

Chahira Boutayeb

DROIT MATÉRIEL DE L'UNION EUROPÉENNE

LIBERTÉS DE MOUVEMENT,
ESPACE DE CONCURRENCE
ET SECTEUR PUBLIC

7^e édition



un savoir-faire de

lextenso

Chahira Boutayeb

Maître de conférences à l'Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

École de droit de la Sorbonne

DROIT MATÉRIEL DE L'UNION EUROPÉENNE

**LIBERTÉS DE MOUVEMENT,
ESPACE DE CONCURRENCE
ET SECTEUR PUBLIC**

7^e édition

LGDJ

un savoir-faire de

Lextenso

Du même auteur

Droit institutionnel de l'Union européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 7^e éd., 2022.

Les grands arrêts du droit de l'Union européenne, Paris, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2014.

La Constitution, l'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet. Liber amicorum discipulorumque (dir.), Paris, Éd. Publications de la Sorbonne, 2013.

La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels (dir.), Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.

L'Union européenne. Union de droit, union des droits, Mélanges en l'honneur de Philippe Manin (en codirection avec J.-C. MASCLET, H. RUIZ FABRI et S. RODRIGUES), Paris, Pedone, 2010.

Droit européen, Paris, Ellipses, coll. Universités-Droit, 2007.

© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex

www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275130798
ISSN : 0990-3909
Collection : Manuels



Sommaire

Sigles et abréviations	11
Introduction générale	15

PREMIÈRE PARTIE – UN ESPACE DE LIBERTÉS

TITRE 1. Le support matériel : la mobilité des marchandises 27

Chapitre 1. L'approche intégrative : la régulation des échanges 29

Section 1. L'Union douanière	29
§ 1. Les éléments de définition : une double composante	30
§ 2. Typologie des barrières douanières aux échanges	31
§ 3. La notion de marchandise	33
§ 4. Une réalisation progressive	35
Section 2. Une gestion en bloc de la politique douanière de l'Union européenne	36
§ 1. L'instrument de l'intégration douanière : le Code des douanes ...	36
§ 2. La réglementation douanière	40

Chapitre 2. L'approche répressive : l'abolition des obstacles aux échanges 51

Section 1. La taxe d'effet équivalent à un droit de douane	52
§ 1. Une appréhension extensive de la notion	52
§ 2. Les tempéraments jurisprudentiels	54
Section 2. La mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative	58
§ 1. Une spécificité propre	58
§ 2. La qualification de mesure d'effet équivalent	62
§ 3. Le resserrement de la notion de mesure d'effet équivalent : l'arrêt <i>Keck et Mithouard</i>	69
§ 4. Les dérogations au libre mouvement des marchandises	73

Chapitre 3. L'approche préventive : l'anticipation des obstacles aux échanges 97

Section 1. L'anticipation par une harmonisation des législations nationales	98
§ 1. Le mécanisme originaire : l'article 115 TFUE	99
§ 2. Le mécanisme réformateur : l'article 114 TFUE	101
§ 3. Les approches techniques de l'harmonisation	105

Section 2. L'anticipation par une appréhension des obstacles	113
§ 1. Une information permanente en cas d'entraves potentielles	113
§ 2. Un système d'alerte rapide en cas d'entraves inopinées	119
TITRE 2. Le support humain : la mobilité des personnes	123
Chapitre 1. La mobilité à des fins professionnelles : l'agent économique	125
Section 1. La liberté professionnelle	126
§ 1. Le droit d'exercer une activité salariée	127
§ 2. Les autres formes de liberté professionnelle	131
§ 3. Le cas particulier des travailleurs détachés	143
§ 4. L'appui à la mobilité professionnelle : coordination et reconnaissance mutuelle des qualifications	149
Section 2. Les activités exclues : les emplois dans la fonction publique	156
§ 1. Une interprétation fonctionnelle de l'article 45 § 4 TFUE	157
§ 2. La participation à l'exercice de l'autorité publique	159
Section 3. L'égalité de traitement	160
§ 1. L'accès à l'emploi	160
§ 2. L'exercice de la profession	163
§ 3. L'accès aux droits et avantages sociaux	165
§ 4. L'application du principe de non-discrimination à la liberté d'établissement et libre prestation de services	173
Chapitre 2. La mobilité à des fins personnelles : le citoyen	183
Section 1. Le droit d'accès et de séjour	184
§ 1. L'évolution textuelle : un cheminement en trois actes	184
§ 2. L'évolution jurisprudentielle : un statut fondamental né de l'article 21 TFUE	186
§ 3. Une approche élargie des bénéficiaires	187
§ 4. Le contenu des droits du citoyen de l'Union européenne	199
§ 5. La réserve d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique	209
Section 2. Un espace de liberté, de sécurité et de justice	216
§ 1. Les outils initiaux de nature coopérative	217
§ 2. La maturation du processus : l'Espace de liberté, de sécurité et de justice	237

TITRE 3. Le support financier : la mobilité des capitaux 247

Chapitre 1. Le processus de libération des capitaux 249

Section 1. Une libération par étapes	249
§ 1. L'étape initiale : la libération des paiements courants	250
§ 2. L'étape ultérieure : la libération des mouvements de capitaux ...	250
Section 2. La libération effective	252
§ 1. La directive 88/361/CEE	252
§ 2. L'approfondissement	254

Chapitre 2. Le maintien de restrictions 257

Section 1. Les clauses de sauvegarde	257
Section 2. Les raisons d'intérêt général	258

DEUXIÈME PARTIE – UN ESPACE DE CONCURRENCE

TITRE 1. L'accès des opérateurs privés à l'espace concurrentiel 269

Chapitre 1. Les comportements interdits ou contrôlés 271

Section 1. La complémentarité des articles 101 et 102 TFUE	271
§ 1. Une lecture combinée des dispositions	272
§ 2. Identité de l'objet et applicabilité directe	272
§ 3. Les limites du raisonnement	273
Section 2. La pratique déloyale née d'une concertation : l'entente	274
§ 1. Les auteurs de la collusion : les entreprises	275
§ 2. Les différentes formes de collusion	284
§ 3. Les conditions d'interdiction	291
§ 4. Les exemptions	301
Section 3. La pratique déloyale née d'une puissance économique : l'abus de position dominante	309
§ 1. La domination économique	309
§ 2. L'exploitation abusive de la supériorité économique	318
Section 4. La concentration	321
§ 1. L'émergence d'un droit européen des concentrations	322
§ 2. Notion de concentration	324
§ 3. La dimension communautaire de la concentration	327

Chapitre 2. Les procédures de contrôle des pratiques déloyales	337
Section 1. Le contrôle des ententes et abus de position dominante	339
§ 1. La saisine de la Commission	339
§ 2. L'instruction	345
§ 3. La répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres	371
Section 2. La procédure de contrôle en matière de concentrations	382
§ 1. L'obligation de notification	382
§ 2. La procédure d'examen	383
TITRE 2. La soumission des opérateurs publics à l'espace concurrentiel	389
Chapitre 1. La maîtrise de l'initiative publique : le contrôle des aides d'État	391
Section 1. La qualification de l'aide d'État	392
§ 1. L'origine de l'aide	392
§ 2. La forme de l'aide	399
Section 2. L'incompatibilité des aides d'État avec le droit de l'Union européenne	412
§ 1. Le principe d'incompatibilité	413
§ 2. Conditions d'incompatibilité	415
§ 3. Le dualisme des dérogations au principe d'incompatibilité	419
Section 3. La centralisation de la procédure de contrôle	429
§ 1. Une compétence exclusive au profit de la Commission	430
§ 2. Le contrôle permanent des aides existantes	431
§ 3. Le contrôle préalable des aides nouvelles	434
§ 4. Le droit d'intervention du Conseil	459
Section 4. La mise en œuvre d'une politique d'encadrement des aides d'État	461
§ 1. Un double instrument	461
§ 2. Une catégorisation des aides d'État	465
Chapitre 2. L'encadrement du secteur public : la surveillance des comportements économiques sur le marché	491
Section 1. La soumission des opérateurs publics aux règles de concurrence	491
§ 1. L'égalité concurrentielle entre opérateurs économiques	492
§ 2. Les entreprises visées	494
§ 3. Les obligations imposées aux États dans leurs relations avec l'opérateur public	500
Section 2. Des pouvoirs étendus au profit de la Commission	504
§ 1. Une attribution ordinaire : un pouvoir de surveillance	505
§ 2. Une attribution inédite : un pouvoir de réglementation	506

Chapitre 3. L'aménagement des monopoles nationaux à caractère commercial	515
Section 1. Le monopole national à caractère commercial	516
§ 1. La nature de l'activité : une double exigence	516
§ 2. La nature juridique de l'organisme : l'indifférence au critère organique	517
§ 3. Les monopoles exclus : une réponse à leur spécificité	518
Section 2. L'aménagement des monopoles	519
§ 1. Une obligation d'aménagement	519
§ 2. Une obligation forgée par la jurisprudence	521
§ 3. L'articulation entre les articles 37 et 34 TFUE	522
§ 4. Une obligation aux applications progressives	524
Chapitre 4. La réglementation de la commande publique	529
Section 1. Le cadre normatif	530
§ 1. L'évolution textuelle	530
§ 2. La modernisation née de la stratégie <i>Europe 2020</i>	531
Section 2. La passation des contrats	532
§ 1. Les contrats de marchés publics	532
§ 2. Les contrats de concession	538
Section 3. Les axes de la réforme de la commande publique	542
§ 1. Un essai d'équilibre entre logique économique et non économique	542
§ 2. La convergence entre droits européen et interne de la commande publique	544
§ 3. Une promotion de l'efficacité économique	548
Bibliographie générale	553
Index	557

Sigles et abréviations

ACP	Afrique, Caraïbes, Pacifique
AELE	Association européenne de libre-échange
AJDA	<i>Actualité juridique – Droit administratif</i>
AJDP	<i>Actualité juridique – Droit pénal</i>
aff., aff. jtes	Affaire, affaires jointes
ANC	Autorités nationales de concurrence
BCE	Banque centrale européenne
BEI	Banque européenne d'investissement
CDC	Code des douanes communautaires
CDE	<i>Cahiers de droit européen</i>
CDUE	Code des douanes de l'Union européenne
CE	Communauté européenne
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
CEEA	Communauté européenne de l'énergie atomique
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CEN	Comité européen de normalisation
CENELEC	Comité européen de normalisation électrotechnique
CFS	Code frontières Schengen
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1 ^{er} décembre 2009)
CJEG	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne)
<i>Contrats, conc. consom.</i>	<i>Contrats Concurrence Consommation</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>DPCI</i>	<i>Droit et pratique du commerce international</i>
EEE	Espace économique européen
ELSJ	Espace de liberté, sécurité et de justice
ETSI	Institut européen des normes de télécommunication
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
<i>Gaz. Pal</i>	<i>Gazette du Palais</i>
GIF	Gestion intégrée des frontières
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur périodique – La Semaine juridique</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i> (jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Nice, le 1 ^{er} février 2003)
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i> (depuis l'entrée en vigueur du traité de Nice)
<i>JTDE</i>	<i>Journal des tribunaux Droit européen</i>

MEERQ	Mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives
OEB	Office européen des brevets
OEN	Organisme européen de normalisation
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMD	Organisation mondiale des douanes
OMS	Organisation mondiale de la santé
OPOCE	Office des publications officielles des Communautés européennes (remplacé, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, par l'Office des publications officielles de l'Union européenne)
OPOUE	Office des publications officielles de l'Union européenne
PAC	Politique agricole commune
PE	Parlement européen
PIEEC	Projet important d'intérêt européen commun
RABIT	Rapid Border Intervention Team
RAE	<i>Revue des affaires européennes</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDI	Recherche, développement et innovation
RDLF	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
RDT	<i>Revue de droit du travail</i>
RDUE	<i>Revue du droit de l'Union européenne (anciennement Revue du marché unique européen RMUE)</i>
Rec.	<i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal</i>
REC	Réseau européen de la concurrence
Rec. soc.	<i>Revue des sociétés</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RGEC	Règlement général d'exemption par catégorie
RIDE	<i>Revue internationale de droit économique</i>
RJ com.	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
RLC	<i>Revue Lamy Concurrence</i>
RLDA	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
RMCUE	<i>Revue du Marché commun et de l'Union européenne</i>
RMUE	<i>Revue du marché unique européen</i>
Rev. sc. crim.	<i>Revue de science criminelle</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
RTDE	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RUE	<i>Revue de l'Union européenne (anciennement Revue du Marché commun et de l'Union européenne RMCUE)</i>
SIEG	Service d'intérêt économique général
TDC	Tarif douanier extérieur commun
TEE	Taxe d'effet équivalent à un droit de douane
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TPI :	Tribunal de première instance (devenu le Tribunal depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne)
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UD	Union douanière
UE	Union européenne
UEM	Union économique et monétaire
UMC	Union des marchés des capitaux
ZLE	Zone de libre-échange

Introduction générale

1. Le droit matériel porte sur l'examen des règles de fond propres à l'Union européenne. Celles-ci se caractérisent, pour l'essentiel, par deux tendances, une forte production normative et, de manière parallèle, une importante arborescence. Il s'agit là une double évolution du droit substantiel, qui peut parfois en rendre la lecture complexe.

Ce droit se distingue, dans son objet, ses principes et sa mise en œuvre, du droit institutionnel, appelé également fonctionnel, lequel s'attache à régir la constitution et le fonctionnement de l'Union.

1. La densification du droit matériel

2. Il est communément admis que le droit matériel s'est sensiblement amplifié au fur et à mesure de la construction européenne, et ce pour deux raisons, l'une à caractère historique tandis que l'autre relève de la dynamique inhérente à l'intégration européenne.

Sous un angle historique, l'accroissement quantitatif de l'Union a naturellement accentué sa production normative. Ceci s'est notamment vérifié pour les États parties au 1^{er} mai 2004, dont les règles applicables en matière de concurrence étaient quasi inexistantes dans le cadre de l'économie planifiée qui était la leur.

Du point de vue de la dynamique de l'intégration européenne, le droit de l'Union, loin d'être figé, s'inscrit dans la recherche d'un dépassement perpétuel. En effet, les Communautés et l'Union européenne ont abordé de nouveaux champs d'action, exigeant l'adoption et la mise en œuvre de réglementations indexées au corpus initial.

En réalité, depuis leur création, les Communautés et l'Union européenne n'ont eu de cesse de se développer. Le processus de réformes est la caractéristique principale de l'Union qui se distingue des autres organisations internationales, plutôt statiques. La progressivité de l'intégration induit une dynamique de la construction européenne que les États membres ont pris l'engagement de maintenir et renforcer, particulièrement en signant différents traités de révision.

3. De manière plus précise, la quête du perfectionnement puise sa source dans les traités fondateurs. En effet, ces derniers mettent en avant l'idée que le marché n'est qu'une première étape qu'il faudra dépasser à la faveur d'un processus de révision.

Le dépassement, dénommé effet d'entraînement ou *spill over*, a pour corollaire l'effet de cliquet qui vise le caractère irréversible de la construction européenne. En effet, le processus d'intégration connaît un tel degré d'intensité qu'il devient difficile pour les États membres, collectivement ou isolément, de le remettre en cause ou d'opérer, dans certains domaines, une régression. Ce perfectionnement fait dès lors naître une irréversibilité de

l'appartenance à l'Union. Ce point de non-retour se manifeste notamment par la forte interdépendance économique qui lie désormais les États membres en termes de politiques publiques à l'échelle européenne ou infra-européenne, et de convergence ou discipline budgétaire.

4. Le premier traité ouvrant le processus de densification du droit matériel reste l'Acte unique européen, signé les 17 et 28 février 1986, qui accroît les champs de compétences ou en crée de nouveaux.

L'apport le plus massif au regard de la production normative reste néanmoins le traité de Maastricht qui jettera les fondements de l'intégration économique et monétaire. Et il ira plus loin puisqu'il instaurera de nouveaux dispositifs, législatifs et plus largement décisionnels, ouvrira plusieurs champs de compétence comme la protection des consommateurs et la santé publique, ou renforcera ceux déjà existants, tels que la protection de l'environnement ou la politique régionale.

Ces diverses bases juridiques, nouvellement établies ou consolidées, généreront une production substantielle, relayée par la jurisprudence qui en renforcera l'assise.

2. L'arborescence du droit matériel

5. Parallèlement à l'amplification de la matière, plutôt rapide dans le temps, a émergé un processus de diversification de ce droit, qui s'est exprimé de deux manières : d'une part, la définition et la mise en place à l'échelle de l'Union de nouvelles actions ou politiques, jusqu'à présent inexistantes ou embryonnaires et, d'autre part, le dépassement des libertés économiques classiques. En effet, il est apparu nécessaire de surmonter une lecture exclusive des traités, notamment par la promotion de mesures sanitaires ou environnementales instituées en matière de mobilité des produits, ou de la citoyenneté pour la libre circulation des personnes.

Ce renouveau du droit matériel fera émerger ou renforcera des concepts plus généraux, inclusifs et détachés de la sphère économique. Citons notamment la sécurité sanitaire ou environnementale, ou les droits fondamentaux.

6. La volonté de décliner différemment les règles de fond communautaires s'inscrit dans la recherche d'une dimension nouvelle que l'on voudrait donner à l'Union européenne. Elle permettrait de dépasser le schéma initial, comme en témoigne, de manière exemplaire, la citoyenneté.

En effet, au début de la construction européenne, et ce précisément jusqu'au traité de Maastricht, les Communautés retenaient une approche fondamentalement utilitariste de l'intégration, privilégiant ouvertement la mise en place des libertés économiques afin de parfaire le marché en voie d'unification.

Progressivement, s'impose l'idée que l'intégration ne peut connaître un succès que si elle est véhiculée *par et pour* les destinataires du projet européen. Aussi se doit-elle d'intégrer des concepts inclusifs comme la

citoyenneté, et viser les ressortissants qui sont certes des agents économiques mais avant tout des citoyens. Dès lors, d'une lecture initiale restreinte, portée sur un enjeu économique, les Communautés évoluent rapidement vers la satisfaction d'ambitions plus élevées, plus proches des ressortissants, au moyen de la conceptualisation d'un bien commun européen à promouvoir. Une telle approche constitue indéniablement un point de rupture avec la démarche suivie jusqu'alors.

Ces nouvelles priorités, plus attentives aux ressortissants, s'exprimeront de deux manières, par une affirmation expresse de politiques de proximité (santé publique, protection des consommateurs, environnement, éducation, culture) et, indirectement, par la mise en avant, lors de la mobilité des personnes ou des biens, de l'intérêt impérieux à protéger la santé ou la sécurité des destinataires des flux d'échanges.

3. La pénétration du droit matériel dans les ordres juridiques nationaux

7. Le perfectionnement de l'intégration économique et la richesse de la production normative ne sont pas restés anodins au niveau interne. Bien au contraire, l'on peut en mesurer certains effets sous l'angle de la confrontation.

La réactivité de l'Union face aux défis contemporains est souvent perçue, à tort nous semble-t-il, comme l'expression d'un véritable interventionnisme économique, diligenté par une administration jugée opaque ou éminemment technocratique qui se cristallise autour de la Commission.

En réalité, en approfondissant certains champs d'action ou en se ramifiant, le droit matériel est devenu, malgré lui, le produit d'une confrontation. Celle-ci oppose une conception européenne de l'activité économique, de l'entreprise ou encore de la souveraineté nationale, aux conceptions propres au droit interne, en particulier au regard du droit des interventions publiques et de leur étendue pour les États porteurs d'un droit protecteur à cet égard.

8. La dualité des lectures de l'action économique, notamment dans le champ public, se développe surtout à partir de la décennie 1980. S'intensifient alors les objectifs d'intégration économique, ressentis de manière plus pressante et contraignante par les États qui présentent une tradition historique de services publics. Les autorités de l'Union prennent alors pleinement conscience de la forte dimension publique de l'activité économique de certains États, et des conséquences en découlant, à savoir la nécessaire atténuation des contours de l'intégration européenne dans certains domaines.

L'impact du droit économique de l'Union sur le droit national est d'autant plus sensible que le droit matériel bénéficie des principes dégagés par le juge, en l'occurrence la primauté et l'effet direct. En effet, les règles de droit économique de l'Union ont une autorité supérieure à celle des législations

nationales depuis l'arrêt *Costa c/ ENEL*¹. De même, la possibilité d'invoquer devant les autorités nationales les dispositions matérielles est reconnue par la Cour si, toutefois, la norme répond à certaines conditions d'invocabilité². L'activité normative de l'Union se trouve ainsi fortement consolidée dans les ordres internes par la double reconnaissance de la primauté et l'effet direct.

4. Contenu et articulation du droit matériel

9. Le droit matériel de l'Union peut être appréhendé selon deux manières. L'on peut se livrer à un examen de l'ensemble des règles de fond, à savoir celles relatives au marché intérieur et à l'espace concurrentiel. À ces règles, s'ajoute l'examen de chaque politique de l'Union européenne, qu'elle soit fortement ou peu intégrée.

Dans une approche sensiblement différente, plus ramassée, qui sera la nôtre, l'examen se concentre sur la double articulation du droit matériel. Il s'agit d'étudier la mise en place d'un espace intégré à la faveur des libertés de mouvement (première partie : un espace de libertés), et la réalisation d'un espace concurrentiel qui se décline, selon une dualité, au travers d'un *accès* des opérateurs privés à l'espace de concurrence et d'une *soumission* des entités publiques à une logique concurrentielle (deuxième partie : un espace de concurrence).

1. CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

2. CJCE, 5 févr. 1963, *van Gené en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 1.

PREMIÈRE PARTIE

UN ESPACE DE LIBERTÉS

