

C a h i e r s E u r o p é e n s

N°6

PROTECTIONNISME
et
DROIT DE L'UNION
EUROPEENNE

Sous la direction de
Ségolène BARBOU des PLACES

IREDIES

EDITIONS PEDONE
13 RUE SOUFFLOT 75005 PARIS FRANCE

PARIS 1

PROPOS INTRODUCTIFS

SÉGOLÈNE BARBOU DES PLACES

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne

Il n'y a, à première vue, rien de plus étranger à la construction communautaire que le protectionnisme. Le libre-échange est le « totem » (pour reprendre la formule d'Alan Hervé ci-après) de la construction communautaire : il régit les relations commerciales intra-communautaires et les relations que l'Union européenne entretient avec les Etats tiers. A de nombreux égards, le droit de l'Union ne ferait donc que traduire l'empire du marché puisqu'il se construit largement par rejet de la « doctrine préconisant, ou [du] système mettant en pratique un ensemble de mesures restrictives ou prohibitives pénalisant l'introduction dans un pays de produits étrangers, afin de favoriser les activités nationales et de les préserver de la concurrence étrangère »¹. Pourquoi donc examiner le droit de l'Union européenne au prisme de la notion de protectionnisme ?

C'est le contexte qui nous incite à réévaluer le droit de l'Union et notre lecture de ce droit. La crise bancaire, devenue crise économique puis crise de légitimité de l'Union européenne, constitue le terreau des revendications de tous genres et, sous couvert de patriotisme économique ou de préférence communautaire, c'est bien le retour au protectionnisme qui est invoqué comme alternative au libre-échangisme délétère. Un nombre croissant de partis politiques appellent, en Europe, au repli, invoquant les pratiques protectionnistes des Etats-Unis, de la Chine ou d'Etats émergents qui « s'encombreraient moins que nous » de protéger leurs marchés. Le Conseil européen de septembre 2010 ne s'inquiète-t-il d'ailleurs pas du recours croissant au protectionnisme de la part des partenaires commerciaux de l'Union européenne ? Ce discours insiste sur le fait que la concurrence libre est une ineptie entre des entités qui sont structurellement différentes. C'est pourquoi la doctrine économique a fait ressurgir la figure du protectionnisme éducateur que l'on croyait enterrée. Dans ce contexte de crise qui cristallise les inquiétudes et lectures radicales, l'Union européenne et son droit sont fréquemment décrits comme le cheval de Troie du libéralisme destructeur qui prive les Etats membres de leur capacité de protéger leurs marchés de l'emploi, leurs entreprises, leurs travailleurs, leur services publics et en fin de course, leurs citoyens.

Les objections à ces discours sont nombreuses. C'est d'abord le caractère inadéquat du protectionnisme dans un système économique mondialisé qui est

¹ *Dictionnaire Trésor de la langue française*, www.atilf.atilf.fr/tlf.htm

régulièrement rappelé. Est ensuite mobilisé l'argument selon lequel, depuis les années 50, le protectionnisme fait partie du code génétique du droit de l'Union. Il affleure dans toutes les politiques, la France ayant réussi, dès les premières heures de la CEE, à faire accepter des mécanismes interventionnistes ou protectionnistes : la PAC est bien sûr l'exemple paradigmatique. Même le droit du marché intérieur et des relations commerciales avec les Etats tiers, pourtant conçu à l'argile du libre-échange, est parsemé de mécanismes (exceptions au droit de la liberté de circulation, clauses de sauvegarde, techniques de défense commerciale, pour ne citer que les exemples les plus connus) qui permettent de préserver certains intérêts légitimes de la logique concurrentielle. Enfin, il en irait de la nature même de l'Europe communautaire, qui ne pourrait admettre le retour du protectionnisme entre ses Etats sans renier ce qui la fonde : l'ouverture des marchés nationaux.

En somme, le protectionnisme est tour à tour convoqué comme solution miracle ou comme repoussoir, tant au niveau européen qu'au niveau international. Mais quelle que soit leur orientation, les discours sur le protectionnisme sont passionnés, conflictuels et traversés de tensions politiques. Ils passent sans précaution méthodologique du stade descriptif au stade prescriptif. L'enjeu aujourd'hui est donc d'éclairer ces débats par une analyse de l'état du droit. Or étrangement, les juristes communautaristes sont silencieux face à ce débat, un peu comme si le contexte ne produisait aucun effet sur la substance du droit de l'Union. Il est vrai que le terme protectionnisme n'est guère utilisé par la doctrine juridique qui n'a jamais construit une notion juridique de protectionnisme autonome de la théorie économique. Et, si à défaut du mot la chose est là, son expression est le plus souvent euphémisée. Mais peut-on encore, pour justifier ce silence, se contenter de l'argument selon lequel les traités institutionnels eux-mêmes n'utilisent le terme protectionnisme que de façon exceptionnelle ?

Au contraire, les participants au colloque organisé par l'IRELIES le 28 janvier 2013, dont les actes sont ici publiés, ont pensé opportun et important de scruter les rapports du droit de l'Union et du protectionnisme. L'enjeu n'est à l'évidence pas de militer pour plus ou moins de protectionnisme ; le but n'est donc ni la dénonciation du libre-échange, ni celle du protectionnisme. Le parti pris est analytique : il s'agit d'éclairer les relations qu'entretiennent – par nature ou en raison de constructions et agencements progressivement établis – la construction européenne et le protectionnisme. Les contributions de cet ouvrage cherchent donc à déterminer, dans leur champ spécifique, si le droit de l'Union interdit ou autorise, consacre – parfois même promeut – certaines formes de protectionnisme. Une des missions confiées aux contributeurs de cet ouvrage est donc l'identification des multiples formes juridiques du protectionnisme en droit de l'Union européenne. Chacun pense en effet spontanément aux mesures commerciales qui entravent les importations ou exportations de marchandises, telles les quotas ou droits de douanes. Mais il y a bien longtemps que l'on sait que le protectionnisme déborde de la sphère commerciale. Il peut être financier, fiscal, monétaire ; l'ouvrage aborde aussi le protectionnisme sanitaire ou encore la protection du marché du travail. Le lecteur découvrira ici toutes les configurations possibles du

PROPOS INTRODUCTIFS

protectionnisme en droit de l'Union européenne : un protectionnisme direct ou indirect, des hypothèses de protectionnisme de transition, d'exception, des exemples de protectionnisme temporaire ou au contraire permanent et de principe. Il observera que le protectionnisme peut trouver sa source dans des normes de tout type, législatives, conventionnelles, dans des clauses de sauvegarde, dans la jurisprudence. Le protectionnisme peut aussi être tapi (comme dans le cas du système de préférences généralisées) dans le creux de la classification des marchandises ou voir son périmètre défini par le pouvoir interprétatif du juge. Si le protectionnisme est le plus souvent défensif, il peut aussi être plus offensif, l'Union ou les Etats s'attachant alors à promouvoir ses intérêts. Au fond, cette variété ne saurait surprendre que ceux qui pensent le libre-échange et le protectionnisme en termes antagonistes. Si au contraire l'on conçoit leurs rapports comme une relation de majeure à mineure, on saisit avec moins de difficultés les multiples agencements consacrés par le droit de l'Union européenne, selon la politique concernée, le contexte, l'objet de la mesure. Peut-être ne devrait-on d'ailleurs penser le protectionnisme qu'en termes de degrés.

Toutefois, le but de cette étude n'est pas de faire une cartographie exhaustive des « poches » de protectionnisme en droit de l'Union. Le parti pris a été plus dynamique : il s'agit de comprendre quelles sont les relations qu'entretient l'Union européenne, en tant qu'organisation internationale d'intégration, avec le protectionnisme. L'enjeu est de taille car l'Union est au cœur d'un dilemme qu'elle doit affronter. Elle est, en effet, contrainte de dénier à ses Etats membres le droit d'ériger des barrières protectionnistes entre eux (barrières tarifaires, fiscales, douanières, normatives etc.), sous peine de voir échouer le projet de marché intérieur en particulier et d'entraver la logique d'intégration européenne en général. Mais en ôtant aux Etats l'essentiel des moyens de protéger leurs marchés, elle les prive en même temps des moyens de protéger leurs entreprises, leurs travailleurs, leurs citoyens. L'Union est alors sommée d'offrir des compensations à cette logique d'intégration négative qu'elle impose. C'est ainsi à l'aune de sa capacité à ériger ou à coordonner des politiques publiques de protection qu'elle est évaluée. Logiquement, le droit de l'Union traduit ces tensions tout comme il exprime les équilibres trouvés, inventés, sans cesse modifiés, pour résoudre le dilemme.

Mais si le protectionnisme est bien, comme le montrent les contributions qui suivent, le compagnon de route de la construction européenne, le terme même de « protectionnisme » se fait très rare dans les normes du droit de l'Union européenne. Les causes de cette absence sont multiples. La première raison est d'ordre notionnel : les juristes n'ont pas encore construit de notion propre de protectionnisme. Elle est ensuite d'ordre stratégique : on ne nomme pas ce qui pose problème ou est signe de désaccord. Or, les Etats membres ont toujours eu des visions divergentes sur le degré de protectionnisme/libre-échange nécessaire à la construction européenne. Enfin, une difficulté vient de la proximité des notions de protectionnisme et de protection. Cette dernière notion est très présente dans le traité et on sent bien dans le suffixe « isme » le caractère péjoratif associé au protectionnisme. Aussi se forme l'idée que si la protection est légitime et licite, le protectionnisme au contraire ne l'est pas. Mais les

contributions montrent à quel point la frontière entre protection et protectionnisme est incertaine. La protection sert bien souvent à camoufler un objectif protectionniste. Il est fréquent qu'une mesure dont l'objet est la protection ait également des effets protectionnistes. La jurisprudence sur le marché intérieur révèle ainsi l'effort inlassable du juge pour tenter de distinguer les deux. Il utilise parfois la distinction entre l'intérêt ou l'objet économique (typique du protectionnisme) et de l'intérêt non économique (qui relèverait de la protection) mais cette distinction est loin d'être toujours opérationnelle.

Dans ce « clair-obscur », pour reprendre une formule utilisée par plusieurs contributeurs, quelques lignes de force se dégagent toutefois. En premier lieu, échappent largement à la catégorie des mesures protectionnistes les actes et pratiques qui ont trait à la sauvegarde des fonctions essentielles des Etats membres. Ainsi par exemple, l'Union admet la préservation par l'Etat de sa base d'imposition (qu'il peut protéger d'une concurrence fiscale dommageable) ou encore le droit de déterminer son propre niveau de protection de la santé. La protection de l'Etat-providence est ainsi un motif puissant qui ne fait pas tomber du côté du protectionnisme la mesure étatique pourtant attentatoire aux échanges intra-communautaires. De même, le droit de l'Union admet la protection par l'Etat de sa capacité économique ou de sa capacité structurelle de poser de règles pour la collectivité. Ainsi, s'efforçant d'identifier les motifs d'intérêt général qui méritent d'être protégés, le juge de l'Union fait souvent mention de réglementations nationales qui correspondent à des choix politiques et sociaux. C'est le pouvoir de s'autodéterminer qui semble donc en jeu. La distinction entre protectionnisme autorisé/interdit ne passe donc pas nécessairement par la distinction entre intérêt économique/non économique : la tâche du juge est plutôt de déterminer si l'Etat cherche avant tout à s'autodéfinir en tant qu'Etat souverain.

Mais ce n'est pas tout. Le protectionnisme est généralement défini comme la tentative de soustraire une activité au fonctionnement du marché ; la politique protectionniste est celle qui vise à séparer le marché intérieur du marché international. Une telle mesure est donc disqualifiée car elle annihile les « vertus » du marché. Or, parmi ces vertus se trouve bien sûr l'efficacité économique liée à la théorie des avantages comparatifs. Mais il semble que ce ne soit pas ce qui compte le plus en droit de l'Union. La logique marchande a pour autre vertu (supposée) de générer la formation de liens : le processus marchand crée en effet des formes de dépendance, de solidarités entre les opérateurs économiques. L'on comprend alors la méfiance de l'Union européenne à l'égard du protectionnisme entre Etats membres, s'il empêche l'ouverture, la rencontre, l'échange sous toutes ses formes. L'égoïsme, par opposition à l'altruisme ou à l'ouverture aux autres, ne peut être soutenu entre Etats membres sous peine de mettre en péril la construction européenne. Aussi n'est-on pas surpris de découvrir dans cet ouvrage que bien souvent, le droit de l'Union ne cautionne les formes de protectionnisme qu'une fois la preuve apportée qu'elles ne conduisent pas à l'absence de rencontre et de solidarité. Le droit de l'Union semble donc moins vouloir garantir le phénomène concurrentiel pour ses effets économiques

PROPOS INTRODUCTIFS

bénéfiques que pour sa propension à empêcher le repli sur soi ou l'évitement de l'interdépendance. Bien sûr, tout est question de degré ou d'espèce.

Le présent ouvrage offre donc une plongée au cœur des tensions qui parcourent la construction communautaire. S'agissant de questions aussi sensibles que la protection des marchés et des valeurs, la définition des formes d'interdépendance, mais aussi et surtout de la place conférée au libre-échange dans la construction européenne, on ne saurait être surpris que certaines contributions aient pris le parti d'être critiques ou prospectives. Cet ouvrage a choisi une approche large du protectionnisme, afin de rendre compte de la dialectique à l'œuvre dans la construction communautaire. Cette étude passe donc en revue des champs aussi divers que la politique commerciale, le protectionnisme fiscal et financier, le protectionnisme sanitaire ou encore la protection des travailleurs et la politique d'immigration de l'Union. Que les auteurs de cet ouvrage, qui ont répondu avec enthousiasme à mon invitation, trouvent ici la marque de ma reconnaissance pour leur contribution intellectuelle.

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	
Propos introductifs, <i>Ségolène Barbou des Places</i>	5
Protectionnisme et fondations de la construction européenne, <i>Jean-Christophe Barbato</i>	11
Protectionnisme et préférences commerciales. Le cas du schéma de préférences tarifaires généralisées de l'Union européenne, <i>Rémy Hernu</i>	25
Le protectionnisme et la politique commerciale commune de l'Union européenne, <i>Alan Hervé</i>	39
Le protectionnisme étatique licite vu au travers des exceptions au droit du marché intérieur, <i>Valérie Michel</i>	65
Protectionnisme et motif de protection de la santé en droit de l'Union européenne, <i>Estelle Brosset</i>	101
Protectionnisme et protection des travailleurs dans l'Union européenne, <i>Sophie Robin-Olivier</i>	129
L'impôt direct : instrument ou objet des politiques protectionnistes ?, <i>Emmanuel de Crouy-Chanel</i>	145
Le protectionnisme financier, <i>Francesco Martucci</i>	155
La politique d'immigration de l'Union européenne est-elle une politique protectionniste ?, <i>Marie Gautier</i>	177



C a h i e r s E u r o p é e n s



Le thème du protectionnisme a ressurgi dans le contexte de la crise économique. Il est paré de toutes les vertus par ceux qui décrivent l'Union européenne comme l'avant-garde d'un libre-échange généralisé et destructeur. Il est au contraire brandi comme épouvantail par ceux qui craignent que le marché intérieur soit affecté par les égoïsmes nationaux et qui invitent à ne pas renoncer aux origines libérales de la construction européenne.

Privilégiant une perspective analytique que les débats politiques négligent généralement, les contributeurs du présent ouvrage, juristes, se sont interrogés sur la place respective accordée, en droit de l'Union européenne, aux mécanismes libre-échangistes et aux instruments de protection des marchés nationaux. Dans chaque domaine étudié (politique commerciale commune, aide aux Etats tiers, marché intérieur, politique de la santé, politique sociale, politique fiscale, politique monétaire, politique d'immigration), les auteurs dévoilent les différentes formes de protectionnisme abritées par le droit de l'Union européenne et révèlent les instruments juridiques par lesquels certains intérêts sont mis à l'abri du jeu du marché. Cet ouvrage met en lumière les tensions qui se nouent entre l'objectif de réalisation d'échanges libres et la nécessaire protection d'intérêts légitimes. L'Union européenne ne proscriit en effet le protectionnisme qu'en apparence. Dans de très nombreux champs, des formes de protectionnisme sont admises. Mais ce protectionnisme est européenisé et domestiqué, c'est-à-dire qu'il est rendu compatible avec les objectifs de l'intégration européenne.

ISBN 978-2-233-00707-0

28 €

Commande soit aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, soit par fax :
+ 33 (0)1.46.34.07.60 ou sur editions-pedone@wanadoo.fr - **34 € l'ouvrage, 42 € par la poste.**

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

ISBN 978-2-233-709-4

Carte Visa

N°/...../...../.....

Cryptogramme

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville.....Pays.....