

N° 163

SÉNAT

PREMIÈRE SESSION ORDINAIRE DE 1987-1988

Annexe au procès-verbal de la séance du 14 décembre 1987.

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

au nom de la Délégation du Sénat pour les Communautés européennes (1), sur les activités des institutions des Communautés européennes entre le 1^{er} mai 1987 et le 31 octobre 1987 en application de la loi n° 79-564 du 6 juillet 1979 portant création de délégations parlementaires pour les Communautés européennes.

Par M. JACQUES GENTON

Président de la Délégation.

MM. ANDRÉ JARROT, PIERRE MATRAJA, BERNARD BARBIER, JOSEPH RAYBAUD, JEAN GARCIA, AUGUSTE CAZALET, MARCEL DAUNAY, ROBERT PONTILLON et MICHEL MIROUDOT,

Membres du bureau.

Sénateurs.

TOME I

« L'HORIZON 1992 »

L'ACHÈVEMENT DU MARCHÉ INTÉRIEUR EUROPÉEN

(1) Cette délégation est composée de : M. Jacques Genton, *président* ; MM. André Jarrot, Pierre Matraja, Bernard Barbier, Joseph Raybaud, *vice-présidents* ; MM. Jean Garcia, Auguste Cazalet, Marcel Daunay, Robert Pontillon, Michel Miroudot, *secrétaires* ; MM. Hubert d'Andigné, Guy Cabanel, Gérard Delfau, Jacques Golliet, Jean-François Le Grand, Jean-Pierre Masseret, Josy Moynet, Xavier de Villepin.

Communautés européennes. — *Acte unique - Aides publiques - Assurances - Banques - Brevet GATT - Harmonisation de la fiscalité indirecte - Intégration économique et financière - Liberté d'établissement - Marché intérieur - Marchés publics - Normes - Politique commerciale - Politique régionale - Propriété industrielle - Reconnaissance des diplômes - Système monétaire européen (SME) - Transports - T.V.A.*

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS : Promouvoir une large information sur un projet ambitieux et complexe	7
INTRODUCTION : L'Acte unique européen : retour aux sources du Traité de Rome et instrument de l'achèvement du marché intérieur	9
PREMIERE PARTIE : PRESENTATION DE L'OBJECTIF 1992	13
Chapitre I. L'ouverture des marchés publics	15
I. Enjeux	15
II. La réglementation communautaire	18
A. Les directives	18
B. L'accord G.A.T.T.	19
C. Champ d'application de la réglementation communautaire ...	20
III. Les propositions de la Commission	21
A. Marchés publics de fournitures	22
B. Marchés publics de travaux	25
C. Contrôle de l'application des directives	28
D. Une réglementation à perfectionner	30
Chapitre II. Le rapprochement des normes	35
I. Les principes du Traité de Rome	35
II. La « nouvelle approche »	37
III. L'article 100 A nouveau : vers une relance de la libre circulation des marchandises ?	42
IV. Des propositions complémentaires	46

Chapitre III. L'élimination des frontières techniques en matière sanitaire, phytosanitaire, vétérinaire, de denrées alimentaires, de produits pharmaceutiques	51
I. Problématique d'ensemble	51
II. Le désarmement réglementaire	52
III. L'effacement des contrôles frontaliers	54
IV. Les problèmes principaux et l'état d'avancement des travaux	55
Chapitre IV. La libéralisation des mouvements de capitaux et des services financiers	57
I. La libéralisation des mouvements de capitaux	58
A. Le Traité de Rome et la libéralisation des mouvements de capitaux	58
B. Les premières directives de libéralisation (1960 et 1962)	60
C. Le nouveau programme de la Commission (mars 1986)	61
II. La libéralisation du secteur des assurances	66
A. L'enjeu économique	66
B. La réglementation communautaire	70
C. Les difficiles progrès de la libre prestation de services	72
D. Portée de la jurisprudence récente et réglementation communautaire des services	78
III. La libéralisation du secteur bancaire	81
A. La liberté d'ouverture des succursales par la reconnaissance mutuelle	83
B. L'harmonisation minimale par une « loi bancaire européenne »	84
IV. Le crédit hypothécaire	86
V. Le cas des opérations de Bourse	87
A. La reconnaissance mutuelle des prospectus	87
B. Les « opérations d'initiés »	88
C. Les impôts indirects frappant les opérations de Bourse	89
Chapitre V. L'harmonisation des impôts indirects et la suppression des frontières fiscales	91
I. Les propositions de la Commission européenne du 15 juillet 1987	92

A.	Le rapprochement des taux de T.V.A. et de la structure de ces taux	92
B.	L'unification des droits d'accises	96
C.	L'effet budgétaire global	98
D.	Calendrier et clause de standstill	98
Annexe :	Les propositions de directive à soumettre	99
II.	La France et l'harmonisation de la fiscalité indirecte	100
A.	Le débat du Sénat du 26 juin 1987	100
B.	Le projet de loi de finances pour 1988 et la préparation de l'échéance 1992	103
C.	L'incidence macro-économique de modifications des taux de T.V.A.	104
Chapitre VI.	La création d'un environnement favorable à la coopération industrielle	108
I.	Régime juridique des sociétés	108
A.	Directives d'harmonisation de certains éléments du régime des sociétés commerciales	109
B.	La proposition de règlement relative à la société anonyme européenne	111
II.	Les règles de concurrence	115
A.	Réglementation de la concurrence applicable aux entreprises ..	115
B.	Le contrôle des aides publiques	118
III.	Protection intellectuelle et industrielle	126
A.	La réglementation européenne des brevets	127
B.	Régime des marques	135
Chapitre VII.	La libre circulation des personnes : l'exercice des activités professionnelles, l'équivalence des formations, les droits des citoyens	138
I.	L'exercice des activités professionnelles	138
A.	Les principes	138
B.	La réglementation communautaire	140
II.	L'équivalence des formations	146
A.	L'harmonisation des formations professionnelles	146
B.	Le projet de système général de reconnaissance des formations professionnelles	147
C.	Untrouvable équivalence académique des diplômes	152

DEUXIEME PARTIE : L'ACHEVEMENT DU MARCHÉ INTERIEUR, PERSPECTIVES ET DIFFICULTÉS	157
Chapitre I. Echéancier et portée normative	158
I. La déclaration annexe à l'Acte Unique	158
II. Les articles 100 A et 100 B nouveaux	159
Chapitre II. Le mécanisme institutionnel : le vote à la majorité qualifiée	161
I. Le vote à la majorité qualifiée, régime de droit commun	161
A. Champ d'application	162
B. Détermination de la majorité qualifiée	166
II. Procédure propre à certains domaines	166
A. Tarif douanier commun	166
B. Libre circulation des personnes et liberté d'établissement	167
C. La libre prestation des services	168
D. La libre circulation des capitaux	168
E. Politique des transports	168
F. Fiscalité	169
Chapitre III. De nouvelles facultés de dérogation à la libre concurrence	170
I. Règles originelles	170
II. Les facultés de dérogation instituées par l'Acte Unique européen	171
A. Les inégalités régionales	171
B. Les dérogations de l'article 100 A	173
C. Les clauses de sauvegarde	176
Chapitre IV. Les conditions générales du progrès : le « plan DELORS »	178
I. Une novation dans les objectifs de la Communauté	178
II. Le « Plan Delors »	180
Chapitre V. Les politiques communes inséparables de l'achèvement du marché intérieur	183
I. La politique commerciale commune vis-à-vis des pays tiers	183
II. Les implications monétaires de l'intégration financière	186
III. La politique communautaire de la recherche	190
IV. La politique des transports	193
CONCLUSION	199

AVANT-PROPOS

La France et ses partenaires de la Communauté économique européenne se sont⁸ engagés par l'Acte unique européen à réaliser le grand marché intérieur d'ici à 1992.

Cette échéance est importante tant pour la France que pour l'Europe. C'est ainsi que l'ont perçue gouvernants, hommes politiques, chefs d'entreprises, organisations professionnelles et syndicales... qu'elle mobilise plus que ne l'a jamais fait n'importe quelle initiative européenne depuis la mise en oeuvre du Traité de Rome.

Aussi la Délégation pour les Communautés européennes a-t-elle considéré qu'il lui appartenait de contribuer, pour sa part, à l'information du Sénat sur ce projet ambitieux, complexe et multiforme qui, s'il offre une chance que notre pays doit saisir, constitue également un défi à relever par tous les acteurs de la vie économique et sociale confrontés à une compétition plus vive.

Pour promouvoir cette information, la Délégation s'est fixée comme objectif, à ce premier stade, d'énoncer et d'explicitier, en les regroupant par grands thèmes, l'essentiel des quelque trois cents mesures concrètes d'harmonisation que le « Livre blanc » de la Commission des Communautés européennes considère comme nécessaires pour parachever le marché intérieur ainsi que leurs différentes procédures d'adoption.

Il ne saurait donc s'agir, dans cette première phase, de procéder ponctuellement à une étude approfondie de ces diverses mesures - qui restent pour la plupart à préciser - ni de leurs implications pour la France, mais bien plutôt d'esquisser les lignes de force de la stratégie que les institutions communautaires s'efforcent de mettre en oeuvre pour créer cet espace européen unifié.

Au demeurant, le projet a déjà suscité en France tant au plan de l'administration que des professions un certain nombre d'initiatives. C'est ainsi, notamment, que le ministre de l'Economie et des Finances a confié à un groupe de réflexion, présidé par M. Marcel BOITEUX, la mission d'étudier, de définir et de préparer l'ensemble des mesures économiques, financières, douanières, fiscales, bancaires, monétaires, qu'implique l'échéance 1992 dans tous les domaines de compétence de ce ministère. Ces initiatives devraient permettre de préparer activement la pleine insertion de l'économie française dans le marché unique.

Au vu des diverses propositions que la Commission européenne soumettra au Conseil des Ministres dans les mois à venir, la Délégation procèdera, dans une seconde phase de ses travaux, et comme elle le fait habituellement, à l'examen ponctuel de ces propositions afin de transmettre des conclusions aux Commissions compétentes du Sénat chargées de l'examen des projets de loi de transposition des directives européennes dans notre droit interne.

INTRODUCTION

L'ACTE UNIQUE EUROPEEN, RETOUR AUX SOURCES DU TRAITE DE ROME ET INSTRUMENT DE L'ACHEVEMENT DU MARCHÉ INTERIEUR

Il y a quelque paradoxe, au moment où l'Europe fête le trentième anniversaire du Traité de Rome, à affirmer l'achèvement du marché intérieur comme une idée neuve alors même que l'objectif premier de la Communauté était l'établissement d'un marché commun, cette terminologie renouvelée désignant, en fait, un contenu inchangé.

L'Acte unique européen propose, en guise de succédané de projets sans doute prématurés d'union politique, le renforcement de la solidarité économique entre les Etats membres, qui apparaît comme un retour aux sources du Traité de Rome (1) et, à travers le renouvellement des principes et objectifs initiaux, comme la solution à une crise de la construction européenne.

En effet, après une première phase marquée par des progrès décisifs comme l'Union douanière, et fruit paradoxal du succès même de la Communauté, attesté par les élargissements successifs, cette crise résulte sans doute de l'accentuation des antagonismes avivés par un environnement économique mondial lui aussi en prise à des difficultés récurrentes.

La quasi-paralysie des institutions européennes, tout entières occupées à la difficile harmonisation des intérêts nationaux, a semblé devoir priver la Communauté des avantages qu'elle pouvait attendre d'un grand

(1) Le parallélisme des situations, à trente ans d'écart, est d'ailleurs frappant : tirant la leçon de l'échec de différents projets d'union ou de coordination politiques européens, les fondateurs de la Communauté choisirent la voie pragmatique mais féconde de l'établissement de solidarités économiques au sein d'un « marché commun » ; de même, constatant l'enlisement de la construction européenne que dissimulaient de moins en moins bien les déclarations, aussi solennelles que tièdement accueillies, en faveur d'une union politique, le Conseil et la Commission choisirent de relancer le progrès de la construction européenne par le renouvellement, sous la forme d'un traité complétant le Traité de Rome, de l'engagement d'établir « un espace sans frontières intérieures », c'est-à-dire ... le Marché commun.

marché unifié de 320 millions d'habitants, disposant de pouvoirs d'achat parmi les plus élevés du monde, ainsi que d'un capital de savoir faire riche d'anciennes traditions dans l'industrie comme dans les services, enfin, de grandes capacités d'innovation y compris dans les domaines les plus sophistiqués.

Ainsi, de marathons agricoles en crises budgétaires, l'âpreté des difficultés conjoncturelles a parfois éclipsé l'enjeu de l'objectif commun.

Le bénéfice attendu de l'établissement du grand marché intérieur est double : interne à la Communauté d'une part, où le renforcement de la concurrence devrait amener une allocation plus rationnelle des facteurs de production, des économies d'échelle et un abaissement des coûts, ces effets devant stimuler une structuration plus efficace de la production tout en apportant une meilleure satisfaction des besoins des consommateurs ; bénéfique externe d'autre part, la spécialisation de grands ensembles de production « induite » par la concurrence et un vaste marché interne devant permettre aux industries et services communautaires d'être concurrentiels sur les grands marchés extérieurs et d'y maintenir ou même développer les parts de marché actuelles des producteurs des différents Etats membres, parfois si menacées.

Réaffirmant donc l'objectif initial du marché commun, et conscients des multiples blocages entravant les progrès de la construction européenne comme de l'inadaptation de certaines dispositions des Traités fondamentaux à l'évolution communautaire, les Etats membres, après de laborieuses négociations, sont parvenus à un accord sur leur réforme.

Ainsi, à côté de dispositions institutionnelles, concernant notamment le rôle du Parlement européen, ou du recours plus fréquent au vote à la majorité et de dispositions consacrant formellement des compétences depuis longtemps entrées, en fait, dans le champ des politiques communautaires, l'Acte unique européen (1) « complète » le Traité de Rome par une série de règles devant permettre l'établissement du marché intérieur.

L'Acte unique européen apparaîtrait dès lors comme l'instrument privilégié d'une relance européenne par le moyen pragmatique de la réalisation du grand marché, démarche reproduisant assez exactement celle qui donna naissance au Traité de Rome.

Ainsi compris, l'Acte unique européen pourrait marquer tout à la fois une relance et un retour aux sources, sa véritable portée étant à rechercher plus que dans le volet institutionnel ou dans la reconnaissance *de jure* de compétences déjà exercées, dans les dispositions qui visent à remettre en marche le mouvement de démantèlement des obstacles à la libre concurrence, à la libre circulation des personnes, des biens et des services, qui était au principe même de la Communauté instituée voici près de trente ans.

(1) signé en février 1986, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

Le but assigné à la Communauté par l'article 8 A, introduit dans le Traité de Rome par l'Acte unique diffère bien peu, en effet, des objectifs initiaux (1) puisqu'il est prévu que « la Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 », marché intérieur comportant « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent Traité » (éléments qui caractérisent déjà le Marché commun).

Une déclaration de la Conférence des signataires de l'Acte unique, annexée au Traité, précise que la réalisation du marché intérieur se fera selon le programme soumis par la Commission au Conseil dans le « Livre blanc sur le Marché intérieur ».

Aussi, *l'Acte unique européen* renouvelle-t-il solennellement l'engagement des douze Etats membres de parvenir, avant le 31 décembre 1992, à établir progressivement un marché intérieur comportant un espace sans frontières intérieures. On doit, toutefois, observer que la date du 31 décembre 1992 prévue pour l'achèvement du marché intérieur est un objectif mais ne crée aucun effet juridique obligatoire et demeure, de ce fait, indicative. (2)

(1) Certains commentateurs ont d'ailleurs interprété les dispositions de l'Acte unique européen, non comme un progrès de l'établissement du marché commun, mais comme le programme d'une nouvelle période transitoire, prenant acte précisément de l'inachèvement de l'échéancier initial.

(!) cf. analyse de ces dispositions ci-dessous, deuxième partie, premier chapitre.

PREMIERE PARTIE

PRESENTATION DE L'OBJECTIF 1992

Une comparaison des dispositions initiales du Traité de Rome avec celles qui s'y ajoutent depuis l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen démontre que les objectifs sont demeurés les mêmes et que le changement de terminologie n'est sans doute là que pour masquer le renouvellement d'engagements imparfaitement accomplis.

Si le contenu de la notion de « marché intérieur » est identique à celui que désignent les termes de « marché commun », une déclaration annexée à l'Acte unique précise que la réalisation du marché intérieur se fera par l'adoption des mesures définies dans le « Livre blanc » que la Commission avait adressé au Conseil en juin 1985, en réponse à des mandats réitérés de ce dernier.

Le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, approuvé par le Conseil, et désigné comme référence par les signataires de l'Acte unique, propose un catalogue de quelque 300 mesures propres à éliminer :

— *d'une part, les principaux obstacles physiques* (simplification des contrôles de marchandises aux frontières intracommunautaires avec l'élaboration d'un document administratif unique et d'un système harmonisé de désignation des marchandises ; démantèlement des restrictions commerciales nationales, harmonisation des normes phytosanitaires, de la réglementation des transports, de l'établissement des statistiques nationales ; simplification des contrôles de personnes aux frontières intracommunautaires) ;

— *d'autre part, les frontières techniques* (libre commerce de marchandises conformes à des normes nationales désormais réputées comparables, sans attendre une harmonisation complète de ces normes ; libre circulation des travailleurs et des membres des professions libérales ; libre circulation des services, aussi bien financiers, banques et assurances, que les transports ou l'audiovisuel ; libéralisation des mouvements de capitaux ; libre concurrence communautaire pour les marchés publics ; harmonisation du droit des sociétés et, enfin, application du droit communautaire de la concurrence) ;

— *enfin, les frontières fiscales* (harmonisation en matière de T.V.A. et d'accises).

Le Livre blanc accompagnait ce programme d'un échéancier précis des mesures ainsi définies.

La communication de la Commission « Réussir l'Acte unique » (1) désignant expressément la réalisation du programme du « Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur » comme l'objectif primordial de l'agenda communautaire de l'année 1987 énonce ainsi les domaines prioritaires :

— *les marchés publics* (amélioration des directives sur les marchés de fournitures et sur les marchés de travaux, en les complétant notamment sur la transparence et le contrôle et surtout en les étendant à d'importants secteurs encore exclus : transports, énergie, eau et télécommunications) ;

— *les disparités fiscales* (rapprochement des dispositions nationales en matière de fiscalité indirecte, T.V.A. et accises) ;

— *la normalisation* (reconnaissance mutuelle des textes et certifications nationaux et plus généralement reconnaissance de principe de l'équivalence des normes nationales à côté de certaines mesures d'harmonisation en matière de sécurité, de nuisances, ou dans les domaines de la biotechnologie, des services audiovisuels, du téléphone mobile, des moyens de paiement électronique...)

— *la libéralisation des marchés de capitaux et des services financiers* (acquisitions de titres, placements et investissements divers, liberté de prestations en matière d'assurances, harmonisation des réglementations bancaires) ;

— *l'établissement d'une « Europe des citoyens »* (en réalisant progressivement les recommandations du rapport ADONINO (2) ; assouplissement des réglementations nationales des passages transfrontaliers ; assouplissement du droit de séjour ; progrès dans la réalisation de la liberté d'établissement et en particulier de la reconnaissance des diplômes ; développement des échanges).

— *la création d'un environnement favorable à la coopération industrielle par :*

- la poursuite de l'harmonisation du droit des sociétés et de leur fiscalité, dans l'attente de l'adoption d'un statut de société anonyme européenne en suspens devant le Conseil ;

- le rapprochement des législations des Etats membres en matière de propriété intellectuelle et industrielle : marque et brevet communautaire.

(1) Cf. Com. 87-100 final.

(2) Approuvé par le Conseil européen de Milan, les 28-29 juin 1985.

CHAPITRE I

L'OUVERTURE DES MARCHES PUBLICS

I - ENJEUX

L'ouverture de ce secteur important des économies de différents Etats membres à une pleine concurrence communautaire des marchés des administrations, par l'élimination de toute discrimination à raison de la nationalité des entreprises attributaires, est l'une des conditions de la réalisation d'un véritable espace économique unifié.

Si le Traité de Rome ne comporte pas de dispositions appliquant expressément aux achats des administrations les principes de libre circulation des marchandises et de libre prestation de services, c'est-à-dire de libre concurrence, le droit dérivé (directives du Conseil, jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés et décisions de la Commission) devait progressivement étendre ces principes à un secteur largement préservé de la concurrence étrangère dans tous les Etats membres.

Les achats des administrations publiques des pays de la Communauté ont pu être estimés à quelque 200 milliards d'Ecus. Si l'on y ajoute les différents marchés conclus par les entreprises publiques (transports, P.T.T., etc...), on obtient un total de quelque 400 milliards d'Ecus, d'ailleurs inégalement répartis selon les Etats membres, au gré de l'extension plus ou moins grande de leur « secteur public » (et selon la conception plus ou moins large qu'on retient). Toutefois, quelque soit l'Etat, ce secteur considérable reste largement fermé à une véritable concurrence au niveau européen.

La quasi-totalité de ces achats publics étant de fait, sinon expressément, réservée à des fournisseurs de l'Etat adjudicateur, certains experts (de la Commission notamment) ont avancé qu'un surcoût de 10 % du prix de l'ensemble de ces achats, soit 40 milliards d'Ecus, résulterait de l'absence de concurrence de dimension communautaire.

On a pu souligner, aussi, que la segmentation de ces marchés empêche, outre la rationalisation des prestations et les économies d'échelle, la constitution de groupes de taille européenne capables non seulement

d'apporter la meilleure prestation au moindre coût aux acheteurs publics pour la plus grande satisfaction du contribuable et de l'usager européen, mais aussi de participer aux grandes opérations d'équipement programmées par des Etats tiers.

Dans la pratique, constate la Commission européenne, la situation est préoccupante : moins de 2 % des marchés publics dans la Communauté sont effectivement adjugés à des entreprises d'autres pays membres (1).

Différentes directives ont été adoptées en vue d'appliquer les principes de libre circulation des biens et des services au secteur des marchés publics, en particulier les directives n° 71-304 et 71-305 du 26 juillet 1971 relatives aux marchés publics de travaux et la directive n° 77-62 du 21 décembre 1977 relative aux marchés publics de fournitures.

Dérogeant à la pleine liberté contractuelle des investissements et des achats privés, les réglementations nationales propres aux marchés publics sont commandées par le souci de « maximiser » la gestion des deniers publics en recherchant par de strictes conditions de transparence et de concurrence, le plus bas prix. C'est le sens des procédures d'adjudication et d'appel d'offres. Mais si la concurrence inspire ces réglementations, des impératifs particuliers (fournitures expérimentales, besoins de la Défense nationale, urgence ou commandes de très faible importance) sont admis comme justifiant le recours à des marchés négociés.

Parallèlement à ces garanties procédurales visant à obtenir les plus bas prix, le poids économique des achats des administrations en a fait peu à peu aussi un instrument privilégié de la politique industrielle, qu'il s'agisse de favoriser des investissements de recherche dans des secteurs d'avenir ou jugés importants pour l'indépendance nationale, ou qu'il s'agisse de soutenir telle branche ou telle région en difficulté.

Si l'extension de la transparence des marchés publics et par conséquent de la concurrence à l'ensemble des firmes communautaires susceptibles de soumissionner va pleinement dans le sens à la fois de la « maximisation » de la gestion des deniers publics, et de la réalisation d'un espace économique unifié où circulent librement biens et services, en revanche les gouvernements perdraient de ce fait un important moyen d'intervention économique, pour ne rien dire de l'impopularité, dans les collectivités territoriales, de l'attribution des marchés locaux à des entreprises certes « mieux disantes », mais étrangères.

(1) Par un apparent paradoxe, ce secteur est néanmoins assez nettement orienté vers l'exportation ; spécialement en France, deuxième exportateur mondial de travaux publics : le secteur des travaux publics fait moins de 5 % de son chiffre d'affaires à l'exportation vers les pays de la C.E.E.. Cette orientation du secteur hors C.E.E., observable dans d'autres Etats membres, peut se comprendre car les différents avantages comparatifs (avance technique, savoir-faire, financement, ...) sont plus marqués à l'égard des pays extra-communautaires qu'entre pays de la Communauté.

Ces enjeux contradictoires, abaissement des coûts par extension de la concurrence à tout l'espace communautaire d'une part, interdiction de privilégier les entreprises nationales ou locales d'autre part, doivent certes trouver à terme une solution favorable à tous et à chacun par la stimulation d'une concurrence génératrice d'innovations et les gains de productivité attendus de la rationalisation des productions, les firmes les plus performantes emportant les marchés par delà les frontières intra-communautaires, acquérant aussi une dimension et un savoir-faire compétitifs sur les grands marchés mondiaux ; mais les ajustements seront sans doute délicats, notamment lorsqu'ils prendront la forme d'attribution de marchés locaux à des entreprises étrangères ou encore de réorientation d'approvisionnements vers des concurrents de pays voisins pour des fournitures auparavant traditionnellement acquises auprès de grandes firmes nationales dont ces marchés représentaient souvent une part importante du chiffre d'affaires (qu'on songe à l'effet, en France, encore accentué par le mécanisme de l'obligation de centralisation des achats de véhicules de toutes les administrations de l'Etat, d'une réattribution globale de ces marchés à telle grande firme italienne voire à telle production d'un constructeur d'Extrême-Orient « naturalisée » européenne dans un pays communautaire...).

Rationalisation des productions et abaissement des coûts par l'extension de la concurrence à l'espace communautaire, renoncement à un instrument de politique économique nationale, sectorielle ou locale, ces enjeux quelque peu contradictoires expliquent que, malgré des propositions anciennes de la Commission, les progrès de la libre circulation des biens et des services dans ce domaine économiquement important soient particulièrement malaisés.

II - LA REGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE

A - Les directives

Différentes directives ont déjà été adoptées malgré les difficultés évoquées ci-dessus en vue d'appliquer les principes de libre circulation des biens et des services au secteur des marchés publics, en particulier la directive 71-305 de 1971 relative aux marchés publics de travaux et la directive 77-62 de 1977, complétée par la directive 80-767, sur les marchés publics de fournitures.

Pour la France, l'application de ces directives n'a entraîné que peu de modifications dans la réglementation (1). Les principaux aspects des obligations imposées aux Etats membres par ces directives sont les suivants :

— la procédure ne s'applique qu'aux marchés dont le montant excède un certain seuil (un million d'unités de compte européennes (Ecus) pour les marchés de travaux et 200 000 Ecus initialement pour les marchés de fournitures. Mais, à la suite de la conclusion d'un accord G.A.T.T., ce seuil est actuellement fixe à 181.500 Ecus (2) pour les seuls marchés de fournitures de l'Etat (l'accord ne s'appliquant pas aux autres collectivités publiques).

— interdiction de négocier de gré à gré et sans publicité, hormis des cas limitativement énumérés (ces cas sont pratiquement ceux précédemment prévus par le Code des marchés publics français) ;

— obligation d'annoncer la consultation par un avis publié au **Journal Officiel des Communautés Européennes (J.O.C.E.)** traduit par l'Office des publications officielles dans les différentes langues de la C.E.E. ;

— délai minimal à laisser aux entreprises pour faire acte de candidature ou pour remettre leurs propositions ;

— définition de règles pour l'appréciation de l'aptitude des candidats (critères et nature des justifications) ;

— définition de règles communes quant aux critères servant à départager les offres ;

— définition des conditions dans lesquelles une offre anormalement basse peut être écartée.

(1) Cf. décret n° 79-98 du 12 janvier 1979.

(2) montant ramené à 140.000 Ecus par la directive n° 80-767 pour les marchés communautaires soumis au premier accord G.A.T.T. (c'est-à-dire relevant des seules autorités gouvernementales, à l'exclusion des marchés des autres collectivités publiques qui demeurent soumis au seuil initial de 200.000 Ecus) et ajusté pour la dernière fois par la décision 86/C 300/02, J.O.C.E. du 25.11.86. qui a porté ce seuil à 181.500 Ecus.

Un comité consultatif, composé de représentants des Etats membres, assiste la Commission dans le contrôle de l'application des directives.

Les dispositions propres à chaque directive concernent principalement leur champ d'application.

L'adoption de la directive « travaux » a été accompagnée d'une déclaration du Conseil à propos des concessions de travaux (« obligation » pour le pouvoir concédant de procéder à une publicité communautaire pour l'octroi de ces concessions et, pour le concessionnaire, de procéder à la même publicité pour les travaux confiés à des tiers). Le régime applicable aux concessions n'a toutefois pas été réglé définitivement et cette « déclaration » n'a pas valeur obligatoire.

Quant aux marchés de fournitures, en raison du régime juridique des produits des pays tiers « mis en libre pratique » dans la C.E.E. (1), la directive aurait pu, à défaut de précaution particulière, jouer automatiquement et sans contrepartie au bénéfice de ces produits. Pour éviter cette ouverture unilatérale qui aurait affaibli la C.E.E. dans ses négociations avec les pays tiers dans le cadre du G.A.T.T., un acte du Conseil et un acte de la Commission (2) avaient prévu expressément la faculté de restreindre l'ouverture des marchés soumis à la directive, vis-à-vis des produits originaires des pays tiers dans l'attente du résultat des négociations internationales. Une fois conclu l'accord G.A.T.T. relatif aux marchés publics, cette faculté serait maintenue sauf vis-à-vis des produits et pays concernés par cet accord.

B - L'accord G.A.T.T.

En effet, conformément aux objectifs originels de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (accord « G.A.T.T. »), un accord particulier « relatif aux marchés publics » a été conclu en 1979 (3) dans le cadre des négociations du « Tokyo Round » pour entrer en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1981. Cet accord a été modifié par

(1) C'est-à-dire admis à l'intérieur du Marché commun au bénéfice du régime douanier communautaire. Sont considérés comme en libre pratique à l'intérieur de la C.E.E., outre les produits fabriqués dans les Etats membres, ceux qui proviennent d'un pays tiers lorsque la première importation dans un Etat membre a donné lieu à la perception intégrale des droits de douane et taxes équivalentes exigibles (article 10 du traité de Rome).

(2) Résolution du Conseil du 21 décembre 1976 concernant l'accès des produits originaires des pays tiers aux marchés publics de fournitures dans la Communauté. Déclaration de la Commission concernant l'article 115 du traité (J.O.C.E. du 15 janvier 1977).

(3) Notamment par le Conseil agissant au nom de la Communauté en vertu de l'article 114 du traité de Rome, la négociation préalable étant menée par la Commission.

un protocole conclu en novembre 1986 qui devrait entrer en vigueur en 1988. Ne s'appliquant qu'aux marchés de fournitures (1) relevant des seules autorités gouvernementales (et non à ceux des collectivités territoriales) et seulement si leur valeur est égale ou supérieure à 150.000 D.T.S. (2), les dispositions de cet accord prévoient l'élimination des discriminations « arbitraires ou injustifiées » et notamment celles tirées de spécifications techniques ou de qualifications des fournisseurs abusivement restrictives. L'accord prévoit encore les modalités de publicité des projets d'achat et de présentation des soumissions, enfin des obligations d'information des soumissionnaires non retenus et l'institution de voies de recours.

C - Champ d'application de la réglementation communautaire

La principale caractéristique de cette réglementation est l'exclusion de son champ d'application de secteurs importants (3).

En effet, outre les nombreux marchés soustraits à l'application de la réglementation communautaire en raison de leurs montants inférieurs aux seuils prévus (4), des secteurs entiers sont explicitement exclus : équipements et fournitures intéressant la Défense d'une part, transports, production et distribution d'eau et d'énergie, industries extractives, d'autre part ; enfin, les organismes de télécommunication sous statut administratif, soumis à la directive « travaux » ont été exclus de la directive « fournitures » (5).

(1) S'inspirant des directives communautaires, les dispositions de l'Accord ne s'appliquent pas non plus aux marchés intéressant sécurité et défense nationale, ni ceux où le libre choix du cocontractant se justifie : qualification très particulière, urgence, propriété industrielle, produits nouveaux.

(2) 130.000 selon le protocole modifiant l'Accord. On observera que, quoique le rapport de ce montant, calculé en D.T.S., avec le seuil fixé par la directive communautaire sur les marchés publics de fournitures et exprimé lui en Ecus, soit fluctuant (il représentait 140.000 Ecus en 1985, 200.000 en 1986 et 180.500 en 1987), le seuil fixé par l'Accord G.A.T.T. est sensiblement inférieur au seuil initialement fixé par la directive européenne : 200.000 Ecus. Un protocole enregistrant ce seuil encore abaissé fait d'ailleurs l'objet d'une proposition de décision du Conseil (Com. 87-341 final) à la suite de la modification de l'Accord G.A.T.T. conclue le 2 février 1987 et d'une proposition de directive du Conseil (COM. 87-233 final) fixant à 139.000 Ecus le seuil d'applicabilité des nouvelles règles, alors que les dispositions communautaires d'application du premier accord G.A.T.T. et régissant actuellement les marchés publics de fournitures de l'Etat placent ce seuil à 181.500 Ecus.

(3) On a pu estimer à 15 milliards d'Ecus pour les fournitures et 25 milliards pour les travaux, sur un total de plus de 200 milliards par an, la part des marchés publics soumis aux directives européennes (cf. Problèmes économiques n° 1967 du 26 mars 1986) mais la statistique est difficile : les filiales de sociétés étrangères, par exemple, ne sont pas distinguées des soumissionnaires de l'Etat membre où elles sont implantées.

(4) Environ 50 % des marchés.

(5) Le Conseil a néanmoins adopté le 12 novembre 1984 une Recommandation concernant la première phase d'ouverture des marchés publics, aux termes de laquelle au moins 10% du montant total des commandes publiques annuelles d'équipements de transmission et de commutation ainsi que de terminaux traditionnels seraient ouverts à la concurrence européenne. Mais il ne s'agit encore que d'une recommandation dépourvue d'effet obligatoire.

Trois raisons principales ont été avancées pour justifier cette exclusion :

— en premier lieu, une ouverture réelle et réciproque de ce secteur à la concurrence européenne suppose une harmonisation technique préalable pour certains matériels ;

— raison plus décisive, les dispositions de la directive et, notamment la procédure formelle et automatique de l'appel d'offres, apparaissent inconciliables avec la liberté dont jouissent ceux de ces organismes qui bénéficient pour leur gestion d'un régime de droit privé (Royaume-Uni, Italie) ;

— enfin, et quel que soit le statut des organismes gestionnaires, les politiques d'approvisionnement sont étroitement soumises, dans ce secteur, à des contraintes industrielles, qui obligent à prévoir des règles de procédure plus souples et, en tout cas, différentes (1).

III - LES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION

Le « Livre blanc » sur l'achèvement du marché intérieur désigne comme un objectif prioritaire le développement de la libre concurrence communautaire dans le secteur des marchés publics. Parmi les progrès qui paraissent nécessaires à la Commission pour parvenir à une complète libéralisation d'ici à la fin de 1992, le Livre blanc énonce en particulier l'extension des directives déjà adoptées aux secteurs exclus de leur application ainsi qu'aux pouvoirs adjudicateurs qui y sont soustraits ; un renforcement des obligations de publicité, une limitation du recours aux marchés de gré à gré, un abaissement des seuils, enfin l'application des principes de concurrence à toutes les prestations de services, y compris les services qui emploient des technologies complexes comme les traitements informatiques de données.

Si ces orientations demeurent celles de la Commission comme l'indiquent les annexes des deux premiers rapports intermédiaires sur la mise en oeuvre du Livre blanc, les premières propositions sur les marchés publics (2) modifiant les directives « Travaux » et « Fournitures », et coordonnant certaines dispositions communes, ne contiennent pas encore tous les éléments du régime défini par le Livre blanc, rencontrant d'ailleurs un accueil nuancé de la part du Conseil.

(1) Cf. Ch. Dillenamm « Les commandes publiques », La Documentation française, Paris 1987.

(2) Ces propositions relèvent de la procédure de la coopération avec le Parlement européen et pourraient être adoptées par le Conseil à la majorité qualifiée.

A - Marchés publics de fournitures

La Commission a tout d'abord adressé au Conseil le 19 juin 1986 une communication (1) dressant un bilan d'ensemble des marchés publics dans la Communauté. Cette communication était suivie d'une proposition de directive (2) modifiant la réglementation communautaire des marchés publics de fournitures, examinée par le Parlement européen en juillet 1987 et de nouveau soumise au Conseil dans une version modifiée (3).

La proposition de la Commission maintient les exclusions (production, transport et distribution d'eau *potable* et d'énergie, ainsi que les marchés de fournitures des adjudicateurs dont « l'activité principale est d'opérer dans le domaine des télécommunications »), dont elle précise cependant les définitions (ainsi, parmi les adjudicateurs, les transporteurs demeurent exclus, mais non les ports et aéroports).

La fourniture d'équipements dans le domaine de l'informatique cependant ne figure plus parmi les secteurs exclus.

Elle pose la règle de la procédure ouverte, en soumettant le recours à des procédures restreintes à des garanties renforcées. Elle propose d'instituer une nouvelle procédure restreinte pour limiter le recours aux marchés de gré à gré : la « procédure négociée » qui maintient un minimum de concurrence puisque si les soumissionnaires sont admis en nombre restreint, la sélection doit être motivée et la procédure non discriminatoire.

Le choix de l'une des procédures (restreintes, négociées, ou de gré à gré) doit toujours être justifié par des motifs consignés dans un procès-verbal qui récapitule en outre les offres et les raisons du rejet des candidatures écartées. Les motifs qui peuvent justifier les exceptions à la règle de la procédure ouverte sont précisés : absence d'offres ou offres inadéquates peuvent justifier des marchés négociés ; des marchés conclus de gré à gré peuvent intervenir en cas de spécificité technique ou artistique ou en raison d'impératifs de propriété industrielle ; ou encore lorsqu'il s'agit de produits de la recherche, de prototypes ou de produits nouveaux ; en cas d'urgence impérieuse ; s'il s'agit de fournitures complémentaires sous la double condition que le changement de fournisseur entraînerait un risque de fournitures incompatibles et que ces marchés n'aient pas une validité supérieure à trois ans ; enfin lorsque l'exécution de marchés de fournitures intéresse la sécurité des Etats adjudicateurs.

(1) Com. 86-375 final.

(2) Com. 86-297 final.

(3) Com. 87/C - 303 - 04

Une disposition importante de la proposition de directive tend à limiter l'effet de cloisonnement des spécifications techniques dont certains marchés sont assortis, barrière à la libre concurrence moins voyante qu'une condition de nationalité des soumissionnaires, mais tout aussi efficace dans la pratique.

Ainsi, la référence aux normes communautaires ou aux documents d'harmonisation seraient désormais obligatoire. A défaut de ces normes et seulement dans ce cas, les spécifications des marchés pourraient se référer et dans l'ordre : aux spécifications techniques communes, aux normes internationales agréées par l'Etat de l'adjudication, ou, à défaut encore, aux normes nationales ou à toute autre norme définie explicitement dans les cahiers des charges.

La Commission propose encore de modifier les procédures de publicité afin de permettre une compétition effective des soumissionnaires.

Les autorités adjudicatrices devraient ainsi publier chaque année (au début de chaque « année fiscale ») un programme et un calendrier prévisionnels de leurs marchés de fournitures. L'obligation de publier un avis serait étendue aux procédures restreintes. Les avis devraient être conformes à des modèles. La publication, à la charge des Communautés, se ferait *in extenso*, simultanément au Journal Officiel des Communautés et dans la Banque de données européennes T.E.D.. Les délais seraient portés de 36 à 52 jours pour les procédures ouvertes et de 21 à 42 jours dans le cas de procédures restreintes ou négociées pour la réception des demandes tandis que le délai de réception des offres serait, lui, porté de 21 à 40 jours (délais ramenés à quinze et dix jours en cas d'urgence, ce qui représente, même dans ce cas, un allongement sensible).

Enfin, la proposition précise les renseignements statistiques dont la communication à la Commission est obligatoire afin de lui permettre d'apprécier l'application de la réglementation européenne, et propose d'étendre l'obligation d'information à l'application de l'accord G.A.T.T..

Pour tenir compte du nouveau protocole G.A.T.T. signé le 2 février 1987, la Commission a complété les dispositions projetées par une nouvelle proposition de directive (1) qui comprend :

— l'inclusion d'autres types de contrat comme par exemple le crédit-bail, la location ou la location-vente et les options d'achat ;

— la révision du seuil qui a été ramené, dans le cadre de l'Accord G.A.T.T., de 150.000 D.T.S. à 130.000 D.T.S. , soit 139.000 Ecus pour les seuls marchés de fournitures de l'Etat, le seuil des marchés des autres collectivités publiques demeurant fixé à 200.000 Ecus (2) ;

(1) Com. 87-233 final du 27 mai 1987.

(2) Un « panel » au sein du G.A.T.T. a considéré que l'inclusion de la T.V.A. dans l'estimation des marchés pour l'application des seuils n'était pas compatible avec les accords G.A.T.T. Pour le moment, dans les propositions de directives C.E.E., l'application des seuils est déterminée par appréciation des marchés *hors T.V.A.*

Examinant la proposition de directive, le Parlement européen a adopté d'importants amendements, qui appelleront sans doute une deuxième lecture du texte si le Conseil ne suit pas ces recommandations.

Ainsi, deux amendements réservent, l'un, l'application, au moins temporaire, de dispositions nationales visant à atténuer les disparités régionales (1) ; l'autre, la possibilité de références dans les contrats de fournitures, à des « dispositions techniques nationales obligatoires », pour autant, cependant, que celles-ci « soient compatibles avec la législation communautaire », mais l'incertitude demeure sur leur éventuelle conjonction avec des spécifications communautaires harmonisées.

Un amendement prévoit encore qu'une offre pourrait être écartée si le soumissionnaire n'est pas en règle avec ses obligations relatives au droit du travail du pays où il est établi afin d'écartier de la compétition les soumissionnements anormalement basses en raison d'un « dumping social » qui constituerait une concurrence déloyale tout en « tirant vers le bas » les garanties des travailleurs employés.

Enfin, le Parlement européen souhaite que les adjudications publiques dans les secteurs exclus soient intégralement ouvertes au plus tard le 1^{er} juillet 1990 et même immédiatement s'agissant des matériels « non spécifiques » acquis par les administrations de la Défense (2).

Tout en souhaitant l'extension des directives aux secteurs encore exclus (3), des majorités se sont aussi rencontrées au Parlement européen pour restreindre la concurrence en fonction des inégalités régionales, opposition désormais classique entre ouverture à la concurrence et dérogations en faveur de certaines économies.

Il semble peu probable que l'accord se fasse au Conseil sur ces modifications, la proposition de directive elle-même ayant déjà soulevé nombre d'objections. En application de la procédure de coopération, la proposition de directive devrait alors être soumise à nouveau au Parlement européen avant que le Conseil ne se prononce définitivement.

(1) Sur les difficultés de la conciliation entre l'ouverture à la concurrence et la protection des régions en difficulté, cf. ci-dessous Tome II, 1^{ère} partie, chapitre IV « La réforme des fonds structurels ».

(2) L'amendement se référant à l'article 223, paragraphe 1, point b du Traité de Rome.

(3) On observera que l'extension de procédures, par ailleurs considérablement alourdies, à des secteurs de plus en plus hétérogènes d'un Etat membre à l'autre, pourrait se révéler délicate. Ainsi, la distribution d'eau doit être transférée au secteur privé en Grande-Bretagne. Dès lors, ni la logique juridique, ni encore moins la logique économique ne suggèrent d'imposer à cette activité une réglementation bien peu adaptée au fonctionnement des entreprises privées.

B - Marchés publics de travaux

Une autre proposition de directive (1) de la Commission définit les modifications qu'il conviendrait d'apporter à la réglementation communautaire des marchés publics de travaux. Non encore examinée par le Parlement européen, cette proposition retient les mêmes orientations que la proposition de directive relative aux marchés publics de fournitures.

Visant les articles du Traité relatifs à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, ainsi que l'article 100 (visa auquel devra sans doute être substitué celui du nouvel article 100 A), la proposition de directive « Travaux » à la différence de la proposition « Fournitures », tend à supprimer au plus tard le 31 décembre 1992 les exclusions actuelles. Elle prévoit, en outre, que les dispositions de la directive seraient immédiatement applicables aux pouvoirs adjudicateurs exclus jusqu'ici, c'est-à-dire dont l'activité principale est d'assurer le transport sur terre, dans l'air et sur l'eau, ou de produire, conduire ou distribuer de l'eau potable ou de l'énergie, pour toutes les commandes d'ouvrages ou de parties d'ouvrages « conventionnels », c'est-à-dire ne présentant pas de particularités techniques liées aux activités exclues et ne relevant donc pas d'entrepreneurs spécialisés.

L'exclusion fondée sur les particularités techniques des travaux devrait être justifiée.

En outre, la directive Travaux couvrirait désormais de nouvelles formes contractuelles qui caractérisent des marchés de plus en plus complexes comprenant non seulement l'opération de construction proprement dite, mais également par exemple la conception, le financement, la conduite des travaux ou plus généralement « l'ingénierie ».

La réglementation communautaire s'imposerait également, aux termes de la proposition, non seulement aux marchés publics des personnes morales de droit public mais aussi aux « entreprises publiques ou privées bénéficiant de concessions de service public ou auxquelles l'Etat ou les collectivités territoriales ont accordé des droits spéciaux ou exclusifs », extension aussi considérable que malaisée, sans doute, à définir précisément quand on connaît les difficultés d'appréciation de la nature juridique de ces contrats relevant, en France, pour ne prendre que ce seul exemple, de la jurisprudence des tribunaux administratifs.

La proposition de directive enjoint même aux Etats membres d'appliquer les règles des marchés publics de travaux lorsque des investissements sont financés « totalement ou partiellement, directement ou indirectement, par des fonds publics, quelle que soit la nature juridique de l'« entité passant commande de ces investissements. » On voit

(1) Com. 86-679 final du 23/12/1986.

que cette extension dans nombre d'Etats membres aboutirait à soumettre à la réglementation des marchés publics une part très considérable des investissements y compris du secteur privé (en France probablement une part décisive du chiffre d'affaires des Travaux publics).

La proposition introduit également en matière de marchés de travaux publics la procédure « négociée » pour limiter la procédure particulièrement restrictive, et par conséquent potentiellement discriminatoire, du marché de gré à gré.

Les garanties de ces nouvelles « procédures négociées » sont définies de façon détaillée.

En cas de « procédure négociée avec mise en concurrence préalable », la première sélection doit être précédée d'un appel public à la concurrence et se faire « selon des critères qualitatifs et publics », et ne peut retenir moins de trois candidats invités à présenter une offre ou à négocier (nombre porté à 5 au moins en cas de « procédure négociée sans mise en concurrence préalable »). En outre est établie une obligation de non discrimination qui est présumée remplie quand les pouvoirs adjudicateurs maintiennent entre les candidats nationaux et ceux des autres Etats membres qu'ils admettent à soumissionner ou à négocier, la proportion constatée entre les candidats nationaux et ceux des autres Etats membres qui présentent les qualifications requises et ont répondu à l'appel initial ou, lorsque cette proportion fait défaut, si les pouvoirs adjudicateurs donnent une représentation « adéquate » aux ressortissants des autres Etats membres qui présentent les qualifications requises. Ces dispositions visent à garantir la réalité de la concurrence impartiale, mais leur application pourrait s'avérer difficile, pour ne rien dire du contrôle.

La proposition de directive définit strictement les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir aux procédures négociées avec ou sans mise en concurrence préalable, et dispose que les contrats abusivement négociés dans ce cadre seraient « nuls et nonavenus ».

De même, la proposition de directive, à l'instar de la proposition « fournitures » limite le recours à des spécifications techniques qui peuvent insidieusement fausser la libre concurrence : les marchés doivent se référer aux normes européennes ou harmonisées, et seulement à défaut de ces normes, à des spécifications classées dans le même ordre que dans la proposition « fournitures ».

Les exigences tenant à la qualification des entreprises soumissionnaires devraient également être impartialement appréciées d'après une liste type de critères dont le modèle est annexé à la directive. On sait que ces critères tenant aussi bien à la compétence des entreprises qu'à leurs capacités financières sont particulièrement importants dans l'attribution des marchés de travaux et justifient bien souvent le recours aux entreprises les mieux connues des pouvoirs adjudicateurs.

Consciente que la plus sûre garantie d'application de ces dispositions est moins sa propre vigilance que les recours éventuels des entre-

prises victimes de discrimination, la Commission propose de définir de façon très détaillée les obligations d'information fournissant des bases matérielles à la constatation d'éventuels abus : communication aux entreprises écartées des motifs du rejet de leur candidature ainsi que des caractéristiques et avantages relatifs des soumissions retenues, y compris le nom de l'adjudicataire ; pour chaque marché passé, un procès-verbal récapitule tous les éléments de la procédure utilisée ainsi que la justification de ce choix au regard des conditions définies par la directive, jusqu'à la justification de l'attribution finale du marché.

Ce procès-verbal est communiqué à la Commission afin de lui permettre d'exercer son contrôle.

Les Etats membres doivent également communiquer à la Commission un état statistique détaillé des marchés publics de travaux, y compris ceux adjugés par les diverses collectivités soumises à la directive, la Commission pouvant demander « toute autre information statistique complémentaire ».

La proposition de directive modifie également les règles de publicité.

— Délais

D'une part, les délais seraient considérablement allongés pour permettre le concours du maximum d'offres et favoriser ainsi la concurrence sur tout le territoire des douze Etats membres, d'autre part elle module les obligations de publicité et par conséquent les contraintes imposées en fonction de l'importance des marchés.

Ainsi, il est tout d'abord proposé d'instituer un avis par lequel les pouvoirs adjudicateurs devraient annoncer au moins six mois à l'avance leurs projets de marchés de travaux d'un montant estimé supérieur à 7 millions d'Ecus avec leurs caractéristiques essentielles, avis qui serait publié au Journal Officiel des communautés européennes.

Pour la passation des marchés eux-mêmes, le délai de réception des offres, dans les procédures ouvertes, est allongé de trente-six à cinquante jours ; dans les procédures restreintes (et négociées), le délai de réception des demandes de participation est allongé de vingt-et-un à quarante jours et le délai de réception des offres de vingt-et-un à quarante jours ; dans les cas d'urgence, le délai de réception des demandes de participation est prolongé de douze à vingt-cinq jours et celui de réception des offres de dix à vingt jours.

En outre pour compenser le défaut de pré-information, la plupart de ces délais sont doublés dans le cas où le pouvoir adjudicateur omettrait de publier ses projets de marchés.

— Seuils

La directive modifierait enfin considérablement les règles de publicité en fonction de l'importance des marchés.

La Commission, tout en rappelant que le principe de non-discrimination ressort déjà des dispositions du Traité, propose de relever sensiblement le montant des marchés devant être intégralement publiés au J.O.C.E., fixé en 1971 à 1.000.000 Ecus, et de le porter à 7 millions d'Ecus afin de tenir compte, d'une part de l'augmentation des coûts de la construction entre 1971 et 1986, d'autre part du fait que la contrainte de ces formalités n'est justifiée que pour les contrats les plus importants. Le niveau du nouveau seuil proposé tient compte non seulement de ces facteurs, mais aussi des délais de transposition de la nouvelle directive dans les lois nationales, c'est-à-dire 24 mois au minimum.

En revanche, toutes les autres règles de publicité qu'il est proposé de renforcer s'appliqueraient à tous les marchés publics dont le montant estimé hors T.V.A. est égal ou supérieur à 700.000 Ecus (au lieu du seuil fixé à 1 million d'Ecus en 1971), ce qui constitue un abaissement considérable destiné à favoriser la compétition des petites et moyennes entreprises notamment celles situées dans les régions frontalières et qui peuvent proposer des offres concurrentielles, leurs coûts d'expatriation étant faibles ou nuls pour des marchés voisins.

C - Contrôle de l'application des directives

La définition des obligations d'information des soumissionnaires et de la Commission comme des différents critères de choix de procédures, des entreprises et des offres, toutes ces garanties de respect de la libre concurrence resteraient vaines si la sanction de leur méconnaissance n'était pas organisée.

On observera que la Cour de justice des Communautés européennes sanctionne déjà l'application des directives actuelles (défaut de publication, recours abusif à une procédure restreinte fondée sur une interprétation extensive de l'urgence, spécifications techniques discriminatoires...).

Mais la Commission estime sans doute que cette voie de recours est malaisée à mettre en oeuvre eu égard à la multiplicité des contrôles qui seraient nécessaires pour garantir l'application effective des nombreuses obligations imposées aux pouvoirs adjudicateurs.

Ainsi, outre la création d'un comité consultatif pour l'ouverture des marchés publics, décidée par la Commission (1), celle-ci a proposé une directive (2) prévoyant un renforcement considérable des moyens

(1) Cf. Décision de la Commission du 26 mai 1987 (J.O.C.E. du 12.6.1987). Le comité est composé de 24 experts indépendants nommés pour deux ans, et après « consultation des milieux professionnels », par la Commission qu'ils assistent dans « l'appréciation des réalités économiques, techniques, juridiques et sociales des marchés publics », soit à la demande de la Commission, soit de la propre initiative du comité.

(2) Com. 87-134 final du 1^{er} juillet 1987.

de contrôle des procédures de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

La proposition enjoint tout d'abord aux Etats de garantir les possibilités de recours juridictionnels « efficaces », selon leur organisation administrative et judiciaire, contre tout manquement à une disposition des procédures de passation des marchés publics. Ces recours devraient permettre d'une part de prendre des mesures conservatoires y compris la suspension des procédures ou de l'attribution et d'ordonner sous astreinte la suppression d'éléments discriminatoires (spécifications techniques des prestations ou qualifications des soumissionnaires) ainsi que d'annuler toute décision qui violerait la réglementation communautaire et (ou) nationale en matière de marchés publics ; d'autre part, les mécanismes nationaux de contrôle devraient prévoir l'indemnisation des fournisseurs ou entrepreneurs lésés en cas de décisions illégales, y compris le remboursement de leurs « frais d'études inutiles, bénéfiques manqués ou perte d'une chance » (1).

Outre les garanties offertes aux concurrents abusivement écartés, la Commission prévoit, pour elle même, une possibilité d'intervention directe dans les procédures administratives ou juridictionnelles pour faire valoir « l'intérêt public communautaire » (2) et le respect de la réglementation européenne.

La Commission devrait même pouvoir, en cas d'urgence, suspendre pour une durée maximum de trois mois, une procédure de passation de marché, à n'importe quel stade, lorsqu'elle constate une infraction « claire et manifeste » notamment le défaut de publication au J.O.C.E., un recours abusif (3) aux « procédures exceptionnelles » (c'est-à-dire autres que d'adjudication ouverte au moins-disant), ou encore des stipulations techniques incompatibles avec le droit communautaire ou l'exclusion discriminatoire d'entrepreneurs.

Outre l'amélioration des mécanismes nationaux de contrôle de la réglementation communautaire des marchés publics, cette proposition de directive commune à tous les marchés publics comporte un renforcement des pouvoirs d'intervention de la Commission.

Ce double renforcement devrait assurer une meilleure application des directives communautaires, application que la Commission estime

(1) Si la règle de compétence attribuée aux tribunaux de l'Etat de résidence du plaignant l'appréciation de cette « perte de chance », préjudice dont l'évaluation et même l'existence sont déjà sujettes à controverses, en France notamment, il est à craindre que ne se développe un contentieux des plus épineux.

(2) Qui pourrait, le cas échéant, être distinct de préjudices particuliers et viser par exemple le manquement à des obligations d'information de la Commission.

(3) Dont les critères ne relèvent pourtant pas toujours d'une appréciation « claire et manifeste ».

actuellement nettement insuffisante même dans le champ relativement étroit de cette réglementation, compte tenu des secteurs encore exclus (1)

D - Une réglementation à perfectionner ?

La proposition d'extension des règles régissant les marchés publics à la fois aux contrats des entreprises de droit privé bénéficiant de concours financiers publics, nationaux ou locaux, ainsi qu'aux sous-traitants, aboutirait à soumettre une part très importante des investissements et des consommations non seulement des administrations mais du secteur privé puisque les contrats soumis à cette réglementation représenteraient sans doute, au moins en France plus de la moitié des investissements et des consommations intermédiaires si s'ajoutaient à ceux des administrations, ceux des entreprises bénéficiant peu ou prou de fonds publics ainsi que les sous-traitants de « marchés publics » entendus au sens le plus large.

En outre, la généralisation de ces procédures, dont la Commission propose par ailleurs de renforcer le caractère contraignant, pourrait entrer en conflit avec les politiques de privatisation et de déréglementation de nombreuses activités économiques naguère administrées ou étroitement réglementées par la puissance publique, alors même que les principes de non-discrimination prévus par le Traité de Rome (art. 7 et 30) s'appliquent *de plano* à la circulation des biens entre agents économiques des Etats membres sans qu'il soit besoin de leur imposer toute une série de procédures particulièrement lourdes.

On peut se demander si l'obligation d'annonce des projets d'approvisionnements au moins six mois à l'avance, par exemple, ou l'obligation, sauf exceptions dûment motivées, de se fournir auprès des soumissionnaires les moins-disants sont les procédures les plus adaptées à l'activité des entreprises privées que demeurent les sous-traitants et que deviennent les firmes dénationalisées et alors même que la Commission constate que la concurrence intracommunautaire joue déjà de façon assez satisfaisante à l'égard des approvisionnements du secteur privé.

Quant à l'évaluation de l'abaissement des coûts des investissements et approvisionnements des administrations qui résulterait du renforcement de la réglementation communautaire que la Commission chiffre

(1) Mais cette opinion doit être nuancée, les formalités de publicité étant, par exemple, de mieux en mieux respectées : 3.500 avis de marchés de travaux en 1980 contre 4.500 en 1985 alors que l'activité dans le secteur des B.T.P. s'est ralentie pendant cette période ; l'augmentation pour les marchés de fournitures est encore plus spectaculaire : de 1.293 avis publiés en 1980 à 2.583 en 1983, chiffre progressant d'environ 10 % par an depuis.

à 10 % du montant total des marchés publics, il convient sans doute de nuancer cette appréciation selon qu'il s'agit de marchés de travaux ou de fournitures : sauf « créneaux » très particuliers où certains pays peuvent faire valoir un savoir faire exceptionnel (parkings souterrains pour la France, dragages et travaux maritimes pour les Pays-Bas) le coût de l'expatriation des personnels et des équipements sur un chantier éloigné contrebalance dans la plupart des cas les avantages comparatifs entre entreprises d'un niveau technique généralement largement comparable d'un Etat membre à l'autre.

En revanche, le renforcement de la concurrence dans les marchés de fournitures des administrations pourrait sans doute en abaisser les prix tout en favorisant le développement des entreprises les plus performantes (mais en condamnant les autres) qui pourraient, fortes de coûts amortis sur de très grandes séries, mieux affronter la concurrence sur les marchés extérieurs à la Communauté.

L'orientation la plus prometteuse est sans doute la recherche de progrès dans la normalisation et l'acceptation réciproque des règles techniques nationales.

Il s'agit même d'un préalable dans les domaines les plus « sophistiqués » comme les Télécommunications. Il est à craindre, en effet, que le renforcement considérable des règles d'ouverture à la concurrence que souhaite la Commission n'amène les mêmes déceptions que la réglementation actuelle si les équipements ne sont pas compatibles, les spécifications des produits, standardisées...

Renforcer les obligations de publicité, imposer des règles tatillonnes d'information et de procédure dans une Babel technique, c'est un peu « mettre la charrue avant les boeufs » et induire des coûts certains pour les entreprises, et des économies beaucoup moins certaines pour les collectivités publiques. Il convient donc sans doute d'une part de hâter l'élaboration de normes européennes pour les produits les plus courants (fournitures, principaux matériaux de construction) (1) qui se substitueraient obligatoirement et intégralement aux normes nationales ; parallèlement des « agréments techniques européens », établis sur la base de guides communs peuvent améliorer la concurrence pour d'autres matériaux ou composants plus sophistiqués ou nouveaux.

D'autre part, la normalisation, *stricto sensu*, de la foule des fournitures et matériaux en usage dans les 12 Etats membres (d'ailleurs en constant renouvellement) étant une tâche de Sisyphe, le Livre blanc sur l'Achèvement du Marché intérieur propose, dans ce domaine comme dans d'autres, la solution d'une « nouvelle approche », à savoir la reconnaissance mutuelle des règles nationales (2) satisfaisant aux exigences essentielles communes.

(1) Une proposition de directive concernant l'harmonisation de la législation sur les matériaux de construction est en cours d'examen au Conseil.

(2) Cf. ci-dessous l'analyse de ces dispositions.

Cette reconnaissance mutuelle doit s'accompagner d'une homologation réciproque des procédures nationales de certification des biens et services (1) ainsi que d'une reconnaissance des règles nationales de qualification technique industrielle et financière des entreprises soumissionnaires (2), assorties d'un système d'assurance de la qualité adapté aux échanges transfrontaliers.

A la libre circulation des produits doit s'ajouter l'élaboration de règles unifiées pour la conception, le calcul et l'exécution des ouvrages, d'où la nécessité d'accélérer la rédaction des différents EUROCODES, pour les rendre progressivement d'application obligatoire dans les marchés publics soumis à la réglementation communautaire.

Si on peut penser que le seul renforcement des règles de concurrence n'amènerait pas la baisse de prix de « 10 % au moins » escomptée par la Commission, en raison de la faiblesse des marges brutes ainsi que du faible écart réel entre les coûts communautaires comparés aux frais liés à l'éloignement des marchés, et sans dissimuler qu'une concurrence par les coûts (règle du « moins-disant ») dans un secteur fragile peut conduire à des prix exagérément « tirés », c'est-à-dire soit à du dumping, soit à des risques financiers inconsiderés, il convient donc de rechercher des orientations complémentaires.

Il ne faudrait pas, par ailleurs, qu'une interprétation abusive des facultés de dérogations à la concurrence communautaire offertes par le nouvel article 100 A (3) ne conduise les Etats à fermer en fait leur marché, en édictant des normes techniques abusivement protectrices.

Outre les progrès de la normalisation et de la reconnaissance mutuelle pour aplanir les barrières techniques, le perfectionnement d'un cadre juridique adapté permettrait sans doute l'accroissement des offres transfrontalières.

Afin de pallier les surcoûts, évoqués plus haut, et de mettre en commun les avantages technologiques (variantes, innovations), il apparaît souhaitable de favoriser l'association des entreprises du pays d'accueil avec des entreprises des autres pays de la Communauté.

A cette fin, un cadre juridique à vocation européenne est nécessaire. Un tel cadre est, d'ores et déjà, établi, sous forme du Groupe-

(1) Une qualification communautaire garantissant l'indépendance des organismes de certification, en cours d'élaboration, est un élément très favorable au développement de l'acceptation réciproque des normes nationales.

(2) A l'instar de la « carte d'identification professionnelle » délivrée en France, par exemple.

(3) cf. analyse de ces dispositions : deuxième partie, chapitre III. L'amendement adopté par le Parlement à la proposition de directive « fournitures » réservant expressément le maintien de spécifications nationales souligne l'antagonisme entre ouverture des marchés et volonté de préserver des normes nationales, qui est précisément la contradiction latente de l'article 100 A.

ment européen d'intérêt économique (1) à défaut d'un statut unique d'« entreprise européenne » (2).

De même, la libération des mouvements de capitaux doit favoriser l'implantation de filiales.

Au moins en matière de travaux publics, en raison tant de l'importance des ouvrages que de leurs spécificités ou des exigences de maintenance, les pouvoirs adjudicateurs préfèrent souvent recourir, sauf compétence technique internationalement reconnue, à des entreprises proches, au savoir-faire éprouvé.

L'association avec des entreprises locales ou l'implantation de filiales apparaît dès lors comme une garantie plus réelle de participation à la concurrence que le respect de règles formelles détaillées, trop souvent inadaptées.

Mais un aspect préoccupant du développement de la libre concurrence dans le domaine des marchés publics demeure, à la lecture des propositions de la Commission, comme une interrogation sans réponse.

En effet, la création d'un espace économique unifié doit sans doute s'accompagner d'un renforcement de la politique commerciale extérieure commune dans le domaine des marchés publics, comme dans d'autres domaines. Et même, peut-être, avant tous les autres : comment les citoyens d'une région touchée par le chômage comprendraient-ils que les pouvoirs publics adjugent tel important marché de fournitures ou la construction de tel grand équipement public non pas même à une entreprise d'un pays voisin, mais à une firme extra-communautaire ? Ici encore, comme à l'égard de tous les secteurs économiques dont la libération concourra à l'établissement du marché intérieur, il conviendrait que la Communauté, parallèlement au démantèlement des obstacles techniques et juridiques intérieurs, élabore une politique commune à l'égard de ses partenaires, liant l'accès à son marché intérieur, non seulement au respect des exigences juridiques et techniques communautaires, mais à une stricte réciprocité dans l'ouverture à la concurrence internationale (3). La cohésion communautaire dans le cadre des nouvelles négociations G.A.T.T. est sans doute l'un des éléments de cette indispensable contrepartie, élément qui doit cependant s'inscrire dans une politique générale des échanges de la Communauté.

(1) La directive instituant le groupement d'entreprise européen a été approuvée le 27 juin 1985 et doit être transposée dans les quatre ans. Cf., ci-dessous, chapitre V.

(2) L'amélioration de la transparence du secteur des marchés publics de travaux exige en outre des relations claires et précises entre entreprises générales et entreprises sous-traitantes, de différents pays, travaillant sur des projets communs, aussi serait-il souhaitable que progresse l'élaboration de la directive relative au « contrat de sous-traitance européen ».

(3) Cette réciprocité incluant la comparaison des distorsions de concurrence : aides aux exportations, « dumping » non seulement économique mais social en cas de coûts salariaux artificiellement abaissés par la faiblesse des garanties sociales.

CHAPITRE II

LE RAPPROCHEMENT DES NORMES

I - LES PRINCIPES DU TRAITE DE ROME

Parmi toutes les conditions qui devaient permettre l'établissement du Marché commun, le Traité de Rome désignait en tout premier lieu : « L'élimination, entre les Etats membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que toutes autres mesures d'effet équivalent ».

Si la première de ces conditions, l'élimination des droits de douane entre Etats membres a été le premier et éclatant succès du Marché commun, force est bien de considérer que la suppression de toute restriction au commerce intracommunautaire résultant de « mesures d'effet équivalent » à des barrières douanières n'a pas avancé du même pas. Peut-on considérer que les Etats membres auraient dressé des barrières techniques au fur et à mesure qu'ils démantelaient les barrières douanières, pour maintenir coûte que coûte des mesures protectionnistes, fussent-elles déguisées en normes protectrices des consommateurs ou de l'environnement ?

C'est ce que soutiennent certains qui s'impatientent devant les obstacles persistants et la lenteur de l'harmonisation communautaire des normes nationales. Mais le problème n'est sans doute pas seulement de vaincre les tentations protectionnistes toujours renaissantes ; il traduit plus profondément la difficulté de concilier l'ouverture à la libre concurrence, objectif du grand marché intérieur comme du Marché commun, avec la tendance, pas forcément illégitime, des sociétés développées à multiplier les règles garantissant la qualité des produits, la sécurité des consommateurs ou encore la protection de l'environnement.

Cette difficile conciliation coïncide d'ailleurs avec le partage que le Traité de Rome organise entre le principe de libre circulation des biens et les exceptions à ce principe justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre et de sécurité publics, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux ainsi que de protection des trésors nationaux ou de la propriété industrielle et commerciale. Ce partage délimite d'ailleurs celui des compétences :

à la Communauté, l'application du principe, aux Etats membres, la protection des intérêts légitimes qui peuvent y faire obstacle, sous le contrôle cependant de la Commission et de la Cour de Justice.

La complexité des procédures instituées par l'Acte unique européen (1) n'a sans doute pas d'autre cause et il est sans doute trop tôt pour prévoir si les réformes institutionnelles qu'il contient modifieront l'équilibre antérieur au détriment des pouvoirs des Etats membres en matière de réglementation technique et pour le plus grand bénéfice de la libre circulation des biens dans un espace économique unifié.

Rédigé avant le texte de l'Acte unique européen, le Livre blanc de la Commission sur l'établissement du marché intérieur proposait un changement radical de la méthode des rapprochements de normes nécessaires à la pleine réalisation de la libre circulation des biens.

La Commission faisait tout d'abord le bilan de la méthode suivie jusque là : « La méthode de l'harmonisation a constitué la pierre angulaire de l'action de la Communauté au cours de ses 25 premières années d'existence et a permis de réaliser des progrès sans précédents dans l'établissement de règles communes à l'échelle de la Communauté. Toutefois, depuis un certain temps, les défauts de cette méthode seront apparus et il est clair qu'un marché commun authentique ne peut être réalisé pour 1992 si la Communauté se borne à appliquer l'article 100 du traité C.E.E. » (qui prévoyait que les directives d'harmonisation étaient arrêtées par le Conseil statuant à l'unanimité).

Ainsi, les 17 directives de rapprochement des normes adoptées récemment par le Conseil n'auront pas nécessité moins de 10 années de délibérations, en moyenne !

Partant de ce constat, la Commission proposait « une nouvelle approche » de l'harmonisation communautaire qui porte sur le contenu et le niveau de cette harmonisation, tandis que l'Acte unique européen allait en modifier la procédure avec l'introduction du nouvel article 100 A dans le Traité de Rome.

A partir de cette approche nouvelle, la Commission propose une méthode également renouvelée, fondée sur les règles suivantes :

— une distinction claire, dans les initiatives qui sont prises à l'égard du marché intérieur, entre les aspects qu'il est essentiel d'harmoniser, soit parce qu'ils touchent à des considérations de santé ou de sécurité des consommateurs par exemple, soit parce que l'harmonisation précise est la condition de la libre circulation, comme la compatibilité des normes des matériels de télécommunication, et ceux qui peuvent faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle des règles et normes nationales ;

(1) Cf. ci-dessous 2ème partie, chapitre 3 « Les nouvelles possibilités de dérogations ».

ceci implique que pour chaque initiative d'harmonisation la Commission détermine celles des réglementations nationales qui excèdent l'objectif poursuivi et qui donc constituent des obstacles contraires aux articles 30 à 36 du Traité (1) ;

— l'harmonisation des législations (directives du Conseil fondées sur l'article 100) (2) se limitera dorénavant à établir, de façon obligatoire pour tous les Etats membres, les exigences essentielles en matière de santé et de sécurité, afin de permettre la libre circulation des produits conformes à ces exigences ;

— l'harmonisation des normes industrielles par l'élaboration de normes européennes sera favorisée au maximum (3), mais l'absence de normes européennes ne doit pas servir à entraver la libre circulation. En attendant leur mise au point, c'est l'acceptation mutuelle des normes nationales par des procédures convenues qui doit être le principe directeur.

II - LA « NOUVELLE APPROCHE »

A - Le principe général

La Commission, dans le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, rappelant l'objectif de libre circulation des marchandises et la lenteur de la méthode d'harmonisation norme par norme, propose une « nouvelle approche » propre à remettre en mouvement l'établissement d'un espace unifié : « l'élimination des barrières physiques favorisera sans nul doute les échanges commerciaux, en particulier par la suppression des formalités et des retards aux frontières ; mais c'est par l'élimination des barrières techniques que la Communauté donnera au

(1) Et ne pourraient dès lors être opposées à l'entrée sur le territoire de l'Etat membre ayant institué ces normes « excessives », de produits satisfaisant aux normes essentielles définies au niveau communautaire. Mais l'Etat en question pourrait toujours maintenir ses normes plus élevées à l'égard de ses seuls producteurs nationaux, ces « discriminations à rebours » n'étant pas contraires au Traité, selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice.

(2) Le Livre blanc ne pouvait viser la nouvelle procédure de l'article 100 A, instituée par l'Acte unique européen, signé quelques mois après la rédaction du document de la Commission.

(3) Le Conseil de Dublin, les 3 et 4 décembre 1984 avait expressément assigné aux organes communautaires la tâche de « prendre des mesures pour compléter le marché intérieur y compris la mise en oeuvre des normes européennes ».

grand marché sa véritable dimension économique et industrielle en permettant les économies d'échelle qui rendront les entreprises plus compétitives. Dans le domaine des barrières techniques, un exemple typique est celui des différences de normes de produits qui existent entre les Etats membres pour des raisons d'hygiène ou de sécurité, ou encore, de protection de l'environnement ou des consommateurs ».

« L'élément central de l'orientation de la Commission dans ce domaine consiste à délaissier la notion d'harmonisation au profit de la notion de reconnaissance mutuelle et d'équivalence ».

La Commission énonce en effet le postulat de « l'équivalence essentielle des objectifs visés par les législations nationales » lorsque les Etats membres édictent des normes techniques.

Ainsi, sous certaines conditions, « le principe général devrait être reconnu que lorsqu'un produit est fabriqué et commercialisé légalement dans un Etat membre, il n'y a aucune raison de ne pas le vendre librement dans l'ensemble de la Communauté. En effet, les objectifs des législations nationales, comme la protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement sont très souvent identiques. Il s'ensuit que les règles et dispositions de contrôle établies pour atteindre ces objectifs reviennent souvent au même, tout en prenant des formes différentes, et devraient normalement être reconnues dans tous les Etats membres ».

La Commission, tout en reconnaissant le bien fondé des diverses normes nationales protégeant l'un des intérêts légitimes dont les Etats ont la charge, mais estimant que cette diversité n'est qu'apparente, propose de reconnaître « l'équivalence globale des objectifs législatifs des Etats membres en matière de protection de la santé, de la sécurité et de l'environnement ».

La Commission souligne encore que la pratique consistant à incorporer des spécifications techniques détaillées dans les directives a donné lieu à des retards considérables en raison de l'unanimité requise pour la prise de décision au Conseil. Par conséquent, dans les secteurs où les entraves aux échanges résultent de règles nationales divergentes justifiées en matière de santé et de sécurité des citoyens et de protection des consommateurs et de l'environnement, l'harmonisation des législations se limitera à établir les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les produits pour pouvoir circuler librement dans la Communauté. Les spécifications techniques auxquelles doivent répondre les produits pour être réputés licites et admis à la libre circulation devront être définies dans les normes européennes élaborées par le comité européen de normalisation (C.E.N.) ou par des organismes sectoriels de normalisation, dans les domaines des produits électriques et de construction notamment.

Ces mesures sont considérées par la Commission non seulement comme un complément nécessaire à la méthode nouvelle, mais comme un développement essentiel dans la substitution progressive de normes européennes aux normes nationales dans tous les domaines.

A la méthode antérieure d'harmonisation de l'ensemble des réglementations nationales, jusque dans leurs détails et d'élaboration d'une norme européenne unique les remplaçant complètement et définitivement, la Commission propose de substituer une procédure plus pragmatique, espérant ainsi sortir l'harmonisation communautaire de sa paralysie actuelle.

L'harmonisation sous forme de norme communautaire délibérée par le Conseil ne porterait plus que sur les aspects les plus importants.

Les aspects les plus techniques seraient examinés par les organismes sectoriels de normalisation (où sont d'ailleurs en général représentés les Etats membres). Le Conseil est invité par la Commission à lui déléguer, sur la base de l'article 155 du Traité, la compétence de définir ces spécifications techniques communes.

B - Régime propre à certains produits

La Commission précise que cette politique générale devra prendre des formes spécifiques dans certains domaines en raison de leurs particularités techniques : ainsi dans ceux des technologies d'information et des télécommunications, de la construction et des produits alimentaires :

— matériels de télécommunication

— dans les technologies d'information et les télécommunications, la Commission propose d'établir des règles particulières tenant compte de la précision technique et de la rapidité de décision propres à assurer la compatibilité, la communication et la coopération entre les usagers et les opérateurs à travers la Communauté. Ce domaine est traditionnellement de la responsabilité des autorités publiques, notamment des administrations des P.T.T. Dans ce contexte, il est important que cette tâche soit entreprise autant que possible sur une base commune, et que les spécifications qui en résulteront (notamment les procédures de certification) fassent l'objet d'une reconnaissance mutuelle dès le départ. Les propositions récentes de la Commission ainsi que l'accord conclu en juillet 1984 avec la C.E.P.T., s'inscrivent dans cette orientation ;

— matériaux de construction

— dans le domaine de la construction, du fait de la grande diversité des produits, la Commission se propose de procéder à l'établissement de codes européens concernant les ouvrages, de façon à assurer la compatibilité entre les composants et la structure dans laquelle ils doivent s'intégrer. La Commission souligne qu'une telle action contribuera par elle-même à l'effort de dérégulation ; il est évident en outre que ce serait un élément particulièrement favorable à l'ouverture

des marchés publics, trop souvent cloisonnés, en fait sinon expressément, par des spécifications techniques discriminatoires.

— produits alimentaires

— dans le domaine des produits alimentaires (1), l'action législative a essentiellement consisté, et ce sera également le cas à l'avenir, à élaborer des directives « horizontales » en matière d'utilisation des additifs, d'étiquetage, etc. lorsque l'objectif prioritaire de protéger la santé et la sécurité des consommateurs est en jeu. Conformément à la nouvelle méthode et aux recommandations du comité DOOGE, la Commission envisageait de proposer des procédures plus efficaces pour la mise en oeuvre de l'harmonisation conformément à l'article 100 dans ce secteur. Cette méthode se fondera sur le principe de la délégation à la Commission, assistée par le comité scientifique pour l'alimentation, de la mission d'établir et de gérer les dispositions plus détaillées et techniques de ces directives, laissant au Conseil le soin de fixer les critères essentiels de sécurité et de santé à observer. A cette fin, la Commission a soumis au Conseil et au Parlement l'extension de la directive 83/189 au secteur alimentaire (Com. 86-747 final) en cours d'examen par les organes communautaires (2).

Mais si le niveau d'harmonisation dans ces domaines particuliers doit être plus détaillé en raison soit de leur spécificité technique (télécommunications et construction) soit de l'importance des impératifs de protection de la santé publique (denrées alimentaires), la règle générale n'en serait pas moins une harmonisation limitée aux exigences essentielles, assortie d'une présomption d'équivalence des normes nationales de fabrication.

C - Reconnaissance des certifications

Le principe de reconnaissance mutuelle des normes de fabrication comme la réglementation commune limitée à des normes européennes essentielles ont pour corollaire la reconnaissance des procédures nationales de certification de la conformité des produits à ces différentes normes.

Là encore, un partage devra se faire entre d'une part des codes de « bonnes pratiques » s'imposant à tous les organismes nationaux

(1) Cf. ci-dessous, « l'élimination des frontières techniques en matière sanitaire, phytosanitaire, vétérinaire, et de denrées alimentaires et de produits pharmaceutiques ».

(2) Cf. avis du C.E.S. Doc. 282-87 et rapport du Parlement européen du 22 octobre 1987 (Doc. A. 2.180-87).

d'essais et de certification, définissant des règles essentielles communes dont l'observation authentifierait de façon indiscutable les certificats de conformité, et l'acceptation mutuelle, pour le surplus, des règles nationales non harmonisées en matière de contrôle de qualité.

Il y a là un enjeu important pour l'industrie française et plus généralement pour les systèmes d'harmonisation et de certification de qualité français (1) encore trop dispersés, délivrant des « labels » de valeur inégale et en tout cas sans doute trop nombreux (en comparaison par exemple de l'unique certificat de sécurité délivré en R.F.A., mieux identifié, mieux connu et par conséquent plus « crédible »). Une réforme du système français de normalisation est d'ailleurs engagée sous l'impulsion du ministère de l'industrie de façon à définir une marque unique de sécurité et à développer des systèmes d'auto-certification dès la fabrication.

Ainsi, selon la nouvelle méthode proposée, les Etats membres devraient admettre en libre circulation sur leur territoire tout produit d'un autre Etat membre certifié conforme à ces « normes essentielles » par un organisme de l'Etat d'origine, sauf pour l'Etat de vente à maintenir à l'égard de ses seuls producteurs nationaux des normes plus exigeantes.

On observera que cette méthode est tout à fait conforme à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes qui, du fameux arrêt « Cassis de Dijon » à la récente décision sur les normes allemandes de fabrication de la bière (2), a fait prévaloir la libre circulation des marchandises, fabriquées en conformité avec la législation de leur Etat membre d'origine, sur les restrictions opposées par d'autres Etats membres au nom d'une appréciation différente de la protection des consommateurs.

Sans doute la Cour ne remet-elle pas en cause la compétence des Etats pour édicter des normes nationales ayant pour effet de restreindre la libre circulation sur leur territoire de biens en provenance d'autres Etats membres, l'appréciation des intérêts légitimes reconnus par l'article 36 du Traité de Rome leur incombant au premier chef. Mais la Cour rappelle que cette appréciation doit respecter le principe de proportionnalité et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire, dans le cas d'espèce, pour la protection des consommateurs allemands, sauf à constituer une interprétation abusive des exceptions à la libre circulation que l'article 36 autorise.

(1) Cf. pour l'inventaire des systèmes français, le rapport de M. Christian DOUCET sur « la certification des systèmes d'assurance de la qualité des entreprises », rédigé à la demande du ministère de l'Industrie dans l'optique de 1992 (Paris, la Documentation française, 1987).

(2) Aff. 178-84 - Arrêt du 12 mars 1987.

III - L'ARTICLE 100 A NOUVEAU : VERS UNE RELANCE DE LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES ?

Parmi les causes du quasi blocage du processus d'harmonisation des réglementations nationales, la Commission désignait en premier lieu la règle de l'unanimité que posait l'article 100 pour les décisions du Conseil en matière de rapprochement des normes.

L'article 100 A nouveau introduit dans le Traité de Rome par l'Acte unique européen devrait changer les termes de ce problème puisqu'il dispose que, désormais, les mesures de rapprochement des réglementations nationales visant à assurer le marché intérieur sont arrêtées par le Conseil statuant à la majorité qualifiée.

Sans doute est-il trop tôt, l'Acte unique européen étant entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, pour apprécier si cette nouvelle procédure va effectivement « débloquer » le processus d'harmonisation. On notera, cependant, qu'une mesure aussi importante que la position commune du Conseil sur la directive concernant le rapprochement des législations relatives à la teneur en plomb de l'essence a été adoptée le 21 juillet 1987 à la majorité qualifiée (87-416).

Toujours conformément à la philosophie de cette « Nouvelle approche », la Commission a soumis au Conseil en 1986, différentes propositions visant à définir les « exigences essentielles » qu'il suffirait à certains produits de respecter pour être admis librement sur tous les marchés des Etats membres.

Ces propositions de directives portent sur les appareils à pression (il s'agit alors essentiellement de sécurité des consommateurs contre les dangers d'explosion) (1), de sécurité des jouets (pour protéger les enfants contre les risques d'accidents et informer les parents de ces risques : mais cette proposition ne parvient pas à recueillir l'accord du Conseil. C'est en effet un exemple de la conciliation difficile entre les tenants d'une sécurité et d'informations maximums sur les innombrables dangers potentiels de jouets mal utilisés et ceux qui estiment que des exigences raisonnables sont suffisantes).

Enfin, la Commission a préparé une proposition de directive harmonisant les normes des produits de construction.

Il y a là un exemple qui illustre bien la « Nouvelle approche » puisque la proposition qui a été soumise au Conseil remplace les trois propositions distinctes initialement prévues dans le Livre blanc. La Commission prévoit de la compléter par la publication (prévue en 1988)

(1) Certains Etats membres ont estimé que ce type de produit se prêtait mal à la « nouvelle approche » et exigeait des normes très précises pour la protection des usagers.

d'eurocodes destinés à établir des spécifications techniques communes dans le secteur de la construction.

Ce serait évidemment un élément déterminant pour l'ouverture effective des marchés de travaux. Le respect formel des procédures d'information sur les marchés est en effet vain si des spécifications techniques discriminatoires et insidieusement protectionnistes disqualifient de fait les soumissionnaires étrangers à la zone de réalisation des travaux.

La Commission souligne que toutes ces propositions de directives sont conformes aux dispositions de l'article 100 A qui lui enjoignent de prendre pour base un « niveau de protection élevé » dès lors que sont en cause la santé et la sécurité des personnes, la protection des consommateurs ou celle de l'environnement.

Dans le domaine des technologies nouvelles, le Conseil a adopté en 1986 une directive instituant les spécifications techniques communes de la famille MAC/PAQUETS de normes pour la radiodiffusion directe par satellite. Il a également adopté deux décisions, l'une portant sur la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et des télécommunications et l'autre sur la réalisation de la première étape vers la reconnaissance mutuelle des agréments de terminaux.

Toujours en ce qui concerne les technologies nouvelles, la Commission a présenté, en février 1987, une proposition de recommandation et une proposition de directive concernant l'introduction coordonnée de communications mobiles publiques numériques paneuropéennes dans la Communauté (téléphone mobile).

Le Conseil a également adopté des directives coordonnant la réglementation des expérimentations, autorisations de mise sur le marché et protection des découvertes de produits pharmaceutiques. La coordination de la fixation des prix de ces produits, très variables pour une même spécialité d'un Etat membre à l'autre, n'a cependant pu être réalisée, touchant notamment à l'équilibre financier des systèmes de remboursements, alors même que ces disparités peuvent perturber, au moins marginalement, la libre circulation des produits pharmaceutiques. Quant à la standardisation des normes de qualité des spécialités pharmaceutiques, elle devrait être conduite dans le cadre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la pharmacopée européenne dès l'adhésion de la Communauté à cette Convention.

Ces exemples démontrent que la Commission entend utiliser pleinement les dispositions de l'article 100 A pour remettre en mouvement le processus d'harmonisation.

Enfin, la Commission prévoit de formuler des propositions en matière de normes industrielles : 30 normes européennes sont ainsi en cours d'élaboration par les organismes communautaires de normalisation, qui devront également définir des conditions harmonisées d'expérimentation et de certification sous forme de « codes de conduite » à l'usage des laboratoires d'essai et autres organismes nationaux de certification et d'inspection.

Il y a là un enjeu important pour les productions françaises dont l'exportation vers les autres Etats membres se heurte encore trop souvent à des normes plus ou moins protectionnistes. Une comparaison du nombre de normes industrielles en usage en France et en R.F.A. montre d'ailleurs qu'elles sont près de deux fois plus nombreuses dans ce pays qu'en France.

Le système résultant de la « nouvelle approche » limitant aux exigences essentielles la procédure d'harmonisation communautaire, combinée avec la règle de la majorité qualifiée, devrait ainsi permettre des progrès dans le rapprochement des normes et, partant, dans l'application effective de la libre circulation des biens.

Une incertitude (1) pèse cependant sur l'efficacité de ce système avec les dispositions de l'article 100 A qui permettent aux Etats membres d'édicter, *même après l'adoption d'une norme communautaire harmonisée*, et nonobstant le principe de la reconnaissance mutuelle, des normes nationales justifiées par « des exigences importantes » fondées sur la protection des intérêts légitimes mentionnés à l'article 36 du Traité, ou la protection « du milieu de travail et de l'environnement », justifications nouvelles instituées par l'Acte unique.

Sans doute était-ce là le « prix à payer » par la nouvelle approche et l'harmonisation à la majorité qualifiée, les deux procédures pouvant aboutir à rendre applicable dans un Etat membre une norme inférieure ou différente de ses normes nationales sans son consentement express. Aussi la possibilité de maintien de normes dérogatoires a-t-elle été introduite à la demande des Etats ayant déjà développé une réglementation très protectrice aussi bien dans un souci de protection des consommateurs que de préservation de l'environnement (1).

Certes, ces nouvelles dérogations seront soumises à un contrôle communautaire simplifié et finalement à l'appréciation de la Cour de Justice. Certains commentateurs ont exprimé la crainte que la rédaction des articles de l'Acte unique ne remette en cause les effets de la jurisprudence « Cassis de Dijon » qui établissait déjà la présomption d'équivalence des réglementations nationales et imposait la libre circulation des produits légalement fabriqués dans un Etat membre, dès lors que la législation de ce pays d'origine assurait une protection suffisante de la santé des consommateurs. Le large pouvoir d'appréciation des Etats membres et l'application même après harmonisation ainsi qu'après

(1) Cf., à ce sujet, ci-dessous, IIe Partie, ch. III « Les nouvelles possibilités de dérogations ».

(2) Ainsi, le Danemark a assorti sa signature de l'Acte unique d'une déclaration annexe faisant explicitement référence à cette possibilité de dérogation « Si une mesure d'harmonisation... ne sauvegarde pas des exigences plus élevées concernant l'environnement du travail, la protection de l'environnement ou les autres exigences mentionnées à l'article 36 ».

l'entrée en vigueur du marché intérieur prévue le 1^{er} janvier 1993, semblent étendre le champ des exceptions de l'article 36. On peut conjecturer, cependant, que la jurisprudence de la Cour sanctionnera les interprétations nationales des intérêts légitimes qui seraient abusivement invoquées pour maintenir des normes protectionnistes.

Sans doute est-il prématuré d'apprécier si le compromis réalisé par l'Acte unique européen entre la règle du vote à la majorité qualifiée et, en contrepartie, les possibilités de dérogations nationales, permettra de réels progrès dans l'harmonisation des normes. Mais ce compromis était sans doute inévitable.

En effet, l'application pure et simple de la présomption d'équivalence des réglementations et par conséquent de la libre circulation des biens légalement fabriqués au regard de la réglementation de l'Etat membre d'origine, serait en elle-même une puissante incitation à une harmonisation de fait, mais par alignement sur la norme nationale la moins exigeante.

En effet, la Cour de Justice ayant maintes fois déclaré que les « discriminations à rebours » (1) n'étaient pas contraires au Traité, un Etat membre devrait accepter sur son territoire la libre commercialisation de produits en provenance des autres Etats, et répondant à des normes moins sévères que celles qu'il impose à ses fabricants nationaux. Ceux-ci ne manqueraient pas de demander rapidement que leurs contraintes soient allégées au regard de celles de leurs concurrents installés dans d'autres Etats membres à la législation moins exigeante.

Le maintien des possibilités de réglementations nationales répond à cette difficulté, mais il est encore évidemment prématuré d'en apprécier la portée pour juger si l'article 100 A nouveau, véritable charte du marché intérieur désormais, sera l'instrument des progrès décisifs que certains en attendent ou une réforme de façade à l'abri de laquelle les Etats membres devront poursuivre de laborieuses harmonisations.

Aussi, parallèlement aux propositions d'harmonisation présentées selon les nouvelles procédures, la Commission et le Conseil ont-ils poursuivi le démantèlement des restrictions non tarifaires par des réformes complémentaires.

(1) C'est-à-dire, l'imposition par un Etat membre à ses seuls ressortissants de règles plus contraignantes que les normes communautaires.

IV - DES PROPOSITIONS COMPLÉMENTAIRES

Outre l'harmonisation des règles essentielles propres à certaines fabrications particulières, la Commission poursuit l'élaboration d'instruments communautaires permettant de lutter contre les normes discriminatoires, qu'il s'agisse d'information préalable sur les réglementations nationales ou de responsabilité des fabricants et de sécurité des consommateurs.

A^c - L'information préalable sur les réglementations nationales.

Une première directive a été adoptée le 28 mars 1983 (83-189) qui organise une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations. Cette directive institue une obligation d'information annuelle de la Commission et des organismes communautaires de normalisation portant sur les programmes nationaux de normalisation, et sur tout nouveau projet de norme.

Après avis d'un comité où sont représentés les Etats membres, la Commission communique ces informations (qui demeurent « confidentielles ») aux autres Etats membres.

La Commission et les Etats membres peuvent formuler des observations sur ce projet, qui entraînent une suspension temporaire pendant six mois de l'adoption de la norme nationale envisagée, pour permettre le cas échéant aux organes communautaires de définir une norme européenne.

Bien que la Commission estime que l'obligation de notification est encore insuffisamment observée, cette directive constitue un instrument essentiel pour le bon fonctionnement du marché intérieur. Depuis son entrée en vigueur, quelque 294 projets de mesures nationales ont été notifiés à la Commission, qui les a contrôlés du point de vue de leur conformité avec le droit communautaire. Pour 124 de ces projets, la Commission a demandé formellement des modifications.

Mais cette directive ne concerne que le secteur industriel ; ainsi, la Commission a transmis au Conseil deux propositions de directive tendant à étendre le champ d'application de ce texte aux secteurs qui en sont actuellement exclus : secteur agricole, secteur alimentaire, secteur pharmaceutique et secteur des produits cosmétiques, ce qui reviendrait à couvrir pratiquement l'ensemble de l'activité économique.

En effet, après une période d'essai limitée à certains domaines, la Commission estime désormais opportun de généraliser cette procédure à l'ensemble de l'économie. En même temps, la Commission propose d'instaurer pour les Etats membres l'obligation de reporter l'adop-

tion d'un projet de règle technique de douze mois à compter de sa notification aux autres Etats membres et à la Commission, lorsqu'un projet de directive est pendant devant le Conseil.

En pratique, cette procédure va bien au-delà d'une simple procédure d'information, de la Commission par les Etats membres, d'une part, des Etats membres entre eux, d'autre part, dans la mesure où elle comporte une sorte de clause de « stand-still ». En effet, les Etats membres ne peuvent mettre en oeuvre une norme ou une réglementation technique si, après qu'ils en ont informé la Commission, celle-ci leur fait savoir qu'elle envisage de proposer une norme ou une réglementation technique commune.

En outre, la consultation préalable des autres Etats membres comme l'information de la Commission pourraient avoir des effets préventifs à l'égard de projets de réglementations nationales fondées sur une des dérogations autorisées par l'article 100 A mais dont la justification apparaîtrait douteuse. Un avis négatif de la Commission et des observations défavorables des autres Etats membres pourraient alors être le plus souvent le premier signal de procédures visant à faire constater par la Cour de Justice le caractère abusivement discriminatoire de la norme nationale.

Cette procédure apparaît donc comme un instrument privilégié de l'élaboration d'un espace économique européen, en prévenant l'apparition de nouvelles entraves aux échanges susceptibles de résulter de la diversité des normes et des réglementations techniques nationales. Elle permet, en outre, de susciter la création de normes et de réglementations techniques communes, propres à l'établissement d'un environnement technique uniforme pour toutes les entreprises et, partant, à l'accroissement de leur compétitivité internationale.

B - La responsabilité des fabricants et la protection des consommateurs

L'information préalable à toute institution de nouvelle norme nationale est une garantie « en amont » contre l'éventualité d'entraves non tarifaires à la libre circulation des produits. La reconnaissance d'une présomption de responsabilité des fabricants est une garantie offerte « en aval » aux consommateurs, qui peut apparaître comme le substitut de normes excessivement détaillées au niveau de la fabrication.

En effet, la perspective d'être, d'une façon générale, indemnisé en cas de défaut causant un accident est pour le consommateur une garantie tout aussi protectrice que la multiplication de normes de sécurité.

Le Conseil a ainsi adopté le 25 juillet 1985 une importante directive (85-374) relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. La directive institue des procédures de recours pour les consommateurs et généralise le système de la responsabilité sans faute (ce qui constitue une novation dans 7 Etats membres !) sous réserve cependant d'exonérations, dont la preuve est à la charge du fabricant. La réparation du dommage proprement dite est régie par le droit national applicable. Cette directive ne couvre pas les produits agricoles, en revanche elle est applicable aux produits de construction.

On notera que, dans le même esprit que l'article 100 A résultant de l'Acte unique, la directive prévoit que les Etats membres où le système de responsabilité des fabricants est plus étendu (produits agricoles, inadmissibilité des excuses libératoires) peuvent maintenir ces réglementations ; sauf à informer selon les procédures ad hoc, la Commission de toute norme nouvelle, ce « stand still » communautaire permettant d'élaborer une réglementation communautaire uniforme.

La directive prévoit encore des dérogations, au moins temporaires, afin que les Etats qui ne connaissaient pas encore ce système de responsabilité généralisée puissent maintenir une limite à la responsabilité globale du producteur « à condition que cette limite soit fixée à un niveau suffisamment élevé (1) pour garantir une protection adéquate des consommateurs et le fonctionnement correct du Marché commun ».

Cette directive qui doit entrer en vigueur dans les Etats membres en juillet 1988 dans la mesure où elle garantit la protection des consommateurs, offre sans doute une intéressante alternative à la codification de normes détaillées. Le système de la présomption de responsabilité présente en outre l'avantage de ne pas uniformiser les processus de production et de ne pas entraver le progrès technique alors que l'harmonisation des normes se heurte à la difficulté de l'actualisation nécessaire en fonction de fabrications en constante évolution.

Toujours dans le souci de définir des règles communes en matière de protection des consommateurs et afin de décourager la tentation des Etats membres de multiplier les normes nationales, la Commission propose d'adopter une directive sur la sécurité des machines, et, autre texte d'une portée considérable, une « directive générale sur la sécurité des produits ». Ce projet prévoit notamment un système communautaire d'échange rapide d'informations sur les produits dangereux et la constitution d'une banque de données sur des accidents domestiques qui feraient plus de 50.000 morts chaque année (2).

(1) La directive fixe à 70 millions d'écus le minimum la limite de la responsabilité d'un producteur pour les dommages résultant de la mort ou de lésions corporelles et causés par des articles identiques présentant le même défaut.

(2) Une proposition de directive spécifique visant les produits dangereux est actuellement en cours d'examen par les organes communautaires.

A cet égard la Commission a adressé au Conseil le 8 mai 1987 une communication (1) qui rappelle l'importance de l'enjeu et dresse le bilan des réglementations nationales déjà adoptées ou en cours d'élaboration. La commission constate ainsi que la plupart des Etats membres se sont dotés ou sont sur le point de le faire, d'une réglementation en matière de sécurité des consommateurs et que se multiplient à cette occasion les disparités, voire les contradictions entre ces dispositions nationales, constituant potentiellement autant de risques d'entraves aux échanges et de distorsions de concurrence.

Aussi la Commission conclut-elle à l'urgence d'une réglementation harmonisée dans ce domaine, reprenant sous une forme commune la substance des différentes législations nationales, jusque et y compris les pouvoirs de retrait du marché ou d'injonctions de modification des produits dangereux et qui aille par conséquent au-delà du simple échange d'informations et de la collecte des données.

La Commission souligne enfin que la directive instaurant une présomption générale de responsabilité des fabricants appelle une réglementation commune imposant une obligation générale de sécurité pour les produits commercialisés, selon le système de certaines législations nationales (en Grande-Bretagne notamment).

Enfin, toujours dans le souci de garantir la protection des consommateurs par des règles communes permettant la libre circulation des marchandises nonobstant les réglementations nationales, la Commission a formulé diverses propositions touchant à la publicité mensongère et déloyale ou au rapprochement des législations concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires (2) (Com. 85-603).

La Commission est convaincue, en effet, que « dans un marché intérieur véritable, ce sont les consommateurs et non pas les bureaucrates qui doivent décider quelles sont les denrées alimentaires bonnes ou mauvaises ».

(1) Com. 87-209 final.

(2) Conformément à la « Nouvelle approche » et considérant que les objectifs de la législation nationale sur les denrées alimentaires sont équivalentes dans tous les Etats membres, la Commission estime que seules les questions générales relatives à la santé et à la sécurité, ainsi qu'à la loyauté des transactions doivent être traitées par la législation communautaire. A cet effet, la Commission proposera quatre grandes directives-cadres : additifs, matériaux en contact avec les denrées alimentaires, denrées alimentaires destinées à des usages nutritionnels particuliers et étiquetage, qui définiront les normes essentielles dans ces domaines. A l'exception de ces normes, il ne devrait y avoir aucune autre restriction à la libre circulation.

En général, la limitation aux exigences essentielles des normes de fabrication devrait sans doute avoir pour contrepartie la possibilité pour les producteurs d'apporter le maximum d'informations aux consommateurs.

Ainsi, les produits légalement fabriqués dans un Etat membre et conformes aux normes essentielles définies au niveau communautaire devraient être admis en libre circulation sur le territoire de tous les autres Etats membres, éventuellement pourvus d'une réglementation plus exigeante ne s'imposant qu'à leurs fabricants nationaux. Seul un étiquetage informatif détaillé rétablirait alors les conditions de saine concurrence, pour la plus grande satisfaction des consommateurs européens mis à même d'arbitrer entre des produits seulement conformes aux normes essentielles communes et d'autres, répondant à des spécifications plus exigeantes qu'attesteraient des mentions de provenance géographique, de composition, de procédure de fabrication traditionnelle ou particulière, qui sont autant de gages de qualité.

L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés dans l'affaire des bières allemandes ouvre expressément cette perspective. Si la Cour constate que la réglementation attaquée va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour la protection du consommateur allemand, elle déclare que cet objectif pouvait être atteint « par voie d'étiquetage ou d'avis ».

C'est à cette condition qu'une réelle information du consommateur serait assurée et que la libre circulation des marchandises conformes à des normes européennes limitées aux exigences essentielles et à des réglementations nationales présumées équivalentes, n'aboutirait pas à un « nivellement par le bas » des produits européens. La concurrence en effet doit se faire non seulement par les coûts mais aussi par la qualité des produits. S'il convient de démanteler ou de prévenir le retour des restrictions à la libre circulation des biens sous la forme de normes protectionnistes abusivement présentées comme protectrices, la normalisation communautaire doit se faire à un niveau suffisant pour garantir des impératifs aussi importants que la santé et la sécurité des consommateurs ; elle doit également préserver les chances de développement de productions de qualité, d'ailleurs liées au renom de nombre de produits européens sur les marchés extérieurs à la Communauté.

CHAPITRE III

L'ELIMINATION DES FRONTIERES TECHNIQUES EN MATIERE SANITAIRE, PHYTOSANITAIRE, VETERINAIRE, DE DENREES ALIMENTAIRES, DE PRODUITS PHARMACEUTIQUES

I - PROBLEMATIQUE D'ENSEMBLE

Le secteur agro-alimentaire est l'un de ceux où les avancées, ou les piétinements, de l'achèvement du marché intérieur, seront les plus significatifs. Il est en effet particulièrement sensible du point de vue français, à deux titres : son poids dans les échanges extérieurs de la France d'une part, la complexité technique, d'autre part, du désarmement réglementaire poursuivi par la Commission.

Les multiples entraves techniques qui pèsent sur les échanges agro-alimentaires ne sont pas dues à la seule turpitude protectionniste des Etats membres mais reposent la plupart du temps sur de légitimes préoccupations de préservation de la santé des consommateurs et de la qualité des produits.

En ce qui concerne la France, un système normatif très complet organise la protection de consommateurs sous ces deux aspects.

S'agissant de l'aspect qualitatif, on peut ainsi relever à titre indicatif qu'un certain nombre de lois définissent la composition de produits divers : celle du 6 avril 1897 sur le beurre et la margarine, celle du 30 mars 1902 sur le sucre et les édulcorants intenses, celle du 29 juin 1934 sur les produits laitiers, celle du 3 juillet 1934, modifiée, sur les pâtes alimentaires, celle du 24 décembre 1934 sur les vinaigres et celle du 30 juin 1935 sur les liqueurs de cassis. Par ailleurs, des labels agricoles garantissent au consommateur une qualité définie, de même pour les appellations d'origine.

S'agissant de l'aspect sanitaire, il existe une réglementation foisonnante des additifs, auxiliaires technologiques, substances d'ajout à but nutritionnel, contaminants et résidus.

On peut considérer que la finalité de ces réglementations leur confère une présomption de légitimité qui incite à la prudence quand il s'agit de les remettre en cause. On peut donc difficilement s'étonner ou s'indigner de l'état des lieux pessimiste que la Commission des Communautés a dressé dans une communication du 8 novembre 1985. Sur les cinquante secteurs de la législation alimentaire énumérés par le programme communautaire d'harmonisation de 1969, quatorze seulement ont fait l'objet de directives.

Il est vrai cependant que de nombreux éléments plaident en faveur du mouvement. On observe que le droit alimentaire des pays européens, datant en général du début du siècle, freine souvent les changements rendus possibles par les nouvelles technologies de l'alimentation. La protection des consommateurs par un droit conservateur peut recouvrir la sauvegarde injustifiée de positions acquises par certains producteurs. Par suite, une partie des dispositions nationales revêt un aspect protectionniste marqué. Il transparaît, par exemple, pour les lois énumérées précédemment, dans la disproportion entre l'objectif, la protection des consommateurs, et le moyen, l'interdiction des produits non conformes aux spécifications traditionnelles.

Encore convient-il d'observer que la protection de certains produits ou de certaines recettes traditionnels reste en tout état de cause légitime et nécessaire. L'achèvement du marché intérieur ne peut se traduire par un encouragement à la concurrence déloyale, aux contrefaçons et au détournement d'image de marque.

On mesure donc la complexité du problème et la nécessité de le résoudre non pas en appliquant uniformément la formule abrupte de la libération des mouvements de marchandises, il devrait bien plutôt s'agir, dans l'esprit du législateur communautaire, d'établir un juste équilibre entre les intérêts légitimes en présence.

Les propositions lancées par la Commission dans le domaine intéressant le secteur agro-alimentaire sous ses aspects sanitaires, phytosanitaires et vétérinaires, tentent non sans lacunes de dessiner cet équilibre.

II - LE DESARMEMENT REGLEMENTAIRE

L'objet essentiel des propositions du Livre blanc de juin 1985 et de la communication du 8 novembre 1985 sur la législation communautaire des denrées alimentaires, est le démantèlement des réglementations nationales qui dressent des barrières techniques aux échanges intra-communautaires. Le champ couvert est vaste. Deux types principaux de réglementations nationales sont visés, les dispositions protégeant la santé publique et les dispositions s'attachant à la qualité des

produits. Cela recouvre une grande variété de problèmes : sanitaires, phytosanitaires, vétérinaires, information des consommateurs, dénominations et spécifications concernant les produits alimentaires.

Dans la logique de la « nouvelle approche » et dans le droit fil de la jurisprudence « Cassis de Dijon », la Commission propose d'établir une distinction de procédure entre les matières qui par nature doivent relever de la législation communautaire et donc faire l'objet de directives d'harmonisation, et les matières qui peuvent relever du principe de la reconnaissance mutuelle des législations nationales. Il conviendrait, pour raison d'efficacité, de réduire au minimum la législation communautaire dont la production est, on le sait, laborieuse. La Commission propose de limiter celle-ci aux règles justifiées par :

- la protection de la santé publique ;
- les besoins d'information des consommateurs et leur protection autre que sanitaire ;
- la loyauté des transactions commerciales ;
- la nécessité d'assurer un contrôle public.

Cette liste résulte de l'application pratique du principe de proportionnalité posé par l'arrêt « Cassis de Dijon », en vertu duquel un acte juridique contraignant ne doit pas aller au-delà de ce qui est réellement nécessaire pour satisfaire à une exigence impérative.

Les « exigences impératives » distinguées par la Commission semblent d'une portée assez vaste pour ne pas dire indéterminée. Leur liste ne résoud donc pas en elle-même le problème du partage entre législation communautaire et reconnaissance mutuelle. Il faut par ailleurs relever l'absence du thème de la qualité des produits qui semble ainsi devoir constituer l'un des points d'application privilégiés du principe de la reconnaissance mutuelle. Il convient de préciser ces différents éléments.

En reprenant les deux grands types de réglementation distingués ci-dessus, on peut décrire, telle que la Commission l'envisage, la répartition des matières entre les deux modes de démantèlement des frontières techniques.

Dans le domaine de la santé publique, s'appuyant sur l'idée que les objectifs poursuivis par les différents Etats membres sont en principe équivalents, la Commission retient la reconnaissance mutuelle des législations nationales comme principe. Elle énumère d'autre part un certain nombre d'exceptions pour lesquelles s'imposerait le mécanisme de l'harmonisation. Ainsi, des additifs, pour lesquels seraient élaborées au niveau communautaire des listes de produits autorisés et édictées des conditions d'utilisation. Ainsi, des matériaux et objets en contact avec les denrées alimentaires. En revanche, les procédés de fabrication et de traitement des denrées alimentaires ne seraient soumis à réglementation communautaire qu'en ce qui concerne la surgélation, l'irradiation et certains procédés de biotechnologie.

Dans le domaine de la qualité des produits, le principe de la reconnaissance mutuelle devrait, selon la Commission, recevoir une application plus large encore. L'harmonisation communautaire des réglementations nationales ne porterait que sur l'étiquetage des denrées. L'acheteur étant ainsi réputé valablement renseigné sur la nature et la composition des produits, il ne serait plus nécessaire de maintenir les réglementations nationales ni de poursuivre leur remplacement ardu par une législation communautaire équivalente.

Ainsi disparaîtraient les mesures nationales de spécification de qualité et serait assuré, selon la Commission, le renouvellement des produits. Les règles d'étiquetage communautaires permettraient à elles seules de protéger les consommateurs contre les tromperies et les producteurs contre la concurrence déloyale.

La Commission considère qu'il convient donc de compléter dans ce sens la directive 79/112. Il s'agirait de restreindre les possibilités de dérogations nationales aux prescriptions communautaires, de soumettre à réglementation communautaire les aménagements portant sur des produits spécifiques, d'étendre les obligations d'information aux caractéristiques nutritionnelles des denrées.

Contrairement à la réglementation sanitaire qui intéresse les produits à tous les stades de la chaîne agro-alimentaire, ces prescriptions qualitatives intéressent essentiellement les denrées alimentaires.

Avec les problèmes du contrôle, on retrouve le champ entier de la production agro-alimentaire.

III - L'EFFACEMENT DES CONTROLES FRONTALIERS

L'existence de contrôles frontaliers est nécessaire afin d'assurer dans les échanges agro-alimentaires le respect des réglementations sanitaires communautaires et nationales. On peut les considérer comme des entraves au commerce intra-communautaire dans la mesure où l'accumulation de procédures complexes constitue une dissuasion efficace, et parfois délibérée, opposée aux opérateurs.

La Commission propose de limiter les doubles contrôles en coordonnant leur exécution à tous les stades de la chaîne agro-alimentaire : production, transformation, importation, stockage. L'élément clé de cette démarche est l'idée de faire reconnaître par l'Etat importateur les contrôles effectués par l'Etat exportateur, étant entendu que les lacunes existantes seraient préalablement supprimées. D'autre part, afin de limiter à terme les restrictions et mesures de quarantaine nécessaires dans les domaines phytosanitaire et vétérinaire, des programmes communs d'éradication des maladies seraient mis en oeuvre.

IV - LES PROBLEMES PRINCIPAUX ET L'ETAT D'AVANCEMENT DES TRAVAUX

La mise en oeuvre du programme de la Commission devrait se traduire par la simplification et l'assouplissement des réglementations. Au moins en ce qui concerne les normes de qualité à finalité non sanitaire, le droit alimentaire devrait devenir beaucoup plus rudimentaire qu'il ne l'est actuellement. Si cette évolution devrait donner un coup de fouet à l'innovation, son revers risque d'être l'uniformisation des produits, la dégradation de la qualité, la disparition des produits traditionnels de haute qualité par l'effondrement de leur compétitivité face à des produits bas de gamme de même dénomination.

En effet, la conséquence directe de l'application du principe de la reconnaissance mutuelle des législations sera l'impossibilité pour un Etat membre d'interdire l'importation et la mise sur le marché de produits ne répondant pas aux spécifications ni aux appellations imposées à ses propres producteurs. Afin de préserver la compétitivité de ceux-ci, il sera nécessaire de desserrer les réglementations internes avant que le risque ne prenne corps. On peut craindre de la part des Etats membres une fuite en avant qui réaliserait dans la confusion, et donc au détriment de la concurrence loyale, l'achèvement du marché intérieur des denrées alimentaires.

On peut craindre que l'harmonisation de l'étiquetage entreprise par la Communauté soit insuffisante à fournir aux consommateurs les repères souhaitables pour distinguer les qualités différentes de produits.

On peut envisager, afin de répondre à ce risque, de limiter l'application de la reconnaissance mutuelle des législations et de compléter les listes de dispositions soumises à l'harmonisation dressées par la Commission.

On peut aussi affirmer le rôle des labels agricoles qui garantissent aux consommateurs une qualité définie. Or, la Commission se contente d'envisager « la nécessité éventuelle de développer un système communautaire de reconnaissance réciproque des labels ». Ceux-ci, applicables essentiellement dans les secteurs dont la production est parcellisée, ne peuvent couvrir tous les produits alimentaires. Il serait cependant nécessaire que l'identification de la qualité soit assurée le plus largement. Par ailleurs, les appellations d'origine doivent être protégées et reconnues par la Communauté en dehors même des cas prévus par le règlement viti-vinicole.

La mise en oeuvre du programme de la Commission ne va pas sans difficulté. D'une part, la Commission constate dans un récent rapport un certain retard dans la production de ses propositions. La moitié de ce retard concerne le secteur agricole, et en particulier la suppression

des contrôles sanitaires et phytosanitaires. D'autre part, le Conseil agriculture ne se signale pas par un rythme de travail accéléré en ce qui concerne le marché intérieur.

Il peut être intéressant de noter l'évolution dans le secteur voisin des produits pharmaceutiques et médicaments de haute technologie. Le Conseil a adopté cinq propositions, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 1987, qui constituent, selon la Commission, « un pas important dans l'établissement d'un marché européen unique des produits pharmaceutiques. » En effet, « ces propositions visent à faciliter en particulier le développement et la mise sur le marché des médicaments issus de la biotechnologie, à protéger les médicaments de grande innovation lorsque la protection par brevet est insuffisante et à déléguer à la Commission la compétence d'adapter au progrès technique les directives relatives aux essais de médicaments à usage humain et vétérinaire. »

La Commission se préoccupe d'autre part de réduire les disparités entre les réglementations nationales en matière de prix des produits pharmaceutiques et entre les régimes de sécurité sociale. Cette question est d'un intérêt particulier sachant que l'industrie pharmaceutique française est en régression et aborde avec difficulté l'horizon 1992.

En effet, les prix sur le marché français sont très inférieurs à ceux pratiqués ailleurs, ce qui porte la rentabilité des entreprises françaises à un niveau alarmant : deux à trois fois moindre que celle des Allemands.

CHAPITRE IV

LA LIBERALISATION DES MOUVEMENTS DE CAPITAUX ET DES SERVICES FINANCIERS

L'achèvement du marché intérieur ne se limite pas à libérer totalement les échanges de marchandises entre les Etats membres. Il suppose également que les transactions financières soient sans entraves au sein de la Communauté, non seulement pour assurer la « couverture financière » du marché commun des marchandises, mais encore, plus fondamentalement, pour donner aux marchés financiers des Etats membres toutes leurs capacités en les insérant dans un ensemble à dimension européenne. Au demeurant, la libération des mouvements de capitaux est un objectif qui figure dans le Traité de Rome, au même titre que la libre circulation des personnes, des biens et des services.

Mais la liberté de circulation des capitaux ne sera effective et complète que si la libération progressive des services financiers, principalement celle des banques et des assurances, est également engagée. En effet, si la libération des mouvements de capitaux ne veut pas se contenter d'instituer une union douanière pour les « produits financiers » mais si elle vise aussi l'avènement d'un « espace financier intégré », elle implique en même temps le rapprochement des réglementations nationales régissant les services financiers. Le cas du crédit hypothécaire et celui des opérations de bourse, qui intéressent à la fois la liberté des mouvements de capitaux et celle des services financiers, méritent une mention particulière.

Enfin, l'intégration financière a des implications monétaires complexes et ne peut se comprendre sans une coopération monétaire accrue entre les Etats membres au sein du système monétaire européen (S.M.E.) (1).

(1) voir, infra, deuxième partie, chapitre V.

I - LA LIBERALISATION DES MOUVEMENTS DE CAPITAUX

La libération des mouvements de capitaux a longtemps été considérée comme un objectif secondaire dans la réalisation d'un « marché commun » où la priorité était donnée à la libre circulation des personnes, des biens et des services.

Figurant pourtant dans le Traité de Rome comme l'un des fondements de la Communauté économique européenne, la liberté des mouvements de capitaux n'a connu jusqu'ici que des progrès très limités au point que le degré de libération des mouvements de capitaux était moins élevé dans la Communauté à la fin des années 70 qu'au début de la décennie précédente.

Plusieurs raisons ont conduit à faire depuis 1986 de la libération des mouvements de capitaux un objectif prioritaire et une pièce maîtresse de l'avènement d'une union économique entre les Etats membres :

— *l'adoption de l'Acte unique*, en fixant une nouvelle échéance à l'achèvement du marché intérieur oblige à prendre en compte tous les aspects de la libre circulation, et notamment celui qui intéresse les capitaux. De simple instrument, la libération des mouvements de capitaux devient une fin en soi dans la réalisation du marché commun ;

— *la « globalisation financière »* est devenue une réalité et donne un argument à sa concrétisation juridique dans un sens communautaire. Tous les Etats membres interviennent sur les marchés financiers internationaux mais ils le font en ordre dispersé, se trouvent dans une situation de « segmentation » qui est contraire à leurs intérêts économiques ;

— *le comportement des Etats membres* est plus compréhensif qu'il y a quelques années à l'égard de la liberté de circulation des capitaux et laisse espérer des progrès en ce domaine. Le contrôle des changes a été levé successivement au Royaume-Uni, au Danemark, en France, (totalement pour les particuliers depuis le mois de juillet 1987) et, plus partiellement, en Italie.

L'ensemble de ces raisons a rendu prioritaire la libération des mouvements de capitaux qui n'était pas applicable de plein droit et pour laquelle une réglementation communautaire était nécessaire.

A - Le Traité de Rome et la libéralisation des mouvements de capitaux

Le Traité de Rome pose en son article 67 le principe de la liberté des mouvements de capitaux mais en limite la portée en précisant que les entraves aux mouvements de capitaux ne doivent être levées que pro-

gressivement et seulement « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun ». Le Traité ne fixe pas de calendrier de démantèlement des restrictions existantes et confie (article 69) au Conseil la tâche de déterminer par voie de directives proposées par le Conseil le rythme et les modalités de la libération.

Le rôle second donné par le Traité à la libération des mouvements de capitaux se retrouve dans d'autres dispositions :

— l'émission d'emprunts d'Etat ou de collectivités publiques sur le marché d'un autre Etat membre exige l'accord de ce dernier (article 68-3) ;

— la règle de « standstill » de l'article 71 est moins contraignante qu'à l'égard des autres libertés car les Etats membres sont simplement tenus de s'efforcer « de n'introduire aucune nouvelle restriction de change à l'intérieur de la Communauté » et « de ne pas rendre plus restrictives les réglementations existantes » ;

— l'article 73 autorise les Etats membres, en cas de « perturbation dans le fonctionnement » de leur marché des capitaux, à prendre unilatéralement des mesures de protection (contrôle des changes notamment) sous le contrôle a posteriori de la Commission et du Comité monétaire ;

— les articles 108 et 109 prévoient des clauses de sauvegarde pouvant être invoquées par un Etat membre en cas de difficultés de sa balance des paiements. La libération des mouvements de capitaux rend en effet plus fragile la stabilité des taux de change et, partant, l'équilibre des balances des paiements.

Concernant les mouvements de capitaux avec les pays tiers, l'article 70 prévoit une coordination progressive des politiques des Etats membres en matière de change, mais la portée de cet article est bien moindre que celle des dispositions analogues à l'égard de la circulation des marchandises. Celles-ci prévoient l'établissement d'un tarif extérieur commun et confèrent à la Communauté une compétence spécifique en matière de politique commerciale avec l'extérieur, ce qui n'est pas le cas pour la libre circulation des capitaux.

— les articles 108 et 109 prévoient des clauses de sauvegarde pouvant être invoquées par un Etat membre en cas de difficultés de sa balance des paiements. La libération des mouvements de capitaux rend en effet plus fragile la stabilité des taux de change et, partant, l'équilibre des balances des paiements.

Concernant les mouvements de capitaux avec les pays tiers, l'article 70 prévoit une coordination progressive des politiques des Etats membres en matière de change, mais la portée de cet article est bien moindre que celle des dispositions analogues à l'égard de la circulation des marchandises. Celles-ci prévoient l'établissement d'un tarif exté-

rieur commun et confèrent à la Communauté une compétence spécifique en matière de politique commerciale avec l'extérieur, ce qui n'est pas le cas pour la libre circulation des capitaux.

B - Les premières directives de libéralisation (1960 et 1962)

La mise en œuvre de l'article 67 du Traité a été limitée, jusqu'en 1986, à *deux directives (1) adoptées le 11 mai 1960 et le 18 décembre 1962* qui libèrent la première catégorie de mouvements de capitaux (les opérations en capital) et les opérations d'acquisition de titres négociés en bourse. Une autre série de mouvements de capitaux (les émissions de titres d'une entreprise nationale sur un marché étranger et, inversement, d'une entreprise étrangère sur le marché national, les opérations sur titres non cotés et les crédits financiers à moyen et long terme) n'a fait l'objet que d'une libération conditionnelle. La directive de 1960 prévoit en effet dans son article 3 que « si la liberté de ces mouvements de capitaux est de nature à faire obstacle à la réalisation des objectifs de la politique économique d'un Etat membre, celui-ci peut maintenir ou rétablir des restrictions de change à ces mouvements de capitaux, existant à la date d'entrée en vigueur de la présente directive ». Pour la dernière catégorie d'opérations, correspondant aux mouvements de capitaux de caractère monétaire, les Etats membres sont restés libres d'imposer ou non des restrictions.

Malgré la portée relativement limitée de ces directives, un décalage important s'était introduit entre le degré de libération fixé en droit et la pratique des Etats membres. Vers la fin des années soixante-dix, l'Allemagne fédérale et le Benelux étaient allés au-delà des obligations communautaires mais tous les autres Etats membres avaient dû recourir à la *clause de sauvegarde* de l'article 108 du Traité pour maintenir des restrictions sur des mouvements de capitaux en principe libérés. Ces régimes dérogatoires tendaient à devenir permanents et la Commission savait que ses tentatives d'une libération plus poussée seraient vouées à l'échec.

Il a fallu la présentation du « Livre blanc » sur l'achèvement du marché intérieur (juin 1985) et surtout l'adoption de l'Acte unique pour que la libération des mouvements de capitaux, inscrite désormais dans une perspective plus large, puisse retrouver un regain d'actualité et enregistrer des progrès.

(1) Première directive, au J.O.C.E. n° L 43 du 12 juillet 1960 et directive 63/21/CEE, au J.O.C.E. n° L 9 du 22 janvier 1963.

C - Le nouveau programme de la Commission (mars 1986)

Consciente de l'importance de la libération des mouvements de capitaux comme facteur d'intégration économique, la Commission européenne a communiqué, un an après son « Livre blanc » de 1985, un programme (1) de mise en oeuvre progressive qui a connu une première phase d'application par une directive du Conseil du 17 novembre 1986. La seconde phase a fait l'objet d'une seconde proposition de directive présentée par la Commission le 28 octobre 1987.

1°) *La première phase et la directive du 17 novembre 1986*

L'objectif de la première phase était d'établir, en droit et en fait, la libération de toutes les opérations liées au bon fonctionnement du marché commun ou indispensables à l'interconnexion effective des marchés des capitaux. Sa réalisation impliquait de compléter le dispositif communautaire de libération existant depuis 1960 et 1962.

La première phase a été franchie par l'adoption par le Conseil, le 17 novembre 1986, d'une nouvelle directive (2) fondée sur l'article 67 du Traité C.E.E. (libre circulation des capitaux) et étendant l'obligation de libération inconditionnelle à *trois catégories* de capitaux :

— *les crédits commerciaux à long terme (plus de 5 ans)* : la directive aligne le régime des crédits à long terme liés à des transactions commerciales ou à des prestations de services auxquelles participe un résident sur celui des crédits à court et moyen terme déjà libérés. Les Etats membres ont l'obligation d'accorder toutes les autorisations de change nécessaires aux transactions portant sur les différents titres financiers, qu'ils soient ou non cotés en bourse;

— *les transactions sur titres* : la directive applique la liberté inconditionnelle à toutes les opérations d'acquisition de titres à moyen et long terme et supprime la distinction faite jusqu'à présent entre titres négociés ou non en bourse et les parts d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (O.P.C.V.M.) tels, en France, les S.I.C.A.V. et les Fonds communs de placement ;

— *les émissions étrangères sur les marchés nationaux* : l'émission d'actions et d'obligations d'une entreprise d'un Etat membre sur le marché des capitaux d'un autre Etat membre est admise, pourvu que ces titres soient négociés ou en cours d'introduction sur une bourse de valeurs de la Communauté. Sont également concernées les parts d'orga-

(1) document COM(86)292 final de mars 1986

(2) directive 86/566/CEE. J.O.C.E. n° L 332 du 26 novembre 1986. Date limite de mise en conformité du droit national : 28 février 1987. Cinq Etats membres bénéficient de mesures de sauvegarde qui leur permettent de différer l'application de la directive : l'Italie et l'Irlande (fin 1987), la Grèce (fin 1988), l'Espagne (fin 1990) et le Portugal (fin 1992).

nismes de placement collectif en valeurs mobilières assujettis aux dispositions communautaires de coordination prévues par une directive du 20 décembre 1985 (applicable à partir d'octobre 1989).

Pour donner toute leur portée aux nouvelles règles, la Commission s'est également engagée dans une gestion plus rigoureuse des régimes dérogatoires accordés aux Etats membres. Sur la base de principes qu'elle avait posés en décembre 1984 dans le sens d'un encadrement plus strict des restrictions posées par certains Etats membres, elle a pu abroger successivement des clauses de sauvegarde accordées au Danemark et à la France. Elle a veillé par ailleurs à restreindre le champ d'application des clauses accordées à l'Italie pour rendre irréversibles les mesures d'assouplissement qui y étaient intervenues. La même volonté de rigueur a prévalu à l'égard de la Grèce.

La directive du 17 novembre 1986 a consacré dans certains pays de la Communauté une libération qui était déjà effective. Les progrès qu'elle a permis sont sans doute plus apparents que réels car sept Etats membres appliquaient déjà les mesures qu'elle a prescrites, ou les dépassaient parfois déjà, tandis que les cinq autres Etats membres sont dispensés de les appliquer immédiatement. La Commission a pourtant voulu y voir, dans l'attente de la prochaine directive, une mesure de portée politique et psychologique appréciable. Elle en a souligné les perspectives pour quatre catégories d'opérateurs économiques :

— *les épargnants*, qui verront s'accroître la diversité des possibilités qui leur sont offertes ;

— *les organismes de placement collectif en valeurs mobilières* (les O.P.C.V.M.), tels les SICAV en France, dont les titres représentatifs de leurs parts pourront davantage circuler dans l'ensemble de la Communauté ;

— *les grandes entreprises* faisant appel à l'épargne publique, qui verront s'élargir, dans le cadre des réglementations propres à chaque Etat membre, leur possibilité d'émission et de placement sur les marchés boursiers ;

— *les petites et moyennes entreprises*, qui bénéficieront des nouvelles facilités données aux organismes spécialisés dans l'apport de fonds propres sous forme de « venture capital », les parts du capital de ces organismes pouvant dorénavant être acquises dans tous les Etats membres quel que soit leur pays d'origine.

2°) *La seconde phase*

La première phase de libération des mouvements de capitaux, intervenue avec la directive du 17 novembre 1986, intéressait les transactions liées à une *activité commerciale ou industrielle*, c'est-à-dire les opérations en capital les plus directement nécessaires au bon fonctionnement du marché commun et à l'interconnexion des marchés financiers.

La seconde phase, qui doit achever la libération pour la rendre complète, vise tous les *flux monétaires et financiers* intéressant les entreprises et les particuliers des Etats membres.

Les propositions faites par la Commission le 28 octobre 1987 visent à achever la libération des mouvements de capitaux en l'étendant aux opérations qui étaient restées à l'écart de la directive du 17 novembre 1986, c'est-à-dire principalement aux *crédits financiers*, aux *dépôts* et aux *opérations sur les instruments du marché monétaire*.

Les principales caractéristiques des trois textes (une proposition de directive, l'aménagement de la directive de 1972 sur la régulation des flux financiers internationaux et une proposition de règlement) transmis au Conseil sont les suivantes :

— la libération serait *rapidement* mise en oeuvre par huit Etats membres, les quatre autres Etats membres (Espagne, Portugal, Irlande et Grèce) disposant de délais supplémentaires ;

— *des clauses de sauvegarde* seraient applicables en cas de mouvements de capitaux à court terme perturbateurs ;

— l'obligation de libération ne serait pas obligatoire vis-à-vis des *pays tiers* ;

— les instruments communautaires de soutien à moyen terme seraient regroupés en un *instrument unique*.

Plus précisément, les trois textes proposés comportent les dispositions suivantes :

a) *La proposition de directive portant libération complète des mouvements de capitaux*

• *Champ d'application*

Fondée sur l'article 69 du Traité C.E.E., la proposition de directive étend l'obligation de libération aux opérations qui n'étaient pas encore visées :

— l'achat d'actions ou d'obligations qui ne sont pas admises en bourse ;

— l'achat de parts d'organismes de placement collectif encore soumis à restrictions ;

— les prêts et crédits non liés à des échanges de biens et de services ;

— les investissements en titres à court terme ;

— les opérations en comptes courants et de dépôts bancaires.

La proposition prévoit également l'application sans discrimination de toutes les législations internes en matière d'accès aux opérations d'investissement, de placement, de prêt et d'emprunt, mais laisse aux Etats membres la possibilité de prendre, sous réserve d'un contrôle communautaire, des mesures de réglementation de la position extérieure nette des banques ou de fixer des coefficients obligatoires de réserve.

- *Clause de sauvegarde*

Une clause de sauvegarde spécifique est prévue pour les mouvements de capitaux à court terme, lorsque ces mouvements viendraient à perturber gravement la politique monétaire ou la politique de change d'un Etat membre.

La mesure de sauvegarde serait autorisée par la Commission pour une durée maximale de six mois après consultation du Comité monétaire et du Comité des Gouverneurs des banques centrales. En cas d'urgence, toutefois, l'Etat membre pourrait prendre directement la mesure de sauvegarde, la Commission jugeant ensuite comment elle peut être maintenue.

- *Dérogations temporaires*

Les nouvelles mesures de libération ne seraient pas obligatoires :

- pour l'Espagne et l'Irlande jusqu'à la fin de 1990,
- pour le Portugal et la Grèce jusqu'à la fin de 1992.

Compte tenu de ce que quatre Etats membres (la R.F.A., le Royaume-Uni, les Pays-Bas et le Luxembourg) ont déjà mis en oeuvre la libération totale des mouvements de capitaux et que la libération sera retardée pour les quatre Etats membres cités, un effort immédiat sera demandé en partie à la France, à la Belgique, au Danemark et surtout à l'Italie.

- b) *La révision de la directive (1) de 1972 sur la régulation des flux financiers internationaux*

La Commission a pris le soin de définir les conditions de libération *vis-à-vis des pays tiers*.

Elle propose que les Etats membres ne soient pas obligés d'avoir avec les pays tiers la même liberté dans les mouvements de capitaux que celle qu'ils ont entre eux, mais elle les engage à faire une déclaration d'intention par laquelle ils s'efforceront d'atteindre le même degré de libération.

La Commission n'a pas voulu introduire une obligation de libération à l'égard des pays tiers, considérant que la Communauté et chaque Etat membre devaient conserver sa liberté de négociation avec l'extérieur. La directive révisée maintiendrait l'obligation pour les Etats membres de disposer d'un certain nombre d'instruments pour réguler les flux financiers internationaux et neutraliser leurs effets indésirables sur la liquidité interne. L'ensemble des instruments existants serait complété pour tenir compte de la clause de sauvegarde interne et pourrait

(1) directive 72/156/CEE du 21 mars 1972, au J.O.C.E. n° L 91 du 18 avril 1972

être mis en oeuvre sur recommandation de la Commission en cas de perturbations provoquées par les flux de capitaux à court terme en provenance ou à destination des pays tiers.

c) La proposition de règlement regroupant les instruments communitaires de soutien financier à moyen terme

La Commission propose de mettre en place un *instrument unique de soutien financier à moyen terme* (S.F.M.T.) qui regrouperait les deux instruments actuels (le concours financier à moyen terme et les emprunts-prêts pour corriger les déséquilibres des balances des paiements des Etats membres).

Par rapport aux instruments existants, le S.F.M.T. aurait un rôle plus large car il serait utilisé aussi bien comme correcteur des balances des paiements que comme instrument d'accompagnement de la libération des mouvements de capitaux. Les prêts, dont la durée varierait en fonction de leur objectif, seraient octroyés par une décision du Conseil prise à la majorité qualifiée.

Les ressources financières du nouvel instrument seraient recueillies par la Commission sur les marchés des capitaux mais pourraient également provenir des Etats membres lorsque le recours au marché ne paraîtrait pas approprié. Le plafond des ressources que la Commission pourra recueillir sur les marchés des capitaux passerait de 8 à 12 milliards d'Ecus.

*
* * *

Transmises au Conseil le 28 octobre 1987, c'est-à-dire en pleine crise boursière, les propositions de la Commission pour achever la libération des mouvements de capitaux ont été présentées comme pouvant garantir la Communauté contre les facteurs extérieurs de destabilisation et comme devant lui permettre à l'avenir de former un front uni face aux déséquilibres actuels de l'économie mondiale. De fait, la Communauté connaît actuellement les désavantages d'un marché fractionné et en même temps ceux d'un marché libre, puisque plusieurs Etats membres ont déjà libéré leurs mouvements de capitaux.

Comme l'a déjà souligné la Délégation (1), la libération complète des mouvements de capitaux est un aspect essentiel de l'achèvement du grand marché. Elle présente des risques évidents si les adaptations aux nouvelles conditions de concurrence ne sont pas faites à temps.

(1) voir les conclusions n° 182/86, adoptées le 21 octobre 1987 par la Délégation sur le rapport de M. Guy CABANEL.

Elle nécessite également que les conditions de la libération *vis-à-vis des pays tiers* soient convenablement définies, car il serait désastreux que l'existence d'un grand marché financier ne bénéficie pas en priorité aux ressortissants de la Communauté.

La libération des mouvements de capitaux offre en même temps des chances considérables pour améliorer la compétitivité de l'économie européenne. La suppression des frontières financières internes offrira en effet aux investisseurs et aux demandeurs de capitaux une gamme beaucoup plus diversifiée de produits, mobilisera l'épargne européenne sur une grande échelle, créera des conditions propices au financement des investissements et à la création d'emplois, et permettra ainsi un financement au meilleur prix de l'économie.

Mais le processus de libération revêt une portée autrement plus grande si l'objectif poursuivi ne se limite pas à la création d'une *simple zone de libre-échange* financier : ses implications sont multiples si la libération vise l'unification progressive de la Communauté en un *espace financier intégré*.

II - LA LIBERALISATION DU SECTEUR DES ASSURANCES

A - L'enjeu économique

Bien que prévu par le Traité tout autant que pour les marchandises, le marché commun des services est nettement moins avancé. Ceci s'explique dans une certaine mesure par la grande diversité des services et leur réglementation souvent poussée, ainsi que par le fait que les prestataires semblent plus conscients, du moins pour certains, des risques d'une concurrence élargie à tout l'espace communautaire que d'intérêts communs.

Or, l'enjeu est d'importance : d'une part, l'évolution économique s'accompagne d'une croissance de la part relative des services, qui assurent près de 60 % des emplois dans l'activité économique dans la C.E.E. (Entre 1973 et 1982, l'emploi industriel a légèrement baissé dans la Communauté alors que plus de 5 millions d'emplois ont été créés dans les services marchands) ; d'autre part, dans le cadre des nouvelles négociations internationales du G.A.T.T. ouvertes en septembre 1986, les Etats-Unis, appuyés par la Grande-Bretagne, ont proclamé leur volonté d'obtenir une profonde libéralisation des échanges de services. Ce serait un paradoxe dangereux pour l'Europe que d'aboutir à des échanges

plus libéralisés avec l'extérieur de la Communauté (1) qu'à l'intérieur de celle-ci et de manquer l'occasion de renforcer son potentiel dans ce secteur.

D'où l'importance des décisions communautaires qui affectent un secteur dans lequel la plupart des Etats membres de la C.E.E. disposent d'une expérience très ancienne et de positions internationales encore solides.

En ce qui concerne les assurances, la part de la Communauté sur le marché mondial était en 1984 (donc encore à 10) de 8 % pour un montant de près de 1.000 milliards de francs (mais la part des seuls Etats-Unis était de 28 %...). Seule parmi les Etats de la C.E.E., la Grande-Bretagne avait une balance commerciale florissante en la matière...

Au sein de la C.E.E., trois pays : l'Allemagne Fédérale (33 % du marché), la Grande-Bretagne (27 % du marché) et la France (20 %) détiennent 80 % du marché. Il convient de noter la part croissante prise par la C.E.E. dans le chiffre d'affaires international de l'assurance française.

Ainsi, en 1985 sur un chiffre d'affaires total de 258 milliards de francs, dont 43 milliards sur les marchés étrangers, la C.E.E. représente désormais 60 % de cette activité à l'extérieur (contre 50 % en 1970) (2). Quant aux prises de participation françaises dans des entreprises étrangères si elles se développent dans la C.E.E., en Grande-Bretagne même récemment, le régime juridique des entreprises françaises encore étatisées freine évidemment leur implantation aux U.S.A. et au Canada.

Dans l'ensemble de la C.E.E., l'assurance européenne se caractérise à la fois par de grandes disparités entre Etats membres et par une faible concentration à laquelle le relatif cloisonnement des différents marchés nationaux n'est peut-être pas étranger. (L'Allianz, premier groupe européen en 1985, n'est qu'au 11e rang mondial derrière sept groupes américains et trois japonais).

La pleine réalisation d'un marché commun des assurances suppose sans doute l'harmonisation communautaire de certaines règles afin que cette activité puisse à la fois se développer selon les principes de liberté d'établissement et de libre prestation de services, tout en sauvegardant les intérêts essentiels des consommateurs que sont les assurés et, le cas échéant, ceux des tiers.

(1) C'est déjà le cas pour certains Etats membres : ainsi, en Grande-Bretagne et en Irlande, les compagnies étrangères, en particulier américaines, détenaient déjà en 1980, respectivement 22 % et 40 % du marché. On notera que ce dernier Etat a tenu à exprimer, en annexe à l'Acte unique européen, une demande de prix en considération de la situation « particulièrement sensible » de ce secteur sur son territoire.

(2) Cf. E. KARAILIEV : « L'assurance française dans le monde » ; in Problèmes économiques n° 2001 du 3.12.1986.

Mais outre l'harmonisation de règles communes, la situation particulière des assurances françaises invite à prendre en considération les disparités fiscales qui distinguent ce secteur par rapport aux activités homologues dans les autres Etats membres, bien que l'aplanissement de ces disparités ne soit pas un préalable, au moins juridiquement à l'établissement d'un marché commun des assurances.

En effet, une des caractéristiques du secteur des assurances en France est le haut niveau de taxation, en comparaison de la fiscalité qui pèse sur les mêmes activités chez nos partenaires de la Communauté : ainsi les taxes sur l'assurance responsabilité civile « automobile » sont-elles de 35 % en France, mais de 5 % en R.F.A., de 7 % aux Pays-Bas, et même de 0 % en Grande-Bretagne, tandis que les taxes sur les risques d'entreprises sont de 15 % et 9 % en France contre 0 % en Grande-Bretagne.

Sans doute la règle est-elle que la fiscalité est celle de l'Etat du risque y compris dans le cas d'activités transfrontalières sans établissement dans cet Etat, relevant donc de la libre prestation de services comme l'indiquent les arrêts de la Cour.

Mais le contrôle de l'application de cette règle pourrait se révéler dans ce cas particulièrement ardue, faute d'informations vérifiables sur place quant à la comptabilité de ces entreprises. Des différences de coûts fondés sur le jeu de ces disparités fiscales entraîneraient à l'évidence des distorsions de concurrence graves pour les entreprises françaises. Quant à l'imposition des bénéfices résultant de la gestion des contreparties, elle profiterait sans doute à l'Etat où ces contreparties seraient localisées ; et nul doute que si cette localisation était libérée comme le propose la Commission, elle s'orienterait notamment en fonction d'arbitrages sur la fiscalité.

L'une des autres caractéristiques du secteur en France est la faiblesse du courtage par rapport au mode traditionnel des agents généraux. La force du courtage dans certains Etats membres (le chiffre d'affaires global des courtiers français est à peine équivalent à celui d'un seul grand cabinet londonien) pourrait en effet faciliter la pénétration sur le marché français de produits proposés en libre prestation de services à partir d'autres Etats membres, sans que la France dispose encore de la même force commerciale.

La réduction de ces disparités devra sans doute être recherchée : soit par l'harmonisation autour d'un taux moyen des taxes d'assurance au sein de la C.E.E. , soit par la soumission de l'assurance à la T.V.A. mais avec la nécessité subsidiaire d'harmoniser les taux pour

les particuliers non assujettis à la T.V.A. ; enfin par un alignement des taxes françaises sur la fiscalité la plus basse au sein de la C.E.E. (1).

Mais s'il est souhaitable d'éliminer les risques de distorsions que pourraient causer les disparités fiscales dans le cadre d'une pleine libération de la concurrence, encore une fois il ne s'agit pas d'un préalable, au moins juridiquement parlant, à l'établissement d'un marché commun des assurances.

Il n'en va pas de même des mesures qui doivent parachever l'application au secteur des assurances des principes énoncés dans le Traité : liberté d'établissement et libre prestation de services.

Le Traité de Rome ne prévoit pas de règles spécifiques à l'égard de ce secteur important de la vie économique, tant d'une part en raison de son développement dans les sociétés industrialisées où il permet le « lissage » d'innombrables aléas individuels, et par conséquent le bon fonctionnement de systèmes complexes que des 'à-coups » fragiliseraient, que, d'autre part, du point de vue des masses financières en jeu (primes, immobilisations des contreparties), les sociétés d'assurance figurant parmi les premiers « investisseurs institutionnels ».

Faute de règles spécifiques, le secteur des assurances est considéré comme ressortissant à la fois à la liberté d'établissement (le droit pour toute entreprise communautaire de s'établir dans l'Etat membre de son choix ou d'y implanter succursales et filiales) et de la libre prestation de services (le droit pour toute personne légalement établie dans un Etat membre d'offrir un service par-delà les frontières de l'Etat d'établissement, en direction des autres Etats membres).

Quelques directives sont déjà intervenues pour réglementer certains aspects relevant essentiellement de la liberté d'établissement mais les propositions visant à garantir la libre prestation de service font toujours l'objet de négociations difficiles, dont une récente et importante jurisprudence de la Cour de justice des Communautés pourrait bien modifier les termes, en obligeant la Commission à réorienter ses propositions.

(1) Mais le problème de la compensation éventuelle de ces moins values fiscales, le cas échéant par report sur la fiscalité directe, reste entier, comme d'ailleurs plus généralement celui de la compensation des baisses de recettes de T.V.A. qu'entraînerait en France l'harmonisation des taux de T.V.A., baisses particulièrement lourdes en raison du poids de la fiscalité indirecte dans les recettes publiques.

B - La réglementation communautaire

Différents aspects de la réglementation des assurances ont déjà fait l'objet d'une harmonisation communautaire par voie de directives. Il s'agit des textes suivants :

— directive du Conseil, du 25 février 1964, visant à supprimer en matière de réassurance et de rétrocession les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services (64/225/C.E.E.) ;

— directive du Conseil, du 24 avril 1972, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs et au contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité (72/166/C.E.E.) modifiée par la directive du 19 décembre 1972 (72/430/C.E.E.) ;

— première directive du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (73/239/C.E.E.) modifiée, en ce qui concerne l'assistance touristique par la directive du Conseil du 10 décembre 1984 (84/641/C.E.E.) ;

— directive du Conseil, du 24 juillet 1973, visant à supprimer, en matière d'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, les restrictions à la liberté d'établissement (73/240/C.E.E.) ;

— directive du Conseil, du 13 décembre 1976, relative à des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités d'agent et de courtier d'assurance (ex groupe 630 C.I.T.I.) et comportant notamment des mesures transitoires pour ces activités (77/92/C.E.E.) ;

— directive du Conseil, du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire (78/473/C.E.E.) ;

— première directive du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice (79/267/C.E.E.).

— deuxième directive du Conseil, du 30 décembre 1983, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs (84/5/C.E.E.).

Enfin, tout récemment, le Conseil des Communautés a adopté deux directives intéressant les assurances crédit et caution ainsi que l'assurance protection juridique :

— directive, modifiant, en ce qui concerne l'assurance-crédit et l'assurance-caution, la première directive 73/239/C.E.E. portant coor-

dination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe, autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (87/343/C.E.E.) ;

— directive portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique (87/344/C.E.E.).

Ces deux directives suppriment les dérogations à la liberté d'établissement précédemment concédées à la R.F.A. pour tenir compte de son système juridique caractérisé par l'obligation de spécialisation des entreprises par branche d'assurances. Cette obligation, essentiellement motivée par le souci de préserver la sécurité de gestion des entreprises en évitant la propagation de difficultés éventuelles d'une activité à toutes les autres branches constituait un obstacle au libre établissement d'entreprises pluralistes d'autres Etats membres, ne peut donc plus justifier le refus de leur implantation, mais en contrepartie sont prévues des dispositions applicables dans l'ensemble de la Communauté, qui imposent des garanties financières supplémentaires pour la branche « assurance-crédit » : constitution d'une réserve dite « d'équilibrage » et augmentation considérable du fonds de garantie.

De même, en ce qui concerne l'assurance-protection juridique, pour atteindre l'objectif que la législation allemande poursuivait par la spécialisation, à savoir celui d'écarter tout conflit d'intérêt entre l'assuré en protection juridique et son assureur, la seconde directive prévoit une série de mesures qui interviennent tant au niveau de l'organisation et de la gestion des entreprises d'assurance qu'au niveau des conditions du contrat d'assurance. Ces directives doivent permettre de réaliser deux objectifs : contribuer à l'achèvement du marché intérieur de l'assurance et améliorer la protection des consommateurs que sont les assurés.

Outre ces textes normatifs régissant essentiellement des aspects particuliers de la liberté d'établissement, la Commission a publié six « décisions » relatives à l'application des directives déjà entrées en vigueur (1).

Malgré ces progrès réels dans l'harmonisation des législations, le chemin vers l'achèvement d'une complète libération du marché des assurances est encore long et sans doute malaisé, semé qu'il est de propositions dont la discussion a débuté il y a quelque dix ans en moyenne.

(1) Le Conseil a encore adopté le 27 novembre 1984 une directive concernant le secteur particulier des assurances-crédits à l'exportation au sujet des obligations réciproques des organismes agissant pour le compte ou avec le soutien de l'Etat ou des services publics agissant au lieu et place des organismes, en cas de garantie conjointe d'un marché comportant une ou plusieurs sous-traitances dans un ou plusieurs Etats membres des Communautés européennes (84/568/C.E.E.).

C - Les difficiles progrès de la libre prestation de services

Le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur rappelle les progrès nécessaires pour parvenir à une pleine libération de la concurrence communautaire en matière d'assurances, indiquant d'ailleurs que la libération des mouvements de capitaux relatifs aux primes et paiements pour toutes les formes d'assurances (1) a préparé la voie de la libre prestation de ce type de services.

Mais deux conceptions s'opposent quant à l'application des principes du Traité de Rome au secteur des assurances, opposition qui explique sans doute que soient toujours en discussion les propositions de directives qui remontent à 1976 (assurances directes autres que l'assurance sur la vie (2)) ou à 1979 (coordination de dispositions régissant le contrat d'assurance). Il convient d'ajouter à ces propositions déjà anciennes, deux projets de directives présentés par la Commission en mars 1986 et portant l'un sur les comptes annuels des entreprises, l'autre sur les procédures de liquidation des entreprises d'assurance directe (3).

Les autres projets énoncés par le Livre blanc (troisième directive concernant l'assurance automobile, et propositions de directives concernant la libre prestation de services dans le secteur de l'assurance automobile et dans le secteur de l'assurance sur la vie) s'annoncent sans doute tout aussi problématiques.

La première conception repose sur une interprétation « libérale » du Traité de Rome dont les articles 59 et 60 proclamant la liberté de prestation des services seraient applicables de plein droit à l'issue de la période transitoire, au secteur des assurances, sauf règles communautaires.

La seconde s'appuie sur une jurisprudence déjà ancienne de la Cour de justice des Communautés européennes qui avait énoncé dès 1974 (affaire 33-74 « VAN BINSBERGEN ») l'interprétation qu'il convenait de donner de l'applicabilité directe de la libre prestation des services.

Ainsi, d'après la Commission, les articles 59, alinéa 1^{er}, et 60, alinéa 3 auraient un effet direct et pourraient, dès lors, être invoqués devant les juridictions nationales, en tout cas dans la mesure où ils visent à l'élimination de toutes discriminations imposées au prestataire de services en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il réside dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie.

(1) Directive n° 60 du 11 mai 1960.

(2) modifié plusieurs fois, et en dernier lieu en janvier 1987.

(3) COM. 86-764 final et COM. 86-768 final, examinées par le Parlement européen à l'automne 1987.

Les articles 59, alinéa 1^{er}, et 60, alinéa 3 du Traité C.E.E. devraient être interprétés en ce sens qu'une législation nationale ne saurait rendre impossible, par l'exigence d'une résidence permanente sur le territoire, la prestation de services par des personnes établies sur le territoire d'un autre Etat membre, dès lors que la prestation de services n'est soumise à aucune condition particulière par la législation nationale applicable.

La Cour a cependant posé le principe, à l'occasion de cette première affaire intéressant la libre prestation de service que, compte tenu de la nature particulière des prestations de services, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le Traité les exigences spécifiques imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général -notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité- incombant à toute personne établie sur le territoire de l'Etat où la prestation est fournie, dans la mesure où le prestataire échapperait à l'emprise de ces règles en raison de la circonstance qu'il est établi dans un autre Etat membre.

De même, on ne saurait dénier à un Etat membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables s'il était établi sur le territoire de cet Etat.

Rendu à l'occasion d'un litige concernant l'activité d'un auxiliaire de justice, cet arrêt confirmé par une jurisprudence constante (1) s'appliquait-il au secteur des assurances ?

La réponse était d'importance puisqu'elle conditionnait la licéité des « exigences spécifiques imposées au prestataire, justifiées par l'intérêt général », sous forme de dispositions nationales obligatoires dans l'Etat de prestation.

C'est à l'occasion d'un litige opposant la Commission, soutenue par la Grande-Bretagne et les Pays-Bas d'une part, au groupe d'Etats membres : l'Irlande, soutenue notamment par la Belgique, la R.F.A. soutenue notamment par l'Italie et la Belgique, le Danemark et la France (soutenue par l'Italie, la Belgique, l'Allemagne et l'Irlande), d'autre part, litige portant sur des mesures jugées abusivement restrictives et introduites dans les législations irlandaise, danoise, allemande et française de transposition de la directive communautaire sur la co-assurance, que la Cour a pour la première fois défini les grandes orientations qui doivent guider l'application du principe de libre prestation de service au secteur des assurances.

(1) Affaire COEUR, 1975 ; affaire VAN WESEMAEL, 1979 ; affaire WEBB, 1981 ; affaire TRANSPOROUTE, 1982).

Ainsi, le 4 décembre 1986, la Cour a rendu quatre arrêts importants, dont l'un visait la législation française de transposition de la directive de 1978 relative à la co-assurance communautaire, c'est-à-dire les contrats par lesquels un preneur, généralement une entreprise, souscrit une assurance auprès d'assureurs qui se groupent afin d'avoir une « surface » financière à la mesure du risque garanti.

Les quatre arrêts font droit aux griefs de la Commission (soutenue par la Grande-Bretagne et les Pays-Bas qui souhaitaient une libéralisation totale de ce secteur où la Grande-Bretagne au moins est à même d'occuper une position dominante) et déclarent non fondées les exigences d'agrément et d'établissement de l'apériteur, ou chef de file du groupe d'assureurs, dans le pays du risque assuré, exigences que prévoyaient les lois de transposition française et allemande. La Cour estime en effet que l'exigence d'un établissement de l'apériteur anéantit en fait la libre prestation de services à partir d'autres Etats membres.

Mais l'arrêt qui vise la R.F.A. dont la réglementation intéressait non seulement la co-assurance mais aussi les assurances directes, y compris sur la vie (à la seule exception des assurances transports) dessine, à l'occasion de cette espèce, les grandes orientations du compromis souhaitable, en matière d'assurances directes, entre le principe de libre prestation de services et les impératifs de protection des consommateurs, qui peuvent encore justifier, en l'absence d'une réglementation communautaire garantissant ces intérêts, l'immobilisation dans l'Etat du risque de réserves et de provisions techniques ainsi qu'un agrément permettant le contrôle du respect des normes nationales.

En outre, la Cour reconnaît la validité de seuils en-deçà desquels le recours à la co-assurance communautaire n'est pas admis.

Ainsi, en raison tant de la nature particulière des « consommateurs », c'est-à-dire des souscripteurs de co-assurance, à même d'apprécier les clauses du contrat et la solvabilité de leurs co-contractants que des procédures de contrôle et de collaboration prévues entre Etats membres, la Cour juge que l'intérêt général est suffisamment protégé. Dès lors, toute réglementation nationale plus contraignante que les règles minima d'harmonisation prévues par la directive est contraire aux articles 59 et 60 du Traité de Rome.

L'arrêt visant la réglementation française fait une application mesurée de la théorie dégagée par la Cour : la prévalence de principe de la libre prestation de services se combine avec la licéité de réglementations fondées sur la protection d'un intérêt général impérieux, ces réglementations devant demeurer proportionnées aux exigences objectives de l'intérêt général invoqué.

L'appréciation *in concreto* de ces exigences amène la Cour à définir une portée différente du principe de libre prestation de services selon qu'il s'agit de co-assurance communautaire ou d'assurance directe. Cette distinction conduit la Cour non seulement à valider la réglementation française des seuils comme critère d'application de la directive sur la

co-assurance communautaire, mais à définir les grandes orientations de la réglementation des assurances directes, pour lesquelles la protection des consommateurs requiert des dispositions spécifiques, plus contraignantes qu'en matière de co-assurance.

C'est tout l'intérêt de l'affaire 205/84 opposant la Commission à la République Fédérale d'Allemagne.

L'intérêt de l'arrêt rendu sur cette affaire dépasse celui des autres décisions rendues le même jour en ce qu'il statue sur la réglementation allemande qui imposait des obligations d'agrément et d'établissement à tout prestataire de services dans le secteur des assurances, et cela indistinctement, qu'il s'agisse de co-assurance ou d'assurance directe (y compris d'assurance sur la vie) à la seule exception des assurances de transport. Dès lors, la Cour a été amenée à apprécier la licéité des dispositions en cause tant à l'égard de la co-assurance communautaire faisant l'objet de la directive de 1978, que des autres formes d'assurance pour lesquelles la réglementation communautaire n'est encore qu'embryonnaire.

Si les solutions adoptées par la Cour à l'égard des activités de co-assurance ne diffèrent pas de celles dégagées dans les autres affaires, la Cour se livre, dans cette espèce particulière, à une analyse minutieuse des règles allemandes applicables aux différentes activités d'assurance.

La méthode suivie par la Cour est particulièrement intéressante car, à l'occasion de l'analyse détaillée des dispositions de la loi allemande, les juges européens sont amenés à examiner tant la compatibilité de ces dispositions avec les principes du Traité, que leur nécessité au regard de l'intérêt général et, ce faisant, à définir les orientations de la future réglementation harmonisée.

Sans doute, en ce qui concerne la situation financière des entreprises d'assurance, les deux directives déjà adoptées en 1973 coordonnant des dispositions concernant les assurances autres que sur la vie, et en 1979, concernant les assurances sur la vie, contiennent-elles des dispositions très détaillées sur le patrimoine libre de l'entreprise, à savoir son capital propre. Ces dispositions visent à assurer la solvabilité de l'entreprise et les directives imposent à l'autorité de contrôle de l'Etat membre du siège de vérifier l'état de solvabilité de l'entreprise « pour l'ensemble de ses activités », y compris les prestations de services. Dès lors, l'Etat du lieu de prestation doit se contenter d'un certificat de solvabilité établi par l'autorité de contrôle de l'Etat d'établissement du siège.

En revanche, les deux directives n'ont pas procédé à l'harmonisation des règles nationales concernant les réserves ou provisions techniques, c'est-à-dire les moyens financiers qui sont immobilisés pour servir de garantie aux engagements pris en vertu de contrats souscrits et qui sont distincts du capital propre de l'entreprise. A cet égard, les directives ont expressément réservé l'harmonisation nécessaire à des directives ultérieures. Les directives 73/239 et 79/267 doivent donc être inter-

prêtées comme ayant laissé à chaque pays destinataire de prestations le soin de régler selon son propre droit le calcul de telles réserves et de déterminer la nature et l'évaluation des actifs qui en constituent la contrepartie. Les actifs correspondant aux activités exercées dans l'Etat membre en cause doivent être localisés dans cet Etat et leur existence contrôlée par l'autorité de contrôle de celui-ci, bien que les directives prévoient l'obligation, pour l'Etat du siège, de veiller à ce que le bilan de l'entreprise présente des actifs congruents et équivalents aux engagements contractés dans tous les Etats membres où elle exerce ses activités. La suppression de cette exigence de localisation n'est proposée que dans le projet de deuxième directive, qui vise notamment l'harmonisation des dispositions nationales relatives aux réserves techniques.

A défaut d'harmonisation des réglementations nationales, actuellement très disparates, des réserves et des provisions techniques ainsi que des actifs qui en sont la contrepartie, et, à défaut également de toute règle imposant à l'Etat membre d'établissement de contrôler le respect des règles en vigueur dans l'Etat destinataire, la Cour considère que l'Etat destinataire est fondé à exiger et à contrôler le respect de ses propres règles à l'égard des prestations de services fournies sur son territoire, dès lors que ces règles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection des preneurs d'assurance et des assurés.

De la même façon, la Cour juge qu'en l'absence dans les deux premières directives, de dispositions harmonisant les conditions d'assurance et les stipulations des contrats, actuellement très disparates, l'Etat membre destinataire est fondé à appliquer ses propres règles aux prestations fournies sur son territoire, en attendant que ces conditions d'assurance fassent l'objet d'une harmonisation, prévue dans le projet de deuxième directive.

Contrairement à la Commission qui souhaitait un régime moins contraignant (d'ailleurs non défini), le gouvernement allemand et les gouvernements intervenus à son appui ont fait valoir que le contrôle nécessaire ne peut être exercé en dehors d'un régime d'agrément permettant un examen préalable au commencement des activités, une surveillance continue de celles-ci et la possibilité de retirer l'agrément en cas d'infractions graves et persistances, à la diligence des autorités de l'Etat du risque.

Ce régime d'agrément, d'ailleurs présent dans tous les Etats membres et prévu par les deux premières directives, la Cour en reconnaît la nécessité, justifiée par la protection des consommateurs, « en l'état actuel du droit communautaire », comme le précisent les juges, c'est-à-dire à défaut de règles harmonisées assurant suffisamment cette protection.

En effet, selon le projet de deuxième directive, cet agrément serait obtenu auprès de l'autorité de contrôle de l'Etat d'établissement, cette autorité devant toutefois consulter préalablement celle de l'Etat desti-

nataire en lui transmettant copie de l'ensemble du dossier. Le projet envisage en outre une collaboration permanente entre les deux autorités de contrôle permettant notamment à celle de l'Etat d'établissement de prendre toutes mesures utiles, pouvant aller jusqu'au retrait de l'agrément, pour mettre fin aux infractions qui lui ont été signalées par l'autorité de contrôle de l'Etat destinataire, sanction dont seraient désormais déssaisies les autorités de l'Etat dans lequel l'assureur opérerait en libre prestation de services.

Une fois l'harmonisation proposée accomplie, la décision de la Cour doit être interprétée par un raisonnement « *a contrario* » comme excluant le maintien des règles nationales au nom d'exigences de protection des consommateurs, désormais supposées satisfaites par la réglementation commune. Mais sans même attendre cette harmonisation, la Cour semble indiquer que l'agrément ne peut être refusé à une entreprise qui remplit les conditions prévues par la législation de l'Etat destinataire, que ces conditions ne peuvent pas faire double emploi avec les conditions légales équivalentes déjà remplies dans l'Etat d'établissement, et que l'autorité de contrôle de l'Etat destinataire doit « prendre en considération » les contrôles et vérifications déjà effectués dans l'Etat membre d'établissement (sans que la Cour précise la portée exacte, ni la méthode, de cette « prise en considération », ce qui introduit une certaine incertitude dans l'appréciation de cette partie de la décision).

Cependant, il semble bien que puisse être maintenue, au moins jusqu'à l'adoption de règles harmonisées, l'exigence d'immobilisation sur le territoire de l'Etat du risque, des provisions techniques et des contreparties des risques garantis (alors que la deuxième proposition modifiée prévoit que ces actifs, toujours équivalents et congruents, peuvent être « situés en n'importe quel lieu à l'intérieur de la Communauté » : on perçoit l'importance des incidences économiques d'une délocalisation éventuelle des actifs de sociétés qui sont parmi les premiers « investisseurs institutionnels », au gré de la meilleure rentabilité des divers investissements d'un Etat membre à l'autre).

L'importance de ces arrêts à l'égard du secteur des assurances est déterminante puisque la Cour opère une distinction dans le degré de libéralisation des services selon les nécessités de la protection des preneurs d'assurance (les grandes entreprises recourant à la co-assurance étant plus à même de négocier des contrats fiables que les adhérents isolés à des contrats d'assurance directe).

Mais cette jurisprudence, outre qu'elle entraînera une modification (1) de la réglementation française d'où devra disparaître l'exigence

(1) Du moins *pro forma*, puisque l'arrêt de la Cour est d'application immédiate ; ainsi des contrats de co-assurance communautaire peuvent d'ores et déjà être souscrits avec un apériteur non établi en France.

d'établissement de l'apérateur des contrats de co-assurance, devrait conduire la Commission à revoir ses propositions en matière d'assurances directes, mettant en rapport de simples particuliers avec des entreprises éventuellement très éloignées et proposant des contrats différant par leurs clauses, leurs garanties, leurs prix, dont il sera bien difficile à chaque consommateur d'apprécier les avantages réels pour ne rien dire de la « fiabilité » des entreprises.

D - Portée de la jurisprudence récente et réglementation communautaire des services

Les arrêts du 4 décembre 1986 ont une portée considérable qui dépasse la seule question du régime des assurances puisqu'ils tracent les lignes de force du compromis que devra faire la réglementation communautaire des services entre d'une part le principe de libre prestation et d'autre part les garanties qu'exige l'intérêt général impérieux de la protection des consommateurs. La libre concurrence dans l'offre de services pourra donc être aménagée par des règles protectrices des consommateurs, règles qui, à défaut d'harmonisation communautaire, peuvent être maintenues ou édictées par les Etats membres et imposées à tout prestataire opérant sur leur territoire.

Mais si on voit bien l'importance de ces arrêts, d'ailleurs dans la ligne de la jurisprudence VAN BINSBERGEN (C.J.C.E. Affaire 33.74 du 3 12 1974), il est plus difficile de mesurer tous les effets que peut produire leur interprétation : la Cour en admettant que la protection des consommateurs peut exiger l'immobilisation dans l'Etat du risque de garanties financières, ainsi que la délivrance d'un agrément par les autorités compétentes de cet Etat, assorti du contrôle de différents éléments, brouille un peu la distinction traditionnelle entre liberté d'établissement et libre prestation de services. En effet, en l'espèce, les assureurs d'un Etat X qui voudraient proposer des assurances directes (dommages, par exemple) dans un Etat Y pourraient se voir contraints par ce second Etat d'y immobiliser des contreparties sous les formes et selon les ratios qu'il fixerait, de respecter sa réglementation en matière de contrats, et de satisfaire à diverses conditions pour obtenir son agrément : la libre prestation de services est alors au moins en fait, sinon expressément en droit, pratiquement subordonnée à un quasi-établissement. Une opinion commune soutient d'ailleurs que la gestion de certaines assurances directes exige une présence permanente proche du lieu du risque (multiplicité des contrats individuels, difficultés de constatation et d'évaluation des sinistres...) et par conséquent que la libre concurrence dans ces domaines se fera par l'établissement de succursales ou de filiales dans les différents Etats membres plutôt qu'à partir d'un siège établi dans un seul Etat membre et opérant sur tout le territoire communautaire.

La discussion demeure ouverte cependant à propos de la liberté de cumuler les activités sur le territoire d'un même Etat membre d'une filiale établie dans cet Etat, liée à une entreprise ayant son siège dans un autre Etat membre, activités ressortissant à la liberté d'établissement donc, avec des prestations directement offertes à partir du siège, ressortissant, elles, à la libre prestation de services.

La Cour institue certes une sorte d'« abus de droit » en permettant aux Etats, en l'absence d'harmonisation communautaire, de prendre des dispositions pour empêcher que la liberté définie par l'article 59 du Traité ne soit utilisée par un prestataire « dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet Etat ».

La Cour indique que dans ce cas d'abus du droit de libre prestation de services, les activités principalement dirigées vers un Etat membre sans établissement « de jure » dans cet Etat pourraient être assimilées par lui à une entreprise établie et comme telles soumises à sa réglementation nationale, à défaut d'harmonisation communautaire.

Hors de ce cas d'usage frauduleux des facultés de l'article 59 du Traité, la question demeure en suspens de la licéité du cumul, par une même entreprise, d'activités en libre prestation de services à partir de l'Etat membre de son siège vers un autre Etat membre, avec les activités d'un établissement implanté dans cet Etat.

Trois thèses sont actuellement soutenues :

Le cumul entre L.P.S. et établissement serait impossible, la libre prestation de services demeurant occasionnelle ; toute activité importante et permanente ressortirait à la liberté d'établissement. C'est l'interprétation la plus restrictive. Le cumul serait tout à fait possible, à condition de ne pas utiliser les services de l'établissement (mais on aperçoit les difficultés de la preuve qui incomberait aux concurrents s'estimant lésés).

C'est la thèse la plus « libérale » qui semble avoir la préférence de la Commission.

Le cumul serait possible mais uniquement *en complément*, c'est-à-dire dans les seules branches où l'établissement n'est pas agréé.

Il est clair que les implications pratiques de l'interprétation qui sera retenue peuvent être importantes pour l'activité des entreprises d'assurance dans la Communauté : et plus généralement pour tous les prestataires de services susceptibles d'opérer indifféremment à partir d'un siège unique ou par le truchement d'établissements installés dans les différents Etats membres (c'est-à-dire la plupart des services immatériels, c'est-à-dire au premier chef les services financiers).

— Dans le premier cas, les entreprises qui sont déjà bien implantées dans les autres pays de la C.E.E. ne pourraient pas opérer en L.P.S.

— La L.P.S. serait alors réservée aux entreprises qui n'ont pas d'implantation dans les autres Etats, et notamment aux filiales « européennes » de groupes d'assurance de pays étrangers à la C.E.E....

— Dans le second cas, la difficulté serait de contrôler que l'activité en L.P.S. ne s'exerce pas avec l'aide de l'établissement ; se poseraient aussi des problèmes de concurrence entre établis et non-établis, qui pourraient ne pas supporter les mêmes contraintes.

— Le troisième cas est une thèse de compromis, qui pourrait conduire les entreprises établies dans d'autres pays de la C.E.E. à modifier leur mode d'implantation, en réduisant notamment les branches dans lesquelles elles opèrent par des établissements en renonçant aux agréments spécifiques en arbitrants branche par branche entre établissement et libre prestation de services.

Cette dernière interprétation pourrait prévaloir, avec une nuance d'importance cependant :- six Etats, dont la France et l'Italie, s'en tiennent à la thèse des branches complémentaires, quel que soit le risque ; six Etats veulent *en plus un cumul total* pour les certains risques situés au-dessus de seuils (grands risques) (1) : Royaume-Uni, Pays-Bas, Danemark, bien sûr, mais aussi R.F.A., Belgique, Irlande (thèse appuyée par la Commission).

On voit bien que l'interprétation de la jurisprudence du 4 décembre 1986 est de grande portée, non seulement pour le domaine des assurances, mais pour la définition du futur régime communautaire de l'ensemble des services.

D'une part il semble admis que l'intérêt général pris au sens de la protection des consommateurs (2) peut justifier, en l'absence de normes harmonisées, et au moins en-deça de certains seuils d'activités, le maintien de règles nationales de fond (stipulation des contrats par exemple) et de forme (contrôles, agréments) à l'égard des services fournis sur le territoire d'un Etat membre par une entreprise non établie dans cet Etat ; et d'autre part que la cumul anarchique, par une même entreprise, d'activités exercées par un établissement implanté, avec des services émis à partir du siège soit impossible.

(1) Seuils dont les critères eux-mêmes sont en discussion. Ils pourraient être fixés par référence au nombre de salariés des entreprises, ou à leur chiffre d'affaires. Mais la Cour, tout en reconnaissant la validité de seuils, évoque la possibilité de les appliquer « aux entreprises ou groupes d'entreprises », ce qui ouvrirait la porte à d'éventuels abus en cas de regroupements artificiels de preneurs d'assurance afin d'atteindre les seuils fixés.

(2) Impératif d'ailleurs rappelé à l'occasion de l'adoption de l'Acte unique européen et mentionné par les déclarations annexées. Cette interprétation prévaudrait d'abord pour les assurances obligatoires, non évoquées dans les arrêts soumis à la C.J.C.E. mais qui sont précisément le plus souvent instituées dans un souci de protection de l'intérêt général : assurés ou tiers.

Des discussions se poursuivent actuellement dans les services juridiques des Communautés comme entre Etats membres pour parvenir à une interprétation commune des principes dégagés par la Cour de justice, interprétation qui orientera toutes les réglementations communautaires des services et par conséquent un secteur très important du marché intérieur.

Enfin, un aspect important du régime communautaire du secteur des assurances, comme d'ailleurs de la plupart des services (et même des activités industrielles) demeure des plus incertains sans que les propositions de directives ou la jurisprudence de la Cour de justice ne propose de solution : en l'absence de règle commune à l'égard du « premier établissement » dans un Etat membre de la Communauté d'une « antenne » d'une entreprise extra-communautaire, la libération des services ne risque-t-elle pas de jouer en faveur de firmes extérieures puissamment attirées par ce grand marché ouvert et alors même que les pays d'origine de ces firmes demeureraient, eux, *de jure* ou *de facto* fermés aux exportations de services en provenance de la C.E.E.

L'inclusion des services dans la nouvelle négociation des accords G.A.T.T., à la demande des Etats-Unis essentiellement, doit être l'occasion d'un équilibrage des concessions dans ce secteur important pour la croissance économique et le développement des échanges.

III - LA LIBERALISATION DU SECTEUR BANCAIRE

Entendue comme visant non seulement l'établissement d'un union douanière pour les transactions financières mais comme participant également à l'intégration économique de la Communauté, la libération des mouvements de capitaux nécessite en même temps, sans qu'on puisse affirmer qu'elles en soient une condition préalable, des mesures permettant le rapprochement des réglementations nationales régissant *les services financiers*.

La prestation de services financiers, et parmi eux l'activité bancaire, s'effectue sur la scène internationale à la fois par la voie de l'établissement et par celle de la prestation transfrontalière de services. Elle intéresse en conséquence la liberté d'établissement comme la liberté de prestation.

C'est seulement en 1973, soit treize ans après la signature du traité de Rome, qu'a été prise la première directive intéressant les banques et posant le principe de la liberté d'établissement et de prestation des services dans ce secteur. (Directive 73/183/C.E.E. du 28 juin 1973, au

J.O.C.E. n° L 194 du 16 juillet 1973 ; date-limite de mise en conformité du droit national : 18 mois à compter de la notification de la directive).

En 1977, une *première directive* (voir ci-dessous) *de coordination* a été approuvée pour poser les règles d'harmonisation de quelques uns des critères de base de la surveillance bancaire.

En réalité, les obstacles à l'établissement de filiales ou de succursales dans les pays signataires du traité étaient peu nombreux et, lorsqu'ils existaient, ils étaient attribuables aux réglementations des marchés de capitaux et aux restrictions de change et non à des réglementations bancaires spécifiques qui empêchaient la prestation de ces services.

La Commission s'était initialement préoccupée de prendre plusieurs mesures intéressant l'harmonisation des règles dans le domaine de la surveillance prudentielle :

- *accès à l'activité des établissements de crédits* et son exercice, en 1977, par la première directive de coordination (Directive 77/780/C.E.E. du 12 décembre 1977, au J.O.C.E. n° L 322 du 17 décembre 1977 ; date-limite de mise en conformité : 24 mois à compter de la notification de la directive).

— *surveillance des établissements de crédits sur base consolidée*, en 1983 (Directive 83/350/C.E.E. du 13 juin 1983, au J.O.C.E. n° L 193 du 18 juillet 1983 ; date-limite de mise en conformité : 1^{er} juillet 1985).

— *comptes annuels et comptes consolidés* des banques et autres établissements financiers, en 1986, par une directive qui étend à ces établissements les dispositions comptables déjà applicables aux sociétés (Directive 86-635 du 8 décembre 1986, au J.O.C.E. n° L 372 du 31 décembre 1986 ; date-limite de mise en conformité du droit national : 31 décembre 1990, et éventuellement première mise en application en 1983).

Dans son Livre blanc de 1985 sur l'achèvement du marché intérieur, la Commission a *renoncé*, comme on l'a déjà vu pour les autres secteurs, à *rechercher la normalisation* communautaire des services offerts, considérant qu'une harmonisation complète et détaillée était tout à la fois inutile et hors de portée. Elle a préféré préconiser une démarche fondée sur deux principes complémentaires :

— *la reconnaissance mutuelle des règles nationales* relatives au secteur bancaire ;

— *l'harmonisation minimale*, au niveau communautaire, *des règles de surveillance* des prestations de services bancaires.

Dans le schéma de la Commission, la surveillance, c'est-à-dire le contrôle exercé sur les banques, serait assurée *par le pays d'origine* et non par le pays de destination. Trois considérations motivent l'effort d'harmonisation communautaire au niveau le plus bas et en combinai-

son avec la reconnaissance mutuelle : la protection des épargnants, le respect de la concurrence et la stabilité du système financier.

Après avoir présenté dans les dernières années de multiples propositions d'harmonisation intéressant certains aspects de l'activité bancaire (fonds propres, garanties de dépôts, crédit hypothécaire, coefficients de solvabilité, etc...) et encore en suspens devant le Conseil, la Commission a annoncé une *prochaine proposition de directive* de « coordination des activités bancaires » faisant suite à sa première directive de coordination de 1977.

La proposition de directive est présentée comme complémentaire du projet de libération totale des mouvements de capitaux et comme une pièce essentielle de la réalisation du marché intérieur « sous le double aspect de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation des services financiers ». Elle repose sur le double principe de la reconnaissance mutuelle et de l'harmonisation minimale.

A - La liberté d'ouverture des succursales par la reconnaissance mutuelle

Le principe de « reconnaissance réciproque par les Etats membres de ce que chacun d'eux accomplit pour protéger le public », c'est-à-dire la reconnaissance par chaque Etat membre de la validité sur son territoire des règles de contrôle en vigueur dans les autres Etats membres, doit également être combiné avec le principe du contrôle par le pays d'origine. Par ce principe, la surveillance d'un établissement financier est confiée aux autorités compétentes du pays d'origine et le pays d'accueil n'a plus qu'un rôle tout au plus auxiliaire à jouer. Dans la pratique, cette règle signifie que la succursale d'une banque d'un Etat membre, établie dans un autre Etat membre, agira selon les règles de son pays d'origine et sera contrôlée par les autorités de ce pays.

Dans la proposition de seconde directive de coordination qu'elle présentera prochainement, la Commission indique les opérations qui sont incluses dans le champ de la reconnaissance mutuelle. Comprenant la réception de dépôts, les prêts, les garanties, les activités des banques d'affaires et d'investissements, etc..., la liste annexée à la proposition de directive pour définir son *champ d'application* recouvre la totalité des opérations bancaires au sens large.

La démarche de la Commission est de parvenir, moyennant une harmonisation « essentielle, nécessaire et suffisante », à une reconnaissance mutuelle des systèmes de contrôle par le pays d'origine et l'octroi d'un *agrément unique* dans la Communauté. Concrètement, la règle devra être que tout établissement agréé dans un pays de la Communauté pourra exercer librement ses activités dans l'ensemble des autres Etats membres soit directement à partir de son implantation d'origine

(les prestations transfrontalières), soit en installant des succursales qui ne seront plus soumises à l'agrément local (les prestations par voie d'établissement).

La prochaine proposition de directive détaille *la procédure* qui se substituera aux règles actuelles en la matière. Il est prévu que l'autorité de tutelle de l'Etat d'origine pourra éventuellement décider qu'un établissement n'a pas la solidité financière adaptée à son projet d'installation à l'étranger. Les autorités de l'Etat d'accueil, pour leur part, ne seront qu'informées du projet d'ouverture d'une succursale.

Le projet de la Commission prévoit que la liberté totale d'ouverture des succursales devra intervenir au plus tard le 1^{er} janvier 1993 mais ménage une procédure de *transition*. Jusqu'à la fin 1992, une succursale devrait pouvoir être ouverte dans un Etat membre sans que sa dotation en capital imposée par le pays d'accueil puisse dépasser la moitié de la mise de fonds minimale qu'il exige pour la création d'un établissement de même type.

Vis-à-vis des *pays tiers*, la prochaine proposition de directive prévoit certaines précautions : la liberté d'établissement ne s'appliquera pas aux établissements d'un pays tiers qui ne disposent que d'une simple *succursale* dans la Communauté. En pratique, cette règle signifie qu'une banque japonaise ayant une succursale à Londres n'aurait pas automatiquement le droit de s'installer dans le reste de la Communauté. Par contre, - et la précaution prise par la Commission pour préserver le marché unique de l'extérieur apparaît incomplète - une banque étrangère ayant une *filiale* dans un pays européen devrait pouvoir jouir intégralement de la nouvelle liberté d'installation.

B - L'harmonisation minimale par une « loi bancaire européenne »

La reconnaissance réciproque des réglementations nationales sur les banques suppose une harmonisation préalable entre Etats membres, et il convenait de déterminer jusqu'à quel degré l'harmonisation pouvait être faite. Dans une hypothèse basse, l'harmonisation serait limitée à certains grands principes. Dans une hypothèse haute, l'harmonisation serait précise et détaillée mais risquerait de multiplier les causes de désaccord entre Etats membres et de ne pas aboutir.

La prochaine proposition de seconde directive de coordination pose, avec une certaine précision, un certain nombre d'éléments de base applicables à tous les établissements financiers européens. Destinée à poursuivre la mise en oeuvre de la libération du secteur bancaire, ce volet de la réforme apparaît comme une « *loi bancaire* » de la Communauté européenne mais laisse à chaque Etat membre la possibilité d'édicter des *règles plus sévères* pour régir chez lui l'activité bancaire.

L'harmonisation minimale proposée porte sur les principaux points suivants :

— *le capital* des établissements financiers doit être d'au moins 5 millions d'écus ;

— tout actionnaire détenant *plus de 10 %* du capital de l'établissement doit être connu des autorités de tutelle ;

— la *diversification* des métiers exercés par une banque doit être contenue dans certaines limites ;

— un établissement de crédit ne peut détenir une *participation* supérieure à 10 % dans une entreprise non bancaire si cette participation dépasse 10 % de ses fonds propres ;

— l'établissement ne peut consacrer plus de la moitié de ses *fonds propres* à des participations dépassant chacune 10 % dans des entreprises non bancaires ;

— les autorités de tutelle doivent par ailleurs veiller à l'existence de « procédures de *contrôle interne* qui garantissent une sécurité adéquate du processus de décision de l'exécution des opérations et du traitement des informations ».

Lors du débat organisé au Sénat le 26 juin 1987 sur les aspects financiers, monétaires et fiscaux de l'achèvement du marché unique, M. Edouard BALLADUR, ministre d'Etat, ministre de l'Economie, des Finances et de la Privatisation a souligné que le renforcement de la concurrence entre les systèmes financiers ne porterait ses fruits que si la concurrence n'était pas faussée par des discriminations de traitement liées à des réglementations spécifiques. Le ministre d'Etat a notamment cité l'harmonisation minimale des règles de *protection du consommateur*, précisant qu'elles devraient porter sur la réglementation prudentielle applicable aux banques, sur la transparence des conditions tarifaires et sur la protection de l'épargne publique.

La Commission des Communautés, pour sa part, considère que cette protection devrait se traduire par la création d'un organisme communautaire chargé, comme dans tous les pays, de veiller à ce que les produits offerts aux épargnants ne cachent pas de fraude. Elle envisagerait l'existence d'une Commission européenne de l'épargne ou des opérations de bourse.

Il est bien clair que la seconde directive de coordination entraînera, telle qu'elle est proposée par la Commission, une profonde transformation des conditions de concurrence entre les banques des Etats membres. Alors que, jusqu'ici, les Etats membres avaient édifié des barrières réglementaires pour protéger le secteur très sensible de la finance, ils devront désormais s'habituer au nouveau paysage des usages bancaires européens que prépare la proposition de directive. La liberté d'installation d'un pays à l'autre, la perte du droit d'agrément des autorités monétaires d'un pays où se crée la succursale, la liberté d'exercice des métiers financiers par-delà les frontières, ces métiers pou-

vant être exercés selon les règles en vigueur dans le pays d'origine, exigeront de grands efforts d'adaptation de la part des Etats membres et de leurs secteurs bancaires.

IV - LE CAS DU CREDIT HYPOTHECAIRE

Intéressant, comme les opérations de Bourse, à la fois la libre circulation des capitaux et la liberté des services financiers, le cas du crédit hypothécaire n'est pas traité directement par la dernière proposition de directive sur la libération des capitaux. La liberté de mouvements des capitaux est nécessaire à la libération du crédit hypothécaire, mais la proposition de directive ne s'attache pas à régler les conditions de concurrence dans lesquelles les établissements financiers pourront offrir du crédit hypothécaire dans la Communauté.

La directive de 1973 sur la liberté d'établissement dans le secteur bancaire permet à tous les établissements de crédit de s'établir dans les autres Etats membres et, implicitement, d'y prester des services sans s'y établir, mais elle ne reconnaît pas cette faculté aux établissements spécialisés dans le crédit hypothécaire.

La Commission voudrait éliminer cette exception et a présenté en 1984 une proposition de directive qui dépasse la simple reconnaissance du droit d'établissement en matière de crédit hypothécaire. La directive prévoit :

- la liberté de prestation des services, avec ou sans établissement, selon les règles et les techniques du pays d'origine ;
- le contrôle par le pays d'origine ;
- l'extension des bénéfices fiscaux et des facilités de paiement accordées par un Etat membre aux résidents pour les crédits consentis par des établissements opérant depuis l'étranger.

La proposition de directive comporte également une disposition dont la portée pourrait être considérable pour le fonctionnement de ce secteur d'activités financières et qui soulève les réserves d'un grand nombre d'Etats membres. La proposition prévoit en effet que si l'action menée par un établissement étranger de crédit sur le territoire d'un autre Etat membre provoque des distorsions de concurrence au détriment des établissements de cet Etat, ceux-ci ont le droit de demander, et l'Etat est obligé d'accorder, le bénéfice des mêmes techniques et des mêmes réglementations que l'établissement étranger. Or il se trouve que ces techniques, qui concernent la structure des dépôts et des emplois, varient considérablement d'un Etat membre à l'autre. En Allemagne fédérale et au Royaume-Uni, des fonds collectés à vue ou à court terme peuvent être utilisés pour octroyer des crédits hypothécaires, qui sont en

général à moyen ou long terme. Dans d'autres pays, par contre, il arrive que cette technique soit interdite ou que le crédit hypothécaire ne puisse être octroyé que par des établissements spécialisés et non par des banques commerciales.

Une harmonisation très poussée des mécanismes du crédit hypothécaire crée des risques de dérégulation certains dans les systèmes bancaires des pays où ce secteur du crédit est compartimenté. Dans ce secteur, comme à l'égard des autres aspects de l'harmonisation des systèmes bancaires, d'importants efforts d'adaptation devront être faits pour préparer les établissements aux nouvelles conditions de concurrence.

V - LE CAS DES OPERATIONS DE BOURSE

Le cas des opérations de bourse intéresse à la fois la libre circulation des capitaux et la libre prestation des services financiers.

Tout comme pour le crédit hypothécaire, la libération complète des mouvements de capitaux est une condition nécessaire mais non suffisante à l'introduction de la concurrence dans les opérations de bourse. La dernière proposition de directive sur les mouvements de capitaux ne modifie pas les propositions précédemment présentées par la Commission en ce domaine, et il est encore trop tôt pour connaître dans le détail ce que pourrait prévoir à ce sujet la directive en préparation sur le secteur bancaire.

Les aspects de l'activité boursière visée par les mesures d'harmonisation déjà prises et par les propositions de la Commission sont les prospectus pour l'admission des valeurs mobilières, les « opérations d'initiés » (« insider trading ») et les impôts indirects frappant les opérations en bourse.

A - La reconnaissance mutuelle des prospectus

Une directive de juillet 1987 (1) introduit la reconnaissance mutuelle entre les Etats membres des prospectus qui doivent être publiés pour l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de

(1) J.O.C.E. n° L 185 du 4 juillet 1987. Date limite de mise en conformité du droit national : 1^{er} janvier 1990 (1^{er} janvier 1991 pour l'Espagne et 1^{er} janvier 1992 pour le Portugal).

valeurs. La nouvelle directive a la forme d'une modification de la directive 80-390/CEE de 1980, qui avait déjà introduit l'harmonisation des prospectus mais, fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle, elle permet dorénavant aux émetteurs d'un Etat membre d'utiliser le même prospectus (sous réserve de sa traduction éventuelle) pour demander l'admission d'un titre à la cote des bourses de plusieurs Etats membres. Les prospectus établis conformément à la directive et agréés par un Etat membre pourront servir à l'admission dans d'autres bourses situées dans d'autres Etats membres sans que les autorités d'accueil aient à les approuver une nouvelle fois.

Une autre proposition de directive sur les prospectus intéressant l'offre de valeurs mobilières au public avait suscité des réactions très vives de la part de certains milieux professionnels. Elle n'a pu dégager un accord au sein du Conseil et continue de faire l'objet de négociations.

La directive adoptée au mois de juillet est révélatrice des *risques* que fait courir la reconnaissance mutuelle dans le cas où des *précautions ne sont pas prises à l'égard des pays tiers*. Le gouvernement français a eu à cette occasion une position très claire en demandant que les accords de reconnaissance mutuelle des prospectus d'admission à la cote officielle conclus avec les Etats tiers le soient sur *base de réciprocité*. Dans une déclaration annexée au procès-verbal des délibérations du Conseil, la France a fait valoir à juste raison qu'« il aurait fallu limiter le champ d'application de la directive aux émetteurs communautaires afin de préserver la possibilité de l'étendre aux émetteurs ressortissants d'Etats tiers qui auront conclu un accord avec la Communauté », et que « l'objectif à privilégier doit être de *faire bénéficier prioritairement les ressortissants de la C.E.E. des avantages du grand marché intérieur* et de négocier dans la meilleure position possible le démantèlement des obstacles aux échanges existants dans les pays tiers ».

B - Les « opérations d'initiés »

La Commission a transmis au Conseil, à la fin avril 1987, une proposition visant à établir par voie de directive des dispositions uniformes pour rendre illicites dans l'ensemble de la Communauté les « opérations d'initiés » (« insider trading »). Cette notion vise les opérations qui sont effectuées sur le marché boursier par des personnes qui ont accès à des informations réservées ou privilégiées et qui en retirent des avantages au détriment des autres investisseurs.

Actuellement, trois Etats membres (la France, le Royaume-Uni et le Danemark) disposent d'une législation réprimant les opérations d'initiés. La Belgique, l'Irlande et les Pays-Bas projettent d'en adopter une tandis qu'en Allemagne fédérale les opérateurs ont posé certaines

règles par lesquelles ils s'interdisent d'exploiter les informations privilégiées dont ils disposent. Les autres Etats membres, dont l'Italie, n'ont pas de réglementation en cette matière.

La proposition de directive retient une définition large des « initiés » visés par l'interdiction : elle s'applique aux initiés « primaires », c'est-à-dire aux personnes qui ont reçu des informations privilégiées dans le cadre de leur profession ou de leurs fonctions (dirigeants des entreprises, actionnaires majoritaires, personnel qualifié, etc...), ainsi qu'aux initiés « secondaires », c'est-à-dire aux personnes qui obtiennent les informations privilégiées des initiés primaires. La proposition de directive comporte une définition de l'information privilégiée (« information inconnue du public ayant un caractère précis et concernant un ou plusieurs émetteurs de valeurs mobilières ou une ou plusieurs valeurs mobilières qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours de cette ou de ces valeurs mobilières ») et prévoit trois types d'interdiction aux initiés qui seraient considérées comme minimales, les Etats membres pouvant ériger des règles nationales plus sévères à condition qu'elles ne soient pas discriminatoires.

Le Conseil n'a pas encore délibéré de la proposition de directive, qui soulèverait certaines réserves dans les milieux juridiques.

C - Les impôts indirects frappant les opérations en bourse

La Commission a transmis au Conseil en avril 1987 une proposition de directive visant à supprimer les impôts indirects frappant les transactions (ventes et achats) sur titres et les opérations en bourse dans tous les Etats membres. L'objectif de la Commission est de créer dans la Communauté une base fiscale uniforme pour les transactions de titres et de valeurs boursières dans la perspective de la création d'un marché communautaire des capitaux.

Considérant que sa proposition de directive de 1976, qui prévoyait une harmonisation partielle des impôts indirects sur les transactions sur titres, n'avait pu aboutir devant le Conseil, la Commission a décidé de proposer la *suppression* de tous les impôts indirects frappant ces transactions dans la troisième année suivant son adoption, c'est-à-dire au plus tôt dans le courant de l'année 1990. La Commission considère en effet que la suppression des impôts indirects est, mieux que leur harmonisation, en mesure d'étendre la libération des mouvements de capitaux aux opérations d'acquisition de titres et aux opérations d'admission sur le marché des titres négociés ou en cours d'introduction sur une bourse de valeurs.

Les taux des impôts indirects frappant les opérations boursières sont peu élevés mais varient sensiblement d'un Etat membre à l'autre :

1 % et 2 % en Irlande, 0,5 % au Royaume-Uni et au Danemark, entre 0,15 % et 0,3 % en France, tandis qu'ils n'existent pas au Luxembourg, en Grèce et au Portugal et que l'Allemagne fédérale et la Belgique envisageraient de les supprimer.

En matière fiscale plus que dans d'autres, les accords sont particulièrement délicats à trouver au sein du Conseil mais la nouvelle dynamique créée par l'objectif d'achever le marché intérieur en 1992 pourrait réserver à la nouvelle proposition de directive une issue plus favorable qu'à celle de 1976. Les résistances les plus fortes pourraient cependant provenir des pays où les taux sont les plus élevés, c'est-à-dire de l'Irlande, du Royaume-Uni et du Danemark.

*
* * *

Il faut relever, en France, la réforme en cours pour adapter la Bourse aux nouvelles conditions de concurrence. Le projet de loi sur les valeurs mobilières, adopté en première lecture par le Sénat le 28 octobre 1987, prévoit l'ouverture progressive du capital des charges des agents de change de 1988 à 1990 et l'ouverture de la Bourse à tout nouveau membre à partir du 1^{er} janvier 1992. Amorçant la disparition du monopole des agents de change en France, le projet de loi se situe dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur en 1992.

CHAPITRE V

L'HARMONISATION DES IMPOTS INDIRECTS ET LA SUPPRESSION DES FRONTIERES FISCALES

Dans le Livre Blanc de juin 1985 sur l'achèvement du marché intérieur, la Commission européenne considère que l'élimination des barrières fiscales, élément primordial de la réalisation du marché intérieur en 1992, n'est possible que si, pour cette échéance, les impôts indirects, à savoir la T.V.A. et les accises, sont largement harmonisés dans la Communauté.

Lors de l'achèvement de l'Union douanière en 1968, il était déjà évident que la suppression des droits de douane entre Etats membres ne suffirait pas pour mettre en place un véritable marché intérieur et que les différences existant en matière de taxe sur le chiffre d'affaires entraîneraient notamment de graves distorsions de concurrence et constitueraient donc un obstacle important à l'achèvement du marché intérieur. D'ailleurs, l'article 99 du Traité de Rome stipule que la Commission soumettra des propositions au Conseil en vue de l'harmonisation des impôts indirects dans l'intérêt du marché commun et l'article 100 donne à la Commission les moyens juridiques nécessaires.

Au Conseil européen de Milan de juin 1985, les chefs d'Etat et de gouvernement ont invité les ministres des finances à examiner, sur la base du Livre Blanc, toutes les mesures à prendre dans le domaine fiscal afin d'atteindre l'objectif d'un marché unique, ainsi que le calendrier envisageable pour la mise en oeuvre de ces mesures. A cet effet, le Conseil « Economie et Finances » a désigné un groupe ad hoc composé de représentants des ministres des finances pour étudier ces questions et présenter un rapport.

En juin 1986, le rapport du groupe ad hoc a été soumis au Conseil qui a finalement approuvé la méthode adoptée par la Commission et a invité celle-ci à soumettre des propositions détaillées sur les taux et la structure des impôts indirects et sur le mécanisme de compensation nécessaire pour la répartition des recettes entre les Etats membres.

Ces conclusions n'ont pas été approuvées sans quelques hésitations et réticences de certains Etats membres qui redoutent les effets d'un tel engrenage sur leur autonomie budgétaire. Ces réserves des Etats membres se sont traduites par le fait que les décisions à prendre en matière fiscale ont été expressément exclues par le Traité d'Acte uni-

que des mesures de simplification du processus décisionnel relatif au marché intérieur. Il en résulte que les mesures d'harmonisation fiscale continueront à être prises à l'unanimité.

I - LES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION EUROPEENNE POUR L'HARMONISATION DES IMPOTS INDIRECTS ET LA SUPPRESSION DES FRONTIERES FISCALES INTRA-COMMUNAUTAIRES A L'HORIZON 1992

Le 15 juillet 1987, Lord COCKFIELD, commissaire européen chargé du marché intérieur et de la fiscalité, a rendu publiques les propositions de la Commission pour l'harmonisation des taux de la T.V.A. et une unification des droits d'accise sur le tabac, les boissons alcoolisées et les carburants. Ce document, déjà très controversé à sa naissance, ne manquera pas de donner lieu à de longs débats au sein du Conseil, au Parlement européen et dans les Etats membres. L'harmonisation de la fiscalité indirecte, reconnaît la Commission, sera très délicate à réaliser, compte tenu de son importance dans les budgets nationaux. Toutefois, comme elle est la condition sine qua non à la suppression des frontières fiscales, sans laquelle il n'y a pas de grand marché, la Communauté devra nécessairement parvenir à un niveau de rapprochement suffisant des systèmes de taxation indirecte à la fin de 1992.

A - Le rapprochement des taux de la T.V.A. et de la structure de ces taux

— Parachever l'assiette uniforme de la T.V.A.

Avec l'adoption en 1977 de la sixième directive, des progrès importants ont été accomplis vers l'établissement d'une assiette commune de la T.V.A. qui demeure cependant assortie de nombreuses clauses dérogatoires.

En vue d'éliminer les divergences qui subsistent, la Commission souhaite notamment l'adoption rapide des 7e, 12e, 18e et 19e propositions de directive en instance devant le Conseil (1).

(1) Septième directive T.V.A. dans le domaine des objets de collection, d'antiquité et de biens d'occasion.

Douzième directive T.V.A. relative aux dépenses n'ouvrant pas droit à la déduction de la taxe.

Dix-huitième directive T.V.A. concernant la suppression de certaines dérogations.

Dix-neuvième directive T.V.A. portant sur diverses modifications et dispositions complémentaires.

Il s'y ajoute, ainsi qu'on le verra par la suite, la nécessité de mettre fin à l'application du taux zéro, largement appliqué au Royaume-Uni et en Irlande où le champ d'application de la T.V.A. est loin d'être aussi étendu que dans la plupart des Etats membres

Parallèlement à l'achèvement de l'harmonisation de l'assiette T.V.A., se pose également la question de l'harmonisation des délais de paiement de la taxe et de la possibilité d'ajournement de la déductibilité.

— *Ramener à deux le nombre des taux*

Pour la Commission, le point de départ de tout effort visant à rapprocher à la fois le nombre et le niveau des taux de T.V.A. doit être la situation existant dans les Etats membres, en tendant à minimiser les effets néfastes de l'opération de rapprochement pour les revenus de ces Etats et leur flexibilité budgétaire.

**NOMBRE ET NIVEAUX DES TAUX DE T.V.A.
DANS LES ETATS MEMBRES**

	Taux réduit	Taux normal	Taux majoré
Belgique (1) (2)	1 et 6	19	25 et 25 + 8
Danemark (1)	—	22	—
France	2,1 ; 4 5,5 et 7	18,50	33 1/3
Allemagne	7	14	—
Grèce	6	18	36
Irlande (1)	2,4 et 10	25	—
Italie (1)	2 et 9	18	38
Luxembourg	3 et 6	12	—
Pays-Bas	6	20	—
Portugal (1)	8	16	30
Espagne	6	12	33
Royaume-Uni (1)	—	15	—

Taux applicables au 1.4.1987.

(1) Ces pays appliquent également un remboursement des taxes payées au stade antérieur (c'est-à-dire un taux zéro) à certains opérations intérieures.

(2) Un taux intermédiaire de 17 % est également appliqué.

La majorité des Etats membres — Danemark et Royaume-Uni exceptés — appliquent au moins deux taux de T.V.A. Si on laisse de côté le taux zéro, le taux le plus bas en vigueur est de 1 % en Belgique et le taux le plus fort de 38 % en Italie. Ces chiffres montrent que la solution théoriquement la plus simple et la plus efficace, qui consisterait en un système de taux unique, ne serait pas réaliste et aurait des conséquences fâcheuses pour la plupart des pays. Inversement, le bon

sens démontre qu'un système à taux multiples serait quasiment impossible à gérer. La véritable alternative ne comporte donc, selon la Commission, qu'un système à deux taux ou un système à trois taux : *c'est le premier terme qu'elle a choisi, c'est-à-dire un système comportant un taux normal et un taux réduit.*

— *Rapprocher le niveau des taux*

Selon la Commission, les taux de T.V.A. ne doivent pas nécessairement devenir uniformes. L'écart entre les taux extrêmes doit être resserré jusqu'au point où il cessera de provoquer des différences de prix insupportables entre Etats membres, en particulier entre pays limitrophes. En effet, ce n'est qu'à partir d'un certain écart que l'élasticité des prix est de nature à inciter le consommateur à choisir un autre lieu d'achat.

La Commission observe que, dans une perspective budgétaire, l'écart optimum de la fourchette du *taux normal* serait de 8 points, ce qui couvrirait 10 à 12 taux normaux actuellement appliqués à l'intérieur d'une fourchette de 12 % à 20 %. Toutefois, étant donné que des Etats membres limitrophes se situent aux deux extrémités de la gamme, elle reconnaît que les différences de prix qui en résulteraient dans les zones frontalières provoqueraient des distorsions des échanges et des fraudes fiscales inacceptables.

Dans l'hypothèse où la fourchette du taux normal serait ramenée de 8 à 6 points, huit Etats membres rentreraient dans cette fourchette, si les paramètres étaient fixés à 14 % et 20 % et les différences de prix qui en résulteraient seraient plus supportables. Ceci conduit la Commission à conclure que *le niveau optimum du taux normal devrait être situé dans une fourchette allant de 14 % à 20 %*, les Etats membres étant libres de fixer leur propre taux individuel à l'intérieur de cette fourchette.

S'agissant des *taux réduits*, ils varient actuellement entre 1 % et 10 %. On observe que les taux les plus bas ne s'appliquent qu'à quelques rares produits et que ceux dont l'application est assez large s'échelonnent entre 4 % et 10 %. En outre, deux Etats membres, la Grande-Bretagne et l'Irlande, appliquent actuellement un taux zéro à la plupart des biens et services de première nécessité compris dans la liste des produits qui doivent être taxés au taux réduit. A partir de ces divers facteurs, *la Commission propose que le niveau du taux réduit se situe entre 4 % et 9 %* et s'applique aux produits de première nécessité, notamment : produits alimentaires, produits énergétiques pour le chauffage et l'éclairage, livraisons d'eau, produits pharmaceutiques, livres, journaux et périodiques, transport de personnes.

En vue de l'inclusion de certains secteurs sensibles, le secteur culturel par exemple, la Commission recommande que les Etats membres fixent leur taux dans la moitié inférieure de la fourchette du *taux réduit* de façon à ne pas dépasser 6 %.

— *Le taux zéro*

Parmi les difficultés que posera le rapprochement de la fiscalité pour certains pays (la Grande-Bretagne et l'Irlande), se situe le problème du taux zéro. La sixième directive sur l'harmonisation de l'assiette de la T.V.A. considère que le taux zéro ne peut être que transitoire et est appelé à disparaître avec l'achèvement du marché intérieur. En tant qu'instrument de politique sociale, son efficacité est jugée relative. En termes de concurrence, il introduit des distorsions à l'intérieur de la Communauté. Enfin, il a pour corollaire des niveaux de taux plus élevés sur d'autres produits.

Les propositions de la Commission excluent donc le recours au taux zéro, tout en prévoyant le principe de dérogations, aussi bien sur ce point que par rapport aux autres difficultés d'adaptation que rencontrerait tel ou tel pays membre. Toutefois, il est considéré comme inopportun de proposer dès maintenant des mesures spéciales ou des dérogations. Il reviendra à chaque Etat concerné de prendre l'initiative, après avoir évalué les conséquences du dispositif proposé.

— *Mécanisme de compensation de la T.V.A. pour les ventes intracommunautaires*

La T.V.A. étant un impôt sur la consommation à paiement fractionné, les charges supportées par les entreprises sur leurs achats sont déduites des taxes dont elles sont redevables sur les ventes.

A partir du moment où les frontières fiscales seront supprimées, les Etats auront à admettre en déduction des sommes payées au titre de la T.V.A. dans les Etats membres. Ce sont ces montants de T.V.A. étrangère déduits qui devront être compensés pour éviter que les ressources budgétaires des Etats importateurs nets ne se trouvent affectés.

Le mécanisme de compensation envisagé par la Commission est destiné à garantir qu'après la suppression des contrôles aux frontières, les Etats membres continueront à percevoir les recettes auxquelles ils ont droit. Ce dispositif tendra à faire en sorte que la taxe perçue dans un Etat membre sur des opérations à l'exportation soit transférée à l'Etat membre dans lequel les biens ou services fournis sont finalement consommés. Il s'agit en substance d'un compte central par l'intermédiaire duquel les Etats membres obtiendront périodiquement les remboursements ou effectueront les paiements selon qu'ils sont importateurs ou exportateurs nets. Dans ce système, chaque Etat membre devra fournir aux services de la Commission, qui serait chargée de la gestion centrale, un décompte mensuel reprenant les chiffres de tous les inputs et outputs globaux T.V.A. relatifs au commerce intracommunautaire pour le mois considéré ; les montants seront obtenus en regroupant toute la T.V.A. perçue par les assujettis au titre de leurs ventes aux autres Etats membres et toute la T.V.A. dont le remboursement est réclamé par les assujettis au titre des achats effectués dans d'autres Etats membres.

L'analyse sommaire du document de travail de la Commission suffit à montrer que la suppression des frontières fiscales *aurait en contrepartie* la mise en place d'un mécanisme de compensation d'un fonctionnement fort complexe impliquant que les Etats membres et leurs administrations fiscales renoncent à certaines parties de leur prérogatives dont l'exercice serait transféré à un centre de pouvoir commun.

B - L'unification des droits d'accises

Dans ses propositions de 1972 tendant à l'harmonisation des structures des accises, la Commission se prononçait déjà pour l'harmonisation, au plan communautaire, des accises sur les tabacs manufacturés, les huiles minérales, l'alcool, le vin et la bière.

Les propositions du Livre Blanc de 1985 complèteraient le processus en fixant les taux communs appliqués à ces produits. Cependant, on doit observer que très peu de progrès ont été accomplis au Conseil pour l'adoption de ces propositions, ainsi qu'en témoigne l'ampleur des différences observées d'un pays à l'autre au cours de récentes années.

TABLEAU : NIVEAUX DES ACCISES ACTUELLES
en Ecus (Espagne et Portugal exceptés)

	Cigarettes (20)	Bière (1 litre)	Vin (1 litre)	Alcool fort (0,75 l.)	Essence (1 litre)
Belgique	0,73	0,13	0,33	3,78	0,25
Danemark	1,96	0,65	1,35	9,58	0,28
France	0,31	0,03	0,03	3,37	0,36
Allemagne	1,02	0,07	0,00	3,43	0,23
Royaume-Uni	1,25	0,70	1,60	7,70	0,29
Grèce	0,28	0,22	0,00	0,16	0,29
Irlande	1,14	1,14	2,71	7,84	0,36
Italie	0,57	0,18	0,00	0,75	0,49
Luxembourg	0,54	0,06	0,13	4,54	0,20
Pays-Bas	0,74	0,23	0,33	3,79	0,28

De ce fait, souligne la Commission, les problèmes concernant les droits d'accises sont plus complexes que ceux relatifs à la T.V.A. car les structures diffèrent autant que les taux.

Dans les propositions de juillet 1987, l'approche générale de la Commission pour déterminer les taux a été guidée par le souci de perturber le moins possible les politiques nationales, tout en s'efforçant d'assurer une certaine équité. En outre, comme la T.V.A. est calculée

sur les prix droits d'accises inclus, il n'est pas possible d'envisager la même flexibilité que pour les fourchettes de T.V.A. sans prendre le risque de les faire éclater.

Aussi la Commission ne prévoit pas un rapprochement des taux comme pour la T.V.A., mais des taux uniques pour les accises qui seraient maintenues sur le tabac, les alcools et les huiles minérales. Les autres accises qui subsistent dans certains Etats seraient supprimées.

Pour le tabac, les taux ont été calculés sur la base de la moyenne arithmétique des taux en vigueur dans la Communauté qui donnent un poids égal aux taux appliqués par chacun des Etats membres. Ceci se traduit par une augmentation de la taxation générale au niveau communautaire, ce qui est conforme à la politique communautaire dans le domaine de la santé.

- Cigarettes
 - accise spécifique pour 1.000 19,5 Ecus
 - droit ad valorem + T.V.A. (en % du prix de détail) 52 % - 54 %
- Cigares et cigarillos
 - droit ad valorem + T.V.A. (en % du prix de détail) 34 % - 36 %
- Tabac à fumer
 - droit ad valorem + T.V.A. (en % du prix de détail) 54 % - 56 %
- Autres tabacs manufacturés
 - droit ad valorem + T.V.A. (en % du prix de détail) 41 % - 43 %

Dans le secteur des boissons alcoolisées, on distingue les boissons distillées et les boissons fermentées. Pour les premières, c'est la moyenne arithmétique communautaire qui a été retenue. Pour les boissons fermentées (vins et bières), la moyenne arithmétique ainsi que la moyenne pondérée n'ont pas été retenues en raison de leurs effets perturbateurs. La solution finalement proposée pour ces produits qui sont en concurrence consisterait à les taxer de la même façon par litre de produit.

- Alcool pour boissons (par hectolitre d'alcool pur) .. 1.271 Ecus
- Produits intermédiaires (par hectolitre) 85 Ecus
- Vins (par hectolitre, moyenne 11 %) 17 Ecus
- Bières (par hectolitre, moyenne 12,5 % Plato) 17 Ecus

Quant aux huiles minérales, le taux proposé pour chacune des principales catégories de produits tend à minimiser les perturbations produites sur les recettes fiscales nationales ou sur les structures des coûts dans l'industrie. Ainsi, pour l'essence, a été choisi un taux correspondant à la moyenne arithmétique des taux existants alors que pour le gaz oil et le fuel lourd, pour lesquels l'usage commercial est prépondérant, la Commission considère qu'un taux pondéré sur la base de la consommation serait plus approprié.

- Essence contenant du plomb (utilisée comme carburant par 1000 litres) 340 Ecus
- Essence sans plomb par 1000 litres 310 Ecus
- Gaz de pétrole liquéfié par 1000 litres 85 Ecus

- Gaz oil par 1000 litres	177 Ecus
- Gaz oil de chauffage par 1000 litres	50 Ecus
- Fuel lourd par 1000 kg	17 Ecus

C - L'effet budgétaire global

La Commission s'est efforcée, dans l'établissement de ses propositions, de limiter autant que possible les perturbations budgétaires pour le maximum d'Etats membres.

Elle est consciente que la complexité de la situation, tant en ce qui concerne les taux que les structures fiscales, et la liberté qui est laissée aux Etats membres quant aux moyens leur permettant de réaliser les adaptations nécessaires d'ici le 31 décembre 1992 rendent incertaine toute estimation de ces effets modérateurs, tant sur les recettes fiscales que sur le niveau des prix.

L'évaluation des effets de ces propositions pour chaque Etat membre est, en tout état de cause, une tâche incombant aux Etats membres eux-mêmes.

Ces réserves faites, la Commission estime probable que trois Etats membres (Belgique, Italie, Pays-Bas) seront en mesure de conserver le même niveau de recettes fiscales globales sur la base des taux proposés pour la T.V.A. et les droits d'accises. Un Etat membre (la France) subirait une légère perte budgétaire alors que trois Etats (l'Allemagne, le Royaume-Uni, la Grèce) obtiendraient une augmentation peu importante ou modérée de leurs recettes budgétaires. Deux Etats membres (Irlande et Danemark) subiraient d'importantes pertes budgétaires, tandis que les autres Etats membres (Luxembourg, Espagne, Portugal) verraient leurs recettes budgétaires augmenter sensiblement.

D - Calendrier et clause de standstill

Les taux communautaires de la T.V.A. et des droits d'accises devraient entrer en vigueur au plus tard le 31 décembre 1992. Il appartiendra aux Etats membres de prendre les dispositions nécessaires pour se rapprocher de ces taux dans l'intervalle.

La Commission présente également une proposition de convergence remplaçant la clause de standstill actuellement à l'examen devant le Conseil. Cette proposition, qui traite des taux de T.V.A. et des taux d'accises principales, vise à ce que les Etats membres ne s'écartent pas de l'objectif général d'ici à 1992.

**PROPOSITIONS A SOUMETTRE EN LIAISON
AVEC LE RAPPROCHEMENT DES TAUX DES IMPOTS
INDIRECTS ET L'HARMONISATION DE LEUR STRUCTURE**

A - T.V.A.

1) Proposition de directive du Conseil complétant le système commun de taxe sur la valeur ajoutée et modifiant la directive 77/388/CEE - Rapprochement des taux de T.V.A.
COM (87) 321.

2) Proposition de directive du Conseil complétant le système commun de taxe sur la valeur ajoutée et modifiant la directive 77/388/CEE - Elimination des frontières fiscales.
COM (87) 322.

3) Projet de proposition relative à un mécanisme communautaire de compensation de la T.V.A.
COM (87) 323.

4) Proposition de directive du Conseil instituant un processus de convergence des taux de taxe sur la valeur ajoutée et ces accises.
COM (87) 324.

B - ACCISES

1) Proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation des taxes de consommation sur les cigarettes.
COM (87) 325.

2) Proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation des taxes de consommation sur les tabacs manufacturés autres que les cigarettes.
COM (87) 326.

3) Proposition de directive du Conseil concernant le rapprochement des taux d'accises sur les huiles minérales.
COM (87) 327.

4) Proposition de directive du Conseil concernant le rapprochement des taux d'accises sur les boissons alcoolisées et sur l'alcool contenu dans d'autres produits.
COM (87) 328.

II - LA FRANCE ET L'HARMONISATION DE LA FISCALITE INDIRECTE

Le rapprochement des fiscalités indirectes, notamment de la T.V.A., constituera pour la France un enjeu fiscal, budgétaire et économique d'importance. Ceci tient notamment au fait que, par rapport à nos partenaires, la structure du système fiscal français se caractérise par la prépondérance du poids de l'impôt indirect.

L'importance et la complexité des problèmes posés par le schéma de la Commission européenne impliqueront des études approfondies pour en évaluer les conséquences économiques et financières. Les premières appréciations qui ont pu être portées par le gouvernement, au Sénat notamment, sont donc, en règle générale, d'une grande prudence. Il n'en convient pas moins de prendre acte des premières mesures envisagées dans le projet de loi de finances ainsi que des travaux de simulation réalisés par la Délégation du Sénat pour la planification en vue d'apprécier les effets induits de l'harmonisation en termes macro-économiques.

A - Le débat du Sénat du 26 juin 1987

Le Sénat n'a pas tardé à mesurer toute la portée d'un marché unifié européen à l'horizon 1992. C'est ainsi que sur l'initiative de la commission des finances un large débat est intervenu dès le 26 juin 1987 - c'est-à-dire avant même que soient connues de façon précise les propositions de la Commission européenne sur l'harmonisation des impôts indirects - à partir des questions de M. Maurice BLIN, rapporteur général, de MM. Roger CHINAUD, Lucien NEUWIRTH, Josy MOINET, Paul LORIDANT et Roger VIZET. Ces questions ont eu le mérite de lever certaines zones d'ombre que recouvre encore l'unification du marché européen et de donner au ministre de l'économie et des finances l'occasion d'apporter un certain nombre de précisions sur les conditions dans lesquelles le gouvernement envisageait, pour sa part, la préparation de cette échéance.

On se bornera ici à rappeler les questions et observations essentielles de M. NEUWIRTH ayant trait à l'harmonisation de la fiscalité ainsi que les réponses ministérielles qu'elles ont provoquées.

1) Evoquant tout d'abord la nécessité d'achever *l'harmonisation des règles d'assiette de la T.V.A. et de droits à déduction*, M. NEUWIRTH a souligné que notre système comporte quelques anomalies, telles que l'impossibilité de déduire plus de 50 % de la taxe grevant les carburants et surtout la règle du décalage d'un mois qui interdit aux entreprises d'imputer immédiatement la taxe ayant frappé leurs consommations intermédiaires sur la T.V.A. Il en résulte une charge qui pénalise la trésorerie de nos entreprises et que la France est le seul pays à instituer.

En ce qui a trait à *l'harmonisation des taux de la T.V.A. et des accises*, l'orateur a rappelé la position de la Commission européenne selon laquelle ils ne doivent pas diverger à l'excès sous peine de condamner le marché unique.

Quant à la suppression des *formalités liées à la T.V.A. aux frontières*, la taxe pourrait être acquittée par l'entreprise exportatrice puis, le cas échéant, imputée à l'entreprise importatrice. Un vaste système de compensation permettrait de garantir à chaque Etat les ressources fiscales correspondant à la T.V.A. effectivement acquittée par ses propres consommateurs. La mise en place d'un tel système peut se révéler redoutablement complexe.

En ce qui a trait aux incidences à court terme des mesures d'harmonisation, l'attention a été appelée sur leurs conséquences fiscales et celles de nature économique : modification des prix relatifs des différents produits, effet de l'abaissement du poids de la T.V.A. sur l'indice général des prix et sur l'équilibre de nos échanges extérieurs, modalités de compensation de la perte de ressources fiscales. Sur ce dernier point, l'accent a été mis sur l'importance qui s'attache à ce que les mesures d'harmonisation arrêtées par la Communauté laissent subsister une marge de manoeuvre fiscale aux Etats.

Quant aux mesures d'ordre national impliquées par l'harmonisation des fiscalités indirectes, M. NEUWIRTH a souligné la nécessité de poursuivre l'élimination des handicaps fiscaux les plus évidents à la compétitivité des entreprises et a rappelé les mesures déjà prises ou envisagées dans ce domaine.

Il a enfin souligné que la diminution des recettes de T.V.A., si elle se produit, ne doit pas se traduire par une régression des ressources transférées aux collectivités locales. A cet égard, il importe impérativement que soit appliquée la clause garantissant que la ressource des collectivités locales est calculée à législation constante.

2) *La réponse du gouvernement*

Ayant tout d'abord rappelé que l'avènement du marché intérieur européen n'est pas seulement un engagement international qu'a pris notre pays dans l'Acte unique européen, mais qu'il est réellement l'occasion d'adapter la France au monde économique tel qu'il est, le ministre de l'économie et des finances a indiqué que dans le domaine écono-

mique, financier et fiscal, objet essentiel de ce débat, l'ampleur de la tâche est immense et que la politique suivie par le gouvernement a pour objectif de préparer cette échéance.

Traitant des questions fiscales posées par la réalisation du marché intérieur, il a souligné que l'harmonisation des fiscalités ne doit pas être conçue comme une fin en soi mais qu'elle doit être surtout considérée comme un moyen pour la Communauté de réaliser son objectif d'intégration économique. Il s'agit d'une des mesures de rapprochement la plus complexe de toutes celles qui doivent être accomplies, parce qu'elle touche à la fois aux fondements même de la vie économique et du pouvoir de l'Etat et des parlements nationaux.

En ce qui a trait à *l'harmonisation de règles d'assiette de la T.V.A.* qui est en grande partie achevée, au moins en ce qui concerne le champ d'application de cet impôt, il a rappelé que l'assujettissement des télécommunications, à compter du 1^{er} novembre 1987, constitue un pas important fait par la France dans le sens de l'harmonisation.

Sur les règles de déductibilité et de la délicate question du décalage d'un mois, il a souligné que l'harmonisation des règles de déductibilité lui paraissait essentielle, les entreprises françaises supportant, en effet, des rémanences de T.V.A. supérieures à celles qui existent chez plusieurs de nos concurrents.

Quant au rapprochement des taux de T.V.A., étape la plus importante et la plus difficile, l'enjeu porte sur la liberté qu'auront les Etats de répartir l'impôt entre fiscalité directe et fiscalité indirecte et concerne des masses budgétaires impressionnantes. Ainsi, un alignement du taux moyen français de T.V.A., de l'ordre de 16,3 % sur un taux théorique moyen de l'ordre de 13 % entraînerait une perte de recettes budgétaires de presque 100 milliards de francs pour notre pays. Cela étant, il convient de ne pas être trop pessimiste, car une telle hypothèse signifierait que seule la France ferait un pas dans le sens de l'harmonisation alors qu'il est légitime d'attendre que les autres en fassent autant.

Evoquant l'étape intermédiaire de réduction du nombre des taux et des deux fourchettes de taux envisagés par la Commission (14 % à 20 % pour le taux normal, 4 % à 9 % pour le taux réduit), le ministre a noté que cela impliquerait pour la France la suppression du taux majoré de 33,3 %. Il s'est interrogé sur le caractère souhaitable ou nécessaire d'une harmonisation qui se traduirait par un abaissement très important des taux sur les produits de luxe et un relèvement de la taxation des produits de consommation courante. Il s'agit d'une question essentielle qu'il faudra trancher. En toute hypothèse, l'effort sera important et devra être poursuivi d'année en année.

Quant à la question de fond concernant *la suppression des frontières fiscales*, est-il imaginable, s'interroge le ministre, qu'un système de T.V.A. européenne comporte, comme le pense la Commission, des taux différents par produit de pays à pays sans ajustement à la frontière ?

L'analyse des conséquences de ces hypothèses sera l'un des thèmes de la mission confiée au groupe de réflexion économique, présidé par M. BOITEUX.

B - Le projet de loi de finances pour 1988 et la préparation de l'échéance 1992

Postérieurement à l'intervention du ministre de l'économie et des finances devant le Sénat en juin dernier, il convient de noter que le projet de loi de finances pour 1988 retient un certain nombre de mesures fiscales qui se situent dans la perspective du marché unique.

— Concernant tout d'abord l'harmonisation européenne des conditions de remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée, il est proposé de supprimer la règle du crédit de référence qui limite les possibilités de remboursement de crédits de T.V.A. dont disposent les entreprises et les exploitants agricoles qui exerçaient déjà leur activité en 1971.

— La taxe intérieure applicable au fuel lourd sera ramenée dès 1988 au niveau de l'objectif fixé par la Commission européenne et le taux de déductibilité de la T.V.A. sur le gazole sera porté à 60 % en 1988 et augmenté de 10 % par an au-delà de cette date pour atteindre 100 % en 1992.

— Quant à la réduction du taux de la T.V.A., préalable indispensable à l'achèvement du marché intérieur de 1992, elle concerne, d'une part, les ventes d'automobiles et de motos, d'autre part, les ventes de disques, pour lesquelles les taux applicables de 33,3 % dans la législation actuelle doivent être respectivement abaissés à 28 % et 18,6 %.

— Deux autres mesures sont, par ailleurs proposées en vue d'exonérer de la taxe les prestations de soins des cliniques privées et de mettre les attractions foraines dans une situation de concurrence analogue à celle des parcs à thème.

« Au total, a précisé le ministre d'Etat, ministre de l'économie et des finances et de la privatisation, si l'on tient compte non seulement des mesures de réduction des taux, mais aussi des mesures relatives au champ d'application de la T.V.A., ce sont quelque 15 milliards de francs d'allègements fiscaux qui sont consacrés à cet objectif d'harmonisation européenne en 1988 ».

En ce qui concerne la règle du décalage d'un mois dans le remboursement de la T.V.A. aux entreprises, le ministre délégué chargé du budget a précisé qu'il lui paraissait techniquement impossible de supprimer actuellement cette règle en raison de son coût.

Le ministre a, par ailleurs, exprimé le souhait que l'effort de rapprochement de la T.V.A. soit mené par l'ensemble des pays membres de la C.E.E. Il a, enfin, souligné que la disparition des frontières fiscales ne constituait pas un préalable à la réalisation du grand marché intérieur.

C - L'incidence macro-économique de modifications des taux de T.V.A. allant dans le sens de l'harmonisation européenne

La suppression des frontières fiscales au sein de la C.E.E. est un objectif qui engage la France comme ses partenaires. Il convient donc de s'y préparer.

C'est dans cette perspective que s'inscrit le rapport d'information de M. Bernard BARBIER, au nom de la Délégation du Sénat pour la planification (1), traitant de l'incidence macro-économique de modifications des taux de la T.V.A. allant dans le sens de l'harmonisation européenne.

L'étude simule une première étape sur la voie de l'harmonisation, qui consiste à substituer à la structure actuelle des taux de T.V.A. en France :

5,5 %, 7 %, 18,6 %, 33,3 %
une structure plus européenne :

8 %, 18,6 %, 25 %.

A priori, ces modifications seraient sans incidence sur l'équilibre budgétaire : la réduction à 25 % du taux majoré coûterait, en 1987, 15 milliards de francs et l'unification à 8 % des taux réduits rapporterait une somme équivalente.

Les résultats de cette simulation peuvent se résumer ainsi :

— D'après le modèle, la baisse des prix des produits assujettis au taux majoré compenserait la hausse des prix des produits soumis aux taux réduits : au total, le taux d'inflation ne serait pas modifié.

— Les mouvements contrastés des prix des divers produits induiraient une légère modification de la structure de la demande en faveur des produits dont les prix baissent (essentiellement les biens d'équipement, notamment l'automobile) et au détriment des produits qui se trouvent renchérissés (essentiellement les produits alimentaires).

(1)N° 213, Sénat, session 1986-1987

— La dégradation du solde des échanges de produits manufacturés serait à peu près compensée par l'amélioration de l'excédent agro-alimentaire.

— Sous réserve de ces modifications sectorielles, l'activité économique et l'emploi ne seraient pas modifiés dans leur ensemble.

— La part de la T.V.A. dans notre système fiscal resterait à son niveau actuel.

En conclusion, le rapporteur a formulé les observations suivantes :

1) Compte tenu des risques qu'elle comporte pour l'équilibre de nos échanges extérieurs, la suppression du taux majoré de la T.V.A. ne devrait pas se faire en une seule fois mais en plusieurs étapes.

2) Il serait périlleux d'abaisser le taux majoré de la T.V.A. sans prendre simultanément des mesures compensatoires de nature à atténuer la détérioration de nos échanges extérieurs.

3) On ne peut recommander, dans ces conditions, de considérer la réduction du taux majoré de la T.V.A. comme un élément de la politique de limitation des prélèvements obligatoires. Cette dernière doit plutôt s'orienter vers des allègements d'impôts ou de cotisations sociales qui favorisent l'emploi sans déséquilibrer le commerce extérieur.

4) Le système de T.V.A. harmonisé n'autorisera vraisemblablement l'existence que d'un seul taux réduit, il faut donc prévoir la réunification de nos actuels taux réduit (7 %) et super réduit (5,5 %).

5) Sans écarter la possibilité d'un relèvement limité du taux normal pour compenser l'abandon du taux majoré, la simulation n'a pas retenu cette hypothèse, afin de ne pas préjuger le résultat des négociations européennes. Dans le même esprit, elle s'est bornée à réduire à 25 % le taux majoré, sans aller jusqu'à sa complète suppression.

En supposant que le nouveau taux réduit unique soit alors fixé à 8 %, cette étude montre qu'il existe une possibilité de donner à notre système de T.V.A. une structure qui le rapproche de l'objectif d'harmonisation, sans perturber les équilibres macro-économiques ni modifier la part des recettes provenant de la T.V.A. dans notre fiscalité.

Prolongeant les réflexions engagées dans son rapport présenté au printemps dernier et sur la base des propositions de la Commission des Communautés européennes présentées en juillet dernier, M. BARBIER a formulé récemment (1) quelques observations nouvelles :

(1)N° 84, Sénat, session 1987-1988

a) Budgétairement, il est possible de parvenir en France à un système de T.V.A. à deux taux qui corresponde aux propositions de la Commission. C'est ainsi que la projection des finances publiques à l'horizon 1992 aboutit, au terme d'un cheminement en quatre étapes, et sans modifier la part de la T.V.A. dans les recettes fiscales, à un système fondé sur :

- un taux normal compris entre 18,8 % et 19,2 % ;
- un taux réduit compris entre 7 % et 8 %.

b) Mais il faut bien que nos partenaires acceptent eux aussi de faire quelques pas. Il conviendrait en particulier que l'Allemagne relève son taux normal (actuellement 14 %) et que la Grande-Bretagne renonce au taux zéro, ce qui est loin d'être acquis.

c) Le système de compensation budgétaire qu'il est envisagé de mettre en place entre les Etats semble d'une complexité telle qu'on doit se demander s'il pourrait fonctionner à un coût qui ne soit pas exhorbitant.

d) Vient alors à l'esprit une question qui peut surprendre :

La disparition des frontières douanières au sein de la Communauté est avant tout un objectif politique : dans l'opinion publique, la conscience d'une citoyenneté européenne est incompatible avec des « trasseries douanières » à l'intérieur de la Communauté.

Est-ce que cet objectif politique nécessite l'harmonisation des fiscalités indirectes ?

L'Acte unique semble répondre par l'affirmative, mais certains experts sont d'un avis contraire : en faisant un effort d'organisation, les moyens informatiques permettraient en quelque sorte de dématérialiser les procédures de dédouanement. Selon ces experts, la formule actuelle d'exportation en franchise de T.V.A. et de taxation dans le pays de destination est considérablement plus simple que le système de compensation budgétaire qui est envisagé.

Mais faire disparaître les douaniers sans harmoniser les fiscalités indirectes, c'est accepter que les particuliers puissent - à titre privé, bien sûr - tirer avantage d'écarts de taxations entre pays voisins.

Après tout, cela simplifierait radicalement bien des problèmes et cela serait peut-être moins coûteux que les dispositifs actuellement envisagés.

La question mérite d'être posée, conclut le rapporteur, ne serait-ce que parce que le postulat selon lequel la disparition des frontières fiscales nécessite l'harmonisation des fiscalités n'a jamais été discuté.

*

* *

L'accueil réservé par certains Etats membres aux propositions de la Commission traduit déjà de profondes réserves de la part des pays impliqués dans la suppression du taux zéro.

Interrogée à la Chambre des Communes le 17 juillet 1987, au lendemain de la publication de ces propositions, Mme THATCHER, Premier Ministre britannique, a affirmé que les chances que les propositions de la Commission européenne sur la suppression des frontières fiscales soient acceptées par les Douze sont tout à fait négligeables. « Tout Etat membre, a-t-elle ajouté, doit rester libre de fixer sa propre structure de T.V.A. ».

De son côté, le ministre des finances de l'Irlande a indiqué que son pays opposerait son veto à ces propositions dans leur forme actuelle.

Quant au Danemark, l'un des pays où la T.V.A. est la plus chère, les responsables de la politique fiscale soulignent qu'il est totalement irréaliste d'attendre que Copenhague ramène ses taux au niveau souhaité par Bruxelles, car cela signifierait que le pays ne pourrait plus mener une politique économique indépendante.

En France, le ministre de l'économie et des finances considère que « l'idée d'une fourchette de taux risque d'avoir des conséquences néfastes pour nos entreprises et que, par ailleurs, les experts s'accordent pour reconnaître que le projet de mécanisme de compensation n'est guère réaliste ».

De son côté, le ministre chargé du budget a mis en garde « contre l'illusion de réaliser une unité fiscale en 1992. Enlevons-nous l'idée d'une T.V.A. unique, les délais sont trop courts et l'objectif n'est pas nécessaire », a-t-il indiqué en se référant aux régimes fiscaux, différents selon les Etats, appliqués aux Etats-Unis.

Pour le Ministre, l'Europe doit se donner trois priorités moins ambitieuses : l'harmonisation des champs d'application et des règles de réduction de T.V.A., le rapprochement progressif des taux, sur plus de cinq ans, et le maintien provisoire de frontières physiques.

*

* *

Par l'importance des problèmes techniques et politiques qu'elle soulève, et par les divergences de conception qu'elle révèle, l'harmonisation fiscale apparaît, en définitive, comme l'un des aspects les plus décisifs et les plus délicats de tous ceux que pose l'achèvement du marché intérieur.

CHAPITRE VI

LA CREATION D'UN ENVIRONNEMENT FAVORABLE A LA COOPERATION INDUSTRIELLE

La règle fondamentale du marché intérieur, comme déjà du Marché commun, est l'ouverture à la concurrence.

Le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur regroupe sous l'objectif de « création d'un environnement favorable à la coopération industrielle » plusieurs priorités : des propositions touchant au régime juridique des sociétés ; le renforcement des règles de concurrence ; enfin, la définition de dispositions communautaires en matière de protection de la propriété intellectuelle et industrielle.

I - REGIME JURIDIQUE DES SOCIETES

Parmi les conditions de l'établissement du grand marché figure l'élimination des distorsions de concurrence résultant des disparités juridiques encore considérables qui distinguent la pluralité des statuts de l'entreprise commerciale d'un Etat membre à l'autre.

Deux voies concurrentes s'offrent à la Communauté pour aplanir ces obstacles à la constitution d'entreprises opérant indifféremment sur tout le territoire européen : soit une harmonisation complète (1) du statut des différentes formes de sociétés (cette harmonisation pouvant, d'ailleurs, être conduite progressivement, élément par élément : par exem-

(1) Cette harmonisation, qui doit se réaliser par voie de directives appelant une transposition en droit interne et éventuellement des adaptations mineures, est expressément prévue par l'article 54 du Traité de Rome qui dispose que le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Comité économique et social et de l'Assemblée « statue par voies de directives à l'unanimité jusqu'à la fin de la première étape et à la majorité qualifiée par la suite » en vue notamment de coordonner « dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ». On observera qu'aux termes de l'article 100 A nouveau du Traité de Rome, qui résulte de l'article 18 de l'Acte unique, les mesures d'harmonisation nécessaires à l'établissement du marché intérieur pourront être prises sous forme de règlement, donc directement applicables, et ce, à la majorité qualifiée. Mais, notamment à la demande de la France, une déclaration a été annexée à l'Acte unique qui indique que « le Conseil privilégiera le recours aux directives » pour parvenir à l'harmonisation des réglementations nationales.

ple, présentation comptable et publicité des comptes, information des actionnaires, participation des salariés ...), le but étant la définition de règles étroitement semblables qui se substitueraient à toutes les formes existantes dans chacun des Etats membres, soit l'élaboration d'un ou de plusieurs statuts (1) « européens » uniformes, qui coexisteraient avec les régimes nationaux, les entrepreneurs pouvant opter soit pour l'une des formes juridiques de l'Etat d'implantation, soit pour le nouveau statut européen.

La Commission poursuit l'objectif d'harmonisation du cadre juridique de l'activité des entreprises selon les deux méthodes. Le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, tout en indiquant qu'une décision sur la proposition de directive instituant une société européenne « sera nécessaire d'ici 1992 » semble privilégier dans l'immédiat la voie pragmatique du rapprochement des législations nationales tout en « n'excluant pas la possibilité de modifier la proposition relative à la société européenne, sur la base des résultats déjà obtenus ».

C'est donc en recourant concurremment aux deux méthodes que la Commission poursuit une harmonisation particulièrement malaisée (2).

A - Directives d'harmonisation de certains éléments du régime des sociétés commerciales

La réalisation du marché commun ou, pour prendre la terminologie de l'Acte unique européen, du marché intérieur, repose sur le principe de la non discrimination à raison de l'appartenance à tel ou tel Etat membre. La tâche est rendue particulièrement ardue quand des disparités de régime juridique par trop marquées pourraient entraîner des distorsions de concurrence.

Or, ce principe s'applique (3) aux entreprises alors même que le droit des sociétés connaît de sensibles différences d'un Etat membre à l'autre.

(1) fixés par un règlement excluant tout procédure de transposition et garantissant donc la parfaite uniformité des statuts de ces sociétés d'un nouveau type.

(2) Une troisième voie peut être empruntée, celle des conventions internationales conclues entre Etats membres sur la base de l'article 220 du Traité de Rome. Ainsi, une convention a été signée le 29 février 1968 par les Etats fondateurs de la Communauté et a fait l'objet d'un engagement d'adhésion lors des élargissements successifs, convention relative à « la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales », mais certaines ratifications manquant encore, ses dispositions ne sont toujours pas entrées en vigueur.

(3) « Titre III - La libre circulation des personnes, des services et des capitaux ». Chapitre 2 : Le droit d'établissement

« Article 58. - Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissant des Etats membres.

Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif. »

Malgré la portée très large de l'article 58 du Traité de Rome, l'action de la Communauté s'est jusqu'ici limitée, pour l'essentiel, aux sociétés anonymes ou à responsabilité limitée. Sept directives importantes sur le droit des sociétés ont été adoptées, dont trois relatives à la comptabilité.

- La première directive, adoptée en 1968, définit un système de publicité applicable à toutes les sociétés. Elle traite aussi de la validité des engagements d'une société.

- La deuxième directive, adoptée en 1976, prévoit une harmonisation des normes et des procédures relatives à la constitution, au maintien et aux modifications du capital des sociétés anonymes.

— La troisième et la sixième directives définissent les éléments juridiques nécessaires aux principaux modes de restructuration des sociétés.

- La troisième directive, adoptée en 1978, introduit dans les systèmes juridiques de tous les pays membres la procédure de fusion des sociétés anonymes, avec le transfert de l'actif et du passif de la société absorbée à la société absorbante (1).

- La sixième directive, adoptée en 1982, réglemente le processus de scission, c'est-à-dire la division d'une société existante en plusieurs unités (1).

— Les quatrième, septième et huitième directives créent un code de législation comptable européenne harmonisé à un très haut niveau, même s'il est encore loin d'être complet.

- La quatrième directive, adoptée en 1978, répond à l'engagement pris par la Communauté dans la première directive de couvrir les comptes annuels de toutes les sociétés anonymes et à responsabilité limitée.

- La septième directive, adoptée en 1983, concerne les comptes consolidés de sociétés faisant partie d'un « groupe » d'entreprises, c'est-à-dire les sociétés mères et leurs filiales (la quatrième directive avait dû se limiter aux comptes des sociétés individuelles).

- La huitième directive, adoptée en 1984, définit les qualifications des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables exigés par la législation communautaire.

- Les directives adoptées jusqu'ici répondent aux objectifs fixés au cours des années 60 et 70, mais tout le travail est loin d'avoir été accompli. Il reste, en effet, encore un certain nombre de propositions et d'initiatives en suspens, dont certaines très importantes comme la proposition de cinquième directive relative à la structure des sociétés anonymes.

(1) Ces deux directives viennent tout récemment de faire l'objet d'une procédure de transposition en droit français : cf. projet de loi Sénat n° 385, seconde session ordinaire de 1985-1986, et rapport de M. Dailly n° 82 Sénat (1987-1988).

B - La proposition de règlement relative à la société anonyme européenne

Une harmonisation communautaire ne peut pas effacer la nature nationale des sociétés. Il est clair que la création de formes juridiques spécifiquement européennes permettrait d'élargir les possibilités d'initiative économique et de coopération au sein de la Communauté. Deux propositions de règlement ont donc été présentées pour aider les entreprises à coopérer à l'échelle communautaire.

La première vise à créer un statut de société anonyme européen qui offrirait aux sociétés l'option de se constituer d'emblée au niveau européen plutôt que national.

La seconde vise à permettre la création de groupements européens d'intérêt économique offrant à leurs membres des possibilités de coopération dans une structure flexible disposant de la personnalité juridique. Les sociétés affiliées gardent leur statut national et leur indépendance économique, mais le groupement fonctionne à leur avantage mutuel. Ce projet a été adopté par le Conseil des Ministres des Communautés le 27 juin 1985 (mais un délai de quatre ans est prévu pour la transposition de ses dispositions dans l'ordre juridique des différents Etats membres).

La proposition de règlement instituant un statut de « société anonyme européenne »

Pour intéressantes qu'elles soient, la coordination prévue par l'article 54-3-g et les conventions à objet limité recommandées par l'article 220 laisseront subsister la diversité des législations à l'intérieur du marché commun. Un cadre plus favorable au développement de l'économie européenne serait constitué par l'existence de sociétés de type européen, dont le régime juridique serait uniforme dans les Etats membres. Cette uniformité faciliterait les fusions et transferts de siège social, favoriserait le fonctionnement des groupes comprenant des sociétés installées dans des pays différents, pourrait même rendre plus aisée la collecte des capitaux par une société dans tous les Etats de la Communauté (1).

L'étude du problème par les institutions communautaires et les gouvernements a suscité une discussion de principe. Une note du gouvernement français déposée à Bruxelles le 15 mars 1965 avait proposé la solution d'une société nationale de type européen. Cette société aurait été rattachée à un Etat déterminé, mais soumise à une réglementation qui aurait été la même dans tous les Etats membres grâce à une convention internationale portant loi uniforme. Le rattachement de la

(1) Et annulerait les distorsions de concurrence qui incitent aujourd'hui à choisir tel pays plutôt que tel autre pour constituer une nouvelle société au gré de l'appréciation des différentes commodités juridiques. Mais l'élément qui dicte le plus souvent le choix du pays d'établissement est la fiscalité qui pèse sur les entreprises, élément qui demeure hors du champ de la proposition de directive.

société à un Etat aurait permis d'appliquer la législation de celui-ci à titre complémentaire des normes européennes. De son côté, la Commission transmet au Conseil, le 2 avril 1966, un memorandum proposant la solution plus ambitieuse d'un statut de droit européen. La société serait totalement coupée des législations nationales, ne dépendant que de l'ordre juridique communautaire. La Commission déposa, en 1967, un avant-projet de statut qui, sans prendre parti formellement sur le problème du rattachement, décrivait concrètement ce que pourrait être la société commerciale européenne. Cet avant-projet servit finalement de base à une proposition de règlement très élaborée qui a été soumise par la Commission au Conseil le 30 juin 1970 (J.O.C.E. n° C 124 du 10 octobre 1970), et dont un nouveau texte a été présenté le 13 mai 1975 (Bulletin des Communautés européennes, suppl.4/75).

Les principales dispositions prévues peuvent être analysées ainsi :

— *Rattachement communautaire*

La Commission a opté pour le rattachement communautaire.

Celui-ci, clairement affirmé dans le préambule du projet, se manifeste dans la constitution de la société, par le droit qui lui est applicable et par les compétences dévolues à la Cour de Justice.

— *Constitution de la société. Contrôle. Immatriculation et publicité*

La constitution de la société européenne serait soumise à un contrôle, qui ne serait pas confié aux autorités nationales du pays de son siège social mais à la Cour de Justice des Communautés appelée à en vérifier la régularité (article 17).

Une fois le contrôle effectué, et si la Cour ne constatait aucune irrégularité, la société serait immatriculée au registre européen du commerce, institué auprès de la haute juridiction (article 18). L'immatriculation serait publiée au Journal officiel des Communautés et, à compter de cette publication, la société jouirait de la personnalité morale sur tout le territoire de la Communauté ; à partir de la même date, aucun vice de constitution ne pourrait plus être invoqué (article 19).

— *Droit applicable*

Aux termes de l'article 7 § 1^{er}, l'application d'un droit national serait exclue dans toutes les matières « régies » par le statut ; il faut entendre par là, semble-t-il, toutes les matières réglementées — soit, en définitive, tout ce qui concerne la constitution, la structure, le fonctionnement, la dissolution et la liquidation de la société, ainsi que le fonctionnement des groupes de sociétés dont elle ferait partie — même si ces dispositions comportent des lacunes sur des questions entrant dans ces « matières ».

Au cas où de telles lacunes se rencontreraient, l'article 7 - al.1^{er} prescrit l'application des principes généraux dont le statut s'inspire et, à défaut de tels principes, des principes généraux communs aux droits

des Etats membres. On a exprimé des doutes sur l'aptitude des premiers à fournir des solutions précises et détaillées, alors que les seconds, en revanche, sont appelés à se multiplier par l'effet de la coordination des législations. Mais la hiérarchie ainsi établie démontre la ferme volonté de la Commission de détacher aussi complètement que possible la société européenne de tout ordre juridique national.

— *Matières non régies par le statut*

Ici, les lois nationales désignées par la règle de compétence du juge saisi reprendraient leur empire ; mais il s'agirait normalement des rapports de la société avec les tiers, qui ne relèvent naturellement pas de son statut.

— *Compétences de la Cour de Justice*

Indépendamment de sa compétence de contrôle préalable de l'immatriculation de la société, la Cour de Justice serait compétente pour interpréter le statut, en application de l'article 177, puisqu'il s'agirait d'un règlement : à l'uniformité d'origine des textes s'ajouterait ainsi celle de leur interprétation qui serait, elle aussi, communautaire.

En outre, la Cour serait compétente pour décider si une entreprise est une entreprise dépendante au sein d'un groupe dominé par une société européenne ou si une société européenne est une entreprise de groupe au sens du statut.

— *Accès à la société anonyme européenne*

Toute société constituée selon le droit d'un Etat membre et reconnue en application de la convention du 29 février 1968 (1), ainsi qu'une société européenne préexistante pourraient participer à la constitution d'une société européenne (articles 2 et 3). Mais, s'il s'agissait de sociétés nationales, elles devraient relever d'au moins deux Etats différents, ce qui atteste que l'objectif du statut est de permettre les unions d'entreprises et leur accroissement externe, l'un et l'autre transnationaux.

Les associés seraient donc exclusivement des personnes morales et appartenant à au moins deux Etats membres.

— *Modes de constitution*

La société européenne pourrait être formée exclusivement : par fusion de sociétés préexistantes, par constitution d'une société holding ou par la création d'une filiale commune (article 12) ; il s'agit, dans tous ces cas, d'unions ou de groupements transnationaux d'entreprises.

Toutefois, une société européenne pourrait adopter le même statut pour une filiale qu'elle créerait seule (article 3 § 3) ; mais c'est qu'alors l'union ou le groupement transnational auraient eu lieu lors de la création de la société mère, dont la filiale n'est qu'un instrument de développement.

(1) Convention non encore entrée en vigueur, tous les Etats membres n'ayant pas accompli les formalités de ratification.

— *Structure, fonctionnement, groupes de sociétés, dissolution et liquidation*

Sur tous ces points, la proposition de règlement contient des dispositions détaillées, qui en font un véritable code de ce type de société : il ne saurait en être autrement, dès lors que l'application de toute loi nationale est exclue.

Deux traits fondamentaux caractérisent le projet : la société serait de système dualiste, car elle devrait comporter outre l'assemblée générale, un directoire et un conseil de surveillance. D'autre part, le conseil de surveillance devrait être composé, à concurrence d'un tiers, de représentants des travailleurs, d'un tiers des actionnaires et, enfin, d'un tiers coopté par les deux premières catégories ; il serait institué auprès de toute société européenne ayant des établissements dans plusieurs Etats membres un « comité européen d'entreprise », dont les membres seraient élus par les travailleurs de chaque établissement, et qui aurait un droit d'information et celui de participer à diverses décisions du directoire. Le comité recevrait une information très large sur la vie de l'entreprise, serait appelé à donner son accord ou son avis sur de nombreux problèmes, d'ordre social et économique.

*
* *

Ce sont ces deux innovations essentielles de la proposition de directive relative à la structure de la société anonyme qui constituent le plus sérieux obstacle (1) à l'adoption de celle-ci et ont, de même, paralysé le projet de règlement relatif à la société européenne. Il ne faut pas se dissimuler que ce sont là, parmi beaucoup d'autres, de très sérieuses difficultés sur le chemin de l'adoption du statut de la société européenne. Malgré la résolution adoptée à ce sujet en juillet 1974 par le Parlement européen, le projet de règlement, révisé par la Commission le 30 avril 1975, est demeuré en instance depuis.

Néanmoins, l'achèvement du marché intérieur, que la Communauté s'est assigné pour objectif d'ici à 1992, impose sans doute à rechercher une plus grande harmonisation des conditions de concurrence, en particulier en rapprochant les législations commerciales des Etats membres.

Le Président de la Commission, M. Jacques DELORS, conscient de ces blocages, a suggéré que soient élaborés plusieurs statuts européens, entre lesquels les entrepreneurs auraient la faculté d'opter, à l'instar du régime juridique français par exemple qui offre le choix entre différents types de sociétés commerciales, aux règles d'organisation nettement distinctes.

(1) Outre l'attribution de compétences de juge de droit commun en matière de droit commercial conférées à la Cour de Justice des Communautés européennes, véritable novation de son rôle par rapport au régime prévu par le Traité de Rome et ses textes d'application.

II - LES REGLES DE CONCURRENCE

A - Réglementation de la concurrence applicables aux entreprises

1) *Les principes du Traité*

Pour égaliser les conditions de concurrence dans tout l'espace communautaire, l'harmonisation du régime juridique des sociétés est sans doute un élément nécessaire, mais la définition de « règles du jeu » économiques ne l'est pas moins.

Cette transparence des conditions de concurrence est d'ailleurs expressément prévue par le Traité qui consacre un chapitre entier aux règles de concurrence, comprenant des règles applicables aux entreprises, la prohibition des pratiques de « dumping », enfin la réglementation des aides accordées par l'Etat.

Si l'Acte Unique européen ne modifie pas directement ces dispositions, l'objectif qu'il fixe à la Communauté : l'ouverture du marché intérieur à la pleine concurrence communautaire d'ici à la fin 1992, devrait entraîner une application plus rigoureuse des dispositions existantes et leur renforcement.

C'est d'ailleurs l'une des priorités énoncées par le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur.

La Commission ainsi fait porter l'effort sur deux aspects : la réglementation des concentrations et le contrôle des distorsions de concurrence résultant d'aides publiques.

2) *Le contrôle des concentrations et des fusions*

Le Traité prévoyait initialement que des règlements et des directives viendraient préciser les procédures de contrôle des accords ou abus de position dominante prohibés.

Il organise un complexe partage de compétences pour fonder cette réglementation : le Traité confie en effet aux Etats la responsabilité de statuer et selon leur droit national, sur le caractère d'infraction des opérations incriminées ou au contraire sur l'inapplicabilité de la prohibition aux décisions dont l'intérêt économique l'emporte. Mais il charge parallèlement la Commission de veiller à l'application des règles de concurrence et lui reconnaît même le pouvoir d'instruire d'office « le cas d'infraction présumée ». Elle peut enfin constater les infractions par une décision motivée et définir les modalités « pour remédier à la situation », qu'elle « autorise les Etats membres » à mettre en oeuvre.

Le Traité renvoyait expressément à des règlements et des directives (1) l'organisation de la répression des infractions (institution d'amendes et astreintes, définition des rôles respectifs de la Commission et de la Cour de Justice, articulation des règles nationales et du Traité, définition du champ d'application...), ne fixant que des principes et un cadre juridique.

Le règlement du Conseil n° 17 du 6 février 1952 et le règlement n° 27 de la Commission du 3 mai 1962, suivis par toute une série de règlements complémentaires, sont venus préciser le champ d'application, les définitions des opérations, les procédures d'application et de contrôle, enfin les sanctions (amendes et astreintes) de l'inobservation des règles communautaires de concurrence.

Si la Commission, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Justice veille au respect de ces règles, elle souhaiterait perfectionner le système de répression des atteintes à la concurrence en instituant un contrôle communautaire des grandes opérations de fusions dont l'ouverture des frontières risque de provoquer la multiplication, alors même que le fonctionnement du marché intérieur ne doit pas être faussé par des abus de position dominante ou une concentration excessive dans les différents secteurs industriels.

La réglementation communautaire d'ensemble des fusions d'entreprises pose deux séries de problèmes : d'une part, la logique même du développement d'une industrie européenne doit favoriser les fusions entre entreprises appartenant à différents Etats membres. Il convient dès lors non seulement de lever tous les obstacles extérieurs (fiscalité pénalisante, formalités administratives décourageantes...) mais aussi de définir un cadre juridique commun. C'est l'objet des 3ème et 6ème directives, que la France est en train de transposer en droit interne en modifiant la loi n° 66-537 sur les sociétés commerciales (2).

D'autre part, la mise en oeuvre des principes du Traité prohibant les ententes et abus de position dominante doit être assurée, voire renforcée, au moins selon l'opinion de la Commission. Elle souhaite en effet substituer une réglementation fixant « a priori » les conditions de licéité des opérations projetées au contrôle a posteriori d'opérations en cours, voire déjà réalisées. C'est l'objet de la proposition de 10ème directive (3) concernant les fusions transfrontalières de sociétés anonymes que la Commission a soumise au Conseil.

A l'instar de nombre de réglementations nationales, les règles prévues par le Traité de Rome posent le principe de la prohibition outre des abus de position dominante, de tout accord « susceptible d'affec-

(1) Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de Justice a établi que ces dispositions étaient d'application directe (Affaire BOOCH, 6 avril 1962).

(2) Cf. P.J.L. Sénat n° 385 2ème session ordinaire de 1985-1986 et rapport de M. Etienne DAILLY au nom de la commission des Lois (n° 82, Sénat, 1987-1988).

(3) Com. 84-727 final. La proposition soulève également des difficultés touchant à la représentation des travailleurs. La Commission juridique du Parlement européen a d'ailleurs rejeté la proposition lors de son examen pour cette raison.

ter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun » ; mais cette prohibition de principe s'efface, comme encore une fois, dans la plupart des réglementations anti-trust (y compris dans la loi française sur les ententes) lorsque les avantages économiques l'emportent sur les atteintes à la libre concurrence.

Mais le problème est alors de déterminer l'autorité qui appréciera les avantages et les inconvénients des projets de concentration et arbitrera entre autorisation ou sanction.

Ce problème de fond, généralement résolu par l'intervention d'organes administratifs spécialisés, est évidemment rendu plus ardu par le contexte institutionnel spécifique des Communautés européennes (1).

Là réside sans doute la difficulté de fond qui retarde l'adoption par le Conseil de la proposition de la Commission, en instance depuis 1972... et modifiée à plusieurs reprises. Le projet de directive confie expressément à la Commission, après avis d'un comité simplement consultatif, le pouvoir d'autoriser ou d'interdire les opérations qui devraient obligatoirement lui être notifiées avant tout engagement.

La réglementation ne s'appliquerait qu'aux entreprises réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 7,9 millions d'ECU (ou, concéderait la Commission, 1 milliard, si l'élévation du seuil devait permettre l'adoption de la proposition).

Enfin, la définition des exemptions serait clarifiée afin d'éviter les incertitudes qui peuvent résulter de l'extrapolation de décisions rendues a posteriori sur des cas particuliers.

La Commission défend sa proposition en indiquant qu'elle est une alternative au contrôle a posteriori, beaucoup plus gênant pour les entreprises puisqu'il peut conduire à l'annulation d'opérations déjà réalisées. Un arrêt très récent de la Cour de Justice des Communautés européennes vient de confirmer l'interprétation que la Commission fait de ses pouvoirs en matière de contrôle des fusions et concentration. La Cour vient en effet de reconnaître la compétence de la Commission à l'égard de prises de participations, assimilées aux opérations soumises aux règles du Traité, qui comprendraient désormais toute modification importante dans les structures du capital social des entreprises.

Conformément aux priorités retenues par la Commission, le Conseil aura sans doute à examiner prochainement la proposition de directive, à laquelle la récente jurisprudence de la Cour donne un éclairage nouveau.

(1) En effet, ne procédant pas directement de l'expression du suffrage et n'étant pas soumise à la responsabilité politique, caractères qui fondent généralement la légitimité du pouvoir de contraindre, la Commission apparaît à certains Etats membres comme ne devant pas concentrer le pouvoir, considérable, d'arbitrer entre l'intérêt économique d'opération de restructurations industrielles majeures et l'application des règles de concurrence.

B - Le contrôle des aides publiques (1)

Le second volet de la politique communautaire de la concurrence est le contrôle des aides publiques qui peuvent fausser la compétition entre entreprises, ou perturber l'allocation rationnelle des forces de production.

La Commission a peu à peu renforcé ses interventions dans ce domaine dont elle fait d'ailleurs mention parmi ceux où des progrès seront encore nécessaires pour établir le marché intérieur.

Mais il s'agit moins là pour la Commission d'élaborer une réglementation nouvelle que de systématiser ses interventions et d'en renforcer l'efficacité.

Les compétences de la Commission sont en effet beaucoup plus claires, aux termes du Traité, en matière de contrôle des aides publiques que pour le contrôle des ententes et des abus de position dominante.

1) *Les règles du Traité*

Le dispositif du Traité pose un principe, dont il définit les limites et organise le contrôle.

. *Le principe*

« Article 92 - Sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le Marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »...

. *Les exceptions*

Pour concilier le principe avec certains impératifs économiques ou sociaux, le Traité prévoit des exceptions à la prohibition des aides, certaines exceptions sont permanentes, d'autres peuvent être décidées cas par cas.

• **Permanentés :**

Sont déclarées compatibles avec le Marché commun :

— les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,

— les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires (ainsi que

(1) Cf. à ce sujet les conclusions de la Délégation, adoptées sur le rapport de M. Xavier de VILLEPIN, in T.II du présent rapport.

certaines aides propres à l'Allemagne destinées à compenser les effets de la division de ce pays).

• Facultatives :

Peuvent être considérées comme compatibles avec le Marché commun :

— les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi,

— les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun, ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre,

— les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

— les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission (1). En outre, à la demande d'une Etat membre, le Conseil statuant à l'unanimité peut déclarer compatible avec le Marché commun une aide justifiée par des « circonstances exceptionnelles ».

. *Les procédures de contrôle*

Les Etats doivent informer la Commission « en temps utile », c'est-à-dire en principe avant l'institution d'une aide, de tout projet ressortissant aux dispositions de l'article 92.

Si la Commission estime cette aide incompatible avec le Marché commun selon l'article 92, elle met « les intéressés » en demeure de présenter leurs observations.

Lorsqu'elle constate, à l'issue de cette instruction, que l'aide est bien incompatible ou appliquée de façon abusive, la Commission adresse à l'Etat intéressé une décision lui enjoignant de supprimer ou modifier l'aide incriminée (2), dans un délai qu'elle fixe.

Si l'Etat en cause ne se conforme pas à la décision dans les délais fixés, la Commission peut saisir directement la Cour de Justice, sans observer la procédure itérative des articles 169 et 170 du Traité.

(1) Soit par un vote réunissant au moins 54 voix sur un total de 76, aux termes de la nouvelle rédaction de l'article 149 du Traité, issue de l'article 7 de l'Acte unique européen, l'unanimité est requise si le Conseil entend modifier la proposition de la Commission. Ainsi il a été décidé de soumettre à un contrôle allégé les aides publiques de faible importance.

(2) Elle peut également donner une approbation « conditionnelle » à un régime d'aide, se réservant une appréciation cas par cas de la compatibilité avec la concurrence communautaire ; ce fut l'attitude de la Commission à l'égard du Fonds Industriel de Modernisation français.

Toutes les décisions de la Commission sont, par ailleurs, susceptibles d'être déférées par un Etat membre au contrôle de la Cour de Justice des Communautés européennes. La Commission entend désormais faire produire tous leurs effets à la déclaration d'incompatibilité d'une aide avec le Marché commun, en obligeant la collectivité donatrice à procéder à la récupération des aides illicites (1).

2) *L'interprétation par la Commission : conditions de compatibilité des aides avec le Marché commun*

La Commission, sous le contrôle de la Cour de Justice, a été amenée au fur et à mesure des espèces qui lui ont été soumises (quand les aides sont notifiées) ou dont elle s'est saisie (quand elle a connaissance d'une aide de façon indirecte, éventuellement par voie de presse ou en dépouillant les déclarations gouvernementales (2) à préciser les conditions de compatibilité des aides avec le principe de libre concurrence du Marché commun et à cerner le concept même d'aide sous les espèces infiniment variées des différentes interventions de politique industrielle, voire sociale.

Cette jurisprudence est donc fondée sur l'appréciation de l'effet des aides, la Commission et la Cour étendant leur contrôle aux formes les plus variées que ces aides peuvent prendre dans le cadre des politiques économiques.

— *Effets des aides*

Outre les « codes » applicables à certaines aides spécifiques (sidérurgie, chantiers navals...), la Commission a été amenée à donner une interprétation aux dispositions du Traité qui prohibent les aides « dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres... (et) faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

En déterminant sa position à l'égard de chaque projet d'aide, la Commission a développé un certain nombre de critères de base qu'on trouve exposés dans une communication au Conseil de mai 1978 :

« Dans le contexte de situations économiques et sociales se modifiant, il importe que la dimension communautaire soit prise en considération par les actions des Etats membres et, en particulier, que celles-ci ne soient engagées que lorsque la nécessité en existe réellement, qu'elles

(1) Quand bien même cette récupération aboutirait à la mise en liquidation de l'entreprise abusivement aidée. La France qui devrait, aux termes d'une décision de la Commission, demander à l'entreprise « Boussac » le remboursement d'une aide déclarée partiellement injustifiée, a saisi en septembre 1987, la Cour de Justice.

(2) Voir les « guides des aides à l'industrie » et autres guides des aides aux créations d'emplois, à la localisation de nouvelles entreprises... que publient gouvernements et collectivités territoriales, pour ne rien dire, en France, de la récapitulation obligatoire des « fonds publics attribués à titre d'aides aux entreprises industrielles » dans un rapport annexé aux projets de lois de règlement.

conduisent à la restauration d'une viabilité à long terme et que toutes ces actions accroissent l'efficacité des politiques économiques, sociales et régionales de la Communauté. Les aides d'Etat devraient tendre à résoudre les problèmes à long terme et non à préserver le statu quo ou à différer des décisions ou des changements qui sont inéluctables. En pesant l'intérêt communautaire et l'intérêt national, la Commission s'efforce d'assurer que les problèmes industriels et le chômage ne soient pas transférés d'un Etat membre à l'autre.

« La Commission admet que la nécessité d'adapter les structures doit tenir compte des coûts sociaux à court terme qui en résultent. Il faut en effet du temps pour procéder aux adaptations. Si les aides d'Etat ne doivent pas être utilisées dans le seul but de préserver les structures existantes, on peut néanmoins accepter une certaine utilisation des ressources pour alléger les coûts sociaux et économiques du changement, par exemple sous forme d'opérations de sauvetage ou même d'aides de fonctionnement contrôlées pendant une période rigoureusement limitée (mesures de crise).

« L'intensité de l'aide accordée doit être proportionnée à l'intensité des problèmes qu'il s'agit de résoudre ».

En termes plus concrets, la Commission a été amenée à définir les principes suivants :

— les aides ne doivent pas être accordées lorsque leur seul effet serait de maintenir le statu quo. C'est pourquoi des aides à la production, comme telles, ne peuvent en principe être admises à moins d'être subordonnées à une action préalable du bénéficiaire tendant à faciliter son adaptation (par exemple, programmes de restructuration) et, ensuite, d'être limitées dans le temps ;

— de même, des mesures de sauvetage ont été admises pour laisser un répit pendant le temps nécessaire à la définition de solutions à plus long terme aux difficultés des entreprises ; elles doivent être limitées aux cas où elles s'imposent pour résoudre des problèmes sociaux aigus ;

— les aides à l'investissement ne doivent pas conduire à des augmentations de capacités, puisque l'un des traits communs aux secteurs concernés est que les capacités de production y sont généralement excessives (la Commission s'est efforcée, dans certains secteurs, d'appliquer ce critère aux aides régionales).

Le souci constant de la Commission dans l'exercice de son contrôle est donc d'évaluer si l'intervention est plus ou moins éloignée du comportement d'un investisseur privé dans le cadre des lois du marché, et de n'accepter une aide dérogeant à ces lois que dans la mesure où elle est temporaire et n'empêche pas le rétablissement aussi rapide que possible de la libre concurrence.

Ainsi, la Commission rend-elle des décisions négatives à l'égard d'aides, sous quelque forme que ce soit, qui s'apparentent à une aide

au fonctionnement (aides répétées à une entreprise structurellement déficitaire), qui visent à renforcer la position d'une entreprise nationale par rapport à des entreprises concurrentes établies dans d'autres Etats membres, ou à attirer des investissements, ou à maintenir des emplois sans restructuration de l'activité en difficulté.

La Commission contrôle en outre strictement la nature et la portée des aides présentées comme des mesures d'accompagnement d'un plan de restructuration, se réservant la possibilité de se saisir à nouveau d'un cas ayant fait l'objet d'une première décision favorable, si ces mesures par exemple devaient aboutir en fait à des gains de productivité et à un accroissement de production dans un secteur fragilisé précisément par des surcapacités.

Ainsi, la Commission a ouvert des procédures au titre de l'article 93 du Traité à l'égard de plusieurs prêts du Fonds industriel de modernisation (F.I.M.), en particulier dans les secteurs de la construction automobile et des pièces de rechange. La Commission a estimé qu'en l'absence d'information sur les plans éventuels de restructuration des entreprises visées, les investissements aidés permettraient une modernisation pure et simple des moyens de production, incombant normalement aux entreprises, selon les règles du marché.

La Cour de Justice, tout en constatant que la Commission dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire sur les éléments d'ordre économique et social pouvant caractériser une aide incompatible avec les règles de concurrence, contrôle cependant que ces interventions *perturbent effectivement* le fonctionnement du Marché commun et ont une influence sur les échanges intra-communautaires (1). Sur ce point, la Cour a été appelée à réformer plusieurs décisions de la Commission, par trop sourcilieuse.

— *Origine des aides*

La Commission a fait prévaloir une interprétation étendue des termes du Traité « aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat » et considère que ressortissent au contrôle toute aide financée directement ou indirectement par des deniers publics, que ce soit à l'initiative de l'Etat central ou de fonds institués par le gouvernement ou de collectivités territoriales, même si la gestion en est assurée par des organismes distincts des pouvoirs publics.

Plus problématique apparaît l'assimilation à une aide publique de l'affectation à un secteur du produit d'une taxe parafiscale. En effet, en l'espèce il ne s'agit pas d'une ressource publique à proprement parler mais le plus souvent de la contribution d'un secteur économique à sa propre restructuration, via il est vrai un prélèvement régi par les règles des prélèvements obligatoires et un transfert par le budget de

(1) Philip Morris c/Commission des Communautés européennes - Affaire 730-79.

l'Etat (1). La Commission a ainsi rendu un avis défavorable au régime français de restructuration des industries textiles et de l'habillement institué en 1984. Le gouvernement français a déféré cette décision à la Cour de Justice en août 1985, arguant de ce que les mesures envisagées ne faussaient pas le jeu de la concurrence, mais a décidé de suspendre le régime d'aides géré par le comité de développement et de promotion du textile et de l'habillement (2).

De même, la Commission vient-elle d'ouvrir la procédure d'instruction de l'article 93 à l'égard du régime d'aides prévu par le gouvernement français en faveur des industries et des matériaux de construction institué pour cinq ans et financé par une taxe parafiscale gérée par une association.

— *Forme des aides*

Là encore, la Commission, appuyée par la jurisprudence de la Cour de Justice, a fait prévaloir une interprétation large à laquelle l'invitaient d'ailleurs les termes du Traité visant « ... les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, *sous quelque forme que ce soit...* ».

L'arrêt de la Cour dans l'affaire « Intermills » (3) constitue pour la Commission une occasion de clarifier sa propre position en ce qui concerne les conditions d'application de l'article 92 C.E.E..

La diversité des interventions financières projetées par les Etats membres conduit en premier lieu la Commission à préciser à nouveau dans quels cas elle considère que celles-ci contiennent un élément d'aide au sens de l'article 92, paragraphe 1, C.E.E. ; ces interventions peuvent émaner aussi bien de l'Etat lui-même que « d'une collectivité publique ou d'un autre organisme, public ou privé, dans lequel l'Etat exerce une influence déterminante ou qu'il désigne en vue de gérer l'aide » ; il convient, en effet, dans l'application de l'article 92, d'éviter toute discrimination dans le contrôle des aides étatiques qui tiendrait au statut juridique différent des organismes par lesquels elles transitent.

Toute discrimination qui porterait sur la forme des aides doit également être évitée : les aides peuvent consister non seulement en subventions ou avances, mais aussi en prêts à des conditions plus favorables que celles du marché, allègements fiscaux, exonérations de charges sociales ou prises de participation publiques, pourvu que celles-ci aient lieu dans des circonstances ou sous des conditions telles qu'un opérateur privé n'y procéderait pas.

(1) On observera que l'auto-discipline de certains producteurs d'autres Etats membres, en rendant ces procédures de puissance publique superflues, font échapper du même coup à la sanction de la Commission des « cotisations volontaires » à un organisme professionnel chargé des mêmes missions de restructuration.

(2) La Cour de Justice a rejeté le recours français ; cf J.O.C.E. 209 - 20.08.86

(3) Affaire 323/82 - Arrêt du 14.11.1984 - J.O.C. du 7.12.1984

Ainsi ont été assimilées à des aides, non seulement les subventions directes de l'Etat central mais des prises de participation (y compris à une entreprise publique), des prêts participatifs, des commandes, des contrats d'étude ou de recherches (1), des prises en charge d'investissement, l'abandon de créances (2) ou la consolidation de prêts publics, directs ou via des fonds spécifiques, des allègements de charges sociales, des cessions de terrains industrielles avantageuses ou même gratuites, des prêts à taux préférentiels, ainsi que des bonifications, des amortissements différés, des mesures de garanties financières diverses, notamment d'assurance pour risques à l'exportation...

La Commission fait à cet égard preuve d'une vigilance à la mesure de la variété que revêtent les instruments de politique économique. Mais il faut noter que, à la limite, toute politique économique volontariste comporte des éléments interventionnistes et, par conséquent, des aides, plus ou moins directes, destinées à favoriser l'accomplissement des objectifs de cette politique : création d'emplois, embauche des jeunes, localisation d'entreprises dans certaines régions, développement de certaines « filières » industrielles ou de certaines productions jugées indispensables à l'indépendance nationale comme à la compétitivité dans les domaines de haute technologie... Les modulations de la fiscalité, les allocations de crédits aux différents ministères, les budgets aussi des collectivités territoriales, traduisent tous des priorités économiques et prévoient des moyens pour les réaliser.

Une interprétation par trop extensive du concept d'aide publique aboutirait à une mise en tutelle complète par la Commission des budgets nationaux et locaux, étrangère à la lettre des Traités et que les Etats membres comme leurs collectivités territoriales ne sont sans doute pas prêts à avaliser tout uniment.

*
* *

Enfin, il faut souligner que la structure même des régimes d'aides publiques en France, le plus souvent alimentés par le budget de l'Etat, les rend particulièrement « voyants » et par conséquent les désigne à l'attention vigilante de la Commission. Il n'en va pas de même, semble-t-il, des régimes d'aides dans d'autres Etats membres, où les entreprises bénéficient de ressources publiques sous des formes diversifiées et le plus souvent habilement décentralisées.

Ainsi, à niveau de développement comparable des économies, on constate des disparités très importantes dans les montants de concours publics à l'économie sous forme d'aides régionales comme le rappelle

(1) Cf. communication de la Commission au sujet d'un encadrement communautaire des aides d'Etat en faveur de la recherche et du développement - J.O.C. du -99-11.04.86.

(2) La Commission vient d'ailleurs d'ouvrir la procédure d'examen à l'égard des modalités de la transformation du statut de la Régie Renault.

un récent rapport parlementaire (1) établi à partir de données puisées... auprès de la Commission elle-même :

I : aides régionales brutes accordées aux entreprises en 1985 en millions d'Ecus.

II : aides régionales en Ecus par habitant des régions éligibles.

	I	II
Belgique.....	185,9	53,7
R.F.A.	1 419,3	55,3
France	285,0	13,5
Italie.....	2 903,0	104,5
Pays-Bas	219,0	39,8
Royaume-Uni	1 339,0	53,8

Source : Commission des Communautés européennes, 1987.

Tableau que le rapport commente ainsi :

« Dans une vision européenne de l'aménagement du territoire, est-il acceptable que les moyens du développement local soient en France six à huit fois inférieurs à ce qu'ils sont en Allemagne ou en Italie ? La publication par la Commission des Communautés européennes des montants attribués par les Etats membres en matière d'aides régionales pour 1985 est révélatrice.

« Les dotations globales placent la France au niveau des petits pays de la C.E.E. : légèrement inférieur à la Belgique et aux Pays-Bas, moins du quart des dépenses allemandes, moins du tiers des dépenses britanniques.

« En ce qui concerne les montants par habitant, tous les pays du nord sauf le Danemark, consacrent aux aides régionales plus de 40 Ecus. Les 13 Ecus/h. de la France font pâle figure vis-à-vis des 54 ou 55 Ecus du Royaume-Uni ou de la R.F.A.

« Les écarts qui se sont aggravés en 1986, réduisent l'attractivité de la France par rapport aux pays voisins, et jouent au détriment de nos régions frontalières, où le différentiel est particulièrement voyant ».

Sans aborder la délicate question du niveau optimum de distribution des aides, collectivité décentralisée ou autorités nationales, il faut indiquer que la doctrine de la Commission qui visait à déterminer la

(1) Rapport de M. Jean-Pierre BALLIGANT, au nom de la commission des Finances sur le budget de l'aménagement du territoire - Doc. A.N. n° 960 (annexe n° 22) 1ère session ordinaire de 87/88 8ème législature. Cf. également la réponse ministérielle à la question n° 04542 de M. Xavier de VILLEPIN J.O. Questions Sénat du 5 novembre 1987.

licité d'aides régionales des Etats par référence à un indice communautaire (niveau de vie de la région éligible inférieur à 75 % de la moyenne communautaire) et non par rapport au niveau de vie moyen de l'Etat membre en cause s'est trouvée infirmée par une toute récente jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (1).

On peut donc conjecturer que l'interprétation des dispositions du Traité concernant les aides publiques est appelée à évoluer pour concilier les impératifs distincts, si ce n'est antagonistes, de corrections nationales des déséquilibres régionaux ou sectoriels, et les objectifs communautaires partagés entre le principe de prohibition des aides publiques et l'affirmation récente d'interventions en faveur de la « cohésion économique et sociale » au profit presque exclusif des « régions périphériques ».

III - PROPRIETE INTELLECTUELLE ET INDUSTRIELLE

Pôle important de l'innovation technologique, la Communauté doit se doter d'un régime juridique qui assure une protection et une rémunération légitime des inventions, tout en permettant le développement des progrès techniques. C'est l'un des enjeux de la compétitivité du futur espace économique unifié, et l'une des priorités également énoncées par le Livre blanc.

Les 12 Etats membres connaissent des régimes assez sensiblement différents de protection de la propriété intellectuelle et industrielle, qu'il s'agisse de son étendue dans le temps (durée de l'exploitation exclusive), de son champ d'application (produits et procédés brevetables ou non) ou des procédures et sanctions (régime de la preuve, règles de compétence, sanctions).

Là encore, deux méthodes s'offrent pour établir un espace économique unifié : soit définir un régime commun se substituant aux régimes nationaux, soit harmoniser progressivement la protection de tel secteur ou produit, rapprocher les procédures nationales, élaborer peu à peu une attitude commune au moins vis-à-vis de la concurrence extra-communautaire.

La Commission poursuit dans les deux voies l'harmonisation de ce facteur décisif pour la compétitivité des entreprises européennes qu'est une protection non paralysante de l'innovation technique. Elle a en effet soumis au Conseil une proposition de directive instituant un brevet communautaire et elle poursuit par ailleurs l'harmonisation élément par élément de certaines réglementations nationales.

(1) Cf. ci-dessous, T. II, ch. IV - La réforme des fonds structurels. On observera en outre que cet indice est établi à partir du rapport P.I.B. par habitant, donnant des disparités beaucoup plus fortes qu'une estimation, sans doute plus complexe mais plus réaliste aussi, des pouvoirs d'achat. Le chômeur de Duisbourg se trouve beaucoup mieux loti que l'agriculteur portugais selon le premier mode de calcul. Les disparités seraient beaucoup moins sensibles en termes de pouvoirs d'achat prenant en compte les niveaux relatifs de prix.

A - La réglementation européenne des brevets (1)

En faisant de la liberté de circulation des produits et des marchandises l'un des principes de l'unification du « marché commun », les pays signataires du Traité de Rome devaient naturellement être conduits très tôt à se préoccuper de l'harmonisation des droits nationaux de la propriété industrielle.

Dès 1959, c'est-à-dire à l'aube de la construction européenne, la Commission se préoccupait d'élaborer un droit européen des brevets.

Un premier projet était établi en 1962 par M. HAERTEL, futur président de l'O.E.B., mais finalement abandonné en raison des difficultés qu'il suscitait (2).

A l'occasion de la session du Conseil des 3 et 4 mars 1969, les gouvernements des Etats membres ont décidé de régler le futur droit européen des brevets dans deux conventions :

— dans une première convention, une procédure européenne de délivrance des brevets d'invention devait être élaborée avec la participation à part entière d'Etats tiers européens, cette procédure devant mener à la délivrance d'un brevet européen par un office international des brevets. Le brevet européen délivré (brevet collectif - Bündelpatent) devait avoir dans les Etats contractants l'effet d'un brevet national ; au cours des travaux, quatre nouveaux Etats (Finlande, Yougoslavie, Liechtenstein, Monaco) se sont joints aux 17 Etats (les Neuf, la Grèce, la Norvège, l'Autriche, le Portugal, la Suède, la Suisse, l'Espagne et la Turquie) représentés au début de la conférence. En plus de la Commission des Communautés européennes, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, l'Institut international des brevets et le Secrétariat général du Conseil de l'Europe ont également participé en qualité d'observateurs aux travaux de la Conférence intergouvernementale ;

— dans une deuxième convention passée entre les seuls Etats membres des Communautés européennes, les effets du brevet européen devaient être réglementés d'une manière uniforme pour le territoire du Marché commun.

Ces travaux devaient finalement aboutir à la conclusion de deux conventions, l'une signée à Munich le 5 octobre 1973 instituant le brevet européen, la seconde signée à Luxembourg le 15 décembre 1975 par la Belgique, le Danemark, l'Allemagne fédérale, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Royaume-Uni instituant un « brevet européen pour le Marché commun » dite « convention sur le brevet communautaire ».

(1) Cf. à ce sujet les conclusions adoptées par la Délégation le 3 avril 1986, sur le rapport de M. Guy CABANEL. Rapport semestriel n° T. II, p° 130.

(2) Il s'agissait notamment des objectifs de l'accord (brevet C.E.E. ou brevet européen), de l'adhésion d'Etats tiers, de l'accessibilité (la possibilité pour des ressortissants d'Etats tiers d'acquiescer le brevet européen) et des clauses économiques (interdiction de cloisonner le marché, licences obligatoires).

1) *La convention de Munich sur le brevet européen*

Seule la première de ces deux conventions, celle de Munich sur la délivrance du brevet européen, est entrée en vigueur.

Signée par les Etats membres des Communautés européennes et par de nombreux autres Etats européens, la Convention de Munich fixe une procédure uniforme de délivrance du brevet et institue un Office européen des brevets, situé à Munich, qui procède aux recherches documentaires qui permettent d'établir la « brevetabilité » des demandes.

Mais le déposant doit désigner les pays adhérents à la convention dans lesquels il entend faire protéger son invention, qui sera soumise dans chacun des pays au droit national de la propriété industrielle, y compris quant aux procédures de contestation de validité et de contrefaçon et aux compétences juridictionnelles nationales. Plutôt que de brevet européen, il s'agit en fait de la délivrance, à l'issue d'une procédure unique avec paiement d'un droit initial unique (1), d'un faisceau de brevets nationaux, au choix du déposant.

Ainsi, le brevet européen recouvre-t-il des disparités quant à l'étendue dans le temps de la protection, comme à son champ d'application selon les droits nationaux des pays choisis. Cette convention n'institue donc pas un régime unique de protection des inventions.

En revanche, le système du « faisceau de brevets nationaux » présente une grande souplesse pour le déposant puisque celui-ci peut ne désigner que les pays dont les marchés lui paraissent prometteurs ; il peut même renoncer en cours de validité du brevet à l'extension dans l'un des pays initialement désignés si tel marché se révèle non rentable au regard des taxes de maintien en vigueur dans le pays considéré.

Quelques caractéristiques du « brevet européen » doivent encore être signalées :

D'une part, il s'agit d'une « convention ouverte », c'est-à-dire que des pays non signataires de la Convention peuvent déposer des brevets européens et le nombre très important de ces dépôts, d'origine américaine ou japonaise notamment, montre qu'il ne s'agit pas d'une clause de pure forme (2).

D'autre part, le brevet européen doit être rédigé dans l'une des trois langues officielles de l'Office européen des brevets : anglais, allemand ou français ; les pays adhérents à la convention peuvent néanmoins exiger, pour qu'un brevet européen produise ses effets sur le territoire national, qu'il soit traduit, aux frais du titulaire du brevet, dans la langue du pays considéré.

(1) Ce droit initial unique, qui couvre en particulier les frais de recherche documentaire, est affecté à l'Office européen des brevets de Munich, tandis que les taxes annuelles de maintien en vigueur du brevet sont versées aux différents pays choisis par le déposant.

(2) Ainsi, actuellement, 35 % des demandes de brevets européens proviennent des U.S.A. et 15 % du Japon. La moitié des « brevets européens » ont donc pour titulaires des inventeurs ou des firmes étrangères aux pays européens.

Enfin, l'adhésion d'un pays à la Convention laisse bien évidemment subsister les brevets nationaux (dont le brevet européen n'est qu'un assemblage « à géométrie variable »), les déposants demeurant libres de ne protéger leur invention que dans leur propre pays selon le droit qui y est en vigueur et en n'acquittant par conséquent que les droits initiaux et droits annuels de maintien qui y sont institués, évidemment plus faibles que les frais afférents à un brevet européen désignant plusieurs pays.

2) *La convention de Luxembourg sur le brevet communautaire*

- Les dispositions prévues

Le 15 décembre 1975 était signée à Luxembourg la « Convention relative au brevet européen pour le Marché commun » dite Convention sur le brevet communautaire, entre les neuf pays alors membres des Communautés européennes : Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, République Fédérale d'Allemagne et Royaume-Uni. La Grèce d'abord, puis l'Espagne et le Portugal allaient s'engager à leur tour à adhérer explicitement, au terme de périodes transitoires, à cette convention qui devrait donc en principe régir uniformément le droit de la propriété industrielle dans tous les pays membres (sous réserve des seuls brevets nationaux n'ayant d'effet que dans leur Etat de délivrance).

Seule en effet cette convention, à la différence de la Convention de Munich, semble répondre aux objectifs de libre circulation des marchandises puisqu'au faisceau de brevets nationaux du brevet européen, la Convention de Luxembourg substitue un titre unique, doté d'effets juridiques uniformes sur le territoire de l'ensemble des pays membres et soumis au contrôle juridictionnel d'instances communes spécialisées et finalement de la Cour de Justice des Communautés européennes.

Le brevet communautaire est doté par la Convention de Luxembourg d'un caractère *unitaire*, c'est-à-dire qu'il produit les mêmes effets dans l'ensemble des Etats membres, et ne peut être délivré, transféré, annulé ou s'éteindre que pour l'ensemble de ces pays.

Le brevet communautaire a de même un caractère *autonome*, soumis aux seules dispositions de la Convention qui l'institue et à certaines dispositions de la Convention de Munich, communes, par conséquent, au brevet européen et au brevet communautaire (il s'agit essentiellement des procédures d'obtention de ces brevets).

La désignation dans une demande de brevet européen d'un des neuf Etats de la Communauté européenne vaut obligatoirement désignation de l'ensemble de ceux-ci (mais la Convention laisse subsister les brevets nationaux, valables uniquement dans le pays de délivrance). A l'instar de la Convention de Munich, il s'agit d'une convention « ouverte », un ressortissant d'un pays tiers peut obtenir un brevet communautaire.

La véritable originalité de la Convention est qu'elle institue bien un droit unique :

— dans sa substance, en réglementant d'une façon uniforme les modes d'exploitation des droits conférés par le brevet (application de la règle de l'épuisement des droits, licences contractuelles, exclusives ou non, licences de droits, licences obligatoires) alors que la Cour de Justice des Communautés européennes comme la Commission sont fréquemment confrontées à la complexité actuelle des clauses d'exploitation qui sont autant d'entraves déguisées à la liberté de circulation des marchandises et à la concurrence (1) :

— par la procédure de règlement des litiges : afin d'éviter les risques d'incohérence d'une interprétation par les tribunaux nationaux et assurer le caractère véritablement unitaire du brevet communautaire, les contentieux de la validité, de l'annulation et des contrefaçons sont unifiés par la définition des compétences des juridictions nationales (notamment en matière de contrefaçon), l'institution d'instances spéciales communes (« divisions d'annulation », « chambres d'annulation ») auprès de l'Office européen des brevets, et enfin par la désignation de la Cour de Justice des Communautés européennes pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des dispositions applicables au brevet communautaire (la Convention prévoyant que le règlement de procédure est adapté et complété, en tant que de besoin, conformément à l'article 188 du Traité instituant la C.E.E.).

- Des difficultés non résolues

Deux points ont soulevé d'emblée certaines réserves : d'une part la question de la langue d'obtention et des éventuelles traductions. On sait que la Convention de Munich permet à un Etat de suspendre les effets d'un brevet européen le désignant, à la production d'une traduction dans sa langue nationale. A la demande expresse de l'Italie, une possibilité de réserve ayant le même effet a été inscrite dans la Convention de Luxembourg.

D'autre part, à la demande de la Grande-Bretagne, une faculté d'option serait maintenue entre brevet européen et brevet communautaire (suspendant par conséquent l'effet unitaire de la désignation d'un ou de plusieurs pays de la C.E.E.). Il est prévu de mettre fin à ces limitations à l'unanimité des membres du Conseil (pendant les dix premières années, au moins, en ce qui concerne le droit d'option, et toujours, quant à l'exigence de traduction).

(1) Cf. pour l'inventaire de ces clauses et l'appréciation de leur licéité au regard du droit communautaire par la C.J.C.E. et la Commission, Georges BONET « Propriétés intellectuelles » in *Revue trimestrielle de droit européen* » 1983.

La Commission a récemment publié un très important « Règlement concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du Traité C.E.E. à des catégories d'accords de licence de brevets ». Intéressant les brevets nationaux comme les brevets européens et les futurs brevets communautaires, il constitue un véritable code des clauses licites en la matière (Règlement C.E.E. n° 2349/84).

Outre le problème de l'extension, au moins potentielle, du champ d'application du brevet communautaire aux Etats ayant adhéré à la Communauté après la signature des Conventions, de laborieuses négociations se sont poursuivies sur les modalités de l'entrée en vigueur de la Convention de Luxembourg. Ces négociations relancées par le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur remis en juin 1985 par la Commission au Conseil des Communautés européennes devaient très partiellement aboutir lors de la Conférence intergouvernementale tenue à Luxembourg du 4 au 18 décembre 1985.

La Commission se prononçait pour une entrée en vigueur rapide (dès 1987) d'une convention qui « offrira d'importants avantages aux milieux industriels », fût-ce entre les seuls Etats en mesure de la ratifier (au prix d'une renégociation et d'une nouvelle signature et cela, dès 1985 !). Elle se prononçait également pour l'institution d'une cour d'appel commune par un protocole signé dès 1986 pour entrer en vigueur dès 1987.

Si la Conférence de Luxembourg, malgré les progrès réalisés, essentiellement l'organisation du contentieux du brevet communautaire (1), a néanmoins laissé en suspens les questions du financement du système, des traductions éventuelles du fascicule et du siège de la cour commune, elle a surtout achoppé sur un point capital : l'entrée en vigueur de la Convention de Luxembourg.

La Convention signée le 15 décembre 1975 par les neuf Etats membres qui composaient alors les Communautés européennes prévoyait dans son article 98 que ses dispositions entraient en vigueur « trois mois après le dépôt de ratification de l'Etat signataire qui procède le dernier à cette formalité ».

Or, l'échec, à six reprises !, devant le Parlement danois de la ratification (2) de la Convention de Munich laisse mal augurer d'une procédure de ratification de la Convention de Luxembourg qui n'est même pas entamée. Pour des raisons différentes, touchant à l'impossibilité de consentir par une loi ordinaire une délégation du pouvoir judiciaire à une instance internationale, l'Irlande n'apparaît pas non plus en mesure de procéder à cette ratification (3). Quant à la Grèce, faute

(1) Les représentants des Etats membres ont paraphé (mais non signé) le 18 décembre 1985 à Luxembourg un protocole sur le règlement des litiges en matière de contrefaçon et de validité des brevets communautaires ; un protocole sur les privilèges et immunités de la cour d'appel commune et un protocole sur le statut de cette cour, enfin, un protocole relatif aux modifications apportées au texte initial de la Convention de Luxembourg (pour tenir compte du dispositif de contrôle finalement adopté avec le protocole sur le règlement des litiges qui entraîne une redéfinition de la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes, et qui n'a pas retenu les chambres d'annulation prévues à l'origine, lui substituant une cour d'appel commune ; pour tenir compte aussi des réserves sur le mécanisme de financement, et préciser que l'unanimité des Etats membres sera toujours requise pour mettre fin à l'option entre brevet européen et brevet communautaire, décision qui aurait, selon les termes originels de l'article 86, pu être prise à la majorité après un délai de dix ans à compter de l'entrée en vigueur de la Convention).

(2) ratification qui requiert une majorité des cinq sixièmes au Folketing.

(3) sauf si le transfert apparaît comme la conséquence du Traité de Rome.

d'avoir pu obtenir les aménagements qu'elle demandait au moment de son adhésion, elle n'a toujours pas signé la Convention qui, n'étant pas en vigueur, ne peut guère être opposée comme faisant partie de l'« acquis communautaire ».

Le Portugal et l'Espagne, s'ils se sont engagés à adhérer aux Conventions de Munich et de Luxembourg, ont obtenu un délai jusqu'en 1992.

Selon le Livre blanc, compte tenu des difficultés persistantes qui retardent l'entrée en vigueur de la Convention et considérant que le brevet communautaire doit apporter « d'importants avantages aux milieux industriels », la Commission se déclare « en faveur d'une solution dans laquelle la Convention entrerait en vigueur immédiatement, au moins parmi les Etats membres qui sont en mesure de la ratifier ».

Cette hypothèse a d'ailleurs inspiré les travaux de la Conférence de Luxembourg de décembre 1986 puisque dans le projet de texte révisé de la Convention, l'article 98 subordonnant l'entrée en vigueur au parachèvement des ratifications est supprimé tandis que le préambule de l'« Accord en matière de brevets communautaires » paraphé par douze Etats membres, tout en rappelant qu'un régime communautaire des brevets contribuerait à la réalisation des objectifs fondamentaux du Traité de Rome, au premier rang desquels l'abolition des obstacles à la libre circulation des marchandises, exprime la conviction des parties contractantes « qu'une mise en vigueur graduelle du système du brevet communautaire, caractérisé par l'instauration au cours d'une période transitoire d'un brevet unitaire produisant des effets au-delà des frontières nationales pour une majorité des Etats membres, permettra aux inventeurs et aux entreprises d'en apprécier les avantages par rapport aux régimes de brevets nationaux et de brevets européens qui continueront d'être à leur disposition ».

Commission, Conseil, Parlement européen, il semble que se dégage une opinion majoritaire au sein de toutes les institutions communautaires en faveur d'une renégociation et d'une entrée en vigueur entre les seuls pays en mesure de mener la ratification à son terme, soit la France, l'Allemagne Fédérale, la Grande-Bretagne, la Belgique, les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Italie. Les partisans de cette entrée en vigueur restreinte font valoir que le régime du brevet communautaire aurait ainsi la possibilité de démontrer ses avantages et permettrait de lever les réticences des pays qui en diffèrent la ratification.

Mais cette opinion n'est pas unanimement partagée, certains représentants craignant que cette application restreinte ne pérennise l'absence de l'Irlande et du Danemark et surtout n'encourage les nouveaux Etats membres, Grèce, Espagne et Portugal à demander la renégociation des dispositions de fond de la Convention avant d'y adhérer. Enfin, outre que cette application restreinte consacrerait une « Europe à deux vitesses » évidemment étrangère à l'esprit des Traités instituant les Communautés européennes, on ne peut pas exclure le ris-

que que les pays hors champ d'application du brevet communautaire ne mettent à profit les inégalités actuelles de protection, pérennisant des distorsions de concurrence au détriment des pays ayant accepté la discipline du régime unifié du brevet communautaire.

2) *Des progrès ponctuels*

Ces divergences expliquent sans doute que malgré l'intérêt maintes fois souligné tant par la Commission que par le Conseil ou même la majorité du Parlement européen, de progrès dans ce domaine, le dossier semble toujours en « panne » : si l'accord ne semble pas pouvoir encore se faire sur une harmonisation communautaire d'ensemble du droit de la propriété industrielle, des progrès ne se manifestent pas moins dans ce domaine.

Ainsi, ponctuel sans doute mais important est le progrès que constitue l'adoption d'une réglementation communautaire concernant la protection des semi-conducteurs. Les réglementations nationales étaient très inégalement protectrices à l'égard de cet élément important des produits électroniques dont l'Europe cherche à reconquérir le marché intérieur et à élargir les exportations.

La directive du Conseil du 16 décembre 1986 (1) a deux effets : d'une part elle institue un régime harmonisé de protection dans les différents Etats membres ; d'autre part, elle assure la protection des produits européens dans les Etats tiers, et notamment aux Etats-Unis (qui ne reconnaissent la protection des « puces » importées que sous réserve de réciprocité, ce qui imposait aux pays européens de se doter d'un régime équivalent).

Poursuivant l'adaptation du droit communautaire de la propriété industrielle aux techniques de productions, la Commission prépare un règlement qui exempterait du principe d'interdiction des ententes prévu par le Traité certains accords portant sur des transferts de savoir-faire.

En effet, constatant que l'information technique non protégée par un brevet et appelée communément « savoir-faire », ainsi que les accords conclus pour l'exploitation de cette information (accords de licence de savoir-faire) prennent une importance économique toujours croissante, la Commission a mis au point un avant-projet de règlement d'exemption.

Aux termes de l'avant-projet de la Commission sont considérés comme des accords de licence de savoir-faire les accords par lesquels une entreprise (le donneur de licence) qui dispose d'un ensemble d'informations techniques, non protégées par un brevet, secrètes et substantielles, confère à une autre entreprise (le licencié) le droit -exclusif ou non- d'exploiter ces informations, notamment pour la production, l'utilisation ou la vente de biens ou de services. Ces informations techni-

(1) J.O.C.E. n° L 24 du 27 janvier 1987. Les législations nationales devraient être adaptées avant le 7 novembre 1987.

ques qui peuvent être, par exemple, des descriptions de procédés de fabrication, des recettes, des modèles, des dessins, des logiciels, etc., constituent le savoir-faire.

D'autre part, à côté des accords de savoir-faire « purs », existent des accords associant une licence de brevet ou de marque à un transfert de savoir-faire.

Qu'il s'agisse d'accords de savoir-faire « purs » ou d'accords mixtes, il conviendra, en tout état de cause, que les connaissances techniques faisant l'objet de la licence soient secrètes et substantielles, ce qui a pour but d'exclure du champ d'application du futur règlement de prétendues licences de savoir-faire dont le seul objet serait de masquer une entente entravant le progrès économique et technologique au lieu de le promouvoir.

L'avant-projet de la Commission définit les orientations générales du futur règlement qui contiendra une liste exhaustive des obligations restrictives couvertes par l'exemption (protection territoriale active et passive que se consentent le donneur de licence et le licencié, comme les licenciés entre eux ; utilisation exclusive de la marque du donneur de licence ; respect des normes de qualité ; rétrocession de licences ; obligation de payer des redevances ; effets et durée du contrat).

Ce projet devrait être soumis au Conseil en 1988. La Commission envisage également de proposer une réglementation commune de la protection des « inventions » dans le domaine des logiciels.

Déjà le 1^{er} décembre 1986 le Conseil a adopté une directive (1) instaurant une protection spécifique des découvertes issues de procédés de biotechnologie (d'une durée de 10 ans pour les médicaments et de 6 ans pour les autres produits) permettant de concilier une juste exploitation de découvertes aux retombées économiques particulièrement prometteuses, avec la nécessaire ouverture au progrès de recherches intéressant la santé humaine.

S'agissant, dans les Etats membres eux-mêmes, d'un droit en cours d'élaboration, l'harmonisation communautaire dans ces secteurs nouveaux devrait sans doute s'opérer plus aisément que lorsqu'il s'agit de fondre des systèmes nationaux séculaires.

En proposant ainsi l'harmonisation de certains éléments de la protection des innovations, la Commission contribue à l'établissement progressif de règles communes de propriété intellectuelle et industrielle, à défaut de l'entrée en vigueur du brevet communautaire lui-même.

(1) Ce règlement entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1988

B - Régime des marques

1) *La marque communautaire*

Un espace économique unifié suppose non seulement un droit uniforme de la propriété industrielle, mais également une harmonisation du régime des marques.

La Commission a soumis au Conseil plusieurs propositions : d'une part un projet de règlement (Com. 84-470) instituant une marque communautaire (à l'instar du brevet communautaire) régie par un Office communautaire unique (les difficultés se sont fait jour quant au choix du siège de cet organisme et à la désignation de la langue ou des langues officielles qui y seraient en usage. Ces deux points n'ont d'ailleurs pas encore fait l'objet de propositions formelles. La Commission prépare également des projets complémentaires : un règlement instituant des formations juridictionnelles auprès de l'Office communautaire des marques. Le règlement définirait également l'organisation de ces chambres ainsi que les procédures de recours. Un autre règlement fixerait le régime des taxes que les dépositaires devraient payer à l'Office pour enregistrer une marque communautaire.

Parallèlement à l'institution d'un régime unitaire de « marque communautaire », la Commission a soumis au Conseil (Com. 80-635) une « proposition de première directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux marques ».

Formulées toutes les deux pour la première fois en 1980, ces propositions demeurent en instance sept ans après soulevant des problèmes comparables à ceux du brevet communautaire et butant même sur la désignation du pays qui accueillera le siège de l'Office à créer.

Si les progrès sont peu encourageants sur ce point pourtant important pour la libre circulation des marchandises dans le grand marché intérieur, en revanche un pas important a pu être franchi avec l'adoption de règles communes vis-à-vis des produits importés des pays tiers et contrefaisant des produits européens protégés par des marques légalement enregistrées.

On observera à cet égard que la protection des producteurs européens contre les contrefaçons extérieures serait rendue beaucoup plus facile et efficace si elle s'appuyait sur un régime uniforme des marques dans tous les Etats membres (1).

2) *Contrefaçons en provenance des pays tiers*

Contrefaçons :

Un progrès important a été récemment accompli dans le domaine de la protection des produits communautaires face à la concurrence

(1) Pour ne rien dire d'une application loyale par tous les Etats membres de la réglementation communautaire sur les indications d'origine des produits importés d'Etats tiers et mis en « libre pratique », c'est-à-dire réexportés dans les différents Etats membres éventuellement pourvus d'une marque communautaire.

déloyale avec l'adoption d'un règlement permettant aux Etats membres d'interdire la mise en libre pratique des marchandises de contrefaçon.

La réglementation s'applique aux marchandises provenant de pays tiers et portant indument une marque de fabrique valablement enregistrée, ou imitant cette marque, et qui de ce fait violent les droits des titulaires légaux de la marque dans les Etats membres où elle est enregistrée.

La mise en libre pratique dans la C.E.E. des marchandises reconnues « de contrefaçon » est interdite ; l'application de ce principe se fait selon une procédure requérant la collaboration des autorités douanières de l'Etat d'importation. L'autorité compétente au fond peut décider la saisie des marchandises si la contrefaçon est établie. Ces marchandises peuvent être détruites ou placées en dehors des circuits commerciaux, sans indemnisation d'aucune sorte. Mais d'autres mesures sont possibles, ayant pour effet de priver les responsables de l'importation du profit illicite qu'elle leur aurait procuré.

Afin d'éviter de perturber le dédouanement des marchandises contenues dans les bagages personnels des voyageurs ou faisant l'objet de petits envois sans caractère commercial, ces marchandises sont exclues de l'application du règlement, dans les limites prévues par la réglementation communautaire sur les franchises.

Les Etats membres communiquent à la Commission toutes informations utiles relatives à l'application du règlement ; la Commission transmet ces informations aux autres Etats membres. Dans un délai de trois ans après son entrée en application, la Commission rendra compte au Conseil et au Parlement européen du fonctionnement du système et proposera les modifications ou compléments opportuns.

La collaboration de tous les Etats membres est en effet décisive pour lutter contre la contrefaçon des marques, qui distinguent les produits originaux de la Communauté.

Ces produits contrefaits causent de sérieux dommages à la production européenne (1), directs évidemment par la concurrence déloyale qu'ils leur font, notamment par des prix « cassés » ; indirects aussi en dépréciant l'image des produits originaux, leurs imitations étant le plus souvent défectueuses (et... dépourvues de toutes garanties ou service après-vente, bien évidemment).

Seule la collaboration de tous les Etats membres peut permettre de lutter contre des importations qui ont beau jeu de pénétrer sur le marché communautaire, en transitant par un Etat membre autre que celui où sont fabriqués les produits originaux.

(1) Le commerce mondial des contrefaçons a été évalué à 60 milliards de dollars par an. Pour la France, c'est un manque à gagner de près de 5 milliards de francs par an qui résulterait de la concurrence des produits contrefaits.

Tous les Etats membres étant finalement, chacun pour ses propres produits, vulnérables à la concurrence déloyale des contrefaçons, il faut souhaiter que la réglementation mise en place soit rigoureusement appliquée. Il serait enfin très souhaitable que la répression des contrefaçons soit renforcée dans le cadre des accords du G.A.T.T., où elle est encore notoirement insuffisante (1).

(1) Cet élément pourrait également être pris en compte lors des négociations portant sur l'octroi du bénéfice des préférences généralisées. Mais nombre de pays en voie de développement ne sont pas favorables au renforcement de cette réglementation.

CHAPITRE VII

LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES : L'EXERCICE DES ACTIVITES PROFESSIONNELLES, L'EQUIVALENCE DES FORMATIONS. LES DROITS DES CITOYENS

Le marché intérieur, comme le Marché commun, n'est pas seulement un espace délimité par un système douanier unique, à l'intérieur duquel les biens et les capitaux circulent librement, c'est aussi une communauté d'hommes. A défaut d'une union politique fondée sur une totale égalité des droits, le Traité de Rome a prévu un certain nombre de règles pour garantir la non discrimination entre ressortissants des Etats membres se déplaçant sur le territoire communautaire.

Fondées sur ce principe de non discrimination et de libre circulation, différentes directives sont venues peu à peu organiser le régime des activités professionnelles et préciser les droits des citoyens se rendant ou séjournant dans un autre Etat membre que celui dont ils sont originaires.

Mais, si la libre circulation des biens, des services et des capitaux n'est qu'une extension, quelque difficile qu'elle soit parfois, de la concurrence qui caractérise déjà normalement ces activités, la mise en oeuvre de l'exercice effectif du droit de travailler ou de séjourner dans n'importe quel Etat membre se heurte à toutes sortes de règles protectrices, souvent âprement défendues, et dont l'harmonisation communautaire est particulièrement malaisée.

I - L'EXERCICE DES ACTIVITES PROFESSIONNELLES

A - Les principes

Garantir la libre circulation de personnes, c'est d'abord leur offrir la possibilité d'exercer une activité professionnelle. Telle était bien l'orientation du Traité de Rome. En effet, l'article 3 du Traité assignait pour but à la Communauté, outre l'établissement d'un marché

commun des marchandises et des capitaux, : « l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des personnes... ».

Pour garantir effectivement cette liberté, le Traité prévoit les règles qui permettent aux ressortissants d'un Etat de la Communauté d'exercer leurs activités professionnelles sans discrimination. Ainsi, le titre III du Traité organise successivement la liberté de circulation des travailleurs salariés, le droit d'établissement des travailleurs non salariés, enfin, la libre prestation de services. Une même activité peut d'ailleurs s'exercer soit selon les règles de la liberté d'établissement, c'est-à-dire avec implantation permanente dans l'Etat destinataire de l'activité, soit selon les règles de la libre prestation de services, à partir de l'Etat de résidence, sans établissement permanent dans l'Etat de prestation.

Le principe qui régit tous ces aspects de la libre circulation est celui de la non-discrimination à raison de la nationalité. Les seules restrictions admises sont celles qui sont fondées sur la participation à l'exercice de l'autorité publique, ainsi que sur des dispositions nationales applicables aux étrangers et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

Le Traité prévoit encore que les mesures nécessaires à l'application de ces principes, ainsi que la reconnaissance des diplômes, certificats et autres titres, sont arrêtées par voie de directives, adoptées à la majorité qualifiée à l'issue de la période de transition. L'unanimité demeurerait nécessaire cependant pour les mesures organisant l'extension des prestations sociales. Elle demeurerait requise également pour les directives réglant des matières qui, dans un Etat membre au moins, relèvent de dispositions législatives, ainsi que pour l'adoption de mesures touchant 'à la protection de l'épargne, notamment à la distribution du crédit et à la profession bancaire, et aux conditions d'exercice dans les différents Etats membres, des professions médicales, para-médicales et pharmaceutiques ».

Concernant ces trois dernières catégories de professions, le Traité prévoit en outre que la libération des restrictions nationales est *subordonnée* à la coordination de leurs conditions d'exercice.

L'Acte Unique européen confirme ces principes et ces règles. L'adoption à la majorité qualifiée en coopération avec le Parlement européen est désormais la procédure de droit commun. Il est cependant précisé que « l'unanimité est nécessaire pour des directives dont l'exécution dans un Etat membre au moins comporte une modification des principes législatifs existants du régime des professions en ce qui concerne la formation et les conditions d'accès de personnes physiques ».

La règle de l'unanimité est donc confirmée pour les mesures communautaires harmonisant la formation et les conditions d'accès de toutes les professions réglementées.

Elle s'appliquera aux éléments les plus importants du régime des professions, ceux qui relèvent dans un Etat membre au moins de prin-

cipes législatifs. Tous les Etats membres ne connaissant pas la distinction de la Constitution française entre domaine de la loi et règlement, on peut conjecturer que les mesures d'harmonisation toucheront fréquemment un élément de nature législative de quelque réglementation nationale et requerront alors l'unanimité au Conseil. En revanche, la règle de l'unanimité pour les mesures « qui touchent à la protection de l'épargne, notamment à la distribution du crédit et à la profession bancaire, et aux conditions d'exercice, dans les Etats membres des professions médicales, para-médicales et pharmaceutiques », est abandonnée. Ces aspects pourront donc faire l'objet de mesures adoptées à la majorité qualifiée. Seule l'harmonisation des conditions d'accès aux professions intéressées peut requérir l'unanimité si elle touche à un élément de nature législative, ce qui sera d'ailleurs le plus souvent le cas.

La conciliation aurait pu se révéler difficile en effet entre, d'une part, la règle de la majorité qualifiée pour l'harmonisation des mesures d'organisation de ces activités dans le cadre du marché intérieur et, d'autre part, l'exigence d'unanimité pour régler les conditions d'exercice de ces mêmes activités, lorsque ces conditions d'exercice sont incluses dans le régime des professions.

B - La réglementation communautaire

Elle est inégalement développée, au gré de la difficulté des problèmes à résoudre, selon qu'il s'agit de la libre circulation des travailleurs salariés ou de la libre concurrence des professions non salariées et des services.

1. Les travailleurs salariés

- *Un règlement d'ensemble*

C'est le domaine où la libre circulation est effectivement la plus avancée, sur la base du Règlement adopté dès le 15 octobre 1968 (n° 1612/68). Ce règlement pose le principe de la non discrimination à raison de la nationalité pour l'accès aux emplois salariés et leur exercice, conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux dans l'Etat où l'emploi est sollicité. Ce qui signifie que si l'embauche ne peut être refusée à raison de la nationalité, elle demeure soumise, comme l'exercice de l'activité salariée, à toutes les autres règles de l'Etat d'accueil, même celles qui ne seraient pas exigibles dans l'Etat d'origine du travailleur.

Le Règlement précise que la non discrimination s'étend à la rémunération, aux règles de licenciement, de réintégration ou de priorité de

réemploi, aux droits syndicaux (1). Le principe s'étend également aux avantages sociaux et fiscaux, à la formation professionnelle, à l'accès aux organismes de placement, ainsi qu'aux prestations de logement (y compris pour sa famille même au cas où elle serait restée dans le pays de provenance).

Enfin, le Règlement reconnaît le droit du conjoint et des descendants mineurs de 21 ans ou à charge ainsi que les ascendants du travailleur et de son conjoint de s'installer dans l'Etat d'emploi, et ce « quelle que soit leur nationalité », c'est-à-dire que ces ayants droit peuvent être, le cas échéant, ressortissants de pays tiers. La seule condition est la disposition par le travailleur d'un logement suffisant, selon des critères non discriminatoires.

Cette installation donne même le droit au conjoint et aux enfants de moins de 21 ans d'accéder à toute activité salariée, « même s'ils n'ont pas la nationalité d'un Etat membre ».

S'agissant de mesures adoptées par voie de règlement, elles sont applicables directement depuis 1968 dans l'ordre juridique interne de tous les Etats membres, et la Cour de Justice en sanctionne toute interprétation restrictive, notamment à l'égard des droits aux prestations sociales.

• *Les procédures fixées par l'Acte unique européen*

L'Acte unique européen maintient la règle de l'unanimité pour l'harmonisation des droits et intérêts des travailleurs-salariés (Art. 100 A nouveau, alinéa 2).

Il introduit également dans le Traité de Rome des articles nouveaux traitant de la politique sociale.

Si l'harmonisation des conditions de travail ne figure toujours pas parmi les objectifs directement assignés à la Communauté, il est précisé que les Etats membres « s'attachent » à la promouvoir « dans le progrès ». Cette harmonisation doit se faire par voie de directives arrêtant les « prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des Etats membres » ; elles doivent éviter « d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises ».

On voit que si l'application du principe de non discrimination dans l'accès aux emplois salariés et leur exercice est acquis, l'harmonisation du droit du travail des Etats membres est très prudemment envisagée (comme elle l'était déjà dans le Traité de Rome).

(1) Ces droits peuvent seulement être restreints si leur exercice entraîne la participation à la gestion d'organismes de droit public, ou l'exercice d'une fonction publique et dans cette mesure seulement, enfin, à la condition que la réglementation nationale prévoit cette restriction.

• *Les questions en suspens*

Le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur signalait que bien que la libre circulation des salariés fût presque entièrement réalisée, quelques problèmes subsistaient encore.

Outre quelques obstacles persistants au droit de séjour (1) des travailleurs migrants (procédures de délivrance des permis de séjour parfois longues et tâtilonnes, par exemple), les principales questions en suspens sont l'élimination des discriminations fiscales et le régime des emplois publics.

— **Imposition des travailleurs migrants et de leur famille :**

les difficultés à résoudre sont celles qui ont trait à l'imposition des salariés qui résident dans un Etat membre et perçoivent un revenu salarial à raison d'une activité professionnelle exercée dans un autre Etat.

Afin d'éliminer toute discrimination au regard de l'impôt entre travailleurs nationaux et travailleurs migrants, la Commission a déposé une proposition de directive « relative à l'harmonisation des conditions d'imposition des revenus affectant la libre circulation des travailleurs dans la Communauté » (Com. 79-737 final).

Cette directive qui intéresse des centaines de milliers de travailleurs frontaliers est en instance depuis... 1979.

— **Emplois dans l'administration publique :**

Le Traité de Rome qui pose, dans son article 48, le principe de la non discrimination à raison de la nationalité, pour l'accès aux emplois salariés et leur exercice, indique explicitement dans le même article que les dispositions organisant la libre circulation des travailleurs « ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique ».

Le secteur de l'administration publique est inégalement développé selon les Etats membres et au surplus ses limites sont susceptibles parfois de divergences d'interprétation.

L'exception prévue par l'article 48 allait-elle dès lors épouser les spécificités des configurations nationales du champ des emplois publics dans les douze Etats membres, au risque de voir une même profession soumise ici à la libre circulation comme relevant d'un statut de droit privé, mais soustraite ailleurs puisque ressortissant à un service public ?

La Cour de Justice a été amenée à trancher cette question.

Placée devant le choix dont les administrativistes français sont familiers, entre le critère organique, faisant produire des effets automatiques à la qualification du service, et un critère matériel retenant les élé-

(1) La Commission a déposé sur le Bureau du Conseil une proposition de directive visant à « l'élimination des entraves subsistant aux déplacements et au droit de séjour des travailleurs migrants de la Communauté » (Com. 85-48 final). La Commission annonce, en outre, une proposition de directive concernant l'élimination des difficultés administratives relatives aux permis de séjour.

ments concrets de la fonction exercée, la Cour de Justice a opté pour la seconde méthode.

Ainsi, dans l'affaire 307/84, Commission c/France (1), la Cour constate à charge de la France un manquement constitué par l'exigence de la nationalité française en matière de nomination et de titularisation dans les emplois d'infirmier(e)s-fonctionnaires dans les hôpitaux publics.

Cet arrêt confirme la jurisprudence antérieure de la Cour (arrêts dans les affaires 152/73, Sotgiu (2), et 149/79, Commission c/Belgique (3). La portée de l'exception prévue par l'article 48, alinéa 4, du traité C.E.E., déclare la Cour, ne saurait être déterminée en fonction de la qualification du lien juridique (de droit privé ou public) entre le travailleur et l'administration qui l'emploie.

Le critère d'applicabilité de l'article 48, alinéa 4, du traité C.E.E. est d'ordre non pas organique, mais relève de l'appréciation d'éléments matériels des fonctions exercées (l'emploi est-il ou non caractéristique des activités spécifiques de l'administration en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ?) Eu égard à la nature des fonctions et des responsabilités qu'ils comportent, les emplois d'infirmier(e)s dans les hôpitaux publics ne constituent pas des emplois « réservés » au sens de l'article 48, alinéa 4, a conclu la Cour dans ces affaires importantes.

Si cette jurisprudence a le mérite de permettre l'harmonisation des dérogations à la liberté de circulation des travailleurs salariés par-delà les différences d'organisation du service public dans les Etats membres, elle conduit cependant la Cour à apprécier ce qui relèverait « per se » des « activités spécifiques de l'administration » en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat.

Or, l'on sait qu'il existe bien des interprétations, et sensiblement divergentes, de ces intérêts, comme de l'organisation administrative la plus appropriée à leur sauvegarde.

— Cas particulier des enseignants

Tôt ou tard se posera la question du régime des enseignants, car s'il existe un service public de l'enseignement dans tous les Etats membres, ils reconnaissent tous également des établissements privés dont certains recrutent librement leurs personnels. Et il est difficile de soutenir que ces fonctions, très comparables, qu'elles soient exercées dans

(1) Arrêt du 3.6.1986, affaire 307/84, Commission c/France.

(2) Arrêt du 12.2.1974, affaire 152/73, Sotgiu/Deutsche Bundespost : Recueil 1974, p. 153.

(3) Arrêt du 17.12.1980, affaire 147/79, Commission c/Belgique : Recueil 1980, p. 3881.

le secteur public ou dans le secteur privé, participent de l'exercice de la puissance publique ou de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat.

Au surplus, au moins pour l'enseignement des langues en usage dans la Communauté, la qualification d'un professeur enseignant sa langue maternelle dans les autres Etats membres pourrait rivaliser avantageusement avec les qualifications des professeurs nationaux pour qui la langue enseignée est d'abord une langue étrangère, au moins dans la majorité des cas.

La Cour a franchi un premier pas dans ce sens par un arrêt récent (1), rendu dans l'affaire 66/85 sur une question préjudicielle d'un tribunal allemand. Dans cette affaire, la Cour a refusé l'application de l'exception de l'article 48 dans le cas d'un poste *d'enseignant stagiaire* (« Studienreferendar ») en Allemagne fédérale, l'accomplissement de ce stage étant obligatoire pour l'accès aux postes d'enseignants dans le secteur public.

La Cour a jugé qu'on ne pouvait pas refuser l'accès au stage à une candidate britannique possédant les titres allemands adéquats, au seul motif qu'elle n'avait pas la nationalité allemande.

Le rapport de la Commission sur l'activité des Communautés européennes en 1986 assortit la mention de cette affaire du commentaire suivant : « Bien que l'arrêt ne porte expressément que sur le poste d'enseignant-stagiaire, il paraît loisible d'en tirer aussi des enseignements pour les postes d'enseignants qualifiés dans les écoles publiques ».

On observera que le régime des enseignants ne pourrait bien entendu être modifié que par voie de directives adoptées à l'unanimité puisqu'il comporte, au moins en France, des éléments de nature législative et ressortit au statut de la fonction publique.

2. *Les activités non salariées*

— Les principes

Le Traité applique les mêmes principes de non discrimination aux professions non salariées qui peuvent être exercées soit sous la forme d'un établissement permanent dans un Etat membre et ressortissent alors aux règles de la liberté d'établissement, soit à partir de l'Etat de résidence sans installation permanente dans l'Etat où se développent les activités qui ressortissent alors à la libre prestation de services (2).

(1) Arrêt du 3.7.1986, affaire 66/85, Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg.

(2) Les deux formes d'activités ont certaines règles en commun et d'autres spécifiques. Les orientations de la réglementation communautaire des activités exercées en libre prestation de service sans établissement devront tenir compte de la récente jurisprudence de la Cour de Justice à propos du régime communautaire de la co-assurance. cf. ci-dessus, ch. 3 : la libéralisation des services financiers. Assurances.

La liberté d'établissement s'applique non seulement aux travailleurs indépendants mais également aux sociétés légalement constituées au regard de la législation d'un Etat membre, qui doivent pouvoir créer sur le territoire d'un autre Etat membre, agences, succursales ou filiales.

L'objectif assigné par le Traité est la suppression progressive des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services.

La libre prestation de services s'étend, aux termes du Traité, aux activités de caractère industriel, aux activités de caractère commercial, aux activités artisanales, enfin aux activités des professions libérales.

Les services de transports relèvent d'un titre particulier du Traité puisqu'il s'agit de l'une des compétences communautaires.

Les seules exceptions expressément prévues par le Traité, tant pour la liberté d'établissement que pour la libre prestation de services, visent les activités « participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique » (1).

Mais le Traité prévoit encore que les Etats membres, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peuvent excepter certaines activités de l'application des principes de libre exercice.

Enfin, le Traité reconnaît que les règles communautaires peuvent être limitées par l'application de « dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique » (2).

Le Traité prévoyait deux procédures pour parvenir à la suppression progressive des restrictions : d'une part la coordination des dispositions législatives réglementaires et administratives. Elle devait s'opérer par voie de directives, adoptées à l'unanimité pendant la période transitoire. Puis, précise le Traité, et dès la fin de la deuxième étape, par directives adoptées à la majorité qualifiée, mais seulement pour les dispositions « relevant, dans chaque Etat membre, du domaine réglementaire ou administratif », autant dire les moins importantes.

D'autre part, le Traité prévoit que le Conseil arrête sur proposition de la Commission, à l'unanimité au cours de la première étape, et à la majorité qualifiée par la suite, des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres.

Selon la même procédure, le Conseil peut adopter des directives visant à la coordination des règles nationales d'accès aux activités non salariées et de leur exercice.

(1) Exception dont la Cour de Justice des Communautés européennes a donné une interprétation stricte depuis l'arrêt fondamental rendu à propos de l'exercice de la profession d'avocat : REYNERS - Aff. 2.1974 du 21 juin 1974.

(2) Mais là encore, sous le contrôle de la Cour de Justice qui sanctionne les interprétations abusivement restrictives.

L'application des principes de libre exercice ne pose guère de problèmes s'agissant de professions non réglementées : la directive n° 73-148 du 21 mai 1973 organise la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des personnes physiques et de leur famille, prévoyant la délivrance d'une « carte de séjour de ressortissant d'un Etat membre des Communautés européennes », automatiquement renouvelable.

Sans doute divers aspects relevant des prestations sociales, du droit fiscal ou de la police des étrangers demeurent en suspens, mais là encore, l'application de la libre circulation peut être considérée comme largement assurée en particulier sous l'effet d'une abondante jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.

Les principaux problèmes intéressent les activités dont l'accès et l'exercice sont réglementés. Or, cette réglementation s'étant considérablement développée dans la plupart des Etats membres, l'application du principe de libre circulation s'est trouvée subordonnée à l'harmonisation de ces réglementations aussi détaillées que disparates.

II - L'EQUIVALENCE DES FORMATIONS

A - L'harmonisation des formations professionnelles

Peu de professions finalement connaissent un régime de totale liberté (1) dans les différents Etats membres... pas même celle d'entraîneur de football (2) ! A côté des conditions de nationalité qui ne sont expressément exigées que pour un petit nombre d'activités non salariées, les restrictions au libre accès et au libre exercice résultent le plus souvent d'exigences de qualification, diplômes et titres ou encore d'inscriptions sur des listes d'habilitation, toutes conditions établies dans chaque Etat membre selon des systèmes cloisonnés.

Le Livre blanc sur l'achèvement du Marché intérieur rappelle que la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service est une priorité de l'action communautaire.

Sans doute l'harmonisation des conditions d'accès, c'est-à-dire des exigences de qualification est-elle largement accomplie pour les pro-

(1) Ainsi certains Etats membres... France appliquent un régime spécifique à des professions comme celle de coiffeur. Aux fins de liberté d'établissement dans cette profession requiert-elle une harmonisation communautaire, objectif de la directive n° 82-489 du 19 juillet 1982.

(2) La Commission entend d'ailleurs imposer le respect de la libre circulation y compris à cette profession.

fessions de santé (non sans que l'examen de certaines directives ne se soit cependant prolongé pendant de longues années !).

Tout récemment après... dix sept années de réflexion et de débats, le Conseil a adopté une première directive concernant la profession d'architecte, mais d'autres propositions très anciennes demeurent en souffrance comme celle qui vise à harmoniser la profession d'ingénieur.

Au total, ce ne sont que... 26 directives qui ont pu être adoptées en trente années pour harmoniser certaines filières professionnelles (encore cette harmonisation n'est-elle parfois que partielle...).

B - Le projet de système général de reconnaissance des formations professionnelles

Prenant acte de ces difficultés, le Conseil européen de Fontainebleau chargeait un comité *ad hoc* de faire des propositions permettant de parvenir dans un délai rapproché à un système général d'équivalence des diplômes universitaires de manière à rendre effectif le droit de libre établissement au sein de la Communauté. Conformément aux orientations du rapport du Comité ADONINO, approuvées par le Conseil européen de Milan les 28-29 juin 1985, la Commission a proposé de recourir à une tout autre méthode que celle de l'harmonisation détaillée, profession par profession

On sait que l'optique du « Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur » est l'accélération de l'établissement d'un espace économique unifié. Parmi les moyens proposés figure une « nouvelle approche » en matière d'harmonisation.

Ainsi plutôt que de rechercher l'harmonisation complète des qualifications et des conditions d'accès aux professions réglementées, la Commission a proposé d'appliquer le principe de reconnaissance mutuelle aux formations professionnelles.

- Le projet de directive (86-257 final) ne vise que l'accès aux professions, lorsqu'il est réglementé (et non la « reconnaissance académique des diplômes » qui correspond à la notion française d'équivalence entre titres universitaires) et des seules professions dont l'accès est subordonné à une formation, en principe d'au moins trois ans d'études post-secondaires, sanctionnée par un diplôme d'enseignement supérieur.

En cela le titre initial ne rendait pas très exactement compte de l'objet de la directive qui ne concerne pas à proprement parler les diplômes d'enseignement supérieur (une proposition de directive vise « la reconnaissance académique des diplômes »), mais l'accès aux professions ; aussi le titre a-t-il été modifié pour devenir : « proposition de directive relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations profession-

nelles d'une durée minimale de trois ans » ; de même, la directive ne concerne que les habilitations professionnelles supposant au moins trois ans d'études post-secondaires, et enfin elle ne concerne que l'accès aux professions réglementées, le principe de la liberté d'établissement étant d'application directe pour toutes les autres professions. Elle ne concerne pas non plus les professions réglementées ayant déjà fait l'objet d'une directive particulière d'harmonisation des conditions d'accès.

En définitive, entrent dans le champ d'application éventuel du projet de directive des professions comme celles d'expert-comptable, géomètre, avocat, kinésithérapeute, opticien, psychologue et sans doute, faute d'aboutissement de la procédure d'adoption des directives particulières les concernant, les ingénieurs.

- Le système proposé est général, ne concernant pas telle ou telle profession déterminée comme les directives spécifiques qui ont conduit à l'harmonisation de certaines professions médicales et para-médicales notamment (avec les difficultés que l'on sait), mais vaut pour toutes les professions dont l'accès ou l'exercice est régie dans un Etat membre.

Cependant, le caractère général du système n'exclut nullement, lorsqu'elle serait justifiée, une application spécifique des articles 49, 57, paragraphes 1 et 2, et 66 du Traité C.E.E. à certaines activités professionnelles déterminées, même lorsque leur accès ou leur exercice sont commandés par des diplômes d'enseignement supérieur.

- Le système repose sur une présomption de comparabilité des formations de niveau universitaire dispensées dans les différents Etats membres et donc une présomption d'aptitude à exercer une activité professionnelle réglementée dans un Etat membre différent de celui où la formation a été poursuivie, dès lors que l'impétrant possède un diplôme d'enseignement supérieur qui sanctionne une formation d'au moins trois ans et qui l'habilite à cette activité dans son Etat d'origine.

Ce principe ne peut toutefois être absolu. La comparabilité n'exclut pas en effet des particularités et des différences. Celles-ci touchent essentiellement à la durée des cycles de formation, au contenu des matières enseignées, au champ d'activité des professions auxquelles ces cycles préparent, à l'exigence d'un stage professionnel. C'est la raison pour laquelle, une fois ces particularités et différences démontrées par l'Etat membre d'accueil, des mesures de compensation sont prévues, à savoir la preuve d'une expérience professionnelle d'une certaine durée (1) ou l'accomplissement d'un stage d'adaptation dans le pays d'accueil, d'une durée de trois ans au maximum.

- Pour faciliter l'appréciation par l'Etat membre d'accueil des qualifications invoquées et pour permettre de déterminer si celles-ci sont suffisantes, ou si des compensations s'imposent, une coopération entre les Etats membres est nécessaire.

(1) Elle peut atteindre le double de la durée de formation « manquante ».

La mise en place d'une procédure d'échanges d'informations et de collaboration, tant entre les Etats membres qu'avec la Commission, n'aurait qu'une portée limitée et, à terme, n'apporterait que peu d'avantages concrets aux citoyens européens si son application n'était pas gouvernée par l'idée de confiance réciproque.

• Le système comporte des garanties pour les citoyens européens qui veulent y recourir.

Ces garanties sont de deux ordres :

— sous l'aspect procédural d'abord, puisqu'au pouvoir d'appréciation de l'Etat membre d'accueil correspond, en contrepartie, l'obligation pour celui-ci de statuer dans un délai rapide (au plus tard dans les 3 mois de la présentation du dossier complet) et de motiver sa décision (1), c'est-à-dire d'en expliquer et justifier le contenu.

— Du point de vue individuel ensuite, puisque chacun dispose de l'issue de cette procédure, lorsqu'elle a été positive, du droit, essentiel en la matière, d'utiliser le titre professionnel en vigueur dans l'Etat membre d'accueil.

Le système est évolutif : les résultats du fonctionnement du système pourraient amener à une réflexion sur son champ d'application et son éventuel élargissement à d'autres catégories d'individus qui n'ont pas suivi pendant au moins trois ans une formation de niveau universitaire.

Malgré le mandat du Conseil européen qui a orienté les propositions de la Commission, le projet de directive n'a pu être adopté.

Il soulève en effet quelques difficultés : si le rôle de la liberté d'établissement dans la construction européenne est évident et justifie sans doute l'audacieux postulat sur lequel repose la proposition de directive, les justifications des réglementations professionnelles nationales et les causes de la très lente progression dans l'harmonisation de ces réglementations ne doivent pas pour autant être systématiquement méconnues. Sauf à risque — comme le soulignait le rapport de la commission des Affaires sociales du Parlement européen, de fortes réticences dans l'application d'un principe généreux certes, mais par trop irréaliste ou méconnaissant des intérêts légitimes.

En effet, les réglementations nationales d'accès à certaines professions, si elles ne peuvent être regardées parfois comme totalement exemptes d'éléments corporatistes et malthusiens, répondent aussi à des préoccupations légitimes :

— exigences de qualification professionnelle et de conditions d'honorabilité, assurées en amont par une sélection en début d'études et sanctionnées par des diplômes, titres, certificats d'aptitudes et inscription à des ordres, compagnies, barreaux... qui varient au gré de

(1) Un arrêt récent vient de reconnaître formellement le droit de connaître les motivations d'un refus d'équivalence de diplôme et l'obligation pour les Etats de prévoir des voies de recours afin d'éviter toute discrimination arbitraire (question préjudicielle du T.G.I. de Lille, affaire HEYLENS. C.J.C.E. 18.10.1987).

l'organisation des professions dans les divers Etats. Ainsi la profession de géomètre expert dont la réforme est actuellement soumise au Parlement français exige-t-elle une formation de cinq années d'enseignement supérieur dans certains pays, et de... deux seulement dans d'autres Etats membres.

— équilibre économique de certaines professions, menacées de paupérisation (et par conséquent à terme de déqualification), par une inflation de diplômés. Et cet aspect est particulièrement sensible en période de conjoncture ralentie et dans certaines professions (l'architecture par exemple).

— exigences particulières liées à la participation au service public, la condition de nationalité apparaissant liée tant à la nature particulière du lien de subordination à la puissance publique qu'à la spécificité des fonctions impliquant prérogatives et sujétions exorbitantes du droit commun.

Enfin, la démarche adoptée par la Commission faisant reposer le système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur sur une présomption de comparabilité des conditions d'aptitudes risque d'aboutir à réputer suffisant le niveau le plus bas des qualifications exigées par les différents Etats membres, sous réserve de compléments de formation ou d'équivalence présumée tirée de l'expérience professionnelle (1).

Les disparités sont importantes en effet, et cela à plusieurs points de vue :

- Dans la définition même de la formation :

Ainsi, en Grande-Bretagne, les experts-comptables ne suivent pas une formation universitaire à proprement parler, mais sont agréés par la compagnie au vu de leur expérience professionnelle. De même, les officiers de marine marchande ne sont pas soumis à une formation théorique sanctionnée par un diplôme universitaire mais formés directement sur les bateaux et voient leur expérience attestée au bout de six années de pratique, par les armateurs eux-mêmes ; alors qu'en France ces deux professions font l'objet d'une formation et de titres professionnels.

- Dans l'accès à la formation :

Afin de préserver*ant la qualification que l'équilibre économique de certaines professions, des procédures de sélection ont été instituées soit au début des études, soit en cours ou en fin d'études, lors de l'obtention du titre sanctionnant le cycle d'études.

La présomption d'équivalence de ces formations pourrait non seulement aboutir à des injustices, les titulaires des diplômes ayant triomphé d'une sélection parfois sévère se trouvant finalement concurrencés

(1) La Commission récuse cependant cette interprétation, les Etats membres ayant la faculté d'imposer une durée d'expérience professionnelle et/ou un stage pour amener une qualification étrangère moins poussée au niveau de la qualification nationale (Cf. réponse à la question n° 246-86 J.O.C.E. du 9.3.1987).

dans l'exercice de leur profession par des collègues ayant suivi un cursus dépourvu d'épreuves sélectives ; mais cette présomption pourrait aussi être mise à profit par des étudiants éliminés de leur cursus national et allant tenter une meilleure chance dans un autre Etat membre, moins sélectif et revenant s'établir dans leur pays d'origine, munis du diplôme réputé équivalent. Enfin, il est à peine besoin de souligner l'effet de nivellement par le bas qui suivrait ces distorsions de qualification. On observera que la Cour de Justice des Communautés européennes a déclaré, dans un arrêt du 12 juin 1986, que rien dans les directives d'harmonisation déjà adoptées n'obligeait les Etats à instaurer un « numerus clausus », quand bien même il existerait dans certains Etats membres et que la liberté d'établissement s'appliquait dès lors indistinctement, les formations harmonisées étant réputées équivalentes qu'elles soient précédées ou non d'une sélection.

- Dans la substance de la formation :

Les plus grandes disparités existent dans la durée des formations (en particulier certaines qualifications professionnelles sont acquises en trois ans dans tel Etat membre, qui le sont en deux ans dans d'autres Etats, posant ainsi de délicates questions d'application de la directive qui ne vise en principe que les formations en trois ans au moins ; c'est le cas de certaines professions paramédicales par exemple). Elles existent également dans le contenu de ces formations, enseignements à plein temps ou à temps partiel, formation théorique assortie ou non de stages, disciplines enseignées enfin.

- Dans l'accès aux professions :

L'acceptation de la liberté d'établissement qu'implique la proposition de directive ne s'accorde guère de l'organisation dans certains Etats membres de professions, ordres, compagnies, barreaux... comportant un élément de cooptation. Certaines fois, la sélection se fait en fin de cursus universitaire, d'autres fois à l'entrée dans la profession. Certes, la directive prévoit aussi le maintien de l'exigence d'honorabilité et de moralité par l'Etat d'accueil, mais cette condition serait certifiée par l'Etat d'origine.

L'amendement du Parlement européen précisant que l'exercice de la profession dans l'Etat d'accueil se fait selon la réglementation qui y est en vigueur, semble à cet égard une disposition indispensable.

- Dans la définition des compétences professionnelles :

Ce point est sans doute l'un des plus délicats à résoudre en raison de la complexité des compétences liées à certaines qualifications professionnelles. Ainsi l'avocat, l'avoué à la Cour, l'avocat aux Conseils, le notaire, l'expert-comptable, le mandataire-liquidateur, l'administrateur judiciaire, ont en France des compétences spécifiques liées à leur qualification qui sont organisées de manière différente dans d'autres Etats membres. La présomption de comparabilité des « diplômes, titres,

certificats... » à l'égard de ces professions ne résoud en rien des disparités qui tiennent à l'organisation même des fonctions dans chaque Etat membre.

• Enfin, dans la définition même des professions réglementées : ainsi certaines professions relevant du secteur paramédical seront reconnues ici et sanctionnées éventuellement par une qualification qui sera tenue ailleurs pour du quasi-charlatanisme (« chiropracteurs » par exemple) et ressortissant le cas échéant de l'exercice illégal de la médecine.

Le principe de présomption d'équivalence et de reconnaissance mutuelle emportera-t-il la liberté d'établissement sur tout le territoire communautaire de toute « profession » reconnue dans l'un au moins des Etats membres ?

Toutes ces difficultés ne sont sans doute pas étrangères au retard constaté par la Commission, dans l'adoption de la proposition de directive.

Le Conseil a en particulier chargé la Commission de réexaminer « les différents mécanismes d'adaptation ayant pour objet de permettre à toute personne souhaitant s'établir dans un autre Etat membre pour y exercer sa profession de s'adapter entièrement à son nouvel environnement professionnel ».

C - L'introuvable équivalence académique des diplômes

1. La proposition de directive

Parallèlement à l'harmonisation des formations professionnelles et à la reconnaissance des habilitations à exercer certaines professions réglementées, une troisième méthode a été envisagée, celle de la reconnaissance d'équivalence entre les différents éléments de ces formations, soit des certificats, titres et diplômes universitaires, sanctionnant des séquences d'études.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, il existe déjà une Convention européenne relative à l'équivalence des diplômes donnant accès aux établissements universitaires (1).

Tous les Etats membres de la C.E.E. ont procédé à sa ratification. De son côté, la Convention européenne sur l'équivalence des périodes d'études universitaires établit la reconnaissance de ces périodes d'études (2), tandis que la Convention européenne sur la reconnaissance académique des qualifications universitaires prévoit la reconnaissance aca-

(1) Série des Traités européens n° 15, Paris 11.12.1953 - Protocole de cette Convention - Série des Traités européens n° 49, Strasbourg 3.3.1964.

(2) Série des Traités européens n° 21, Paris 15.12.1956.

démique des titres universitaires étrangers (1). La première a été ratifiée par tous les Etats membres de la C.E.E. (sauf la Grèce), la seconde également (sauf la Grèce et le Luxembourg), mais les termes de ces conventions sont si peu précis qu'il s'agit plutôt d'une exhortation collective à progresser dans la voie de la reconnaissance mutuelle.

L'objet des travaux qui se poursuivent entre experts à Bruxelles correspond véritablement à la notion française d'« équivalence » dans les cursus universitaires, permettant la prise en compte d'un diplôme de base (sanctionnant les études secondaires) ou d'un diplôme intermédiaire ou encore d'une période d'études (semestres ou années universitaires, propédeutiques, diplômes de premier ou deuxième cycle quand les études sont divisées comme en France, ou encore diplômes d'écoles supérieures, stages « qualifiants », etc...), obtenus dans un Etat membre pour poursuivre ces études dans un autre Etat de la Communauté et s'insérer dans un cursus universitaire de cet Etat.

Les reconnaissances de diplômes ne conduisent donc qu'à des dispenses d'études ; elles ne permettent pas de substituer à un titre étranger un titre français avec tous les avantages qui y sont attachés, notamment les effets civils ; ce sont des reconnaissances « académiques », à la différence d'une reconnaissance valant habilitation à exercer telle ou telle profession réglementée.

De façon générale, la reconnaissance des diplômes et des périodes d'études effectuées à l'étranger peut se faire selon deux méthodes :

— l'une fondée sur une réglementation générale qui fixe la correspondance entre tels diplômes d'un Etat membre et tels diplômes d'un autre Etat. Les équivalences ainsi définies ont une portée générale (2) limitant ou supprimant la faculté d'appréciation des établissements d'accueil ;

— l'autre fondée sur l'examen individuel des dossiers des candidats par chaque établissement.

On observera qu'en France même, la méthode du classement des diplômes, à la base d'un système fixe d'équivalences a été abandonnée depuis de nombreuses années, au profit de l'autonomie des établissements qui statuent après avis d'une commission ad hoc, sur les éléments de fait produits par chaque impétrant (3).

Ce système a l'avantage de conserver aux reconnaissances d'équivalences une indispensable souplesse. En outre, la diversification croissante des enseignements, non seulement avec l'apparition de nouvelles

(1) Série des Traités européens n° 32, Paris 14.12.1959.

(2) Eventuellement consacrées par des accords bilatéraux, soit entre universités, soit entre Etats. Ainsi, la France et l'Italie ont-elles conclu de tels accords.

(3) Le régime des équivalences résulte notamment du décret n° 85-906 du 23 août 1984 qui attribue aux autorités universitaires compétentes la responsabilité de comparer les niveaux de diplômes et de prendre les décisions de validation appropriées. (cf. réponse à la question de M. Rémi HERMENT, J.O. Sénat questions du 23 octobre 1986).

disciplines, mais aussi avec l'éclatement de ces enseignements en « certificats », « unités de valeur », « stages qualifiants », et autres « modules » panachés plus ou moins librement, dans la plupart des cursus universitaires, semble appelée à s'accroître plutôt qu'à se réduire.

Si le système général d'équivalence proposé par la Commission a le mérite d'une apparence de cohérence et d'offrir un moyen radical d'harmonisation des formations supérieures, il présente de réelles difficultés de mise en oeuvre. La liste d'équivalences d'une part, serait presque impossible à établir car il faudrait examiner le contenu de centaines de milliers de filières, souvent découpées en unités et comparer entre elles chacune de ces unités puis leurs millions de combinaisons potentielles. Ainsi, deux enseignements de philologie latine peuvent sans doute être réputés équivalents, mais une année d'histoire de l'art peut valoir une partie d'année d'histoire, selon son contenu, mais aucun élément d'un cursus scientifique. Il faudrait donc faire l'hypothèse de toutes les combinaisons possibles à partir des dizaines ou des centaines de milliers d'unités d'enseignement des douze pays membres. Le système qui devrait traduire en équivalences ces millions de combinaisons est une tâche presque impossible.

D'autre part, on peut se demander si cette tâche particulièrement ardue serait même opportune ? En effet, un système généralisé figerait des formations de plus en plus évolutives, dont la diversification est la condition même de leur adaptation aux besoins du marché de l'emploi ainsi qu'au progrès des disciplines elles-mêmes.

2. *Le programme ERASMUS (1)*

Parallèlement à cette proposition de directive, la Commission a soumis au Conseil (qui l'a adopté le 14 mai 1987) un programme d'échanges universitaires, au profit des étudiants principalement mais des enseignants également, dans le cadre d'un réseau de quelque 500 établissements. Des bourses et diverses subventions doivent assurer la réussite d'un plan, établi sur cinq années qui vise à porter de moins de 2 % actuellement, à 10 % le nombre d'étudiants européens ayant effectué au moins une partie de leurs études dans une université ou une grande école d'un autre Etat membre.

Bien évidemment, les liens ainsi créés, ou renforcés (2), faciliteront ultérieurement les reconnaissances mutuelles de diplômes ou de périodes d'études.

(1) ERASMUS : « European Action Scheme for the Mobility of University Students » - cf. conclusions adoptées par la Délégation, sur la rapport de M. Jacques GENTON, le 23 avril 1987.

(2) Selon une réponse ministérielle à la question de M. Olivier ROUX, ce ne sont pas moins de 1900 accords interuniversitaires qui ont déjà été signés entre des établissements français et des établissements étrangers.

3. *Vers une solution moyenne ?*

Sans doute en raison des difficultés de mise en oeuvre concrète du système initialement envisagé, la proposition de directive instituant un système généralisé de reconnaissance académique des diplômes n'a pas été adoptée par le Conseil.

En revanche, des travaux se poursuivent entre représentants des Etats membres pour le rapprochement de certaines filières de formation et les qualifications de huit groupes de professions. Selon la réponse ministérielle à la question de M. Henri BELCOUR (J.O. Sénat du 11 juin 1987) : « Pour trois d'entre elles, ces travaux de confrontation des capacités professionnelles exigées aux différents niveaux de la profession sont très avancés, on peut ainsi espérer parvenir à définir un contenu communautaire des capacités, des connaissances et des compétences professionnelles requises pour l'exercice de ces différentes professions ».

Dans le même esprit, le Conseil a publié, le 16 juillet 1985, une décision (85/368) définissant les grandes orientations d'un système de comparabilité des formations, articulé autour de huit niveaux de qualification, de la plus simple à la plus spécialisée. Mais il s'agirait plus d'un cadre de référence commun à tous les Etats membres, et le cas échéant aux autorités décentralisées auxquelles est confiée la responsabilité de prononcer les équivalences, que d'un système généralisé rigide, exhaustif et obligatoire dans tous ses éléments.

Plus formelle que la pure et simple reconnaissance mutuelle qui risque d'aboutir à un nivellement par le bas, mais moins contraignante que la procédure d'harmonisation complète qui devrait être réservée aux professions les plus « sensibles », cette méthode de rapprochement par grands niveaux des principaux éléments des qualifications professionnelles est sans doute une voie prometteuse. Moins spectaculaire que la radicale présomption d'équivalence, elle devrait permettre de concilier libre circulation et réelle qualification.

DEUXIEME PARTIE

L'ACHEVEMENT DU MARCHÉ INTERIEUR, PERSPECTIVES ET DIFFICULTES

Les Douze n'ont pu parvenir à un accord sur la réforme des Traités qu'au prix de laborieuses négociations dont l'Acte unique porte la trace. S'il est vrai que les meilleurs compromis sont conclus à partir d'arrière-pensées opposées, la mise en oeuvre de l'Acte unique, qui relève visiblement de cette catégorie de compromis, pourrait se révéler délicate quand se réveilleront les tensions et les réserves apaisées à Luxembourg dans un complexe équilibre de concessions et garanties plus ou moins réciproques.

Ces concessions obèrent-elles dès le départ les chances de réalisation du marché intérieur ou n'étaient-elles que « le prix à payer » d'une réforme globalement féconde ?

Il convient de rappeler les conditions de l'entrée en vigueur du dispositif prévu par l'Acte unique pour l'établissement du marché intérieur, avant d'évaluer la portée de la réforme faisant une plus large place à la majorité qualifiée et enfin, d'analyser les menaces que font peser sur le futur grand marché unique, les facultés de dérogations nationales.

L'entrée en vigueur de l'Acte unique européen est sans doute encore trop récente (1) pour dire si cette réforme permettra ou non la relance de la solidarité européenne.

(1) 1^{er} juillet 1987

CHAPITRE I

ECHEANCIER ET PORTEE NORMATIVE

Souvent présentée comme un terme impératif, la portée juridique exacte de la date du 31 décembre 1992 est, en fait, beaucoup plus floue.

Le Traité de Rome instituait, à compter de 1957, une « période de transition de douze années », divisée en trois étapes de quatre années, à l'expiration de laquelle certaines compétences entraient pleinement en vigueur, certaines procédures se substituaient à d'autres. Or, il a été jugé par la Cour de Justice des Communautés européennes saisie par le Parlement européen (1) que constituait une carence susceptible de recours juridictionnel le fait pour le Conseil de n'avoir pas statué dans un délai raisonnable à l'issue de la phase transitoire sur des propositions de directives de la Commission dans un domaine (la politique des transports) que l'article 3 du Traité de Rome énonçait parmi les activités ressortissant à l'établissement du marché commun et plus précisément aux compétences des politiques communautaires.

I - LA DECLARATION ANNEXEE A L'ACTE UNIQUE

L'Acte unique européen introduit dans le Traité un nouvel article 8 A qui dispose : « La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 »...

Mais, sans doute pour éviter la multiplication éventuelle de recours en carence, l'Acte unique est accompagné d'une « déclaration » signée par tous les représentants des Etats membres, qui dispose, à l'égard des articles introduits dans le Traité de Rome et qui concernent l'établissement du marché intérieur :

« La fixation de la date du 31 décembre 1992 ne crée pas d'effets juridiques automatiques ». (2)

(1) Arrêt du 22 mai 1985, Aff. 13/83 Parlement européen c/Conseil des Communautés européennes « Politique commune des transports - Obligations du Conseil ».

(2) On observera, cependant, que cette « Déclaration » annexée à l'Acte unique européen, pour avoir été signée par l'ensemble de la Conférence de Luxembourg en même temps que le Traité lui-même, n'a pas été soumise aux procédures de ratification dans les Etats membres et est, par conséquent, dépourvue de la valeur normative de l'Acte unique européen lui dûment ratifié.

Ainsi, la coexistence au sein du Traité de Rome modifié par l'Acte unique d'articles traitant du « Marché commun » dont il a été jugé qu'ils ouvraient un droit de recours en carence, et d'articles traitant du « Marché intérieur » assortis d'une déclaration qui désigne leur pleine application avant la date du 31 décembre 1992 plus comme une « ardente obligation » que comme un terme créateur de droits, et alors même que la subsistance des deux notions concurrentes de Marché commun et de Marché intérieur est la même, peut créer quelque incertitude sur la portée juridique exacte des dispositions nouvelles. Incertitude qu'il reviendra peut-être à la Cour de trancher au cas où, après le terme du 31 décembre 1992, le Conseil laisserait sans suite des propositions de mesures contribuant à l'établissement du marché intérieur.

II - LES ARTICLES 100 A ET 100 B NOUVEAUX

Une incertitude supplémentaire quant à l'établissement du marché intérieur surgit des interprétations dont sont susceptibles les nouveaux articles 100 A et 100 B introduits dans le Traité par l'Acte unique européen (cf. ci-dessous p. 73 et Conclusions de la Délégation pour les Communautés européennes du Sénat, adoptées le 17 décembre 1986 sur le rapport de M. le Président Jacques GENTON (Doc. Sénat n° 227, 1ère session 86-87, p° 57 et s.).

En effet, l'article 100 A qui définit les nouvelles procédures d'établissement du marché intérieur prévoit expressément la possibilité pour les Etats membres, et ce *même après l'adoption d'une mesure d'harmonisation communautaire*, d'édicter ou de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes... (1). A supposer que l'harmonisation communautaire soit réalisée d'ici à 1992, ces dispositions protectrices, sinon protectionnistes, permettraient ainsi à l'Etat membre qui les appliquerait de déroger à la discipline commune du grand marché et de s'opposer à la mise en vente sur son territoire de produits ou de services non conformes à ses propres normes quoique ces produits ou services fussent conformes à des normes européennes.

Enfin, conformément à la « nouvelle approche » préconisée par le Livre blanc, l'Acte unique prévoit (article 100 B nouveau du Traité de Rome), qu'à partir de 1993, le Conseil *peut* décider, dans les domaines non encore harmonisés, que les dispositions en vigueur dans un Etat membre doivent être reconnues comme équivalentes à celles appliquées par un autre Etat membre.

Mais, là encore, l'échéancier est des moins contraignants : d'une part, il ne s'agit que d'une faculté (2) offerte au Conseil ; d'autre part,

(1) On trouvera l'analyse détaillée de ces dispositions ci-dessous, chapitre III.

(2) qui peut, néanmoins, être mise en oeuvre à la majorité qualifiée, ce qui pourrait en faciliter l'application.

il est expressément indiqué que la faculté d'édicter des mesures nationales dérogatoires *après* l'adoption de normes communautaires harmonisées est maintenue au-delà du terme de 1992, les dispositions de l'article 100 A, paragraphe 4, qui autorisent des dérogations nationales, demeurant « applicables par analogie ».

Sans doute la Commission et la Cour de Justice doivent-elles veiller à tout usage abusif de ces dérogations (1). Mais il est à craindre que la « nouvelle approche » préconisée par le Livre blanc de la Commission, à savoir la présomption d'équivalence et, partant, la reconnaissance mutuelle des différentes réglementations nationales en matière de produits et services, dès lors qu'est respecté un petit noyau de « normes essentielles » (méthode qui serait désormais substituée au bysantinisme de l'harmonisation préalable, détaillée et complète, de toutes les réglementations nationales), ne suscite des surenchères de dérogations en pérennisant, avec des réglementations nationales plus protectrices, ces trop fameux « obstacles non tarifaires » aux échanges intra-communautaires et que la Cour ne soit amenée, comme avant l'Acte unique, à examiner des « lois de pureté », anciennes ou nouvelles mais qui trouveraient cette fois-ci une base juridique dans le Traité lui-même.

*

* *

On est conduit à déduire de l'analyse des concessions qui entourent l'entrée en vigueur de l'Acte Unique européen, et qui ont sans doute été le prix de l'accord à 12, que la réalisation du Marché intérieur d'ici à cette date est un objectif sans portée juridique bien certaine et qu'au surplus, les articles 100 A et 100 B permettent, quand bien même les Etats parviendraient à décider l'harmonisation des réglementations nationales de la production de tel bien ou service, à tout Etat membre, de maintenir ou d'élever un obstacle à la circulation de ce bien ou service sur son territoire au nom de normes nationales maintenues ou renouvelées, même après ce terme décidément bien flou.

On voit que l'« horizon 1992 » risque de reculer indéfiniment si la volonté politique fait défaut et si prévalent des interprétations par trop précautionneuses de dispositions dont la portée normative n'est pas des plus claires.

(1) Une déclaration du Royaume de Danemark, annexée à l'Acte unique réserve expressément cette faculté de mesures nationales fondées sur « des exigences plus élevées », déclaration confirmée par ce pays à l'occasion de son avènement à la Présidence du Conseil des Communautés au deuxième semestre 1987.

CHAPITRE II

LE MECANISME INSTITUTIONNEL : LE VOTE A LA MAJORITE QUALIFIEE

Les dispositions précautionneuses aménageant l'entrée en vigueur des règles établissant le marché intérieur, de même que la reconnaissance expresse de facultés de dérogations y compris après l'adoption de ces règles (1), toutes ces concessions apparaissent comme des contreparties à la réforme des procédures de décision substituant le vote à la majorité qualifiée à la règle de l'unanimité pour l'adoption d'un grand nombre de mesures concourant à l'établissement du marché intérieur. On a d'ailleurs pu les désigner comme « le prix à payer » pour la réforme institutionnelle.

En effet, outre les dispositions renforçant le rôle consultatif du Parlement européen (2), l'élément majeur de la réforme institutionnelle introduite par l'Acte unique européen et visant les mécanismes de décision est d'abord la plus grande place faite au vote à la majorité qualifiée. Une autre disposition, moins spectaculaire est également prévue, la substitution dans certains cas de la forme du règlement à la procédure actuelle des directives pour l'harmonisation des règles nationales (3).

I - LE VOTE A LA MAJORITE QUALIFIEE, REGIME DE DROIT COMMUN

Hormis les dispositions spécifiques relatives aux domaines évoqués ci-dessous, l'Acte unique européen dispose, dans un article 100 A, ajouté au Traité de Rome, que les mesures relatives aux rapprochements des réglementations nationales qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur sont adaptées par le Conseil statuant à la majorité qualifiée.

(1) cf. chapitre suivant

(2) cf. Tome II du présent rapport, Première partie, chapitre I.

(3) voir également, sur le vote à la majorité qualifiée et la nouvelle « procédure de coopération », les conclusions n° 157/86 sur « la réforme institutionnelle et l'Acte unique européen » adoptées par la Délégation le 10 avril 1986 sur le rapport de M. Noël BERRIER (après la procédure de coopération avec le Parlement européen et l'avis du Conseil économique et social).

Ne sont pas soumises aux règles de la majorité de cet article 100 A, les dispositions fiscales, celles relatives à la libre circulation des personnes, ni celles qui intéressent les droits et intérêts des travailleurs salariés.

Hormis ces exceptions, importantes il est vrai, toutes les « mesures » communautaires d'harmonisation pourront donc être désormais adoptées à la majorité qualifiée.

Cette procédure, instituée dans le but de « débloquer » le rapprochement des législations nationales nécessaires à l'établissement d'un « espace sans frontières intérieures », comporte en fait une double novation :

— d'une part, la règle de la majorité qualifiée est substituée à l'unanimité prévue par l'article 100 pour les mêmes compétences (1) ;

— d'autre part, l'article 100 A nouveau ne désignant plus explicitement les directives comme instrument unique de l'harmonisation, il faut déduire de la généralité du terme employé, « les *mesures* relatives au rapprochement », que celles-ci peuvent prendre la forme de règlements, directement applicables donc en droit interne (2).

A - Champ d'application

Même si dans certains cas la règle du vote à la majorité qualifiée n'est en fait que la confirmation de la procédure qui aurait dû entrer en vigueur à la fin de la période transitoire prévue par le Traité de Rome, elle n'en est pas moins étendue à la plupart des domaines intéressant l'établissement du marché intérieur.

On peut récapituler les matières désormais soumises à cette procédure par référence aux articles du Traité de Rome et de l'Acte unique définissant les compétences communautaires :

(1) La juxtaposition des deux articles, préférée à la pure et simple substitution de l'article 100 A nouveau aux dispositions d'origine de l'article 100, et alors qu'ils règlent les mêmes matières selon des procédures différentes, le second s'appliquant « par dérogation à l'article 100 », sans autre précision, posera tôt ou tard de délicats problèmes d'interprétation de leurs champs d'application respectifs, si ce n'est d'épineux conflits de normes, à moins que, par un douteux procédé juridique, les nouvelles dispositions ne constituent une abrogation tacite de l'article qui les précède, maintenu apparemment mais privé de tout effet.

(2) Une atténuation a cependant été apportée à la faculté de recourir au règlement par une déclaration, annexée à l'Acte unique et souscrite par tous les signataires, aux termes de laquelle « La Commission privilégiera, dans ses propositions relatives à l'article 100 A, le recours à l'instrument de la directive, si l'harmonisation comporte dans un ou plusieurs Etats membres une modification de dispositions législatives ». Mais cette déclaration annexe n'étant pas elle-même soumise à ratification, n'a pas la valeur juridique des dispositions de l'Acte unique.

Cas où le Conseil statue à la majorité qualifiée :

Dispositions actuelles du Traité C.E.E.

article 7	règlementation en vue d'éliminer les discriminations basées sur la nationalité
article 28 (1)	modifications ou suspensions autonomes des droits du tarif douanier commun
article 43	mesures concernant la politique agricole commune et substitution aux organisations nationales d'une organisation commune de marché agricole
article 49 (1)	mesures nécessaires en vue de réaliser progressivement la libre circulation des travailleurs
article 54	mise en oeuvre du programme et réalisation d'une étape de la libération d'une activité déterminée
article 55	exception de certaines activités de l'application des dispositions sur la liberté d'établissement
article 56	coordination des dispositions nationales réglementaires et administratives prévoyant un régime pour les ressortissants étrangers
article 57 (1)	directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes et à la coordination des dispositions nationales concernant l'accès aux activités non salariées
article 59	extension de la liberté de prestation des services aux ressortissants des pays tiers établis dans la Communauté
article 63	mise en oeuvre du programme pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services et réalisation d'une étape de la libération d'un service déterminé
article 69	mise en oeuvre progressive des dispositions concernant la libre circulation des capitaux
article 70 (1)	directives relatives à la coordination progressive des politiques des Etats membres en ce qui concerne les mouvements de capitaux entre ces Etats et les pays tiers et modification des mesures prises par les Etats membres pour éliminer les difficultés découlant de la libre circulation des capitaux

(1) modifié par l'Acte unique

article 73	révocation de l'autorisation donnée par la Commission aux mesures de protection dans le domaine des capitaux prises par un Etat membre
article 75 (1)	mise en oeuvre de la politique commune des transports
article 79	suppression des discriminations basées sur le pays d'origine ou de destination des produits transportés
article 84 (1)	navigation maritime et aérienne
article 87	directives en vue de l'application des règles de concurrence
article 92	définition des catégories compatibles avec le marché commun
article 94	règlements d'application des articles 92 et 93
article 98	autorisation des mesures temporaires d'exonération de remboursement et de compensation
article 101	élimination de disparités entre les dispositions nationales qui faussent les conditions de concurrence
article 103	modalités d'application des mesures en matière de politique de conjoncture
article 108	octroi du concours mutuel ; révocation de l'autorisation des mesures de sauvegarde prises par un Etat membre à titre conservatoire
article 112	harmonisation des régimes d'aides aux exportations
article 113	mise en oeuvre de la politique commerciale commune
article 114	conclusion des accords commerciaux
article 116	action commune dans le cadre des organisations internationales de caractère économique
article 126	octroi de certains concours visés à l'article 125
article 127	modalités réglementaires concernant l'activité du Fonds social
article 154	traitements des membres de la Commission et des juges de la Cour de justice
article 203	établissement du budget

(1) modifié par l'Acte unique

article 204	autorisation de certaines dépenses supplémentaires
article 206	traitements des membres de la Cour des comptes
article 206 ter	décharge à la Commission sur l'exécution du budget
article 212 (1)	statut des fonctionnaires communautaires

Nouvelles dispositions introduites dans le traité C.E.E. par l'Acte unique

article 8 B	définition des orientations et conditions nécessaires pour assurer un progrès équilibré dans la réalisation du marché intérieur
article 100 A	mesures nécessaires à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur
article 100 B	reconnaissance de l'équivalence de dispositions en vigueur dans les Etats membres
article 118 A	directives visant à améliorer le milieu de travail
article 130 E	décisions d'application relatives au F.E.D.E.R.
article 130 K	adoption des programmes spécifiques
article 130 L	adoption des programmes complémentaires ainsi que des règles y applicables
article 130 M	participation à des programmes de recherche et de développement entrepris par plusieurs Etats membres
article 130 N	coopération avec des pays tiers ou des organisations internationales en matière de recherche
article 130 P paragraphe 1	fixation des modalités de financement des programmes de recherche
article 130 S	actes dans le domaine de l'environnement qui, aux termes d'une décision du Conseil, sont à prendre à la majorité qualifiée.

(1) modifié par l'article 24 du Traité de fusion du 8.4.65.

B - Détermination de la majorité qualifiée

Ces règles sont fixées par l'article 148, paragraphe 2 du Traité de Rome, modifié en dernier lieu par l'article 14 de l'Acte d'adhésion aux Communautés de l'Espagne et du Portugal. Les délibérations sont acquises si elles ont recueilli au moins :

— cinquante-quatre voix lorsque, en vertu du Traité, elles doivent être prises sur proposition de la Commission, ce qui est le cas des mesures d'harmonisation, aux termes de l'article 100 A nouveau ;

— cinquante-quatre voix exprimant le vote favorable d'au moins huit membres dans les autres cas.

Pour les délibérations du Conseil qui requièrent une majorité qualifiée, les voix des membres représentant les Etats sont affectées de la pondération suivante :

Belgique	5
Danemark	3
Allemagne	10
Grèce	5
Espagne	8
France	10
Irlande	3
Italie	10
Luxembourg	2
Pays-Bas	5
Portugal	5
Royaume-Uni	10

II - PROCEDURES PROPRES A CERTAINS DOMAINES :

En dehors de la règle de droit commun fixée par l'article 100 A, l'Acte unique européen précise la procédure applicable à certains domaines particuliers relevant de l'établissement du marché intérieur.

A - Tarif douanier commun

L'Acte unique dispose que désormais toutes modifications ou suspensions autonomes des droits du tarif douanier commun sont décidées par le Conseil statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission alors que la règle initiale du Traité de Rome était l'una-

nimité (mais bien la majorité qualifiée à l'issue de la période de transition de douze années : on voit que l'Acte unique n'est bien souvent que la réaffirmation des objectifs premiers du Traité, quelque peu « oubliés » ou sans cesse différés devant telle ou telle difficulté particulière).

B - Libre circulation des personnes et liberté d'établissement

Afin de réaliser cet objectif, l'article 57 prévoit des directives prises à l'unanimité au cours de la première étape et à la majorité qualifiée par la suite ; l'Acte unique, confirmant en quelque sorte cet engagement, dispose que désormais le Conseil statue à la majorité qualifiée.

En revanche, une disposition particulière reçoit une rédaction nouvelle qui n'est pas sans portée. En effet, l'article 57 dans sa forme article 212 (1)statut lui-même. initiale prévoit que « l'unanimité demeure nécessaire » pour les matières qui, dans un Etat membre au moins, relèvent de dispositions législatives ainsi que pour les mesures qui touchent à la protection de l'épargne, notamment à la distribution du crédit et à la profession bancaire, et enfin pour les règles relatives aux conditions d'exercice, dans les différents Etats membres, des professions médicales, paramédicales et pharmaceutiques.

Cette phrase, aux termes de l'Acte unique, est désormais rédigée de la façon suivante :

« L'unanimité est nécessaire pour les directives dont l'exécution dans un Etat membre au moins comporte une modification des principes législatifs existants du régime des professions en ce qui concerne la formation et les conditions d'accès de personnes physiques. »

Cette modification signifie deux choses en droit français :

D'une part, la substitution des termes « une modification des principes législatifs existants » à la formulation précédente « les matières... qui relèvent de dispositions législatives » implique que si des mesures d'harmonisation de dispositions législatives déjà en vigueur requerront toujours l'unanimité, en revanche des mesures communautaires intéressant des matières que, en France, l'article 34 de la Constitution réserve à la loi mais qui interviendraient en l'absence de législation préexistante, pourraient être adoptées à la majorité qualifiée, donc sans l'accord du représentant de la France au Conseil statuant sur ces mesures.

Sans doute le Parlement français est-il appelé à examiner les directives intervenant dans des matières législatives à l'occasion de leur transposition en droit interne, mais la marge d'adaptation des directives régulièrement adoptées par le Conseil est faible, et contrôlée par la Cour

de justice des Communautés européennes (qui a censuré plusieurs lois de transposition à ses yeux non conformes aux directives adoptées par le Conseil, ainsi en décembre 1986 la loi française de transposition de la réglementation communautaire de coassurance).

D'autre part, l'unanimité ne demeurerait nécessaire que si les directives entraînent une modification du régime législatif de formation et des conditions d'accès aux professions. Cette disposition est donc applicable désormais à toutes les professions et non plus aux seules professions médicales ou bancaires ; en revanche, la nouvelle rédaction de l'article 57 supprimera une ambiguïté concernant les « conditions d'exercice des professions médicales, paramédicales et pharmaceutiques ». Le texte initial prévoyait l'unanimité pour régler leurs conditions d'exercice. La nouvelle rédaction supprime cette disposition ne laissant subsister que la subordination de la libéralisation à une coordination de leurs conditions d'exercice, qui pourra donc se faire par des directives approuvées à la majorité qualifiée.

C - La libre prestation de services

Désormais, la mise en oeuvre de la suppression des restrictions à la libre prestation des services ressortit à des directives adoptées à la majorité qualifiée, y compris s'il s'agit d'étendre le bénéfice de la libre prestation à des ressortissants d'Etats non membres mais établis à l'intérieur de la Communauté (extension qui requerrait initialement l'unanimité).

D - Libre circulation des capitaux

L'Acte Unique prévoit que la mise en oeuvre progressive des dispositions relatives à la libre circulation des capitaux, y compris la politique des Etats membres à l'égard des mouvements de capitaux entre ces Etats et les pays tiers ne requiert plus que des directives adoptées à la majorité qualifiée (l'unanimité étant en revanche nécessaire pour les mesures qui constitueraient « un recul en matière de libération »).

E - Politique des Transports

La règle est désormais, aux termes de l'Acte Unique, l'adoption des mesures relevant de la politique commune des transports par chemins de fer, routes et voies navigables, à la majorité qualifiée, y compris s'il s'agit d'étendre cette politique commune à la navigation maritime ou aérienne.

F - Fiscalité

L'Acte unique européen dispose expressément que les mesures communautaires d'harmonisation des législations relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, aux droits d'accises et aux autres impôts indirects demeurent soumises à la règle de l'unanimité. En revanche, faute de précision quant à la nature des normes, on doit déduire que cette harmonisation peut se faire tant par voie de directives que par celle du règlement, directement applicable donc sans passage ultérieur devant les parlements nationaux, dont la compétence en matière de « consentement à l'impôt » est pourtant la raison d'être originelle. La conformité de cette procédure avec les dispositions de l'article 34 de la Constitution française a d'ailleurs été mise en cause par quelques constitutionnalistes et non des moindres (1).

*

* *

Encore qu'une appréciation exacte soit difficile, on a pu évaluer que, avant l'adoption de l'Acte unique, ce sont quelque deux cents mesures, sur les trois cents proposées par le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, qui eussent requis l'unanimité (2). La Commission a, pour sa part, établi un « Relevé des propositions pendantes devant le Conseil au 30 juin 1987 et pour lesquelles l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen entraîne un changement de base juridique et/ou de procédure » (3) indiquant en particulier toutes celles qui relèvent désormais du vote à la majorité qualifiée aux termes de l'article 100 A.

On peut considérer que si les mesures d'harmonisation relèveront désormais dans leur très grande majorité de votes à la majorité qualifiée, certains domaines importants demeurent soumis à la règle de l'unanimité.

(1) Pour désarmer ces objections, une déclaration gouvernementale, lors du débat parlementaire d'autorisation de ratification, a confirmé que le « compromis de Luxembourg demeurerait valable et qu'aucune mesure affectant un intérêt essentiel ne pourrait être adoptée sans l'aval du représentant de la France au Conseil. cf. analyse de ces déclarations in Rapport de M. le Président GENTON adopté le 17 décembre 1986 (Rapport d'information de la Délégation pour les Communautés européennes Doc. Sénat n° 227 1986-1987 - Tome II p.57 et s.).

(2) cf. « Rapport d'information présenté par M. Jacques DOMINATI, au nom de la Commission de la Production et des échanges (Doc.A.N. n° 431, 8ème législature, p.73 et s. : « L'achèvement du grand marché communautaire).

(3) cf. Doc. COM. 87-393.

CHAPITRE III

DE NOUVELLES FACULTES DE DEROGATION A LA LIBRE CONCURRENCE

Outre les précautions entourant l'entrée en vigueur des nouvelles règles communautaires, l'Acte Unique ouvre de nouvelles facultés de dérogation à la libre concurrence qui devrait caractériser le marché intérieur à la fin de 1992. Cette double concession est sans doute le « prix à payer » du double pari que constituent l'extension du vote à la majorité qualifiée et le principe de la reconnaissance mutuelle des normes nationales à défaut d'harmonisation communautaire.

I - REGLES ORIGINELES

Le Traité de Rome énonçait les principes fondamentaux du Marché commun : libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux et libre prestation de services.

Hors de ces domaines, les autorités des Etats membres demeurent évidemment pleinement compétentes pour édicter des réglementations nationales. Mais le Traité prévoit aussi expressément que les Etats membres peuvent déroger aux règles adoptées dans les domaines relevant de la compétence communautaire.

Ils peuvent tout d'abord interdire ou restreindre les échanges intra-communautaires, « *sine die* », pour des causes légitimes, imitativement énumérées : protection de la moralité publique, de la sécurité et de l'ordre publics, de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de la préservation des végétaux, des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, enfin de la protection de la propriété industrielle et commerciale. Ces intérêts supérieurs demeurant de la compétence des Etats, l'appréciation de leur combinaison avec les règles du marché commun est laissée à leur initiative. Mais les mesures prises ne doivent pas être entachées de détournement

de procédure et constituer des discriminations arbitraires ou des restrictions déguisées (art. 36 du Traité) sauf à être sanctionnées par la Cour de Justice des Communautés européennes.

Une faculté de dérogations, *temporaires* cette fois-ci, est également ouverte aux États membres en accord avec la Commission, sous la forme de mesures de sauvegarde strictement adaptées aux difficultés d'un secteur économique ou d'une région.

II - LES FACULTES DE DEROGATION INSTITUTEES PAR L'ACTE UNIQUE EUROPEEN

L'Acte Unique européen non seulement maintient les facultés initiales de dérogation mais en institue de nouvelles qui apparaissent comme autant de concessions en contrepartie des règles éventuellement plus contraignantes que seraient l'adoption à la majorité qualifiée de normes communautaires ou la reconnaissance mutuelle.

Ces nouvelles possibilités de dérogations peuvent être regroupées en trois catégories : celles qui se fondent sur des inégalités de développement régional, les normes nationales protégeant des intérêts légitimes dont la liste est complétée, enfin les clauses de sauvegarde.

A - Les inégalités régionales

Relativement faibles entre les six États fondateurs, les disparités de développement régional se sont trouvées sensiblement accentuées par les élargissements successifs de la Communauté. Leur prise en compte pour atténuer le libre jeu de la concurrence dans le marché intérieur et différencier l'application des règles communes pourrait bien constituer une véritable novation du Traité de Rome.

En effet, l'article 2 du Traité définissait ainsi initialement la finalité de la Communauté : « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit ».

Sans doute, les États signataires se déclaraient-ils dans le préambule (mais dans le préambule seulement) : « Soucieux de renforcer

l'unité de leurs économies et d'en assurer le développement harmonieux en réduisant l'écart entre les différentes régions et le retard des moins favorisées... ».

La philosophie économique du Traité de Rome était ainsi essentiellement libérale, s'en remettant, pour promouvoir la croissance, aux effets directs et indirects d'une libération des mécanismes de concurrence étendus à tout l'espace communautaire.

Premier traité signé à douze, l'Acte Unique européen, tout en réaffirmant que le but de la Communauté est « l'établissement d'un marché intérieur comportant un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée » (c'est-à-dire les principes de libre concurrence du Traité de Rome) incorpore cette fois-ci au Traité de Rome lui-même la prise en compte des disparités de développement régional et surtout introduit dans le Traité un titre nouveau consacré à la « cohésion économique et sociale » qui désormais assigne expressément à la Communauté la mission de réduction de « l'écart entre les diverses régions et du retard des régions les moins favorisées ». (art. 130 A nouveau du Traité).

En vue de cet objectif, l'Acte Unique européen ajoute au Traité de Rome des dispositions qui peuvent fonder des dérogations à l'établissement du marché intérieur.

1) *Les dérogations de l'article 8 C*

Cet article, introduit dans le Traité de Rome par l'article 15 de l'Acte unique européen, permet à la *Commission*, dans la formulation des mesures d'harmonisation, de tenir compte, y compris sous la forme de dérogations, des différences de développement entre économies des Etats membres.

Mais il est précisé que ces dérogations doivent être temporaires ; elles ne sont d'ailleurs prévues qu'au cours de « la période d'établissement du marché intérieur », soit jusqu'au 31 décembre 1992.

Leur champ d'application apparaît ainsi relativement limité dans le temps, et elles doivent être proposées, au moins formellement, par la *Commission* et non par des Etats membres intéressés.

On observera en revanche qu'elles peuvent se cumuler avec les dispositions transitoires contenues dans les différents traités d'adhésion et semblent ainsi permettre de proroger la période d'adaptation de nouveaux Etats adhérents aux futures disciplines du marché intérieur.

S'il peut sembler inopportun de présenter comme renégociable tout ce qui avait été souvent durement négocié, le Conseil reste cependant

l'arbitre, appréciant les « efforts » de chaque économie à l'occasion de l'examen des différentes directives concourant à l'établissement du marché intérieur, selon les propositions de la Commission, éventuellement assorties de dérogations.

2) *Les dispositions de l'article 130 B*

Plus incertains pourraient être les effets de cet article qui dispose que la mise en oeuvre des politiques communes et du marché intérieur prend en compte les objectifs de réduction de l'écart entre les diverses régions et du retard des régions les moins favorisées.

L'Acte Unique institue donc une reconnaissance générale de la différenciation pour inégalité de développement régional puisqu'elle est étendue à toutes les politiques communes comme au marché intérieur, et permanente, puisqu'elle accompagne « la mise en oeuvre » de ces politiques et du marché intérieur dans son ensemble (1).

L'Acte Unique européen ne précise pas les modalités de cette prise en compte mais son inscription solennelle parmi les objectifs du Traité ne peut qu'encourager certains Etats membres (2) à différer l'application des règles communes de libre concurrence, tout en réclamant le bénéfice de la solidarité communautaire et même le cas échéant son accroissement.

On voit que l'inscription dans le Traité, et à l'égal même des règles de libre concurrence, de l'objectif de « cohésion économique et sociale » justifiant la suspension ou l'atténuation de ces mêmes règles ne va guère dans le sens de l'établissement d'un espace économique unifié.

B - Les dérogations de l'article 100 A

Elément essentiel du dispositif de l'Acte unique, la rédaction particulièrement complexe de cet article a fait l'objet de nombreux commentaires qui en ont souligné l'ambiguïté (3).

Elément essentiel en effet puisque cet article fixe la procédure de droit commun désormais applicable à l'adoption des mesures qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

(1) Afin qu'il ne subsiste aucun doute, une déclaration souscrite par tous les signataires de l'Acte unique et annexée au Traité précise que, étant donné que l'impératif de la prise en compte des différences de développement régional « a une portée générale », il s'imposera également à la Commission après le terme 1992 et pourrait ainsi justifier des dérogations au principe de reconnaissance mutuelle des normes nationales qui s'appliquerait après cette date, à défaut d'harmonisation.

(2) Cf. pour l'interprétation de ces dispositions, les déclarations, annexées à l'Acte unique européen, de l'Irlande, de la Grèce et du Portugal.

(3) Cf. Conclusions de la Délégation du Sénat, adoptées sur le rapport de M. Jacques GENTON, Doc. Sénat n° 227, 1ère session ordinaire de 1986-1987, Titre II p° 57 et 6 ; rapport d'information de M. Jacques DOMINATI, Doc. AN n° 431, 8ème législature, précité ; article de M. Pierre PESCATORE, ancien juge à la Cour de Justice des Communautés européennes, in Agence Europe, n° 1397 du 27 mars 1986.

Rédaction complexe aussi puisque cette véritable charte du marché intérieur prévoit, à côté de la règle du vote à la majorité qualifiée destinée à remettre en mouvement l'établissement de l'espace unifié, des dispositions qui permettent de déroger aux règles communes.

Novation tout aussi profonde que la prise en compte des disparités régionales, la faculté est désormais ouverte aux Etats membres d'appliquer des dispositions nationales justifiées par certaines « exigences importantes ». La portée des facultés nouvelles de dérogation est considérable :

1) *Portée « ratione materiae »*

Ces mesures dérogatoires peuvent être fondées, non seulement sur les intérêts (1) qui peuvent déjà être mis en avant par les Etats pour déroger à la liberté des échanges aux termes de l'article 36 du Traité de Rome mais elles peuvent être justifiées par « des exigences importantes relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement » (2).

2) *Effets « ratione temporis »*

En effet, les normes nationales dérogatoires peuvent être maintenues ou édictées même *après l'adoption d'une mesure d'harmonisation* communautaire.

En outre, l'article 100 B précise que cette faculté de dérogation s'appliquera, « par analogie », *après le terme de 1992* et par conséquent quel que soit l'état de la réglementation à cette date, qu'il y ait normes harmonisées ou qu'entre en jeu la présomption d'équivalence des normes nationales non encore harmonisées. Présomption bien fragile donc et, en quelque sorte, subsidiaire.

Ainsi un Etat membre pourra toujours protéger ses consommateurs (et son marché par la même occasion) d'un produit ou d'un service ne répondant qu'à une norme communautaire harmonisée à un niveau à ses yeux insuffisant et qui aurait été adoptée sans son assentiment par un vote à la majorité, comme le cas échéant de biens ou services, produits dans d'autres Etats membres conformément à des réglementations nationales reconnues équivalentes.

(1) Protection de la moralité, de la sécurité et de l'ordre publics, de la santé et de la vie des personnes, préservation des animaux et des végétaux ou de trésors artistiques, enfin, protection de la propriété industrielle et commerciale.

(2) Notions au contenu bien incertain, s'il ne se confond pas avec les impératifs de l'article 36. Certains commentateurs ont pu redouter une interprétation de la notion de « milieu de travail » incluant une acception étendue aux activités productives dont la situation exigerait une protection, au moins aux yeux des responsables nationaux.

3) Effets sur le marché intérieur

Certains commentaires de cet article (1) ont émis la crainte que le report à la fin de 1992 de la généralisation de la présomption d'équivalence des normes nationales (art. 100 B nouveau du Traité de Rome), comme la licéité de mesures nationales dérogatoires, y compris à des normes harmonisées, n'autorisent en fait un véritable recul de la libre circulation des biens et des services, par rapport à la situation du Marché commun avant l'adoption de l'Acte Unique.

En effet, la jurisprudence « Cassis de Dijon » a d'ores et déjà établi une présomption d'équivalence des normes nationales même en l'absence d'une harmonisation communautaire et par conséquent l'application *de plano* des principes de libre circulation sur tout le territoire communautaire, des biens et services légalement produits dans un Etat membre et satisfaisant aux exigences essentielles de la protection des consommateurs. Hors, le refus d'admettre en libre circulation des biens légalement produits dans un Etat membre au nom de normes nationales plus protectrices aura désormais une base juridique dans le Traité lui-même avec l'article 100.A. Certains commentateurs craignent dès lors que la jurisprudence « Cassis de Dijon » ne soit paralysée par cette concession majeure aux réglementations nationales.

Justifications susceptibles d'interprétations extensives, qu'il s'agisse des intérêts protégés par l'article 36 du Traité ou qu'il s'agisse des deux nouveaux motifs : « protection du milieu de travail et l'environnement (2) » ; faculté maintenue *sine die* même après harmonisation ou reconnaissance mutuelle des normes ; ces nouvelles dérogations menacent-elles dans l'oeuf la réalisation du marché intérieur ?

Certains le craignent, d'autres soulignent que c'était le « prix à payer » pour l'extension du vote à la majorité qualifiée et la substitution d'une reconnaissance mutuelle des réglementations nationales à leur laborieuse harmonisation complète.

Il est trop tôt sans doute pour évaluer l'usage qui sera fait de dispositions évidemment grosses de risques (3).

4) Limites et sanctions

Sans doute pour limiter les risques de recours abusifs à des normes nationales protectrices, l'article 100 A nouveau organise en effet un contrôle renforcé.

(1) Cf. Opinion de M. Pierre PESCATORE, ancien juge à la C.J.C.E., in article précité.

(2) M. Fernand BRAUN, Directeur général du marché intérieur à la Commission des Communautés européennes, évoquant ces dispositions devant la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée Nationale a pu déclarer : « Il faut... que les pays qui sont confrontés à des pressions des groupes de protection de l'environnement ne soient pas menacés par un risque d'harmonisation vers le bas. Un tel risque comporterait une fracture potentielle du marché intérieur... ». Cité in Rapport A.N. n° 431 - 8ème législature - p° 73 et s.

(3) La déclaration danoise, annexée à l'Acte Unique, réserve expressément la faculté d'édicter des normes nationales satisfaisant à des exigences plus élevées que les mesures communautaires d'harmonisation.

Reprenant la limitation déjà posée par l'article 36 du Traité aux dérogations initialement admises, l'article 100 A précise que les exigences mises en avant par les Etats membres ne doivent pas constituer « une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée ».

Les mesures dérogatoires doivent être notifiées à la Commission qui en examine les justifications. En cas de doute sur leur caractère éventuellement abusif, la Commission ou tout Etat membre (1) peut saisir *directement* la Cour de Justice (donc en dehors de la longue procédure des articles 169 et 170 du Traité).

C - Les clauses de sauvegarde

Le nouvel article 100 A prévoit enfin le recours, plus classique, à des clauses de sauvegarde. Il dispose en effet que « les mesures d'harmonisation... comportent dans les cas appropriés une clause de sauvegarde autorisant les Etats membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques mentionnées à l'article 36 (2) des mesures provisoires soumises à une procédure communautaire de contrôle ». Si les clauses de sauvegarde de l'article 100 A (à la différence des dérogations) sont bien temporaires comme celles prévues dès l'origine par l'article 226 du Traité de Rome, la rédaction différente de celle de cet article 226, laisse planer bien des ambiguïtés : les Etats membres sont-ils autorisés *de plano* à prendre des mesures dérogatoires si le principe des clauses de sauvegarde est inscrit dans la norme d'harmonisation ? (Alors que, selon l'article 226 c'est la Commission qui fixe les mesures de sauvegarde *qu'elle* estime nécessaires, en en précisant les conditions et les modalités d'application). Enfin, la « procédure communautaire de contrôle » suit-elle les règles de la saisine directe de la Cour de Justice applicables aux dérogations fondées sur l'article 100 A, ou la procédure ordinaire du recours en manquement de l'article 169 du Traité ?

Là encore, les ambiguïtés de la rédaction de dispositions pourtant essentielles, ne permettent pas d'apprécier dans quelle mesure les nouvelles règles d'établissement du marché intérieur produiront les effets incitateurs qu'on en attend.

*

* *

(1) Mais non, semble-t-il, un entrepreneur lésé.

(3) Elles ne pourraient donc pas être justifiées par des considérations de protection du milieu de travail et de l'environnement, semble-t-il, puisque ces deux notions ne figurent plus à cet alinéa.

Concessions aux pays les plus développés de la Communauté, jaloux de leurs normes élevées, comme les dérogations pour inégalités de développement régional l'ont été aux pays périphériques, ces compensations ont sans doute permis la signature de l'Acte Unique européen. Mais ces freins auront-ils raison du mouvement que visait précisément à remettre en marche la réforme des traités avec l'extension du vote à la majorité qualifiée et la reconnaissance mutuelle des réglementations ?

On voit que les interprétations qui prévaudront des facultés de dérogation ouvertes par l'article 100 A nouveau du Traité seront déterminantes pour dire si l'Acte Unique européen est bien l'instrument de la relance européenne que d'aucuns espèrent ou s'il s'agit d'une réforme en trompe l'oeil, voire d'une source supplémentaire de difficultés et de contentieux.

CHAPITRE IV

LES CONDITIONS DU PROGRES : LE « PLAN DELORS »

I - UNE NOVATION DANS LES OBJECTIFS DE LA COMMUNUTE

L'Acte Unique européen, outre les réformes institutionnelles et la reconnaissance *de jure* de nouvelles compétences communautaires, a sans doute pour objectif primordial la remise en mouvement de l'établissement du marché intérieur.

Mais cette réforme du Traité de Rome ne se contente pas de perfectionner les procédures d'adoption des mesures intéressant ce marché intérieur. Elle consacre également une novation des buts de la Communauté.

En effet, l'article 2 du Traité de Rome définit ainsi la finalité de la Communauté : « La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit. »

Sans doute, les Etats signataires se déclaraient-ils dans le préambule (mais dans le préambule seulement) : « soucieux de renforcer l'unité de leurs économies et d'en assurer le développement harmonieux en réduisant l'écart entre les différentes régions et le retard des moins favorisées ... ».

Si le Traité instituait effectivement un Fonds social et prévoyait la création de fonds d'orientation et de garantie agricoles, aucune procédure d'intervention particulière n'était prévue pour « promouvoir un développement harmonieux » de l'ensemble des Etats membres, ensemble d'ailleurs relativement homogène lors de l'engagement des six Etats fondateurs en 1957.

La philosophie économique du Traité de Rome était ainsi essentiellement libérale, s'en remettant pour promouvoir la croissance aux effets directs et indirects d'une libération des mécanismes de concurrence étendus à tout l'espace communautaire.

La Communauté allait cependant se doter assez rapidement d'un instrument supplémentaire d'intervention structurelle, destiné à soutenir le développement économique des régions les moins prospères, le Fonds Européen de développement régional.

Il y avait donc là l'amorce d'une politique économique communautaire distribuant des concours à des projets d'infrastructures essentiellement ou soutenant des investissements industriels.

Consacrant solennellement cette politique d'interventions structurelles, l'Acte Unique européen, tout en réaffirmant que le but de la Communauté est « l'établissement d'un marché intérieur comportant un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée », c'est-à-dire les principes de libre concurrence du Traité de Rome, incorpore cette fois-ci au Traité lui-même l'objectif de promotion d'un « développement harmonieux » de la Communauté par le « renforcement de la cohésion économique et sociale ». La prise en compte des disparités de développement régional doit accompagner toutes les mesures d'établissement du marché intérieur. Enfin, l'Acte Unique introduit dans le Traité un titre nouveau consacré à la « cohésion économique et sociale », qui assigne désormais expressément à la Communauté la mission de réduction de « l'écart entre les diverses régions et du retard des régions les moins favorisées » (art.130 A nouveau du Traité), la mise en oeuvre des politiques communes et du marché intérieur devant même prendre en compte ces objectifs (art.130 B). La Communauté doit encore soutenir cette réalisation par l'action qu'elle mène au travers des fonds à finalité structurelle : F.E.O.G.A. section orientation, Fonds social européen, et F.E.D.E.R. (Fonds Européen de Développement Régional) qui reçoit ainsi sa reconnaissance institutionnelle.

On voit que d'une réunion d'Etats pariant sur les effets stimulants d'un démantèlement des frontières économiques et donc d'une philosophie libérale, on est passé à un ensemble affirmant, par la voix de la Commission, certes les principes de libre concurrence mais, à l'égal de ces principes, une volonté d'intervention pour favoriser la cohésion économique et sociale et institutionnalisant des mécanismes de transfert pour conduire ces interventions.

La Communauté, au lendemain de l'Acte Unique européen, pourrait bien apparaître toute différente de la réunion des six Etats fondateurs pariant sur les effets dynamisants de l'ouverture réciproque de leurs économies pour constituer un marché commun unique et concurrentiel.

Sans doute se propose-t-elle à nouveau l'instauration d'un « grand marché intérieur », mais, en même temps, elle s'assigne pour objectif la recherche de la « cohésion économique et sociale » par le renforcement des interventions structurelles.

La Commission des Communautés a d'ailleurs constamment présenté les deux orientations comme inséparables, la seconde étant considérée comme une condition du succès de la première, alors même qu'elle pourrait apparaître contradictoire.

II - LE « PLAN DELORS »

Un article de ce titre consacré à la « cohésion économique et sociale » donnait mandat à la Commission de soumettre au Conseil, « dès l'entrée en vigueur de l'Acte Unique européen », « une proposition d'ensemble visant à apporter à la structure et aux règles de fonctionnement des Fonds existants à finalité structurelle (Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, section « orientation », Fonds social européen, Fonds européen de développement régional) les modifications qui seraient nécessaires pour préciser et rationaliser leurs missions afin de contribuer à la réalisation des objectifs énoncés aux articles 130 A et 130 C, ainsi qu'à renforcer leur efficacité et coordonner leurs interventions entre elles et avec celles des instruments financiers existants. Le Conseil statue à l'unanimité sur cette proposition dans un délai d'un an, après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social. »

Sans attendre l'entrée en vigueur formelle de l'Acte Unique européen et sur la base de ce mandat, largement interprété, la Commission publiait dès le 15 février 1987 un document (Com.87-100 final) intitulé « Réussir l'Acte Unique, une nouvelle frontière pour l'Europe », souvent désigné comme le « Plan Delors », exposant les « conditions du succès » et les « réformes à entreprendre ». Elle devait compléter ce document général par plusieurs propositions consacrées aux éléments les plus importants à ses yeux, nouvelles ressources financières pour la Communauté, renforcement de la discipline budgétaire (1) et par une proposition de réforme des fonds structurels (Com.87-376 final 2, du 24 août 1987), répondant plus particulièrement au mandat de l'Acte unique européen (2).

Faisant une interprétation large de la novation introduite dans le Traité et du mandat qui lui était confié, la Commission a donc défini

(1) Voir l'analyse de ces documents dans le tome II du présent rapport

(2) cf. analyse de cette proposition, Tome II, p.41 et s.

les actions qui lui apparaissent comme la contrepartie « inséparable » de l'instauration du marché intérieur pour « réussir l'Acte Unique ».

La Commission énonce ainsi les conditions du succès, sous la forme de six politiques, à mettre en oeuvre simultanément : « La réalisation d'un grand marché sans frontières, la cohésion économique et sociale, en d'autres termes plus de convergence dans les moyens mis en oeuvre comme dans les résultats, une politique commune de développement scientifique et technologique, le renforcement du système monétaire européen, l'émergence d'une dimension sociale européenne et l'action coordonnée en matière d'environnement. »

La Commission développe ensuite ces orientations dans cinq chapitres exposant les « conditions du succès » : un espace économique commun ; une croissance économique plus forte ; un meilleur fonctionnement des institutions ; une discipline budgétaire renforcée ; enfin, une politique extérieure commune et ferme. Mais il s'agit plutôt d'orientations générales, d'une généralité qui relève de l'exhortation jacobinisme même, s'agissant de la politique extérieure commune.

Il n'est pas sans intérêt de noter d'ailleurs que cet élément qui figurait parmi les « conditions du succès » n'est plus évoqué dans la seconde partie du document « Réussir l'Acte Unique » qui porte sur « les réformes à entreprendre ».

Les cinq domaines pour lesquels la Commission propose des orientations de réforme plus concrètes que la définition des conditions du succès sont en effet l'adaptation de la politique agricole, le développement des politiques communautaires (interventions structurelles et nouvelles actions : recherche, développement technologique et environnement), la modification du système de financement des Communautés et le renforcement de la discipline budgétaire ainsi que l'institution de nouvelles règles de gestion budgétaire (1).

Ces diverses propositions ont rencontré de la part du Conseil un accueil nuancé (dont on trouvera l'analyse dans le tome II du présent rapport), certains Etats membres adhérant pleinement au postulat qui est à la base du Plan Delors, à savoir la corrélation entre les réformes proposées et l'instauration du grand marché intérieur. Certains Etats membres souhaiteraient même subordonner l'ouverture à la concurrence qu'implique l'établissement du marché intérieur, au développement de la « cohésion économique et sociale » et en particulier au doublement, en termes financiers, des interventions structurelles. D'autres Etats membres, au contraire, entendent privilégier la réalisation effective du marché intérieur par rapport à l'augmentation des financements communautaires arguant des politiques de rigueur budgétaire qu'ils s'imposent eux-mêmes.

(1) On trouvera l'analyse de ces propositions dans le 14^e rapport de la Délégation. Doc.Sénat n° 227, seconde session ordinaire de 1986-1987, Tome I, p.7 et s. « Réussir l'Acte Unique ».

Le débat est donc largement ouvert, notamment au Parlement européen qui a constitué une commission « ad hoc » pour suivre le « Plan Delors », tandis que les prochains Conseils européens devront se saisir de ses différentes propositions et définir une politique commune.

De ces décisions dépend l'orientation future de la Communauté, confrontée au choix des priorités : accélérer la réalisation du marché intérieur ou multiplier les interventions structurelles. A moins qu'elle ne décide d'avancer dans les deux directions à la fois, instituant non pas à proprement parler une « Europe à deux vitesses », mais plutôt une Communauté dédoublée en un espace voué à une pleine concurrence, et « contribution net » aux transferts vers les pays périphériques, coexistant avec des régions plus ou moins préservées de cette rude discipline et bénéficiant d'amortissements spécifiques accompagnées d'interventions structurelles et de transferts communautaires, ce qui est à peu près le schéma du « Plan Delors ».

CHAPITRE-V

LES POLITIQUES COMMUNES INSEPARABLES DE L'ACHEVEMENT DU MARCHÉ INTERIEUR

I - LA POLITIQUE COMMERCIALE COMMUNE VIS-A-VIS DES PAYS TIERS

Le Traité de Rome énonçait dans son article 3, parmi les objectifs de la Communauté, immédiatement après l'élimination des droits de douane et des restrictions quantitatives entre Etats membres, « l'établissement d'un tarif douanier commun et d'une politique commerciale commune envers les Etats tiers ». Cet objectif était développé dans un chapitre consacré à cette politique commerciale commune dont il précisait les procédures d'élaboration.

Si l'établissement du tarif douanier commun a marqué sans doute le premier succès de la construction communautaire, en revanche la définition d'une politique commerciale commune vis-à-vis des pays tiers rencontre des difficultés récurrentes.

Il n'est pas sans intérêt de noter que si la communication de la Commission « Réussir l'Acte Unique » dite « Plan Delors » mentionne « une politique extérieure commune et ferme » parmi les conditions du succès, le passage qui est consacré à cet impératif est d'une remarquable généralité. Trois paragraphes sur sept se terminent par un point d'interrogation, ce qui est la marque ordinaire de la perplexité plutôt que celle de la fermeté.

Sans doute y lit-on ces exhortations à soi-même en forme d'interrogation :

« Comment expliquer à nos agriculteurs qu'ils doivent s'adapter à une situation mondiale caractérisée par un excédent structurel de l'offre sur la demande si les autres puissances agricoles ne font pas le même effort ?

« Comment proclamer la nécessité du progrès technologique pour notre compétitivité et notre emploi si nous ne sommes pas capables de faire face aux menaces venues d'ailleurs ? »

Mais la Commission ne propose aucune réponse concrète à ce diagnostic lucide.

Les seules orientations explicites proposées le sont en faveur d'une plus large ouverture aux produits des pays en voie de développement : « comment poursuivre un discours en faveur de meilleures relations entre le Nord et le Sud, si nous hésitons à octroyer, pour quelques dizaines de millions d'Ecus, les concessions commerciales ou les aides aux pays les plus démunis ? Il faut s'en convaincre. Il n'y aura pas de progrès tangible dans la construction de l'Europe si celle-ci ne s'affirme pas, avec force, courage et générosité à l'égard de l'extérieur. Or cette dimension est trop souvent négligée ou ignorée. Soyons-en convaincus, l'Europe se révélera aussi dans sa capacité de résister aux pressions actuelles et futures et de dire oui aux plus pauvres. »

Or la Commission, tout en rappelant que la Communauté est « l'ensemble le plus ouvert au commerce mondial », s'abstient d'analyser les répercussions sur l'équilibre économique de la Communauté, de l'établissement d'un vaste espace unifié avec l'instauration du marché intérieur sans que cette ouverture à une pleine concurrence communautaire ne s'accompagne de la définition d'une politique commerciale extérieure cohérente.

Les problèmes posés par le renforcement de la cohésion communautaire face à la concurrence internationale ne sont d'ailleurs plus évoqués dans la seconde partie du « Plan Delors », qui traite, plus concrètement, des « réformes à entreprendre ».

D'aucuns pourraient voir là la principale lacune du programme proposé par la Commission pour « réussir l'Acte Unique. »

En effet, le risque n'est pas hélas purement théorique que l'établissement de l'espace unifié du marché intérieur ne se fasse tout autant au profit de firmes extra-communautaires que de l'industrie et des services européens, friandes que sont les premières d'un marché, très ouvert et peuplé de 320 millions de consommateurs aux niveaux de vie parmi les plus élevés du monde.

On peut estimer que le renforcement du caractère uniforme des politiques commerciales des Etats membres vis-à-vis des pays tiers était tout autant la contrepartie inséparable de l'établissement du marché intérieur que le développement des interventions communautaires que cite la Commission comme « conditions du succès ».

C'est d'ailleurs le sens de l'intervention de M. Jacques MALLET, Président de la Commission des relations économiques extérieures du Parlement européen devant la Délégation (cf. Tome II du présent rapport, p. 72 et s.).

C'est également l'orientation suggérée par l'Avis de M. Marcel DAUNAY au nom de la commission des Affaires économiques du Sénat à l'occasion de l'examen du budget de 1988 (1) :

« La Direction des relations économiques extérieures entend veiller à assurer l'articulation entre les travaux communautaires et le nouveau cycle de négociations commerciales multilatérales qui vient de débiter. En effet, alors que se développent des comportements protectionnistes chez nos grands partenaires, il importe que la Communauté ne fasse pas de concessions unilatérales dans le cadre de la réalisation du marché unique.

« Dans cette perspective, quelques principes directeurs devraient inspirer les positions de négociation défendues par la France :

« — L'extension aux entreprises des pays tiers du bénéfice des réalisations communes, par exemple dans le domaine des marchés publics ou des services, doit être subordonnée à une réciprocité qu'il importe de négocier dans le cadre de l'Uruguay Round ;

« — Les disciplines que la Communauté s'impose à elle-même aux Etats comme aux entreprises, ne doivent pas avoir pour résultat de l'affaiblir vis-à-vis de l'extérieur : des contraintes excessives au regroupement et à la restructuration des capacités des entreprises européennes, une transparence unilatérale des interventions des Etats ou des procédures de marchés publics ne rencontreraient pas l'intérêt global de la Communauté ;

« — L'attitude de chacun des Etats membres vis-à-vis des pays tiers, en ce qui concerne notamment l'accueil des investissements étrangers, doit tenir compte de l'intérêt communautaire dans son ensemble.

« Il est vital que la construction du marché intérieur s'accompagne de l'élaboration d'une politique extérieure commune vis-à-vis des pays tiers qui ne pourront qu'être tentés par cet espace de libre échange ».

Sans doute, des progrès ont été accomplis comme l'extension de la réglementation anti-dumping aux établissements implantés dans la Communauté par des firmes extra-européennes pour effectuer de simples opérations de montage à partir de pièces importées, servant le cas échéant à « tourner » des mesures anti-dumping.

Sans doute encore, la cohésion européenne dans les premières négociations du nouveau cycle G.A.T.T. est-elle un signe encourageant, mais la recherche difficile d'une position commune dans le contentieux C.E.E./Etats-Unis montre par exemple que cette cohésion est bien fragile.

Or, l'ouverture à une pleine concurrence intra-communautaire qu'impliquera l'établissement du marché intérieur suscitera de tout

(1) cf. Doc. Sénat n° 95, 1ère session ordinaire de 1987-1988, Tome IX « Commerce extérieur »

autres pressions, inégalement dangereuses pour les économies des différents Etats membres prises dans leurs aspects singuliers (tel Etat qui n'a pas d'industrie automobile redoutera moins la pénétration de produits extra-communautaires ou l'implantation d'usines « tournevis », que tel autre Etat dont c'est traditionnellement un des secteurs importants tant du point de vue de l'emploi que de l'activité économique ou du commerce extérieur. On voit, dès lors, que la suppression des quotas dans l'espace unifié du marché intérieur doit s'accompagner d'une coordination vis-à-vis de la concurrence extérieure).

Le renforcement de la politique extérieure commune implique notamment une définition uniforme des entreprises communautaires (et, *a contrario*, des établissements fonctionnant à la façon d'un « cheval de Troie »). Elle implique également, sans doute, la subordination de l'accès à l'espace unifié largement déréglementé que sera le marché intérieur européen à la réciprocité de l'ouverture des marchés intérieurs des partenaires commerciaux de la Communauté.

Malgré le silence à cet égard de la Commission, il s'agit là véritablement d'une condition du succès de l'Acte unique, c'est-à-dire de la réalisation d'un marché intérieur prospère.

II - LES IMPLICATIONS MONÉTAIRES DE L'INTEGRATION FINANCIERE

Si la libération des mouvements de capitaux n'est guère envisageable sans des progrès vers la libération des services financiers, elle ne peut davantage se comprendre sans un renforcement du système monétaire européen (S.M.E), c'est-à-dire sans une coopération monétaire accrue entre les Etats membres par un rapprochement de leurs politiques économiques et monétaires.

Comment, en effet, envisager la viabilité d'un espace financier progressivement intégré où, en l'absence de monnaie unique, s'échangent des capitaux libellés en devises différentes si les cours des devises concernées marquent une instabilité trop grande entre eux ?

L'idée que la libération des mouvements de capitaux concerne également la conduite des politiques monétaires et le S.M.E. a été rappelée dans un rapport demandé par la Commission des Communautés à un groupe d'économistes présidé par M. Tommaso PADOA-SCHIOPPA, vice-Directeur général de la banque d'Italie et ancien haut fonctionnaire de la Commission. Le rapport, qui a été publié le 23 avril 1987, souligne l'incompatibilité entre, d'une part, la libération totale

des mouvements de capitaux et des services financiers et, d'autre part, l'instabilité des taux de change et l'autonomie des politiques monétaires nationales.

Le rapport remis à la Commission préconise de réduire l'autonomie des politiques monétaires nationales en renforçant la coordination des politiques monétaires et les mécanismes du S.M.E.

A - La nécessaire stabilité des taux de change

Comme le déclarait le 26 juin 1987 devant le Sénat M. Edouard BALLADUR, ministre d'Etat, ministre de l'Economie, des Finances et de la Privatisation, « on ne peut pas dissocier l'établissement d'une liberté totale des mouvements de capitaux sans parallèlement se doter des moyens de renforcer la stabilité monétaire à l'intérieur de l'Europe, grâce à l'amélioration du système monétaire européen, l'un ne va pas sans l'autre ».

L'analyse économique montre en effet qu'il n'est pas possible pour un Etat de poursuivre simultanément les trois objectifs du libre échange commercial, de la stabilité des taux de change et de la libre circulation des mouvements de capitaux s'il veut sauvegarder une certaine autonomie de sa politique économique et, plus spécialement, de sa politique monétaire. En d'autres termes, *il n'est pas possible de parvenir en même temps à libérer les mouvements de capitaux, à assurer la stabilité des changes (à défaut de les rendre fixes) et à préserver l'autonomie des politiques nationales. Un choix doit être fait* puisque deux, au maximum, de ces termes sont compatibles. Dans une perspective d'intégration communautaire, c'est évidemment l'autonomie des politiques nationales qui doit être réduite pour permettre la libération des mouvements de capitaux tout en préservant la stabilité des changes.

La seconde phase de mise en oeuvre du S.M.E. prévoit, on s'en souvient, la création d'un « Fonds monétaire européen » et surtout l'utilisation de l'Ecu public comme moyen de règlement et comme *instrument de réserve*. La seconde phase achèverait le S.M.E. en dotant la Communauté d'une politique monétaire propre et d'une « monnaie européenne ».

Tout indique que le passage à la seconde phase de mise en oeuvre du S.M.E. demandera beaucoup de temps encore et qu'il faut alors raisonner en termes de renforcement, et non d'achèvement, du S.M.E. et d'amélioration de la coopération monétaire entre Etats membres.

La recherche simultanée de la stabilité des taux de change et de la libre circulation des biens, des services et des capitaux n'est possible que si les Etats membres s'engagent dans une coordination étroite de

leur politique monétaire. La question est de savoir *quelle marge d'autonomie* ils peuvent conserver, et dans quelles conditions, sans que l'objectif de stabilité des changes ne devienne inaccessible.

Le lien étroit entre la libération des mouvements de capitaux et le renforcement de la coopération monétaire a été mis en évidence par l'expérience - brève mais jusqu'ici positive - du S.M.E.

Après la disparition du régime de taux de change instauré à Bretten-Woods, les Etats membres avaient mesuré les risques qu'entraînerait le flottement de leur monnaie et s'étaient engagés dans un premier temps dans une tentative de « serpent monétaire » auquel fut substitué, à partir de 1979, le S.M.E. Comportant les mêmes modalités techniques que le « serpent » (notamment les variations de plus ou moins 2,25 % autour d'un cours-pivot), le S.M.E. s'en distingue par trois innovations :

- existence d'une gestion collective ;
- affirmation d'une solidarité financière ;
- référence à l'Ecu comme monnaie de compte.

Après huit années de fonctionnement, le S.M.E. a démontré son utilité car il a permis une stabilité accrue des taux de change malgré les réalignements intervenus depuis 1979. Il a également permis au sein de la Communauté un ralentissement de l'inflation avec de meilleurs résultats dans les pays qui y participent qu'au Royaume-Uni. Le S.M.E. a ainsi contribué à faire converger vers le bas les taux d'inflation et à rapprocher les objectifs des politiques économiques et monétaires des pays participants.

Il n'est pas douteux que le processus de libération des mouvements de capitaux a pu être relancé à partir de 1986 grâce aux résultats obtenus par le S.M.E. Mais l'amélioration de la coopération monétaire et la convergence des politiques économiques et monétaires qu'il a permises ne sont pas allées jusqu'à engager le passage à la seconde phase de sa mise en oeuvre, qui a en réalité pour objectif très ambitieux de remettre à la Communauté une grande partie des attributions monétaires des Etats membres.

Toutefois, au mois de septembre 1987, des améliorations non négligeables ont été apportées au fonctionnement du S.M.E. Il était en effet utile de rendre le mécanisme de change européen plus opérationnel dans la perspective d'une libération complète des mouvements de capitaux à l'intérieur de la Communauté.

B - Le renforcement du S.M.E.

Les améliorations techniques adoptées par le Conseil des Communautés européennes au mois de septembre 1987 avaient pour base le memorandum déposé par le gouvernement français au mois de février de la même année. Les objectifs visés étaient les suivants :

— veiller à la convergence des politiques économiques et monétaires des pays membres (utilisation « d'indicateurs de divergence », concertation en matière de taux d'intérêt) ;

— favoriser l'utilisation de l'Ecu public comme monnaie de réserve, et non plus simplement comme instrument de compte ;

— inciter les banques centrales européennes à avoir une plus grande partie de leurs réserves en monnaies européennes et non plus en dollars ;

— coordonner leur action contre les mouvements perturbateurs du dollar et du yen ;

— corrélativement, favoriser les interventions intra-marginales (celles qui ont lieu à l'intérieur des marges de fluctuation autorisées par le S.M.E.) en monnaies communautaires ;

— rendre effective l'obligation pour les banques centrales d'intervenir suffisamment tôt pour corriger des déséquilibres naissants.

L'accord conclu au mois de septembre 1987 devrait permettre d'intensifier la coopération monétaire au sein du S.M.E. et d'accroître l'efficacité de l'intervention des banques centrales dans la défense des parités existantes.

Les mécanismes de l'accord intéressent à la fois la surveillance et l'intervention des banques centrales.

D'une part, un système de surveillance multilatérale permanente des devises qui sont dans le S.M.E. a été mis en place. Réunis une fois par mois, les gouverneurs des banques centrales examineront un ensemble d'indicateurs économiques tels que les taux d'inflation, les résultats des balances des paiements, les taux d'intérêt et le niveau du chômage. Ces consultations régulières devraient conduire les Etats représentés à adopter certaines attitudes communes, sans toutefois qu'ils y soient obligés. Cet accord complète, sur le plan européen, l'effort de stabilisation des relations monétaires internationales qui résulte de « l'accord du Louvre » du début de l'année 1987.

D'autre part, des améliorations sensibles ont été apportées aux modalités d'intervention des banques centrales. Jusqu'à présent, leurs interventions ne se déclenchaient le plus souvent que lorsque l'une des monnaies du S.M.E. atteignait la limite inférieure ou supérieure de sa marge de fluctuation (2,25 % de part et d'autre de son cours-pivot). Désormais, les banques centrales devraient intervenir sans attendre. Lorsque l'évolution des cours de l'une des devises du S.M.E. l'exigera, la banque centrale concernée pourra demander à bénéficier du concours

du Fonds européen de coopération monétaire (FECOM) dans la limite de son droit de tirage. Le mécanisme n'aura pas d'automatisme, mais le fonctionnement de ces interventions intra-marginales en sera amélioré dans la mesure où il y aura désormais comme un « renversement » de la charge de la preuve : le nouveau mécanisme crée une présomption d'accord car il appartiendra à la Banque centrale sollicitée de fournir les raisons d'un refus éventuel.

*

* *

La libération totale des mouvements de capitaux ne saurait être décidée sans un renforcement de la stabilité monétaire.

Même si l'achèvement du marché intérieur n'est pas lié à l'existence d'une véritable monnaie européenne, il ne saurait être envisagé sans des rapports stables entre les devises européennes.

Au moment de l'apparition de la crise boursière du mois d'octobre 1987 et des perturbations qui en ont résulté sur les marchés des changes (baisse du dollar, hausse du deutschemark, menaces sur le franc), les autorités monétaires françaises ont affirmé leur détermination à défendre la monnaie à l'intérieur des marges existantes du S.M.E. et à lutter contre la spéculation qui perturbait les relations de change entre monnaies européennes.

La fiabilité du S.M.E. aura été une nouvelle fois mise à l'épreuve, et il était clair qu'un système monétaire plus intégré, comprenant notamment la Livre sterling, aurait été davantage en mesure de préserver l'Europe de perturbations monétaires venues de l'extérieur.

III - LA POLITIQUE COMMUNAUTAIRE DE LA RECHERCHE

La politique communautaire de recherche et développement technologique apparaît largement comme une tentative de répondre positivement à la question : les entreprises européennes sont-elles celles qui profiteront de l'achèvement du marché intérieur.

En effet, les actions communautaires de recherche et développement, regroupées dans un programme-cadre quinquennal en exécution des dispositions de l'Acte unique européen, présentent divers intérêts à l'égard du marché intérieur. Encore faudrait-il, comme nous allons le voir, que les moyens financiers soient disponibles.

A - Les fins

— D'une façon générale, la finalité de ces actions est, comme l'indique l'Acte unique, que « la Communauté se donne pour objectif de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie européenne et de favoriser le développement de sa compétitivité internationale ». Il s'agit donc de mettre les entreprises européennes en mesure de *mieux faire face à la concurrence internationale* dans les secteurs dépendant des technologies de pointe, ceux qui détermineront de plus en plus la place des nations sur l'échelle mondiale de la puissance. Or, on sait le parti que la concurrence internationale se prépare à tirer du marché intérieur.

Vaste programme dira-t-on, pour une Communauté engluée dans le règlement de ses problèmes budgétaires et agricoles. Mais, de fait, la mise en oeuvre d'une politique communautaire de la recherche peut améliorer la compétitivité des entreprises.

D'une part, en effet, elle peut démultiplier l'efficacité de la recherche, qui est aux origines de la compétitivité. On admet très généralement que le cloisonnement de la recherche entre les nations ainsi qu'entre entreprises et laboratoires, nuit à son efficacité. De même que la compétitivité de l'économie s'étiole à l'intérieur de frontières protégées, de même, la recherche repliée sur elle-même donne des résultats mitigés. Des confrontations et des synergies entre équipes concurrentes et entre disciplines complémentaires doivent permettre, avec le transfert technologique qu'elles impliquent, d'avoir de nouvelles perspectives et de susciter de nouvelles idées. La Communauté a une vocation naturelle à organiser ces convergences.

D'autre part, la politique communautaire de recherche peut être un instrument d'incitation à constituer des groupes européens. Les entreprises ayant pris l'habitude de mener ensemble des travaux de recherche seront plus facilement amenées à collaborer lors des phases de production et de commercialisation, à former des alliances capables de rivaliser, par leur poids et leur aptitude à l'innovation, avec leurs concurrents des autres continents afin que demeurent en Europe des centres de décision économique sans lesquels celle-ci connaîtra un inéluctable déclin.

— A côté du développement global de la compétitivité de l'Europe, la politique de recherche poursuit des fins plus spécifiquement liées à l'achèvement du marché intérieur.

Il s'agit de la normalisation, indispensable dans certains secteurs de haute technologie pour rendre effectif le marché intérieur, et non moins indispensable pour poser à l'égard de l'extérieur, et de manière favorable à l'industrie européenne, certaines règles d'accès au marché. Le jeu des normes, standards, procédures d'homologation, s'il doit en effet cesser de dresser des barrières aux échanges intra-communautaires, peut utilement servir à donner toutes leurs chances aux entreprises euro-

péennes face à une concurrence américaine et asiatique actuellement autrement mieux rompue qu'elles aux disciplines de l'exportation.

Il est donc nécessaire de substituer un système communautaire de régulation du marché aux régulations accomplies jusqu'à présent par les monopoles d'Etat, les systèmes nationaux de normalisation et d'autorisation de mise sur le marché. Le programme-cadre devrait être parmi les éléments les plus significatifs des dispositifs à mettre en œuvre.

Ainsi, parmi les programmes sectoriels qui composent le programme-cadre, Esprit II devrait permettre d'élaborer un système de normes en informatique, bureautique, productique et micro-électrique. Les conséquences nécessaires devraient en être tirées en matière d'homologation et d'autorisation d'emploi. Autre exemple, le programme RACE pourrait permettre de mettre en place des normes communes adéquates dans le domaine des télécommunications.

B - Les moyens

Il est bien évident que la Communauté ne peut poursuivre de tels buts avec des moyens insuffisants.

Or, l'enveloppe proposée par la Commission pour le financement du premier programme-cadre (1987-91) proposé à l'adoption du Conseil sous le régime de l'Acte unique, a été écornée de manière draconienne par le Conseil au cours d'une longue négociation marquée par l'aveuglement budgétaire des trois Etats membres les plus importants. La Commission, dont les propositions initiales s'élevaient à 10 milliards d'Ecus, a accepté dans un premier temps de se replier sur une somme de 7,735 milliards.

En définitive, après une bataille d'arrière-garde menée par la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni, poursuivie depuis mai dernier par cet Etat membre seul, le Conseil Budget du 23 juillet 1987 a fixé le montant de l'enveloppe à 6,5 milliards d'Ecus. Elle se décompose en trois parties : 1.084 millions provenant de crédits engagés mais non encore dépensés ; 863 millions à engager après 1991, compte tenu du décalage jugé normal entre la période de référence du programme-cadre et la durée effective des programmes scientifiques ; 4.617 millions représentant le noyau dur de l'enveloppe. Il faut remarquer que celle-ci s'élève en réalité à 5,480 milliards d'Ecus et non 6,5 milliards. On ne peut logiquement prendre en compte le reliquat de 1,084 milliard engagé au titre des programmes précédents. Dans des conclusions adoptées le 23 avril 1987 sur le rapport de M. Guy CABANEL, la Délégation du Sénat pour les Communautés européennes, alors que se dessinait le compromis entériné ultérieurement par le Conseil Budget, a regretté la diminution importante de l'enveloppe par rapport aux propositions de la Commission, a regretté aussi les conditions de la négo-

ciation et spécialement les manipulations de présentation comptable auxquelles la Présidence du Conseil a dû se résoudre pour élaborer une solution de compromis, s'est inquiétée enfin de la préférence accordée par les trois grands Etats membres aux considérations financières à court terme, faisant litière des espoirs de relance communautaire et de l'indispensable relance économique et technologique. Rien ne permet aujourd'hui de revenir sur ces conclusions.

IV - LA POLITIQUE DES TRANSPORTS

La politique commune des transports ne participe pas directement à l'achèvement du marché intérieur, qui intéresse en premier lieu l'établissement d'un « marché commun » où les personnes, les biens, les capitaux et les services doivent circuler et s'échanger librement.

Mais parce que l'échéance de 1992 concerne en même temps la libre prestation des services, la politique commune des transports doit être considérée comme un complément nécessaire de l'achèvement d'un grand marché où le principe de la concurrence doit s'appliquer à tous les services, y compris les services de transport.

Comme la politique agricole ou la politique de la concurrence, la politique des transports est conçue par le Traité de Rome comme une politique commune.

Celle-ci n'a connu pendant longtemps que des développements modestes. En l'absence de règles de droit dérivé applicables au secteur des transports, les différents modes de transports (routier, ferroviaire, fluvial, maritime et aérien) sont restés soumis à des règles nationales, bénéficiant en même temps du soutien des Etats membres qui menaient leurs propres stratégies dans ce secteur.

Depuis 1985, la politique des transports a enregistré des progrès remarquables. L'arrêt du 22 mai 1985 de la Cour de justice des Communautés dans le « recours en carence » intenté par le Parlement européen contre le Conseil a largement contribué à cette relance. Les transports aériens, pour leur part, sont en passe d'acquiescer une dimension européenne depuis l'arrêt « Nouvelles frontières » rendu par la Cour de justice des Communautés le 30 avril 1986. Des progrès ont également été accomplis en 1986 dans le domaine des transports maritimes et dans celui des transports routiers. Concernant les chemins de fer et les transports par voie navigable, l'objectif est pour l'instant d'assainir une situation financière déséquilibrée, même si la Commission a présenté au Conseil des propositions de libération des marchés.

L'ouverture et l'harmonisation

Dans le secteur des transports comme pour les autres volets, directs ou indirects, de l'achèvement du marché intérieur, la démarche doit être double et comprendre *simultanément* les deux processus suivants :

— la mise en oeuvre progressive du principe de la libre prestation des services, c'est-à-dire *l'ouverture des marchés* d'un Etat membre à l'autre pour la liberté d'accès ;

— l'élimination des distorsions de concurrence, c'est-à-dire *l'harmonisation des conditions de concurrence* dans lesquelles s'exercera dans chaque Etat membre l'activité de transporteur.

Les délégations françaises aux négociations sur la politique des transports ont soutenu avec constance cette façon de voir : on ne saurait en effet concevoir l'ouverture complète des marchés nationaux sans une harmonisation simultanée, ou même préalable, des conditions de concurrence. L'exemple américain de la déréglementation « sauvage » des transports aériens démontre les méfaits économiques d'une politique d'ouverture qui ne veillerait pas en même temps à harmoniser la concurrence et à définir un minimum de règles du jeu.

En outre, l'avènement d'une véritable politique commune des transports ne saurait omettre de régler les relations de la Communauté avec les *pays tiers*. Là comme ailleurs, il serait désastreux que le grand marché profite davantage aux services des Etats tiers qu'à ceux des Etats membres.

A - Les transports par route (1)

Une relance de la politique des transports par route a été opérée en 1985 à la suite du « recours en carence » intenté devant la Cour de justice des Communautés par le Parlement européen contre le Conseil et de l'arrêt du 22 mai 1985 qui en est résulté.

Concernant le transport des *marchandises*, des mesures d'ouverture du marché ont été prises par le Conseil aux mois de novembre 1985 et juin 1986 : il a été décidé que, d'ici à 1992, le *contingent communautaire*, qui couvre actuellement de 10 à 15 % des *trajets* intra-communautaires, augmenterait annuellement de 40 % (2), et non plus de 15 %, par rapport à l'année précédente. Dans le même temps, des *contingents bilatéraux* seront autorisés sur les échanges et le transit en fonction des besoins des transporteurs et des pays.

(1) voir les conclusions n° 167/86 sur « la politique communautaire du transport par route » adoptées par la délégation le 3 décembre 1986 sur le rapport de M. Jacques GOLLINET.

(2) pour 1987, la progression finalement retenue est de 26%.

Actuellement, le trafic international routier de marchandises est régi par des contingents bilatéraux, multilatéraux ou communautaires. Les récentes décisions du Conseil, prises sur la base du memorandum transmis au mois de décembre 1985 par la Commission, auront pour résultat de substituer un système communautaire aux accords bilatéraux existants.

Si des progrès ont été réalisés pour le trafic international, le cabotage routier, par contre, c'est-à-dire l'admission des transporteurs non résidents aux transports nationaux, se heurte à des objections de la part de certains Etats membres.

Pour accompagner la libération progressive de l'accès au marché, des mesures souvent ponctuelles d'harmonisation des conditions de concurrence ont été prises. Elles intéressent trois domaines :

— les normes *techniques* (sécurité, poids à l'essieu, définition d'un « camion européen », etc...) ;

— la réglementation *sociale* (durée de conduite, temps de repos, etc...) ;

— la *fiscalité* (taxe spéciale sur les véhicules, impôt sur le gazole, taxe d'assurance, etc...).

Concernant le transport des *personnes*, deux propositions relatives à la libération des services d'autocars ont été soumises au Conseil. La Commission a indiqué qu'elles constituaient les deux seules propositions restant à établir dans le domaine des transports, mais elle s'apprêterait à présenter encore une proposition complémentaire visant la suppression des contrôles aux frontières intérieures sur les moyens de transport.

Dans son programme de travail pour l'année 1987 comme dans son deuxième rapport (document COM(87)203 du 18 mai 1987) sur la mise en oeuvre du Livre blanc, la Commission énumère notamment les propositions suivantes sur lesquelles, à la fin du 1^{er} semestre 1987, le Conseil ne s'était pas encore prononcé :

— organisation du marché pour les transports de marchandises par route effectués entre Etats membres (contingents communautaires - documents COM(83)340 et (86)595) ;

— libre circulation des services pour les transporteurs non résidents (« cabotage routier »), à la fois pour les marchandises (document COM(85)611) et les personnes (document COM(87)31).

Il faut également noter que le Conseil des ministres des transports, lors de sa session du mois de novembre 1985, s'est engagé à créer dans le secteur des transports routiers un marché libre sans restrictions quantitatives pour 1992 au plus tard.

B - Les transports maritimes (1)

Le Conseil a accompli des progrès notables dans le secteur du transport maritime en adoptant le 17 décembre 1986 un ensemble de quatre mesures qui devraient conduire à une libération et à un renforcement progressif de la concurrence. Les quatre règlements, adoptés par le Conseil, sont les suivants (2) :

— *Libre prestation de services entre Etats membres et pays tiers* : le règlement prévoit l'interdiction du partage exclusif des transports de certains biens entre les navires d'un Etat membre et d'un pays tiers en trois étapes : avant le 31 décembre 1989 en ce qui concerne le transport intracommunautaire effectué par des navires battant pavillon d'un Etat membre ; avant le 31 décembre 1991 pour les services entre Etats membres et pays tiers assurés par des navires sous pavillon d'un Etat membre ; avant le 1^{er} janvier 1993 pour tout navire assurant des transports intracommunautaires et des transports entre Etats membres et pays tiers.

— *Règles de concurrence* (modalités d'application des articles 85 et 86 du Traité C.E.E.) : le règlement prévoit, pour certains types d'accords, des exemptions à l'interdiction des ententes, au sujet notamment de standards communs, de la coordination des horaires, de l'exploitation de l'espace dans les routes des navires (règlement entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987).

— *Libre accès au trafic transocéanique* : la Communauté se dote de moyens de torsion (démarches diplomatiques, application de contingents, imposition de taxes et droits) dans les cas où des pays tiers limitent l'accès dans leurs eaux nationales de ses navires transportant des biens ou des personnes (règlement entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987).

— *Pratiques tarifaires déloyales des pays tiers* : en cas de pratique de prix de « dumping » par des pays tiers, la Communauté pourra imposer des droits de douane sur les marchandises transportées par les navires des pays concernés (règlement entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987).

Le Conseil n'est pas encore parvenu à arrêter un texte sur le *cabotage maritime*. La proposition que la Commission lui avait transmise à ce sujet (document COM(85)90, relatif à l'admission des transporteurs non résidents pour le transport maritime des personnes et des marchandises) figure parmi les textes que le Conseil doit encore adopter.

(1) voir les conclusions n° 150/85 sur « le mémorandum de la Commission sur les transports maritimes » adoptées par la délégation le 12 décembre 1985 sur le rapport de M. Robert PONTILLON.

(2) Règlement n° 4055 à 4058/86 du 22 décembre 1985. J.O.C.E. n° L 378 du 31 décembre 1986.

La Commission cite également d'autres aspects de la « politique maritime » qui devront être réglés ultérieurement pour faire progresser l'intégration dans ce secteur (rapprochement des législations, aspects techniques, aides d'Etat). L'idée d'un « pavillon communautaire » suit également son cours.

C - Les transports aériens (1)

Après l'arrêt « Nouvelles frontières » rendu par la Cour de justice des Communautés le 30 avril 1986, la libération des transports aériens dans la Communauté ne devrait pas tarder à intervenir.

À l'issue de ses trois réunions du mois de juin 1987, le Conseil est parvenu à un accord au fond sur un ensemble de mesures concernant les *tarifs*, le *partage des capacités*, *l'accès au marché* et les règles de *concurrence*. Mais l'accord n'a pu être formalisé en l'absence d'une solution au problème particulier posé par l'aéroport de Gibraltar, l'Espagne subordonnant son accord au règlement de son différend avec le Royaume-Uni.

Les principaux éléments de l'accord envisagé sont les suivants :

— en matière de *tarifs*, un système de zones est prévu pour l'application de tarifs promotionnels aux services aériens réguliers entre Etats membres. Dans ces zones, l'approbation sera automatique s'ils répondent à certains critères. Les transporteurs aériens pourraient offrir, à certaines conditions, des tarifs « réduits » et « très réduits ». Les tarifs réduits seraient situés à un niveau compris entre 65 et 90 % du tarif normal « classe économique » et la zone à tarifs très réduits s'étendrait de 45 à 65 % de ce tarif de référence ;

— en matière de *partage des capacités*, les transporteurs aériens recevraient l'approbation automatique pour des augmentations de capacité dans le cadre des liaisons bilatérales à condition que les quotes-parts de capacité ne dépassent pas les limites 55-45 % au cours des deux premières années et 60-40 % au cours de la troisième année ;

— pour ce qui est de *l'accès au marché*, les dispositions prévues concernent de façon détaillée l'accès des transporteurs aériens de la Communauté aux liaisons entre Etats membres ;

— des procédures seraient prévues pour l'application des *règles de concurrence* (articles 85 et 86) aux transports aériens internationaux entre aéroports communautaires ; la Commission pourrait accorder des exemptions par catégorie pour certains accords et pratiques concertées.

(1) voir notamment les conclusions n° 171/87 sur « la politique commune des transports aériens après l'arrêt du 30 avril 1986 de la Cour de justice », adoptées par la délégation le 5 mars 1987 sur le rapport de M. Pierre MATRAJA.

Le Conseil ne devrait pas tarder à arrêter définitivement les textes correspondants, qui sont visés dans le second rapport d'exécution du Livre blanc et dans le programme de travail de la Commission pour 1987 sous la mention « poursuite de l'effort approfondi en 1986 en vue d'introduire une plus grande flexibilité dans l'organisation des transports aériens ». La référence en ce domaine est le memorandum n° 2 transmis par la Commission en 1984 (1). La Commission a également fait des propositions relatives à l'accès au marché aérien interrégional et aux tarifications aéroportuaires.

(1) voir les conclusions n° 128/84 adoptées par la délégation le 20 juin 1984 sur le rapport de M. Amédée BOUQUERÉL.

CONCLUSION

Ainsi se dessinent mieux les chances et les risques du défi que les Douze Etats de la Communauté se sont lancés à eux-mêmes en signant l'Acte unique européen. Le terme du 31 décembre 1992 verra-t-il l'achèvement du grand marché sans frontières intérieures, but essentiel de la réforme des Traités ?

La désignation solennelle de cet objectif, même s'il s'agit largement d'une réaffirmation du projet initial du Traité de Rome, a sans doute des vertus par elle-même. Rappeler que la solidarité, l'effort commun peuvent, doivent même, être les moyens de surmonter les difficultés économiques que connaissent actuellement la plupart des pays de la Communauté et contrecarrer ainsi les tentations protectionnistes entre Etats membres, c'est proposer une « nouvelle frontière » à l'Europe afin qu'elle conserve les moyens matériels de sa prospérité et de son indépendance économique, et partant, de son influence culturelle et politique face aux « grands » d'outre-Atlantique, d'Extrême-Orient ou de l'Est.

Mais le défi est un peu en forme de pari : d'une part, les moyens définis à Luxembourg paraissent bien incertains ; d'autre part, c'est le but même de l'engagement des 12 Etats membres dans une Communauté qui apparaît, lui aussi, quelque peu incertain.

Les moyens définis à Luxembourg paraissent incertains :

Le vote à la majorité qualifiée pour la plupart des décisions intéressant le marché intérieur permettra-t-il d'adopter plus rapidement les quelque deux cents directives encore nécessaires ? Sans doute l'examen de questions prises dans leur ensemble peut permettre de rendre plus manifeste l'équilibre de concessions réciproques, et faciliter des « déblo-cages » mais l'expérience enseigne que la Communauté ne peut durablement progresser en imposant à un Etat membre, quel qu'il soit, une règle dont les responsables politiques de cet Etat ne voient pas l'intérêt ou même ne voient que les inconvénients pour leurs concitoyens.

Incertaine apparaît donc la portée de la règle du vote à la majorité qualifiée et tout aussi incertains peuvent se révéler les effets des concessions que permet l'Acte unique à la discipline du marché intérieur, c'est-à-dire aux principes de libre circulation des biens, des services et des capitaux au nom soit de règles nationales plus protectrices que les normes communautaires, soit d'inégalités de développement régional.

Mais l'incertitude des procédures ne traduit-elle pas des hésitations de fond quant à l'orientation même de la Communauté ?

Le Traité de Rome visait, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, à promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté.

Trente ans après la signature du Traité, la Communauté apparaît à la fois forte de tout « l'acquis communautaire » qui, s'il a pu décevoir les plus utopistes n'est pas moins spectaculaire, forte aussi sans doute de sa cohérence géographique et politique, mais elle peut sembler aussi un peu « à la croisée des chemins ».

Une lecture attentive de l'Acte unique européen suggère que plusieurs conceptions de l'évolution de la Communauté coexistent. Ainsi, l'objectif 1992 n'est pas seulement un terme (d'ailleurs indicatif) pour l'adoption des quelque trois cents normes que la Commission estimait, en 1985, nécessaires à l'achèvement du marché intérieur, c'est aussi l'occasion d'une succession de choix.

La Commission insiste beaucoup sur le risque pour la Communauté de n'être qu'un vaste espace économique sans frontières intérieures ou une zone de libre échange et voudrait lier dans un « paquet » indissociable, libération des échanges de biens, de services, de capitaux et liberté d'établissement, avec le développement de politiques communes (environnement, recherche) qui « potentialiseraient » les atouts des Etats membres ; et surtout accroître les redistributions via le budget communautaire (essentiellement par le doublement des fonds structurels) en faveur des régions les moins développées afin de renforcer « la cohésion économique et sociale » entre les Douze.

Mais on pourrait penser que cette crainte même pêche par excès d'optimisme, dans la mesure où elle présume la pleine réalisation de l'espace économique sans frontières. La double concession : aux Etats les plus développés qui pourront maintenir des normes plus protectrices, et aux Etats les moins prospères, au nom de leur retard, rend précisément très incertaines les chances de cette réalisation, selon que ces concessions seront largement ou strictement interprétées.

Et le développement de politiques communes n'offre d'intérêt pour l'édification d'un ensemble économique qui soit autre chose qu'une zone de libre échange que s'il n'est pas une fuite en avant bureaucratique mais bien l'occasion de la mise en commun efficace de moyens complémentaires, de la naissance de solidarités non seulement économiques mais culturelles, entre laboratoires associés par exemple, ferment de la solidarité politique qui demeure l'objectif ultime de la Communauté le marché commun puis le marché intérieur ayant toujours été envisagés comme les moyens, pragmatiques sans doute, mais les plus sûrs de parvenir à l'union politique.

Espace économique sans frontières intérieures, équilibré par des politiques communes et des transferts corrigeant les disparités économiques et sociales, tel est le schéma d'évolution que propose la Commission.

Mais s'il a pour lui l'aspect séduisant de la cohérence, il laisse dans l'ombre les antagonismes qui pourraient se faire jour entre l'objectif premier du Traité de Rome réaffirmé par l'Acte unique, de libre concurrence à l'intérieur des frontières de la Communauté, et les mécanismes interventionnistes ou les protections élevées au nom de la « cohésion économique et sociale » elle-même.

Il laisse surtout dans l'ombre la question pourtant fondamentale très actuelle de la cohésion de la Communauté vis-à-vis de ses partenaires extérieurs. Le risque n'est pas mince en effet que les progrès même imparfaits du « marché intérieur » ne se fassent essentiellement au profit de firmes extra-communautaires disposant éventuellement dans un Etat membre d'une « tête de pont » les assimilant à une entreprise européenne.

Le renforcement de la politique commerciale commune, la négociation tant dans le cadre du G.A.T.T. que dans celui des accords bilatéraux avec les partenaires commerciaux de la Communauté, de l'ouverture réciproque des marchés, la définition d'un régime commun des établissements de firmes extra-communautaires dans l'un des Etats membres, devraient être considérés comme d'indispensables contreparties de la pleine libération de la concurrence intra-communautaire, tout autant, si ce n'est plus, que les objectifs du « Plan Delors », tant le risque est grand, pour peu que les pays tiers sachent jouer des différences d'intérêts entre Etats membres, que la libération ne se fasse d'abord au profit de firmes extra-communautaires.

A l'heure où les difficultés économiques suscitent des réflexes de défense dans les pays les plus développés, la Communauté peut-elle prendre le risque d'ouvrir sans contrepartie un marché de 320 millions de consommateurs qui auraient seuls le droit à des approvisionnements diversifiés, mais dont les productions, y compris les meilleures, trouveraient porte close sur les marchés équivalents ?

On voit que l'établissement du grand marché ne suppose pas seulement l'adoption de directives, le rapprochement de normes, ou même le développement de politiques communes, ce doit être aussi l'occasion d'une réflexion sur les relations économiques de l'Europe à Douze avec ses principaux partenaires économiques.

D'une façon plus générale, ce doit être enfin l'occasion pour la Communauté de s'interroger sur la capacité des Institutions européennes de gérer, après 1992, l'espace économique, financier et commercial ainsi créé.