La Documentation française, coll. Perspectives sur la justice.
- DUBOS, O. (2004), « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », dans *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, pp. 29-56.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE, J. (2000), « Rapport de synthèse », dans *En hommage à Louis Dubouis, Droits nationaux et droit communautaire, influences croisées*, Paris, La Documentation française, p.179-186.
- EASTERLY, W. et A. KRAY (2000), "Small States, Small Problems? Income, Growth, and Volatility in Small States", *World Development*, 28 (11) : 2013-2027.
- EDERVEEN, S. et J. PELKMANS (2006), "Principles of subsidiarity", présenté au workshop intitulé "*Subsidiarity in economic policy making*", avril 2006.
- EHRlich, I. Et R. POSNER (1974), "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *Journal of Legal Studies*, vol. 3, 257-286.
- FARDET, C. (2003), « Auteur, coauteur, perfecteur », dans D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., p.109-111.

- FARRAR, J.H. (1999), “The New Financial Architecture and Effective Corporate Governance”, *The International Lawyer* 927, p. 937.
- FAUGERE, J.-M., FERRAN-NAGEL, S. et M.-A. BARTHE (2002), *Politiques publiques européennes*, Economica.
- FENET, P.-A. (1836), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.1, Videcoq, p. 470.
- FONTAGNE, L. et M. FREUDENBERG (1999), « Marché unique et développement des échanges », *Economie et Statistique*, (326-327) : 71-95.
- FREIXAS, X. et J.C. ROCHET (1999), *Microeconomics of Banking*, Cambridge: MIT Press.
- FREY, B. et R. EICHENGERGER (1996), “To Harmonize or to Compete? That’s not the question”, *Journal of Politic Economics*, n° 60, pp.335-349.
- FREY, B. et R. EICHENGERGER (1999), *The New Democratic Federalism of Europe*, Edward Elgar, Londres.
- FUKOYAMA, F. (1992), *La fin de l’histoire et le dernier homme*, Mesnil-sur-L’Estrée (France), Flammarion, 1992.
- GALLOUX, J.-C. (2005), « La loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique », *RTD*, pp.707-712.
- GARDE, A. et M. HARAVON (2006), “La circulation de l’information juridique en Europe : plus de moyens pour appréhender les différences”, *Recueil DALLOZ*, n°6.
- GAROUPA, N. (2001), “An Economic Analysis of Criminal Systems in Civil Law Countries”, dans *Law and Economics in Civil Law Countries, The Economics of Legal Relationships Series*, vol.6, DEFFAINS, B. et T. KIRAT Eds. Amsterdam: Elsevier Science, pp. 199-215.
- GARRIGOU-LAGRANGE, J.-M. (1999), « L’obligation de légiférer », dans *Droit et politique à la croisée des cultures : Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, pp.305-321.
- GASSIN, R. (1961), « Lois spéciales et droit commun », *D.*, chron. pp. 91-98.
- GAUDEMET, Y. (2003), « Sur l’abus ou quelques abus de la législation déléguée », dans *L’esprit des institutions, l’équilibre des pouvoirs : mélanges en l’honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, pp. 617-628.
- GAUDRON, J.-C. et L. GRARD (2000), « Rapport général : le droit international dans la construction de l’Union européenne », *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux (30 sept. – 2 oct. 1999) organisé par la S.F.D.I., Paris, Pedone, pp. 11-152.

- GAUMONT-PRAT, H. (2005), « La laborieuse transposition de la directive n°98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques, suite et fin ? », *Prop. Ind.*, chron. n°5.
- GAUTIER, Y. (1995), *La délégation en droit communautaire*, thèse Strasbourg III.
- GAUTIER, Y. (1996), « L'Etat membre et l'exécution du droit communautaire », dans G. DUPRAT, *L'Union européenne – droit, politique et démocratie*, Paris, P.U.F., pp.39-79, spéc. pp.43-44.
- GAUTIER, M. (2007), « Acte administratif transnational et droit communautaire », dans AUBY, J.-B. et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit Administratif Européen*, éditions Bruylant.
- GENY, F. (2004), « La technique législative dans la codification civile moderne », dans *Livre du Centenaire 1804-1904*, Dalloz reprint, pp.989-1038.
- GERARD, M. et F. RUIZ (2006), “Interjurisdictional Competition for Higher Education and Firms”, *CESifo Working Paper Series*, n°1719.
- GISCARD d'ESTAING, V. (2003), *La Constitution pour l'Europe*, Paris, Albin Michel.
- GLAESER, E., LA PORTA, R. et F. LOPEZ-DE-SALINAS (2004), “Do Institutions Cause Growth? ”, *Journal of Economic Growth*, 9 : 271-303.
- GODEFROY, T. et P. LASCOUMES (2004), *Le capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshores*, La Découverte, Paris.
- GODEFROY, T. et P. LASCOUMES (2005), « Territoires offshore : le capitalisme financier peut-il encore s'en passer ? », *Rapport moral sur l'argent dans le monde 2005*, Ed. Association d'Economie Financière, Paris, 79-89.
- GONZALEZ SANCHEZ, E. (1992), « La négociation des décisions communautaires par les fonctionnaires nationaux : les groupes de travail du Conseil », *R.F.A.P.*, n°63, p. 391-399.
- GORTON, G. et A. WINTON (2003), “Financial Intermediation”, *Handbook of Economics of Finance*, Ed. by G.M. Constantinides (*et al.*), Elsevier.
- GUILLAUME, M. (2005), « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs n°114*, pp. 117-129.
- HANICOTTE, R. (1986), « Le juge face au retard des textes d'application », *RDP*, pp.1667-1696.
- HANNOUN, H. (2000), « Places financières et banques centrales », *Revue d'économie financière*, n°57.

- HARNAY, S. et J. MARCIANO (2003), “Judicial conformity versus dissidence : an economic analysis of judicial precedent”, *International Review of Law and Economics*, Elsevier, vol. 23, pp. 405-420.
- HART, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford: The Clarendon Press.
- HART, O.D. et J.M. MOORE (1988), “Incomplete Contracts and Renegotiations”, *Econometrica*, 56, pp. 755-785.
- HAUFLER, A. (1996), “Tax Coordination with Different Preferences for Public Goods: Conflict or Harmony of Interest?”, *International Tax and Public Finance* 3, 5-28.
- HAUFLER, A. (2001), *Taxation in a Global Economy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HAUFLER, A. et I. WOOTON (2001), “Regional Tax Coordination and Foreign Direct Investment”, *Centre for Economic Policy Research*, 3063.
- HAYES-RENSHAW, F., LEQUESNE, C. et P. MAYOR LOPEZ, “The permanent Representation of the Members States to the European Communities”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 28, n°2, pp.119-137.
- HAYEK, F. (1945), “The Use of Knowledge in Society”, repris dans HAYEK, F. (éd.), *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 117-140.
- HAYEK, F. (1978), “Competition as a Discovery Process”, dans *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, The University of Chicago Press, Chicago.
- HEAD, K., RIES, J. et D. SWENSON (1999), “Attracting foreign Manufacturing: Investment Promotion and Agglomeration”, *Regional Science and Urban Economics*, 29: 197-218.
- HEINE, K. (2003), “Kompetitiver Föderalismus auch für das öffentliche Gut „Recht“?“, *Quarterly Journal of Economic Research*, DIW Berlin, German Institute for Economic Research, vol. 72 (3), pp. 472-484.
- HEINE, K. (2006), “Interjurisdictional Competition and the Allocation of Constitutional Rights: A research note”, *International Review of Law and Economics*, vol. 26, pp. 33-41.
- HERING, P.J. et A.J. KANNING (2002), “Unifying Commercial Laws of nation-states, Coordination of Legal Systems and Economics Growth”, *Working Paper*.
- HOTELLING, H. (1929) Stability in Competition, *The Economic Journal*, Vol. 39, p 41-57.
- HVIDT, M. et S.B. NIELSEN (2001), “Non-cooperative versus minimum-rate commodity taxation”, *German Economic Review*, 2: 315-326.
- HWANG, H. et B. CHOE (1995), “Distribution of Factors Endowments and Tax Competition”, *Regional Science and Urban Economics*, 25, 655-673.

- HUSSLER, C. (2004), *Espaces, externalités de connaissance et innovation : éclairages théoriques et empiriques*, thèse de doctorat, Université Louis Pasteur, Strasbourg.
- IRMEN, A. et J.-F. THISSE (1998), “Competition in multi-characteristics spaces: Hotelling was almost right”, *Journal of Economic Theory*, 78, 76-102.
- JACQUE, J.-P. (2004), *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Paris, Dalloz.
- JACQUE, J.-P. (2006), *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Dalloz, coll. Cours (4^e éd.).
- JEGER, M., HAEGLER, U. et R. THEIS (1992), « L’attractivité des places financières internationales », *Revue d’Economie Financière*, n°21.
- JUSTMAN, M., J. THISSE et T. van YPERSELE (2005), “Fiscal Competition and Regional Differentiation”, *Regional Science and Urban Economics*, 35, 848-861.
- JOSELIN, J.-M. et A. MARCIANO (2002), *The Economics of Harmonizing European Law*, Elgar.
- KANBUR, R. et M.J. KEEN (1993), “Jeux Sans Frontières: Tax Competition and Tax Coordination When Countries differ in Size”, *American Economic Review*, vol.83, n°4, p.877-892.
- KAPLOW, L. (1995), “A Model of Optimal Complexity of Rules”, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 11, pp. 150-163.
- KAPLOW, L. (2000), “General Characteristics of Rules”, dans BOUCKAERT, B. et G. DEGEEST, *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar.
- KEEN, M. et M. MARCHAND (1997), “Fiscal Competition and the Pattern of Public Spending”, *Journal of Public Economics*, 66, 33-53.
- KELSEN, H. (1962), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz.
- KEMPF, H et E. TAUGOURDEAU (2004), “Fiscal policies and welfare in a real trade model with leadership“, à paraître dans les *Annales d’Economie et de Statistiques*.
- KERBER, W. (1998), “Erfordern Globalisierung und Standortwettbewerb einen Paradigmenwechsel in der Theorie der Wirtschaftspolitik ?“, dans *ORDO*, vol.49, p.253-268.
- KERBER, W. (2000b), “Interjurisdictional Competition within the European Union“, *Fordham International Law Journal*, vol. 23, pp. S217-S249.
- KERBER, W. et O. BUDZINSKI (2004), “Competition of Competition Laws: Mission Impossible?“, dans EPSTEIN, R. Et S. GREVE, *The New Antitrust Paradox : Policy Proliferation in the Global Economy*, Washington, D.C.: AEI Press (à paraître).

- KOVAR, R. (1987), « Observations sur l'intensité normative des directives », dans *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden-Baden, n° 30, pp.359-372.
- KREPS, D.M. (1990), *A Course in Microeconomic Theory*, Harvester-Wheatsheaf.
- KROGSTRUP, S. (2002), "What do Theories of Tax Competition Predict for Capital Taxes in EU Countries", *HEI Working Papers*, n° 05-2002.
- KULLMAN, J. (2005), « Y a-t-il un risque juridique en assurance ? », *Revue d'Economie Financière*, n°80, pp. 297-316.
- LAMASSOURE, A. (2004), *Histoire secrète de la Convention européenne*, Paris, Fondation Robert Schuman, Albin Michel.
- LAMBERS, H.J. (1961), « Les clauses de révision des traits instituant les Communautés européennes », *A.F.D.I.*, pp. 593-631, spéc. 601.
- LANDAU, D.L. (1983), "Government Expenditure and Economic Growth: A Cross-Country Study.", *Southern Economic Journal* 49 : 783-792.
- LANDES, W. M. et R. A. POSNER (1975), "The Independent Judiciary in an Interest Group Perspective", *Journal of Law and Economics*, vol. 18, Economic Analysis of Political Behavior: Universities – National Bureau Conference Series, n°29, pp. 875-901.
- LANDES, W. M. et R. A. POSNER (1976), "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis", *Journal of Law and Economics*, vol. 19, pp. 249-307.
- LANDIS, J. M. (1938), *The Administrative Process*, New Haven: Yale University Press.
- LAUSSEL, D. et M. LE BRETON (1998), "Existence of Nash Equilibria in Fiscal Competition Models", *Regional Science and Urban Economics*, 28.
- LEBLOND, P. (2003), "International Competition in Taxation and Financial Regulation: Why There is no Race to the Bottom", *Convention de l'International Studies Association*.
- LEGRAND, P. (1996), "European Legal Systems Are Not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, 45, 52-81.
- LEQUESNE, C. (1997), « Les Etats membres de l'Union européenne : de la pertinence d'une approche institutionnelle », dans J. RIDEAU (dir.), *Les Etats membres de l'Union européenne, adaptations, mutations, résistances*, Paris, L.G.D.J., pp.475-495.
- LESLIE, P. (1997), « La gouvernance de l'économie au sein d'intégrations économiques : les cas du Canada, de l'Union européenne et de l'Accord de libre-échange nord-américain », dans SOLDATOS, P. et J.-C. MASLET (dir.), *L'Etat-nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, Montréal, Chaire Jean Monnet Université de Montréal, 1997, p. 45.

- LEVASSEUR, S. (2002), « Investissements directs à l'étranger et stratégie des entreprises multinationales », *Revue de l'OFCE*, hors-série mars 2002.
- LIBCHABER, R. (1998), « Le décret d'application, norme paradoxale », *RTD civ.*, pp.788-792.
- LIPSEY, R.G., SCHWANEN, D. et R.J. WONNACOTT (1994), *The NAFTA – What's In, What's Out, What's Next*, Policy Study 21, Toronto, C.D. Howe Institute.
- LOUNGNARATH, (2001), « L'intégration juridique dans la zone Aléna : un chantier axé sur les processus », *La Revue du Barreau du Québec*, vol. 61.
- LOUIS, J.-V. (1969), *Les règlements de la CEE*, Bruxelles, Presses universitaires.
- LOUIS, J.-V. (1971), « Compétences des Etats membres dans la mise en œuvre des règlements », *C.D.E.*, n°6, pp.627-640.
- LOUIS, J.-V. (1993), *L'ordre juridique communautaire*, Commission des Communautés européennes, Perspectives européennes, Bruxelles, p.193.
- MADIES, T., PATY, S. et Y. ROCABOY (2005), « Externalités fiscales horizontales et verticales : où en est la théorie du fédéralisme financier ? », *Revue d'Economie Politique*, 115 (1), 17-63.
- MARCEAU, N. (1997), "Competition in Crime Deterrence", *Canadian Journal of Economics*, 30, 844-854.
- MARCEAU N. et S. MONGRAIN (2002), « Dissuasion du crime et concurrence entre juridictions », *Revue d'Economie Politique*, 112, 905--19.
- MARCIANO, A. et J.-M. JOSSELIN (2002), *The Economics of Harmonizing European Law*, Edward Elgar, Pub., Cheltenham, Northampton.
- MARCOU, G. (1995), *Les Mutations du droit de l'administration en Europe, pluralisme et convergences*, Paris, l'Harmattan.
- MARKUSEN, J.R. (1995), "The Boundaries of Multinational Enterprises and the Theory of International Trade", *Journal of Economic Perspective*, 9, 2, 169-189.
- MASSON, A. (2008), *Droit communautaire – Droit institutionnel et droit matériel – Théories, exercices et éléments de méthodologie*, De Boeck, éditions Larcier.
- MATTERA, A. (2004), « Le principe de la reconnaissance mutuel et le respect des identités et des traditions nationales, régionales et locales », *RDUE*, pp. 5-26.
- MEGRET, J. (1967), « La technique communautaire d'harmonisation des législations », *RMC*, pp.181-189.
- MEDHI, V.R. (2004), « L'exécution normative du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », dans *Mélanges en l'honneur à Guy*

- Isaac : 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, pp.615-637.
- MICHALET, C.A. (1999), *La séduction des Nations ou comment attirer les investissements*, Economica, Paris.
- MINTZ, J. et H. TULKENS (1986), "Commodity Tax Competition Between Member States of a Federation: Equilibrium and Efficiency", *Journal of Public Economics*, 29 : 133-72.
- MITRANY, D. (1943), *A Working Peace System: An Argument for the Functional Development of International Organization*, Londres, Royal Institute of International Affairs.
- MOLFESSIS, N. (2000), « Les avancées de la sécurité juridique », *RTD*.
- MUCCHIELLI, J.-L. (1998), *Multinationales et mondialisation*, Seuil, coll. Point Economique.
- MUIR WATT, H. (2006), "Integration and Diversity: The Conflict of Laws as a Regulatory Tool", dans CAFAGGI (éd.), *The Institutional Framework of Private International Law*.
- MUNDELL, R. (1957), "International Trade and Factor Mobility", *American Economic Review*, n°47, pp. 321-335.
- MUNDELL, R. (1961), "A Theory of Optimum Currency Area", *American Economic Review*.
- NABLI, B. (2003), « Européanisation du droit constitutionnel et constitutionnalisation du droit », dans ZILLER, J., MARQUIS, M. et H. TAOUFIQI (2003), *L'Européanisation des droits constitutionnels à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, L'Harmattan.
- NABLI, B. (2007), *L'Exercice des fonctions d'Etat membre de la Communauté européenne*, thèse de doctorat, DALLOZ.
- NAVARETTI, B. et A. VENABLES (2004), "Multinational Firms in the World Economy", *Princeton University Press*.
- NIELSEN S.B. (2001), "A Simple Model of Commodity Taxation and Cross-border Shopping", *Scandinavian Journal of Economics*, 103, pp. 599-623.
- NICOLAIDIS, K. (1997), "Promising Approaches and Principal Obstacles to Mutual Recognition", dans *International Trade in Professional Services: Advancing Liberalization through Regulatory Reform*, Publications de l'OCDE.
- NORTH, D. (1990), "Institutions, Institutional Change and Economic Performance", Cambridge: Cambridge University Press.
- OATES, W.E. (1972), *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt race Jovanovitch.
- OBIDZINSKI, M. (2006), *Economie d'un droit flexible*, thèse de doctorat, Université Nancy2.

- OGUS, A. (1999), "Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, n°48, pp. 405-418.
- OGUS, A. (2002), "The Economic Basis of Legal Culture: Networks and Monopolization", *Oxford Journal of Legal Studies*, n°22, pp. 419-434.
- OHSAWA, Y. (1999), "Cross-border Shopping and Tax Competition among Governments", *Regional Science and Urban Economics*, 29: pp. 33-51.
- OHSAWA, Y. et T. KOSHIZUKA (2003), "Two-dimensional fiscal competition", *Journal of Economic Geography* (à paraître).
- PAGE, E.C. et L. WOUTERS (1995), "The Europeanization of the National Bureaucracies?", dans J. PIERRE (éd.), *Bureaucracy and the Modern State*, Aldershot, Elgar, pp.185-204.
- PARISI, F. (1998c), "Spontaneous Emergence of Law: Customary", dans X., *Encyclopaedia of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar and University of Gent.
- PECQUEUR, B. (2001), « Qualité et développement territorial : l'hypothèse du panier de biens et de services territorialisés », *Economie Rurale*, n° 261, pp. 37- 49.
- PESCATORE, P. (1972), *Le droit de l'intégration (Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes)*, Genève, Sijthoff-Leiden, IHEI.
- PESCATORE, P. (1975), *L'ordre juridique des Communautés européennes. Etude des sources du droit communautaire*, Liège, Presses universitaires de Liège.
- PIATTI, M.-C. (2002), « Rapport de synthèse. La protection des créations de mode : ce qui va changer », *Dr. et patrimoine n°100*, pp. 87-90.
- PIERETTI, P. (1999), « Concurrence fiscale et harmonisation », *Revue d'Economie Politique*, 109, pp. 559-575.
- PIERETTI, P., BOURGAIN, A. et P. COURTIN (2007), *Place financière de Luxembourg – Analyse des sources de ses avantages compétitifs et de sa dynamique*, Fondation Adolphe Weicker, Edition De Boeck.
- PIGEON, L.-P. (1982), « La traduction juridique. L'équivalence fonctionnelle », dans GEMAR, J.-C. (éd.), *Langage du droit et traduction*, Québec, Conseil de la langue française, pp.271-281.
- PISTOR, K et X. CHENG-GANG (2002a), "Incomplete Law – A Conceptual and Analytical Framework and its Application to the Evolution of Financial Market Regulation", *Columbia Law and Economics Working Paper*, n°204.

PISTOR, K et X. CHENG-GANG (2002b), “Fiduciary Duty in Transitional Civil Law Jurisdictions Lessons from the Incomplete Law Theory”, ECGI Law Working Paper, n°1/2002.

PISTOR, K et X. CHENG-GANG (2003), “Law Enforcement Under Incomplete Law: Theory and Evidence From the Financial Market Regulation”, Columbia Law and Economics Working Paper, n°222.

PLANTE, S. (2000), « L’emploi abusif de références au droit d’auteur américain dans les contrats de l’industrie télévisuelle et cinématographique québécoise », dans CHALIFOUR, N. et M.A. BLANCHARD (dir.), *Développements récents en droit du divertissement*, vol.133, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Editions Yvon Blais 37, p. 42.

POMMERHNE, W., KIRCHGAESSNER, G. et L. FELD (1996), “Tax Harmonization and Tax Competition at State-local Levels: Lessons from Switzerland“, dans POLA, G., FRANCE, G. et R. LEVAGGI (éd.), *Developments in Local Government Finance : Theory and Policy*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 292-330.

POPOVICI, A. (2002), « Droit comparé / sources du droit privé. Aspects de l’intégration juridique au Québec », *Revue Juridique Thémis*, Montréal, Québec, Ed. Thémis.

PORTER, M. (1991), “Toward a Dynamic Theory of Strategy”, *Strategic Management Journal*, vol. 12, pp. 95-117.

POSNER, R. (1983), “The Economics of Justice”, *The Economic Journal*, vol.93, n°369.

POUGET, F. (2004), “Economie politique de la taille des nations”, Séminaire ACI, *Mondialisation, Globalisation et Gouvernance*.

QUADRI, R., MONACO, R. et A. TRABUCCHI (1965), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milano, Giuffrè, t. I, p.53.

QUERMONNE, J.-L. (2005), *Le système politique de l’Union européenne*, Broché, Montchrestien.

RAPPORT GENERAL sur l’activité de la Communauté économique européenne, 1965-1966.

RAZIN A. et E. SADKA (1991), “International Tax Competition and Gains from Tax Harmonization”, NBER Working Papers 3152.

RASPILLER, S. (2006), « La concurrence fiscale : une analyse économique », *Annales de la Faculté de Droit-Economie et Administration* 2006, 6.

REVELLI, F. (2006), “Performance Rating and Yardstick Competition in Social Service Provision”, *Journal of Public Economics*, 90, pp. 459-475.

- REVET, T. (1996), « DDEOF – Loi n°96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier », *RTD civ.*, pp. 724-728.
- RIBSTEIN, L. (1994), “Delaware, Lawyers and Choice of Law”, 19 *Delaware Journal of Corporate Law*, 999 ff.
- RIBSTEIN, L. et B. KOBAYASHI (1996), “An Economic Analysis of Uniform State Laws”, *Journal of Legal Studies*, n° 25, pp. 131-200.
- RIBSTEIN, L. et B. KOBAYASHI (2006), *The Economics of Federalism*, U Illinois Law and Economics Research Paper, n°LE06-001.
- RIDEAU, J. (2002), *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, LGDJ (4^e éd.).
- RIGAUX, A. (1993), « Comité des Représentants permanents », *Encyclopédie Dalloz Communautaire*, t. I, pp. 1-9.
- ROLLET, P. (1995), *Du grand marché à l'union économique et monétaire. Les enjeux de la construction européenne*, 261 P, Collection « Regards sur notre temps », Éd. Cujas.
- ROSENBLUTH, F. et R. SCHAAP (2000), “The Domestic Politics of Financial Globalization”, *Working Paper*, Yale University.
- ROY, N. (1991), “Le fédéralisme canadien sous l'oeil de la concurrence réglementaire – le cas des mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat”, dans CRETE, R. (dir.), *Les mesures défensives en matière d'offres publiques d'achat au Canada*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 253.
- SALON, S. et J.-C. SAVIGNAC (1986), « Des mosaïques législatives ? A propos d'une manière de légiférer », *AJDA*, pp. 3-9.
- SARTORIUS, C. (1998) : “Wettbewerb, Verhaltensvielfalt und Nachhaltigkeit”, dans RENNER, A. et F. HINTERBERGER (Eds.) : *Zukunftsfähigkeit und Neoliberalismus. Zur Vereinbarkeit von Umweltschutz und Wettbewerbswirtschaft*. Baden-Baden: Nomos, pp. 321-338.
- SAULNIER, E. (2002), *La participation des parlements français et britanniques aux Communautés et à l'Union européenne*, LGDJ, p.663.
- SAURON, J.-L. (1998), *Droit communautaire et décision nationale*, Paris, L.G.D.J.
- SELTEN R. (1975), “Re-examination of the perfectness concept for equilibrium points in extensive games”, *International Journal of Game Theory*, vol. 4, p. 24–55, 1975.
- SIEBERT H. et M.J. KOOP (1994), “Europa zwischen Wettbewerb und Harmonisierung“, *Wirt-Wirtschaftswissenschaftliches Studium*, 12, p. 611-616.
- SIMON, D. (1998), « La Directive », *Rép. Communautaire Dalloz*, n°40.

- SIMON, D. Et A. BARAV (1990), « Le droit communautaire et la suspension des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame* », *R.M.C.*, n°340, pp. 591-597.
- SINN, H.W. (1990), "Tax Harmonization and Tax Competition in Europe", *European Economic Review*, vol.34, p.489-504.
- SPIER, K. (1994), "Petrial Bargaining and the Design of Fee Shifting Rules", *Journal of Economics*, 197.
- STORAI, C. (2002), « Firms multinationales, localisation de la production et attractivité territoriale : une interaction complexe dans la globalisation », *Actes du CNR IUT*, Le Creusot.
- STRAUBHAAR, J.D. (1997), "Distinguishing the Global, Regional and National Levels of World Television", dans SREVERNY-MOHAMMADI, A., WINSECK, D., McKENNA, J. et O. BOYD-BARRET (1997), *Media in Global Context: A Reader*, London: Arnold.
- TAYLOR, L. (1992), "Infrastructural Competition among Jurisdiction", *Journal of Public Economics*, 49 (2), p. 241-259.
- TIROLE, J. (1993), *Théorie de l'organisation industrielle*, Economica, Paris.
- VANBERG, V. (1995), "John R. Commons: Institutionnelle Evolution durch absichtsvolle Selektion", dans SAMUELS, W.J. et J.E. BIDDLE (eds.), *J.R. Commons' « Legal Foundation » und seine Beiträge zum Institutionalismus*, Düsseldorf, pp. 69-94.
- VARIAN, H.R. (2002), *Intermediate microeconomics: A moderne approach*, W.W. Norton (5ème éd.).
- VENEZIA, J.-C. (1992), « Les mesures d'application », dans *Mélanges René Chapus : Droit administratif*, Montchrestien, pp.673-679.
- VON NEUMANN, J. et O. MORGENSTERN (1953), *The Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press.
- WALLACE, H. et C. WEBB (1983), *Policy-making in the European Community*, Chichester, New York, J. Wiley, p.451.
- WANG, Y.Q. (1999), "Commodity taxes under fiscal competition: Stackelberg Equilibrium and Optimality", *American Economic Review*, 89: 974-981.
- WISEMAN, J. (1990), "Principles of Political Economy: An Outline Proposal, Illustrated by Application to Fiscal Federalism", *Constitutional Political Economy*, vol.1, n°1, pp.101-124.
- WILLIAMSON, O. E. (2000), "The New institutional Economics", *Journal of Economic Literature*, vol. 38.
- WILDASIN, D.E. (1988), "Nash Equilibria in Models of Fiscal Competition", *Journal of Public Economics*, 35: 229-240.

- WILLIAMS, O.H., SUSS, E.C. et C. MENDIS (2005), "Offshore Financial Centres in the Caribbean: Prospect in a New Environment", *World Economy* 28 (8): 1173-1188.
- WILSON, J.D. (1986), "A Theory of Interregional Tax Competition", *Journal of Urban Economics*, 19, 296-315.
- WILSON, J.D. (1991), "Tax Competition with Interregional Differences in Factor Endowments", *Regional Science and Urban Economics*, 21, 423-51.
- WILSON, J.D. (1999), "Theories of Tax Competition", *National Tax Journal*, 52, 269-304.
- WILSON, J.D. et D.E. WILDASIN (2004), "Capital Tax Competition: Bane or Boon?", *Journal of Public Economics* 88: 1065-1091.
- WOHLGEMUTH, M. (1995), "Institutional Competition. Notes on an unfinished Agenda", *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, vol. 6, n°2/3, juin-septembre, Paris & Aix-en-Provence, pp. 277-299.
- ZILLER, J. (1993), *Administrations comparées, les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*, Paris, Montchrestien, n°853.
- ZODROW, G.R. et P.M. MIESZKOWSKY (1986), "Pigou, Property Taxation and the Underprovision of Local Public Goods", *Journal of Urban Economics*, 19: 356-370.
- ZOLYNSKI, C. (2007), *Méthode de transposition des directives communautaires – Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, thèse de doctorat, DALLOZ.

Introduction générale (page 13)

1. Droit communautaire et intégration juridique : définitions et ingrédients préalables (page 21)

1. <i>Introduction</i>	22
2. <i>Les fondements du droit communautaire</i>	23
Section 1 – Les principes fondateurs de l’Union européenne (UE).....	24
Section 2 – Le droit communautaire comme élément identitaire de l’UE.....	27
Section 3 – Les institutions communautaires.....	31
3. <i>Les propriétés du droit communautaire</i>	34
Section 1 – Les sources du droit communautaire.....	34
Section 2 – Les propriétés spécifiques du droit communautaire.....	36
Section 3 – La question de l’efficacité de l’ordre juridique communautaire.....	37
4. <i>Définition et caractérisation de l’intégration juridique</i>	41
Section 1 – Premières approches conceptuelles et premiers outils pour comprendre la notion d’intégration juridique.....	41
Section 2 – Les déterminants exogènes et endogènes de l’intégration juridique...	44
Section 3 – Intégration juridique et intégration économique : des éléments de comparaison.....	47
5. <i>Conclusion</i>	51

2. L’intégration communautaire au croisement de dynamiques économiques et institutionnelles (page 52)

1. <i>Introduction</i>	53
2. <i>Le droit communautaire comme terreau des intégrations économique et juridique</i> 53	
Section 1 – Le droit communautaire, un instrument juridique au service de l’intégration économique.....	54
Section 2 – Droit communautaire et nature des dynamiques institutionnelles.....	58
3. <i>Stratégies et méthodes d’intégration du cadre juridique ou comment rapprocher des cadres normatifs nationaux ?</i>	66
Section 1 – Une combinaison dynamique de stratégies d’intégration juridique...	67
Section 2 – Harmonisation et dynamiques institutionnelles.....	75
4. <i>Conclusion</i>	83

3. Les marges de manœuvre institutionnelles dans l'Union européenne (page 85)

1. <i>Introduction</i>	86
2. <i>Les marges de manœuvre institutionnelles : une revue de la littérature</i>	87
Section 1 – La concurrence institutionnelle traduit l'existence de marges.....	88
Section 2 – Les sources d'apparition des marges institutionnelles.....	90
3. <i>Analyse structurelle et fonctionnelle des marges de manœuvre institutionnelles au niveau communautaire</i>	95
Section 1 – Les marges institutionnelles dues aux ressorts de la gouvernance européenne.....	96
Section 2 – Fonctions des Etats membres et marges du droit communautaire....	101
4. <i>Les marges de manœuvre dans l'élaboration des mesures nationales d'exécution</i>	107
Section 1 – Mesures nationales d'exécution et marges réduites des Etats membres.....	107
Section 2 – Instruments de « transposition » et marges de liberté des Etats membres.....	109
5. <i>Conclusion</i>	122

4. Les enjeux du cadre institutionnel du point de vue de l'attractivité des Etats membres de l'Union européenne (page 124)

1. <i>Introduction</i>	125
2. <i>Le cadre institutionnel comme facteur de développement et d'attractivité des juridictions</i>	127
Section 1 – Attractivité et institutions : une relation à expliciter.....	127
Section 2 – L'importance du cadre institutionnel en matière de développement économique.....	135
3. <i>Concurrence, adaptation et innovation institutionnelles</i>	141
Section 1 – Concurrence institutionnelle et « course à la hausse ».....	141
Section 2 – Le développement des places financières : un exemple de dynamique positive de la concurrence institutionnelle.....	146
4. <i>Quelles modélisations possibles du comportement des Etats membres de l'UE dans le cadre de l'intégration juridique européenne ?</i>	151
Section 1 – Analyse concurrentielle « simple ».....	152
Section 2 – Analyse concurrentielle de double niveau institutionnel.....	162
5. <i>Conclusion</i>	169

5. Concurrence spatiale entre juridictions asymétriques et stratégies d'attractivité commerciale des économies de petite taille (page 171)

1. <i>Introduction</i>	172
2. <i>Le modèle</i>	174
Section 1 – Un modèle de concurrence spatiale.....	174
Section 2 – Résolution.....	178
3. <i>Concurrence fiscale et institutionnelle</i>	179
4. <i>Conclusion</i>	187

⌚ Annexes.....	189
----------------	-----

6. Elaboration du droit communautaire et concurrence institutionnelle (page 197)

1. <i>Introduction</i>	198
2. <i>Concurrence législative : pouvoir de négociation et rôle de la taille</i>	202
Section 1 – Caractère intergouvernemental de la production législative européenne	202
Section 2 – Gouvernance communautaire et logique de négociation	204
Section 3 – Pouvoir de négociation des Etats et caractéristiques intrinsèques des juridictions : l'importance de la taille des pays	209
3. <i>Concurrence réglementaire : efficacité publique et enjeu communautaire de mise en conformité</i>	213
Section 1 – Concepts et ingrédients	214
Section 2 – Les modalités de la concurrence réglementaire	219
Section 3 – Des enjeux de la transposition au lien entre taille juridictionnelle et efficacité institutionnelle	222
4. <i>Synthèse et représentation</i>	228
5. <i>Conclusion</i>	232

Conclusion générale (page 235)

Bibliographie (page 240)

Table des matières (page 256)