

LEVEL PLAYING FIELD : LES SIGNIFICATIONS D'UN DISCOURS JUSTIFIANT L'ACTION DE L'UNION

*Francesco Martucci**

S'il existe depuis longtemps, le discours du « level playing field » s'avère davantage exploité dans un contexte de recomposition géopolitique. Il accompagne une double action publique en économie de marché promue par l'Union européenne. Sur le plan interne, il permet de justifier une action correctrice dans le marché intérieur, qu'il s'agisse du respect de l'ordre concurrentiel ou de la promotion de l'intégration positive. Sur le plan externe, le « level playing field » vise une action protectrice du marché intérieur exploitant le Brussels effect pour rétablir un équilibre entre entreprises européennes et de pays tiers.

« Level playing field », l'expression est à la mode ; elle est incontestablement devenue l'une des antennes de l'Union européenne de la décennie 2020. On peut y voir un effet Brexit puisque le « level playing field » a été évoqué à maintes reprises pour aiguiller la teneur des relations établies entre l'Union et le Royaume-Uni après le retrait de ce dernier¹. On constate surtout un « Brussels effect », expression de la volonté de puissance normative de l'Union européenne dans son rapport au reste du monde. « *How the European Union rules the World* » résume ainsi Anu Bradford dans son bestseller juridique².

Que le « level playing field » soit un anglicisme n'est pas anodin ; l'expression est généralement traduite en français par « conditions équitables de concurrence » ou « conditions de concurrence équitables ». Dans son sens commun, elle désigne, selon le *Cambridge dictionary*, « a situation in which everyone has the same chance of succeeding ». Loin de se limiter au champ juridique, l'expression embrasse toutes les sphères de la vie économique, sociale et politique dès lors que les acteurs se trouvent dans un rapport de compétition. Aussi le « level playing field » vise-t-il, par exemple, tout autant les règles du jeu sportif³, la lutte contre les inégalités sociales⁴ ou encore les vertus d'un régime démocratique⁵. Toutefois, c'est indéniablement dans le champ économique que l'expression est le plus souvent employée ; il est vrai que la concurrence entre opérateurs économiques est consubstantielle à l'économie de marché. L'anglais entretient la confusion en ce que le

* Francesco Martucci est Professeur de droit public à l'Université Paris Panthéon-Assas.

1. E. Ares, D. Carver, S. Fella *et al.*, "The EU-UK Trade and Cooperation Agreement: Level Playing Field", House of Commons Library, Briefing Paper n° 9190, 20 May 2021.
2. A. Bradford, *The Brussels Effect. How the European Union rules the World*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
3. L. Francis, "The Metaphor of a "Level Playing Field" in Games and Sports Get access Arrow", in T. Hurka, *Games (ed.), Sports, and Play: Philosophical Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 137-154.
4. S. Baum and M. McPherson, *Can College Level the Playing Field?: Higher Education in an Unequal Society*, Princeton, Princeton University Press, 2022.
5. S. Levitsky, L. Ahmad, "Way Democracy's Past and Future: Why Democracy Needs a Level Playing Field", (2010) Vol. 21, 1, *Journal of Democracy*, pp. 57-68.

terme « *competition* » désigne tout autant la compétition que la concurrence, sans qu'à ce stade il y ait lieu de distinguer entre les termes français. De l'économie, le « level playing field » nous conduit néanmoins au droit puisque des règles juridiques sont nécessaires pour garantir le fonctionnement concurrentiel du marché. On constate ainsi une occurrence croissante du « level playing field » dans toute une série d'actes de droit de l'Union dont l'un des plus emblématiques est le règlement encadrant les subventions étrangères au motif que celles-ci peuvent « fausser le marché intérieur et nuire à l'égalité des conditions de concurrence pour différentes activités économiques dans l'Union »⁶. Ce n'est qu'un texte parmi d'autres qui nous conduisent à une question : dans quelle mesure le « level playing field » contribue-t-il à façonner des règles de droit de l'Union ?

En vertu de l'article 119 TFUE, l'Union et les États membres sont tenus de respecter le principe de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre. Les mots qui fâchent sont lâchés ; ce principe induirait un biais idéologique de l'Union et, parce que le « level playing field » est lié à une économie de marché concurrentielle, il serait « [e]mblématique du lexique néolibéral brumeux qui envahit aujourd'hui le discours juridique, en particulier celui produit par l'Union »⁷. Il est cependant réducteur de conclure à la nature purement néo-libérale – qu'il faudrait en tout état de cause définir – du discours se référant au « level playing field ». Si ce dernier entretient une affinité élective avec les règles de concurrence, il ne se confond pas totalement avec celles-ci, du moins en droit de l'Union. La traduction française donnée du « level playing field » est révélatrice à cet égard. Il est question, le plus souvent, de conditions de concurrence équitables renvoyant au terme anglais de « *fairness* ». La notion s'obscurcit dès lors tant l'équité soulève d'infinis débats en droit et en économie, dans lesquels on se gardera de s'engager. Que faut-il considérer comme équitables ? La réponse, à notre sens, ne peut être que politique. Aussi le « level playing field » nourrit-il un discours éminemment politique dont la vocation est de fonder une action publique en économie de marché destinée à garantir ou à rétablir les conditions dans lesquelles les acteurs du marché se font concurrence de manière équitable.

Une recherche dans l'acquis communautaire tel qu'il est consolidé par Eur-Lex se révèle particulièrement instructive. Si l'expression est ancienne, son utilisation s'est considérablement développée à partir des années 2010-2020. Les premières occurrences de l'expression dans le droit communautaire datent des années 1970. Originellement, elle a été employée dans quelques accords de libre-échange conclus par la Communauté économique européenne avec des pays tiers. Par exemple, l'accord conclu avec la Confédération suisse a prévu en son préambule qu'il a vocation à « assurer, dans le respect de conditions équitables de concurrence, le développement harmonieux de leur commerce dans le but de contribuer à l'œuvre de la construction européenne »⁸. Son article 1^{er} stipule qu'il vise « à assurer aux échanges entre les parties contractantes des conditions équitables de concurrence »⁹. Les conditions de concurrence équitables ont par ailleurs été, de

6. Règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur, *JOUE* L 330 du 23 décembre 2022, p. 1, considérant 4.

7. N. Pigeon, « Extraterritorialité et level playing field », in A. Hervé, C. Rapoport (dir.), *L'Union européenne et l'extraterritorialité, Acteurs, fonctions, réactions*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes – P.U.R., Collection : Droits européens, 2023, p. 213.

8. Accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse, *JO* L 300 du 31 décembre 1972, p. 189.

9. *Ibid.* Voir pour la même formulation : Accord entre la Communauté économique européenne et la République d'Autriche, *JO* L 301 du 31 décembre 1972, p. 2 ; Accord entre la Communauté économique européenne et le Royaume de Suède, *JO* L 300 du 31 décembre 1972, p. 97 ; Accord entre la Communauté économique européenne et la République portugaise, *JO* L 301 du 31 décembre 1972, p. 165 ; Accord entre la Communauté économique européenne et la République de Finlande, *JO* L 328 du 28 novembre 1973, p. 2.

façon très ponctuelle, invoquées dans les politiques communes des transports¹⁰ et de l'agriculture¹¹. Par exemple, toute une série de règlements en matière d'organisation commune du marché viti-vinicole avaient été motivés par la nécessité d'établir ou de rétablir des conditions équitables de concurrence entre des vins nationaux et importés¹². En 1977, le « level playing field » est mentionné pour la première fois dans une directive d'harmonisation accompagnant la réalisation du marché commun dans le secteur bancaire. En effet, la première directive bancaire visait à rapprocher les législations nationales relatives à l'exercice de l'activité bancaire dans le marché commun pour assurer les « conditions de concurrence équitables entre les établissements » de crédit¹³ ; le droit bancaire et financier deviendra par la suite une terre d'élection du « level playing field ».

Malgré la réalisation d'un marché unique devenu intérieur, les années 1980 ne sont pas marquées par le déploiement d'un discours sur le « level playing field ». Il faut attendre les années 1990 pour que les conditions équitables de concurrence soient à nouveau invoquées au fondement d'une action communautaire. Cela peut s'expliquer tant par la perspective de l'élargissement de l'Union aux pays d'Europe centrale et orientale que par la mise en place de l'Organisation mondiale du commerce. Ainsi, dans son programme d'action pour 1995, la Commission européenne affirmait vouloir assurer un

« “level playing field” en intervenant à rencontre des accords, pratiques concertées, abus de positions dominantes et concentrations incompatibles avec le marché commun ainsi que vis-à-vis des interventions d'État et des droits exclusifs non justifiés. Elle prendra en considération les défis concurrentiels que les entreprises européennes affrontent au niveau du marché mondial dans le but de préserver la compétitivité du marché unique, de maintenir des marchés concurrentiels et de promouvoir l'efficacité industrielle en Europe par le libre jeu des mécanismes du marché »¹⁴.

Se dessine donc une double dimension du « level playing field », à la fois interne puisqu'il s'agit d'accompagner la réalisation du marché intérieur et, externe, dans la mesure où sont visées les relations avec le reste du monde.

-
10. Proposition de décision du Conseil relative à l'instauration d'un système commun de tarification de l'usage des infrastructures de transport, *JO C 62* du 22 juin 1971, p. 15 ; rapport intérimaire de la Commission au Conseil sur la tarification de l'usage des infrastructures de transport, COM/1975/0493.
 11. Proposition d'un règlement (CEE) du Conseil relatif à la réglementation communautaire applicable aux îles anglo-normandes et à l'île de Man en ce qui concerne les produits agricoles (présentée par la Commission au Conseil), COM/1973/017 ; décision 77/289/CEE de la Commission, du 23 mars 1977, autorisant l'Irlande à adopter des mesures de sauvegarde pour certains produits agricoles transformés au titre de l'article 135 de l'Acte d'adhésion, *JO L 97* du 21 avril 1977, p. 29.
 12. Règlement (CEE) n° 2680/72 du Conseil modifiant le règlement (CEE) n° 816/70 portant dispositions complémentaires en matière d'organisation commune du marché viti-vinicole ainsi que le règlement (CEE) n° 817/70 établissant des dispositions particulières relatives aux vins de qualité produits dans des régions déterminées, *JO C 52* du 27 février 1979, p. 7 ; règlement (CEE) n° 1990/80 du Conseil, du 22 juillet 1980, modifiant le règlement (CEE) n° 337/79 pour tenir compte du vin résiné (retsina), *JO L 195* du 29 juillet 1980, p. 6 ; règlement (CEE) n° 459/80 du Conseil, du 18 février 1980, modifiant le règlement (CEE) n° 337/79 portant organisation commune du marché viti-vinicole ainsi que le règlement (CEE) n° 338/79 établissant des dispositions particulières relatives aux vins de qualité produits dans des régions déterminées, *JO L 57* du 29 février 1980, p. 32 ; règlement (CEE) n° 460/80 du Conseil, du 18 février 1980, modifiant le règlement (CEE) n° 352/79 autorisant le coupage des vins rouges allemands avec des vins rouges importés, *JO L 57* du 29 février 1980, p. 35. Voir Conclusions de l'avocat général Sir Gordon Slynn présentées le 9 juillet 1981, *Pasquale Foglia contre Mariella Novello*, 244/80, ECLI:EU:C:1981:175, *Rec.* p. 3076.
Règlement (CE) n° 1493/1999 du Conseil du 17 mai 1999 portant organisation commune du marché vitivinicole, *JOCE L 179* du 14 juillet 1999, p. 1.
 13. Première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JO L 322* du 17 décembre 1977, p. 30.
 14. Programme de travail de la Commission pour 1995, 8 février 1995, COM(95) 26, p. 10. Commission, Programme d'action et calendrier pour la mise en œuvre des initiatives annoncées dans la communication sur une politique de compétitivité industrielle pour l'Union européenne, 22 mars 1995, COM(95) 87, annexe B/12.

Cette double dimension se retrouve tout d'abord dans la pratique décisionnelle de la Commission laquelle a recours à la notion de conditions de concurrence équitables non seulement, et principalement, en droit de l'anti-dumping mais également, même si dans une toute moindre mesure, en droit des aides d'État. Ensuite, et ce sont là les évolutions les plus intéressantes, selon les domaines d'action communautaire, le « level playing field » a constitué un argument justifiant des mesures d'intégration positive adoptées au titre des politiques communes – agriculture, pêche et transports – mais aussi de l'harmonisation nécessaire à la réalisation du marché commun (services bancaires et financiers, libre circulation des travailleurs, protection des consommateurs, etc.), insistant davantage sur la dimension externe pour certaines politiques (pêche et transports) et sur la dimension interne pour d'autres, notamment celles reposant sur des directives d'harmonisation. Par exemple, les directives d'harmonisation sur les droits d'accises ont été parfois présentées comme visant « à prévenir les distorsions de concurrence et donc à faire en sorte qu'il y ait également un "level playing field" dans les secteurs économiques soumis à accise »¹⁵. Dans le domaine des transports, l'expression de « level playing field » a été particulièrement exploitée dans les années 1990 et 2000, tout particulièrement dans les relations extérieures¹⁶. La Commission a par exemple affirmé que la politique dans le secteur du transport maritime était basée « sur un marché libre et sur des conditions de concurrence équitables »¹⁷ tandis que le Conseil a convenu que « le développement du système de transport européen s'effectue dans des conditions de concurrence équitables »¹⁸. On dénote également, à partir des années 2000, que le discours du « level playing field » accompagne l'ouverture à la concurrence de certains secteurs, à l'instar de celui de l'énergie puisque, pour « améliorer le fonctionnement de ce marché, il faut notamment prendre des dispositions concrètes pour assurer des conditions de concurrence équitables »¹⁹. En effet, comme le souligne la Commission, « [t]he liberalisation of markets in general and the establishment of a level playing field between various operators may have positive effects for competition within the European Union »²⁰.

15. Conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 8 mai 2003, *Commission / Allemagne*, C-240/01, *Rec.* p. I-4733, ECLI:EU:C:2003:262, point 53.
16. Règlement (CE) n° 785/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relatif aux exigences en matière d'assurance applicables aux transporteurs aériens et aux exploitants d'aéronefs, *JOUE* L 138 du 30 avril 2004, p. 1, considérant 3 : « Une action commune est nécessaire pour veiller à ce que ces exigences s'appliquent également aux transporteurs aériens des pays tiers, afin de garantir des conditions de concurrence équitables avec les transporteurs aériens communautaires ». Voir aussi accord multilatéral entre la Communauté européenne et ses États membres, la République d'Albanie, l'ancienne République yougoslave de Macédoine, la Bosnie-et-Herzégovine, la République de Bulgarie, la République de Croatie, la République d'Islande, la République du Monténégro, le Royaume de Norvège, la Roumanie, la République de Serbie, et la Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo sur la création d'un espace aérien commun européen, *JOUE* L 285 du 16 octobre 2006, p. 3 : « reconnaissant le caractère intégré de l'aviation civile internationale et désireuses de créer un espace aérien commun européen (EACE) fondé sur l'accès mutuel aux marchés des transports aériens des parties contractantes, la liberté d'établissement, des conditions de concurrence équitables et le respect des mêmes règles – notamment dans les domaines de la sécurité, de la sûreté, de la gestion du trafic aérien, de l'harmonisation sociale et de l'environnement ». Accord euro-méditerranéen relatif aux services aériens entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part et le Royaume du Maroc, d'autre part, *JOUE* L 386 du 29 décembre 2006, p. 57 : « Désireux d'assurer des conditions de concurrence équitables aux transporteurs aériens ».
17. Résolution sur la Communication de la Commission « Vers une nouvelle stratégie maritime » (COM(96)0081 C4-0237/96), *JOCE* C 150 du 19 mai 1997, p. 52, point B.
18. Résolution du Conseil, du 19 juin 1995, sur le développement du transport ferroviaire et du transport combiné, *JOCE* C 169 du 5 juillet 1995, p. 1.
19. Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE* L 176 du 15 juillet 2003, p. 57, considérant 2.
20. Aides d'État – Royaume-Uni – Aide d'État n° C 16/2005 (ex N232/2004) – Projet de cession de Tote à Racing Trust – Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE, *JOUE* C 168 du 8 juillet 2005, p. 41, point 62. Voir aussi résolution du Conseil, du 7 février 1994, sur le développement des services postaux communautaires, *JOCE* C 48 du 16 février 1994, p. 3, à propos de des conditions de concurrence équitables assurées entre les prestataires du service universel et d'autres opérateurs.

Il faut cependant attendre la fin des années 2010 pour que l'utilisation de l'expression « conditions équitables de concurrence » connaisse une véritable inflation dans les actes juridiques de l'Union. On trouve ainsi une référence aux conditions de concurrence équitables au détour d'un considérant de certains textes adoptés au milieu des années 2010 sans que cela ait véritablement une signification particulière²¹. Pour donner un ordre de grandeur, en prenant la période 2020-2022, y font référence trente actes législatifs (règlements et directives), deux décisions relatives à la signature d'accords internationaux, deux décisions dans le domaine de la PESC, deux décisions de la BCE ainsi que quatre recommandations du Comité européen du risque systémique. Il convient d'y ajouter quatorze règlements délégués et trois règlements d'exécution de la Commission²².

Faut-il voir dans cette montée en puissance du discours du « level playing field » un simple effet de mode ou, au contraire, est-il loisible d'y déceler une véritable évolution de l'action de l'Union ? Ce discours pourrait révéler un changement de paradigme dans la conception, en droit de l'Union, de l'économie de marché ouverte où la concurrence est libre. D'un côté, le « level playing field » est recherché dans le marché intérieur afin de rétablir entre les opérateurs économiques des conditions équitables de concurrence, signifiant que le seul jeu des règles de concurrence ne suffit pas et qu'une intervention publique sur le marché s'avère donc nécessaire. De l'autre côté, le temps n'est plus celui d'une foi aveugle, voire naïve, dans les vertus du libre-échange mondial ; l'heure est davantage à la volonté de garantir entre les entreprises européennes et les entreprises de pays tiers un « level playing field ».

La présente contribution propose une étude du discours du « level playing field » produit par les institutions de l'Union dont on perçoit qu'il présente des vertus justificatrices. Loin de signifier une économie de marché produisant spontanément un ordre concurrentiel, le « level playing field » est invoqué essentiellement pour justifier une action publique en économie de marché qui, selon la perspective envisagée, prend une signification correctrice dans le marché intérieur (I) ou protectrice du marché intérieur (II).

I. L'action correctrice dans le marché intérieur

De façon intuitive, un premier type de discours ancre le « level playing field » dans le droit du marché intérieur²³. On peut en effet raisonnablement penser qu'un espace sans frontières intérieures où circulent librement marchandises, personnes, services et capitaux et comportant un

21. Voir par exemple règlement (UE) n° 1137/2014 de la Commission du 27 octobre 2014 modifiant l'annexe III du règlement (CE) n° 853/2004 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la manipulation de certains abats provenant d'animaux destinés à la consommation humaine, *JOUE* L 307 du 28 octobre 2014, p. 28, considérant 6 : « Pour favoriser une meilleure réglementation et soutenir la compétitivité, il faut maintenir un niveau élevé de sécurité des aliments qui soit aussi viable pour les petits et moyens abattoirs, tout en offrant des conditions de concurrence équitables aux opérateurs ». Règlement (UE) 2018/848 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques, et abrogeant le règlement (CE) n° 834/2007 du Conseil, *JOUE* L 150 du 14 juin 2018, p. 1, considérant 85 : « Les petits agriculteurs et les opérateurs produisant des algues ou des animaux d'aquaculture dans l'Union sont confrontés individuellement à des coûts d'inspection et à des contraintes administratives relativement élevés dans le cadre de la certification biologique. La mise en place d'un système de certification de groupe devrait être autorisée afin de réduire les coûts d'inspection et de certification et les contraintes administratives connexes, de renforcer les réseaux locaux, de contribuer au développement de meilleurs débouchés sur les marchés et de garantir des conditions de concurrence équitables par rapport aux opérateurs des pays tiers ».

22. Ne sont pas comptabilisées les décisions rendues en matière d'aides d'État et les règlements d'exécution en matière d'antidumping.

23. Directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOUE* L 173 du 9 juillet 2018, p. 16, considérant n° 1 : « La libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services sont des principes fondamentaux du marché intérieur consacrés par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'Union renforce la mise en œuvre et l'exécution de ces principes, qui visent à garantir des conditions de concurrence équitables aux entreprises et le respect des droits des travailleurs ».

régime de concurrence non faussée, présuppose un « level playing field » entre les opérateurs économiques. Étrangement, le discours du « level playing field » est quasiment absent lorsque sont évoquées les libertés de circulation. On en trouve tout au plus une occurrence dans un document où il a été présenté par la Commission comme expliquant, rétrospectivement, la « nouvelle approche d'harmonisation technique et des normes » pour la libre circulation des marchandises²⁴. Le « level playing field » est en revanche davantage évoqué en droit de la concurrence (A) ou lorsqu'il s'agit de fonder une action normative de l'Union (B).

A. Le rapport ambigu au droit de la concurrence

Si l'on entend par « level playing field » des conditions de concurrence équitables, il entretient nécessairement avec le droit de la concurrence une affinité élective. On relève deux types de discours s'inscrivant dans cette lecture.

Une doctrine concurrentialiste du « level playing field ». Une première vision consiste à retenir un rapport consubstantiel entre droit de la concurrence et « level playing field ». Elle ressort essentiellement de toute une série de conclusions de l'avocate générale Kokott qui propose une véritable doctrine concurrentialiste du « level playing field ». Celui-ci prend en effet une signification ontologique dans les conclusions de cette avocate générale qui n'hésite pas à le qualifier d'« objectif fondamental de créer des conditions de la concurrence uniformes pour l'ensemble des entreprises opérant dans le marché intérieur »²⁵. Ses conclusions insistent ainsi sur « l'idée fondamentale du droit de la concurrence de l'Union de créer le contexte le plus uniforme possible pour toutes les entreprises opérant sur le marché intérieur (“level playing field”) »²⁶ et renvoient pour ce faire à ses conclusions dans lesquelles elle égrène les références au principe, lequel s'avère décliné sur plusieurs plans.

Sur le plan substantiel, « [u]ne condition élémentaire pour le développement d'une concurrence effective sur un marché est l'assurance des conditions de concurrence équitables entre les différents opérateurs »²⁷ et « le droit de la concurrence européen doit être interprété et appliqué en ce sens que des conditions de concurrence identiques résultant d'un cadre juridique uniforme s'appliquent à l'ensemble des entreprises opérant sur le marché intérieur (“level playing field”) »²⁸. Il convient en effet de mettre en œuvre le « droit matériel de la concurrence » selon des critères uniformes afin que « toutes les entreprises opérant sur le marché intérieur soient soumises à des conditions homogènes »²⁹. Ainsi,

« En tant qu'élément central des règles en matière de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, la notion d'entreprise doit être interprétée et appliquée de manière uniforme dans toute l'Union et ne saurait dépendre des particularités du droit national des sociétés des États membres. Sinon, il ne pourrait pas être assuré un cadre juridique uniforme (“level playing field”) pour les entreprises opérant sur le marché intérieur »³⁰.

24. Rapport intérimaire de la Commission au Conseil européen de Stockholm – Améliorer et simplifier l'environnement réglementaire, 7 mars 2001, COM/2001/0130, Fiche I.

25. Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 6 septembre 2012, *Frucona Košice a.s. contre Commission européenne*, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2012:535, point 55.

26. Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 30 janvier 2014, *KONE AG e.a.*, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:45, point 29.

27. Conclusions de l'avocat général Mme V. Trstenjak, présentées le 8 octobre 2008, *Bouygues SA and Bouygues Télécom SA v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:Case C431/07 P, point 125.

28. Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott présentées le 26 mai 2011, *Residex Capital IV CV contre Gemeente Rotterdam*, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:354, point 67.

29. Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 28 février 2013, *Bundeskartellanwalt contre Schenker & Co. AG e.a.*, C-681/11, ECLI:EU:C:2013:126, point 46.

30. Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 18 avril 2013, *Schindler Holding Ltd e.a. contre Commission européenne*, C-501/11 P, ECLI:EU:C:2013:248, point 76.

Selon cette idée, l'article 101 TFUE est présenté comme servant « l'objectif fondamental du droit européen de la concurrence, qui est de créer sur le marché intérieur un cadre aussi uniforme que possible pour toutes les entreprises qui opèrent sur celui-ci (level playing field) »³¹. De même, les exigences de l'article 102 TFUE « doivent donc être appliquées de manière uniforme dans toute l'Union afin de créer le contexte le plus uniforme possible en matière de règles de concurrence pour toutes les entreprises opérant sur le marché intérieur ("level playing field") »³². L'assertion vaut également pour les règles *de minimis* en droit des pratiques anticoncurrentielles en ce qu'elles « favorisent en même temps la création de conditions de concurrence homogènes au sein du marché intérieur ("level playing field") tout en augmentant la sécurité juridique pour les entreprises concernées »³³.

Sur le plan institutionnel, l'avocate générale Kokott explique que le choix d'ériger la Commission « en autorité supranationale de concurrence avait précisément pour objectif de soumettre toutes les entreprises au sein de l'Union européenne à des règles uniformes en matière de concurrence et de leur faire bénéficier de conditions homogènes de concurrence dans tout le marché intérieur ("level playing field") »³⁴.

Sur le plan juridictionnel, les conclusions de l'avocate générale insistent sur la nécessité pour les juridictions nationales d'appliquer l'article 101 TFUE de façon uniforme lorsqu'elles apprécient la responsabilité civile des parties à une entente visée; en effet, si les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité différaient d'un État membre à l'autre, cela remettrait en cause « l'objectif fondamental du droit européen de la concurrence, qui est de créer sur le marché intérieur un cadre aussi uniforme que possible pour toutes les entreprises qui opèrent sur celui-ci ("level playing field") »³⁵.

Sur le plan procédural enfin, le principe *non bis in idem* « contribue en droit de la concurrence à améliorer et à faciliter l'activité des entreprises dans le marché intérieur et, au final, à établir des conditions uniformes de concurrence dans l'ensemble de l'EEE ("level playing field") »³⁶.

Le « level playing field » s'avère ainsi un argument fétiche pour l'avocate générale Kokott afin de fonder les assises du droit de la concurrence dans le marché intérieur. Il permet de justifier une double caractéristique de ce droit. D'une part, celui-ci a vocation à garantir l'égalité entre les opérateurs économiques. D'autre part, cela implique une application uniforme des règles de concurrence dans le marché intérieur.

En tout état de cause, il convient de ne pas se méprendre sur le « level playing field ». Ainsi que la Commission l'a affirmé dans ses lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité³⁷, « [l']argument affirmant que des accords restrictifs sont justifiés parce qu'ils visent à assurer des conditions de concurrence équitables sur le marché est, par nature, dénué de fondement et doit être rejeté »³⁸. En effet, si « [l']article [101 TFUE] a pour objet la protection efficace de la concurrence en assurant que les marchés restent ouverts et concurrentiels [, i]l incombe au législateur de défendre des conditions de concurrence équitables conformément aux obligations du droit communautaire et non aux entreprises de pratiquer l'autoréglementation »³⁹. On en déduit

31. Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 29 juillet 2019, *Otis GmbH e.a. contre Land Oberösterreich e.a.*, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651, point 55.

32. Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 21 mai 2015, *Post Danmark A/S contre Konkurrencerådet*, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:343, point 77.

33. Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 6 septembre 2012, *Expedia Inc. contre Autorité de la concurrence e.a.*, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544, point 37.

34. Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 29 avril 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne*, C-550/07 P, ECLI:EU:C:2010:229, point 169.

35. Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 29 juillet 2019, *Otis GmbH e.a. / Land Oberösterreich e.a.*, C-435/18, ECLI:EU:C:2019:651, point 55.

36. Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 8 septembre 2011, *Toshiba Corporation et autres contre Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, C-17/10, ECLI:EU:C:2011:552, point 118.

37. Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* C 101 du 27 avril 2004, p. 97, point 47. Lignes directrices concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, *JOUE* C 208 du 6 septembre 2007, p. 1, point 47.

38. *Ibid.*

39. *Ibid.*

que le « level playing field » ne peut pas constituer un argument permettant par lui-même d'exempter un accord au titre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE. Autrement dit, il n'appartient pas aux entreprises d'adopter des comportements anticoncurrentiels en vue de rétablir des conditions de concurrence équitables. La mission revient aux autorités de concurrence ou aux juridictions par l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Il demeure que, dans la pratique décisionnelle de la Commission, le « level playing field » n'est guère évoqué par les décisions adoptées au titre des articles 101 et 102 TFUE⁴⁰. On y comprend davantage que l'assouplissement des règles de concurrence peut constituer un moyen de soutenir les entreprises européennes face à la concurrence d'entreprises de pays tiers soumises à des exigences moins poussées dans leur État d'origine. Dans le contrôle des concentrations, on relève une décision dans laquelle, au détour d'un point, la Commission européenne estime que les engagements des opérateurs ferroviaires en matière de tarification des services en gare et aux centres de maintenance permettent de « créer des conditions de concurrence équitables »⁴¹.

La corrélation avec le droit des aides d'État. L'argument du « level playing field » s'avère utilisé dans quelques rares décisions adoptées par la Commission en matière d'aides d'État.

De prime abord, tout le droit des aides d'État est fondé sur l'idée du « level playing field », même si cela demeure presque totalement implicite. En effet, seul l'avocat général Wathelet a affirmé que « l'intervention de l'État comme étant simplement destinée à assurer le « level playing field » (c'est-à-dire à faire en sorte que les entreprises puissent se faire concurrence à armes égales) »⁴². L'assertion résume le lien consubstantiel entre aides d'État et conditions équitables de concurrence. Loin de laisser faire le marché, le « level playing field » implique une intervention de l'État, constitutive d'un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE dont la compatibilité sera tributaire de son aptitude à rétablir l'égalité entre les opérateurs économiques, à moins que la différence de traitement ne soit justifiée par un motif d'intérêt général.

Ensuite, le « level playing field » a été pris en considération dans l'appréciation de la compatibilité de l'aide d'État avec le marché. C'est tout particulièrement le cas dans une série de décisions concernant le financement de retraites dans le secteur public. La Commission a ainsi affirmé que l'évaluation de la compatibilité d'une aide d'État à La Poste concernant un régime de retraite devait être « conduite par rapport à l'établissement de conditions égales (“level playing field”) en matière de contributions sociales et fiscales obligatoires entre La Poste et ses concurrents, dans les domaines du courrier/colis et des services financiers, qui rassemblent l'essentiel des activités de La Poste »⁴³. Dans une décision concernant cette fois le financement des retraites des fonctionnaires de l'État rattachés à France Télécom, la Commission indique que, dans sa précédente décision, « la mesure permettait de créer un level playing field entre La Poste et ses concurrents » avant d'ajouter que « cette réforme, en créant précisément un tel level playing field, était une étape importante dans l'adaptation de La Poste à la libéralisation progressive du marché postal, qui est un important objectif communautaire et joue un rôle significatif dans le cadre de la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi »⁴⁴; la Commission conclut cependant qu'en l'occurrence, « le taux de contribution libératoire appliqué à France Télécom depuis 1996 ne permet pas d'assurer un level

40. Voir toutefois Conclusions de l'avocat général Mme J. Kokott, présentées le 11 décembre 2014, *Dole Food Company Inc. et Dole Fresh Fruit Europe contre Commission européenne*, C-286/13 P, points 119 et 120.

41. Décision de la Commission du 13/05/2015 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (Affaire N COMP/M.7449 – *Sncf Mobilities / Eurostar international limited*) sur base du Règlement (CE) N 139/2004 du Conseil).

42. Conclusions de l'avocat général Wathelet présentées le 31 janvier 2013, *Doux Élevage SNC*, C-677/11, ECLI:EU:C:2013:58, point 65.

43. Décision 2008/204/CE de la Commission du 10 octobre 2007 concernant les aides d'État accordées par la France en ce qui concerne la réforme du mode de financement des retraites des fonctionnaires de l'État rattachés à La Poste [notifiée sous le numéro C(2007) 4545], *JOUE* L 63 du 7 mars 2008, p. 16, point 158.

44. Aides d'État – France – Aide d'État C 25/08 (ex NN 23/08) – Réforme du mode de financement des retraites des fonctionnaires de l'État rattachés à France Télécom – Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE, *JOUE* C 213 du 21 août 2008, p. 11.

play field entre cette entreprise et ses concurrents »⁴⁵. De la même manière, l'évaluation de la compatibilité de l'aide constituée par le financement du régime de retraite de la RATP a été « conduite par rapport à l'établissement de conditions égales (level playing field) en matière de contributions sociales obligatoires entre la RATP et ses concurrents actuels »⁴⁶. On retrouve la logique selon laquelle le « level playing field » vise à garantir l'égalité entre opérateurs et, plus précisément, entre les opérateurs publics, au sens de l'article 106, paragraphe 1, TFUE, et les opérateurs privés.

D'autres décisions font également référence au « level playing field » sans qu'il soit loisible d'en tirer des conclusions générales. Par exemple, une décision concernant des aides irlandaises à la pêche indique que « the Commission is promoting the respect of a level playing field between Member States that apply a Tonnage Tax »⁴⁷. De façon très ponctuelle, le « level playing field » a par exemple été pris en compte par la Commission lorsqu'un État a apporté des modifications à son projet d'aides initialement modifié⁴⁸. L'avocate générale Kokott se fonde également sur cet objectif pour justifier la limitation de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales qui accordent des aides d'État car « [i]l y aurait un risque sérieux que l'efficacité du contrôle des aides mis en œuvre par la Commission soit minée et que l'interprétation et l'application uniformes des règles européennes de la concurrence soient en péril. De cette manière, l'objectif fondamental de créer des conditions de la concurrence uniformes pour l'ensemble des entreprises opérant dans le marché intérieur ("level playing field") serait fortement remis en question »⁴⁹. L'argument du « level playing field » peut jouer pour tempérer un objectif d'intérêt général. Par exemple, même si un tel objectif, à l'instar de l'objectif environnemental consistant à prévenir les émissions de CO₂, a été reconnu, il faut absolument veiller à limiter au minimum les effets de distorsion de la concurrence des mesures d'aide à maintenir des conditions de concurrence équitables pour tous les acteurs du marché intérieur⁵⁰.

L'expression est par ailleurs utilisée afin de promouvoir l'application uniforme des règles relatives aux aides d'État. Ainsi, est exclu le pouvoir discrétionnaire des juridictions nationales de considérer comme nulle la garantie en raison de la violation de l'article 108, paragraphe 3, troisième alinéa, TFUE car ce serait

« admettre que le droit de la concurrence européen génère, pour les entreprises opérant dans le marché intérieur, des droits et des obligations différents selon l'État membre et selon les juridictions nationales compétentes [alors que] le droit de la concurrence européen doit être interprété et appliqué en ce sens que des conditions de concurrence identiques résultant d'un cadre juridique uniforme s'appliquent à l'ensemble des entreprises opérant sur le marché intérieur ("level playing field") »⁵¹.

45. *Ibid.*

46. Décision 2009/945/CE de la Commission du 13 juillet 2009 concernant la réforme du mode de financement du régime de retraite de la RATP [aide d'État C 42/07 (ex N 428/06)] que la France envisage de mettre à exécution en faveur de la RATP [notifiée sous le numéro C(2009) 5505], *JOUE* L 327 du 12 décembre 2009, p. 21, point 122.

47. Aide d'État – Irlande – Aide d'État C 2/08 (ex N 572/07) – Modification du régime de taxation au tonnage – Invitation à présenter des observations en application de l'article 88, paragraphe 2, du traité CE, *JOUE* C 117 du 14 mai 2008, p. 32, point 12.

48. Décision (UE) 2015/120 de la Commission du 29 octobre 2014 concernant le régime d'aides d'État SA.27317 (C 25/09) (ex N 673/08) que l'Italie envisage de mettre à exécution en faveur des équipements de projection numérique [notifiée sous le numéro C(2014) 7888], *JOUE* L 25 du 30 janvier 2015, p. 37, points 21 et 69.

49. Conclusions de l'avocat général Kokott, présentées le 6 septembre 2012, *Frucona Košice a.s. / Commission*, C 73/11 P, ECLI:EU:C:2012:535, point 55.

50. Décision (UE) 2016/695 de la Commission du 17 juillet 2013 concernant l'aide d'État SA.30068 C 33/2010 (ex N 700/2009) en faveur des producteurs de métaux non ferreux pour les coûts des émissions de CO₂ inclus dans le prix de l'électricité, *JOUE* L 120 du 5 mai 2016, p. 1, point 112.

51. Conclusions de l'avocat général Kokott, présentées le 26 mai 2011, *Residex Capital IV CV / Gemeente Rotterdam*, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:354, point 67.

De surcroît, l'argument du « level playing field » ne permet pas à un État membre de faire échec à une décision de la Commission. Celle-ci a en effet estimé que « l'existence d'exonérations comparables accordées à des entreprises publiques dans d'autres États membres ou l'absence de conditions de concurrence équitables au niveau européen ne justifiaient pas l'absence de mise en œuvre d'une décision de la Commission proposant des mesures utiles »⁵².

Enfin, selon des décisions de la Commission et une jurisprudence des années 2000, la récupération des aides illégales et incompatibles a été considérée nécessaire « pour rétablir les conditions de concurrence équitables qui existaient avant l'octroi de l'aide »⁵³. L'expression disparaît cependant par la suite, sans que le principe et la logique de la récupération des aides d'État soient remis en cause.

Le droit de crise. Il est intéressant de noter que les autorités du Réseau européen de concurrence ont fait référence au « level playing field » dans les communiqués publiés à l'occasion des crises de la Covid-19 et de la guerre en Ukraine. Elles ont ainsi affirmé :

« Les différents instruments de concurrence de l'UE sont dotés de mécanismes permettant de prendre en compte, le cas échéant et lorsque cela est nécessaire, les évolutions que connaissent le marché et de l'économie. Les règles de concurrence garantissent des conditions de concurrence équitables entre les entreprises. Cet objectif reste pleinement applicable, y compris dans une période où les entreprises et l'économie dans son ensemble souffrent des conditions de crise »⁵⁴.

Cela confirme la lecture selon laquelle le « level playing field » constitue le ressort d'une action publique destinée à corriger les dysfonctionnements de marché comme cela peut se produire en période de crise. Le contrôle des aides d'État y est présenté comme permettant de garantir la préservation de conditions de concurrence équitables qui implique d'éviter « les courses aux subventions préjudiciables, au cours desquelles les États membres disposant de plus de moyens peuvent dépenser plus que leurs voisins, et ce au détriment de la cohésion au sein de l'Union »⁵⁵.

B. L'instrumentalisation intermittente dans l'intégration positive

On relève une occurrence très limitée du « level playing field » dans des actes juridiques adoptés par les institutions de l'Union au titre des actions et politiques relevant de la troisième partie du traité FUE. Il n'est guère évident de tirer des conclusions générales de ces occurrences. Il serait même fallacieux d'y voir la production d'effets juridiques. On perçoit davantage le « level playing

52. Trib. UE, 15 novembre 2018, *Tempus Energy Ltd, établie à Worcester (Roya)*, T-793/14, ECLI:EU:T:2018:790, point 83.

53. TPICE, 4 avril 2001, *Regione Friuli Venezia Giulia / Commission*, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, point 110 ; TPICE, 29 septembre 2000, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)*, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, point 173 ; TPICE, 5 juin 2000, *Alzetta Mauro et autres / Commission*, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 à 607/97, T-1/98, T-3/98 à T-6/98 et T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, point 176 ; TPICE, 15 juin 1999, *Regione autonoma Friuli Venezia Giulia / Commission*, T-288/97, ECLI:EU:T:1999:125, point 110 ; CJCE, 29 avril 2004., *République italienne / Commission*, C-372/97, ECLI:EU:C:2004:234, point 102. Décision 97/270/CE de la Commission du 22 octobre 1996 concernant le régime de crédit d'impôt institué par l'Italie dans le secteur du transport routier de marchandises pour compte d'autrui (C 45/95 ex NN 48/95), JOCE L 106 du 24 avril 1997, p. 22 ; Décision 98/182/CE de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les aides octroyées par la région Frioul-Vénétie Julienne (Italie) aux entreprises de transport routier de marchandises de la région, JOCE L 66 du 6 mars 1998, p. 18 ; décision 98/693/CE de la Commission du 1^{er} juillet 1998 concernant le régime espagnol d'aide à l'achat de véhicules industriels Plan Renove Industrial (août 1994-décembre 1996), JOCE L 329 du 5 décembre 1998, p. 2.

54. Message du Réseau européen de concurrence à l'attention des entreprises concernant l'épidémie du coronavirus, publié le 23 mars 2020. Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on the application of competition law in the context of the war in Ukraine, 24 February 2022 : "As stated in our joint statement on the application of competition law during the Covid crisis, the different EU/EEA competition instruments have mechanisms to take into account, where appropriate and necessary, market and economic developments. Competition rules ensure a level playing field between companies. This objective remains relevant also in a period when companies and the economy as a whole suffer from crisis conditions".

55. Communication de la Commission Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État visant à soutenir l'économie dans le contexte actuel de la flambée de Covid-19 2020/C 91 I/01, JOUE C 91I du 20 mars 2020, p. 1, point 10.

field » comme un argument supplétif venant à l'appui de la justification d'une action qui pourrait, en tout état de cause, être fondée sur d'autres éléments. Aussi, la quête de l'argument « level playing field » sera davantage appréciée par une méthode archéologique. On entend par là les hypothèses qu'il est loisible d'établir à partir de régularités constatées dans un discours. Il s'avère en effet que les références au « level playing field » correspondent à une démarche de justification davantage que de fondement. Les institutions de l'Union s'y réfèrent essentiellement en vue d'ajouter un argument supplétif destiné à justifier une mesure de l'Union.

L'invocation générale : au détour d'un considérant. Dans nombre de textes, les conditions équitables de concurrence sont invoquées de façon très générale à l'appui de l'action sans que cela s'avère décisif. Tout au plus s'agit-il pour le législateur de l'Union ou la Commission d'ajouter un élément de justification supplémentaire pour l'adoption d'une mesure. Le domaine des services financiers est emblématique d'une telle démarche qui consiste, essentiellement, à mentionner les conditions de concurrence équitables au détour d'un considérant de l'acte. C'est notamment le cas pour les directives bancaires, et ce dès les années 2000⁵⁶. Le « level playing field » a ensuite accompagné les évolutions institutionnelles de la régulation financière. Ainsi a-t-il été invoqué tant pour mettre en place les comités européens de contrôleurs bancaires, des régulateurs des marchés de valeurs mobilières et des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles que pour les remplacer en 2010, respectivement par l'Autorité bancaire européenne, l'Autorité européenne des marchés financiers et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles⁵⁷. Par la suite, dans le règlement dit CRR relatif aux exigences prudentielles imposées aux établissements de crédit, il est affirmé que ces exigences « sont nécessaires pour assurer des garanties similaires aux épargnants ainsi que des conditions de concurrence équitables entre les établissements d'une même catégorie »⁵⁸. De façon plus générale, dans le règlement établissant le Mécanisme unique de résolution, le législateur a souligné : « La mise en place de règles efficaces et uniformes et de conditions de financement identiques en matière de résolution d'un État membre à l'autre est dans l'intérêt non seulement des États membres dans lesquels les banques opèrent mais aussi de tous les États membres en général, puisqu'elle permet d'assurer des conditions de concurrence équitables et d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur »⁵⁹.

56. Premier rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive concernant les fonds propres (89/299/CEE), COM/2000/0074 : « La directive concernant les Fonds propres s'inscrit dans un ensemble plus large de mesures qui visent à harmoniser les normes prudentielles minimales applicables aux établissements financiers de l'Union dans le but de garantir, d'une part, la sécurité et la solidité du système financier et, d'autre part, des conditions de concurrence équitables aux établissements financiers qui opèrent dans le marché unique ». Voir aussi directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, JOCE L 275 du 27 octobre 2000, p. 39, considérant n° 12; directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JOCE L 126 du 26 mai 2000, p. 1, considérant n° 8.

57. L'expression « level playing field » y est traduite par « conditions réellement égales ». Considérants n° 2 des règlements (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, JOUE L 331 du 15 décembre 2010, p. 12; (UE) n° 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission, JOUE L 331 du 15 décembre 2010, p. 48; (UE) n° 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, JOUE L 331 du 15 décembre 2010, p. 84.

58. Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, JOUE L 176 du 27 juin 2013, p. 1, considérant n° 33.

59. Règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le

La Commission avait assigné expressément comme objectif stratégique de « renforcer le marché intérieur des services bancaires tout en maintenant des conditions de concurrence équitables »⁶⁰. À l'inverse, le « level playing field » est totalement éludé dans la proposition de règlement visant à établir le mécanisme unique de surveillance ce qui montre l'absence de rationalité juridique dans les références pratiquées par le législateur à la notion. Enfin, toujours en matière financière, on retrouve l'argument du « level playing field » dans quelques règlements délégués venant à l'appui d'un dispositif très spécifique⁶¹. L'apparition sporadique de l'argumentation dans la motivation de l'acte se retrouve dans d'autres domaines d'action de l'Union que l'on pense à l'agriculture (du moins en matière viticole⁶²), à la pêche⁶³, aux transports⁶⁴, à l'environnement⁶⁵ ou encore au numérique⁶⁶.

Un autre type d'occurrence est révélateur de la temporalité de l'argument du « level playing field ». C'est parfois rétrospectivement que les conditions équitables de concurrence présentent des vertus justificatrices. Par exemple, le législateur de l'Union a estimé que la communication de la Commission du 10 janvier 2007 intitulée « Une politique de l'énergie pour l'Europe » « a insisté

règlement (UE) n° 1093/2010, *JOUE* L 225 du 30 juillet 2014, p. 1, considérant n° 12. Voir également recommandation 2014/135/UE de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, *JOUE* L 74 du 14 mars 2014, p. 65, point 7.

60. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, COM/2013/0520, Fiche financière, point 1.4.1.
61. Règlement délégué (UE) 2017/208 de la Commission du 31 octobre 2016 complétant le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation concernant les sorties de trésorerie supplémentaires correspondant aux besoins de sûretés résultant de l'impact d'un scénario de marché défavorable sur les opérations sur dérivés d'un établissement, *JOUE* L 33 du 8 février 2017, p. 14, considérant n° 3 (à propos des calculs des sorties supplémentaires de sûretés pour les établissements et les marchés dérivés); règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 octobre 2014 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les contributions ex ante aux dispositifs de financement pour la résolution, *JOUE* L 11 du 17 janvier 2015, p. 44, considérant n° 8 (à propos du calcul des contributions au sein des groupes bancaires).
62. Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil, *JOUE* L 347 du 20 décembre 2013, p. 671; règlement (CE) n° 607/2009 de la Commission du 14 juillet 2009 fixant certaines modalités d'application du règlement (CE) n° 479/2008 du Conseil en ce qui concerne les appellations d'origine protégées et les indications géographiques protégées, les mentions traditionnelles, l'étiquetage et la présentation de certains produits du secteur vitivinicole, *JOUE* L 193 du 24 juillet 2009, p. 60; règlement (CE) n° 1493/1999 du Conseil du 17 mai 1999 portant organisation commune du marché vitivinicole, *JOUE* L 179 du 14 juillet 1999, p. 1.
63. Règlement (UE) 2018/973 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2018 établissant un plan pluriannuel pour les stocks démersaux de la mer du Nord et les pêcheries exploitant ces stocks, précisant les modalités de la mise en œuvre de l'obligation de débarquement en mer du Nord et abrogeant les règlements (CE) n° 676/2007 et (CE) n° 1342/2008 du Conseil, *JOUE* L 179 du 16 juillet 2018, p. 1; règlement (UE) n° 1380/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche, modifiant les règlements (CE) n° 1954/2003 et (CE) n° 1224/2009 du Conseil et abrogeant les règlements (CE) n° 2371/2002 et (CE) n° 639/2004 du Conseil et la décision 2004/585/CE du Conseil, *JOUE* L 354 du 28 décembre 2013, p. 22.
64. Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *JOUE* L 315 du 3 décembre 2007, p. 1, considérant n° 8; directive 2006/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant les conditions minimales à respecter pour la mise en œuvre des règlements du Conseil (CEE) n° 3820/85 et (CEE) n° 3821/85 concernant la législation sociale relative aux activités de transport routier et abrogeant la directive 88/599/CEE du Conseil, *JOUE* L 102 du 11 avril 2006, p. 35, considérant n° 5.
65. Directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, *JOUE* L 140 du 5 juin 2009, p. 63, considérant n° 28.
66. Règlement (UE) 2018/1971 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) et l'Agence de soutien à l'ORECE (Office de l'ORECE), modifiant le règlement (UE) 2015/2120 et abrogeant le règlement (CE) n° 1211/2009, *JOUE* L 321 du 17 décembre 2018, p. 1, considérant n° 9.
Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte), *JOUE* L 321 du 17 décembre 2018, p. 36, considérant n° 3.

sur l'importance que revêtent la réalisation du marché intérieur de l'électricité et la création de conditions de concurrence équitables pour toutes les entreprises d'électricité établies dans la Communauté »⁶⁷. De même, alors qu'il n'est nullement question de « level playing field » dans les directives adoptées depuis les années 1980, il a été affirmé que les règles de passation des marchés publics permettent de garantir des conditions de concurrence à l'ensemble des opérateurs économiques⁶⁸.

Ces quelques occurrences, au demeurant très rares par rapport à l'inflation normative du droit dérivé, dans les actes juridiques de l'Union ne renseignent guère. Sont concernés tout autant le marché intérieur que des politiques communes, les actes législatifs les plus importants comme les plus techniques. Aussi peut-on raisonnablement penser que la mention du « level playing field » est davantage le fruit si ce n'est d'un hasard, du moins de contingences législatives. Cela relève du mystère dont est nappée la fabrication du droit dérivé depuis la proposition de l'acte élaborée par la Commission jusqu'à son adoption par le Parlement européen et le Conseil. Dès lors, juridiquement, il s'avère que le « level playing field » n'est d'aucune manière un argument décisif pour fonder l'action normative de l'Union.

Le discours du « level playing field » n'en demeure pas moins instructif en ce qu'il renseigne sur le type d'action de l'Union qui est envisagée.

L'action normative. Dans ses lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, la Commission a souligné que si « [l']article [101 TFUE] a pour objet la protection efficace de la concurrence en assurant que les marchés restent ouverts et concurrentiels [, il] incombe au législateur de défendre des conditions de concurrence équitables conformément aux obligations du droit communautaire et non aux entreprises de pratiquer l'autoréglementation »⁶⁹. Cela conforte l'idée selon laquelle le « level playing field » est un argument dont la vocation est de justifier une action normative de l'Union européenne qui pallie les défaillances du marché. Le législateur de l'Union a par exemple affirmé que « pour améliorer le fonctionnement de ce marché, il faut notamment prendre des dispositions concrètes pour assurer des conditions de concurrence équitables »⁷⁰. Autrement dit, s'il revient au législateur d'adopter les mesures afin de défendre des conditions de concurrence équitables, c'est que cela relève d'un choix politique.

Encore faut-il que, dans les domaines de compétence partagée, l'action législative soit conforme au principe de subsidiarité. De façon surprenante, l'argument du « level playing field » s'avère très peu utilisé alors qu'il permettrait aisément d'affirmer que les objectifs de l'acte « ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres mais peuvent, en raison de la nécessité de mettre fin à la fragmentation du marché et de garantir des conditions de concurrence équitables dans l'Union, l'être mieux au niveau de l'Union »⁷¹.

Le « level playing field » peut également guider dans le choix de l'acte juridique. Sans surprise, ce sont généralement des règlements qui comportent une référence aux conditions équitables de

67. Directive 2009/72/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, *JOUE* L 211 du 14 août 2009, p. 55, considérant 7. Communication de la Commission au Conseil européen et au Parlement européen – Une politique de l'énergie pour l'Europe, COM/2007/0001,

68. Trib. UE, 29 mai 2013, *Royaume d'Espagne / Commission*, T 384/10, ECLI:EU:T:2013:277, point 116. Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics, *JOUE* C 179 du 1^{er} août 2006, p. 2.

69. Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, *JOUE* C 101 du 27 avril 2004, p. 97, point 47. Lignes directrices concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, *JOUE* C 208 du 6 septembre 2007, p. 1, point 47.

70. Directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE, *JOUE* L 176 du 15 juillet 2003, p. 57, considérant n° 2.

71. Directive 2014/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur la comparabilité des frais liés aux comptes de paiement, le changement de compte de paiement et l'accès à un compte de paiement assorti de prestations de base, *JOUE* L 257 du 28 août 2014, p. 214, considérant n° 65.

concurrence; plus rarement, des directives sont concernées, d'harmonisation totale. De façon explicite, le législateur a pu invoquer ces conditions pour justifier le recours au règlement en ce que celui-ci « constitue le meilleur moyen de garantir des conditions de concurrence équitables et uniformes ainsi qu'une norme commune appropriée de protection des investisseurs »⁷². La mise en place de conditions de concurrence équitables au niveau mondial pour le transport maritime a justifié de déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes conformément à l'article 290 TFUE⁷³. Par exemple, afin de fixer les contributions *ex ante* par les établissements bancaires au Fonds de résolution unique, le Conseil a adopté un règlement d'exécution pour fixer la « même méthode de calcul [de ces] contributions annuelles dans tous les États membres [afin de] préserver des conditions de concurrence équitables entre les États membres ainsi qu'un marché intérieur »⁷⁴.

Les conditions de concurrence équitables appellent ainsi une uniformité dans l'application du droit de l'Union. Aussi sont-elles également invoquées pour justifier l'interprétation uniforme des dispositions du droit de l'Union. C'est par exemple le cas pour les directives visant « à prévenir les distorsions de concurrence et donc à faire en sorte qu'il y ait également un "level playing field" dans les secteurs économiques soumis à accise »⁷⁵. De façon générale, « un examen systématique par le juge du respect des obligations contribue à garantir des conditions de concurrence équitables ("level playing-field") »⁷⁶.

Notion plastique, le « level playing field » a été également évoqué pour appuyer, dans le droit des affaires, l'argumentation en faveur d'une harmonisation, comme pour la directive relative aux services de paiements⁷⁷, la directive concernant la réassurance⁷⁸, la directive concernant les offres publiques d'acquisition⁷⁹ ou encore la directive en matière de crédit aux consommateurs⁸⁰. Il est patent qu'un rapprochement des législations nationales est nécessaire lorsque leur disparité peut nuire aux conditions équitables ou homogènes de concurrence.

L'égalité entre acteurs sur le marché. L'argument du « level playing field » a essentiellement pour vocation de motiver une action normative visant à rétablir une égalité entre acteurs sur le marché.

72. Règlement délégué (UE) 2016/438 de la Commission du 17 décembre 2015 complétant la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les obligations des dépositaires, *JOUE* L 78 du 24.3.2016, p. 11, considérant n° 1. Règlement délégué (UE) n° 231/2013 de la Commission du 19 décembre 2012 complétant la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations, les conditions générales d'exercice, les dépositaires, l'effet de levier, la transparence et la surveillance, *JOUE* L 83 du 22 mars 2013, p. 1, considérant n° 1.

73. Directive 2013/38/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 portant modification de la directive 2009/16/CE relative au contrôle par l'État du port, *JOUE* L 218 du 14 août 2013, p. 1, considérant n° 21.

74. Règlement d'exécution (UE) 2015/81 du Conseil du 19 décembre 2014 définissant des conditions uniformes d'application du règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les contributions *ex ante* au Fonds de résolution unique, *JOUE* L 15 du 22 janvier 2015, p. 1, considérant n° 10.

75. Trib. UE, 31 mai 2018, *Groningen Seaports NV*, T-160/16, ECLI:EU:T:2018:317, point 53.

76. Conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 14 novembre 2019, *Cofidis SA*, C-679/18 et C-616/18, ECLI:EU:C:2019:975, point 52.

77. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Prévenir et combattre le financement du terrorisme par des mesures visant à améliorer l'échange d'informations, la transparence et la traçabilité des transactions financières, COM/2004/0700, point 1.7. Draft Directive on a New Legal Framework for Payments in the Internal Market The Commission is working on the above draft proposal which will ensure the harmonised implementation of Special Recommendation VI of the Financial Action Task Force into Community law and thereby guarantee a level playing field for all providers.

78. Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE, 443 COM/2004/0273 : « Reinsurance is an insurance activity and therefore direct insurance rules should apply, and not specific reinsurance regulations. Different rules between insurance and reinsurance could make it increasingly difficult to create a level playing-field ».

79. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition, COM/2002/0534 final – COD 2002/0240, *JOUE* C 45E du 25 février 2003, p. 1.

80. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs, COM/2002/0443 final – COD 2002/0222, *JOUE* C 331E du 31 décembre 2002, p. 200.

Dans une première série d'hypothèses, sont en cause les relations entre opérateurs privés. Par exemple, dans le domaine des transports, la volonté a été affirmée de promouvoir l'établissement de conditions de concurrence équitables entre mode de transports⁸¹ ou encore entreprises d'un même secteur⁸². D'autres domaines, le législateur a également évoqué la création ou la mise en place de conditions de concurrence équitables entre les intermédiaires d'assurance⁸³, entre « établissements financiers qui opèrent dans le marché unique »⁸⁴ ou encore dans le domaine du recyclage⁸⁵. L'intervention normative vise donc à rétablir l'égalité entre opérateurs sur le marché afin de leur permettre « de lutter à armes égales »⁸⁶. Il demeure que l'argument des conditions de concurrence équitables s'avère à géométrie variable, étant tout autant invoqué pour l'égalité entre tous les opérateurs du marché⁸⁷, voire entre tous les consommateurs⁸⁸, qu'entre opérateurs d'« une même catégorie »⁸⁹, entre des produits⁹⁰, dans un même secteur d'activité⁹¹, ou encore sur un même

-
81. Article 1^{er} e) du protocole d'application de la convention alpine de 1991 dans le domaine des transports – Protocole sur les transports, *JOUE* L 323 du 8 décembre 2007, p. 15. Communication de la Commission au Conseil, Les transports aériens et l'environnement COM/99/0640, point 31.
 82. Règlement d'exécution (UE) 2015/171 de la Commission du 4 février 2015 sur certains aspects de la procédure d'octroi des licences des entreprises ferroviaires, *JOUE* L 29 du 5 février 2015, p. 3, considérant n° 10. Décision 2007/431/CE du Conseil du 7 juin 2007 autorisant les États membres à ratifier, dans l'intérêt de la Communauté européenne, la convention du travail maritime, 2006, de l'Organisation internationale du travail, *JOUE* L 161 du 22 juin 2007, p. 63, considérant n° 4.
 83. Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances (refonte), *JOUE* L 26 du 2 février 2016, p. 19, considérant n° 16.
 84. Premier rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive concernant les fonds propres (89/299/CEE), COM/2000/0074.
 85. Règlement (CE) n° 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets, *JOUE* L 190 du 12 juillet 2006, p. 1, considérant n° 22.
 86. Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, *JOUE* L 275 du 27.10.2000, p. 39, considérant n° 12. À propos de l'égalité entre les établissements de monnaie électronique et les autres établissements de crédit émetteurs de monnaie électronique. (12) Cependant, il est nécessaire de préserver des conditions de concurrence équitables entre les et, par là même, de, dans l'intérêt des porteurs.
 87. Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte), *JOUE* L 321 du 17 décembre 2018, p. 36, considérant n° 3. Règlement délégué (UE) 2015/2446 de la Commission du 28 juillet 2015 complétant le règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil au sujet des modalités de certaines dispositions du code des douanes de l'Union, *JOUE* L 343 du 29 décembre 2015, p. 1, considérant n° 27. Règlement (UE) 2018/973 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2018 établissant un plan pluriannuel pour les stocks démersaux de la mer du Nord et les pêcheries exploitant ces stocks, précisant les modalités de la mise en œuvre de l'obligation de débarquement en mer du Nord et abrogeant les règlements (CE) n° 676/2007 et (CE) n° 1342/2008 du Conseil, *JOUE* L 179 du 16 juillet 2018, p. 1, considérant n° 13.
 88. Recommandation (2014/135/UE) de la commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, *JOUE* L 74 du 14 mars 2014, p. 65, considérant n° 7.
 89. Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOUE* L 126 du 26 mai 2000, p. 1, considérant n° 8. Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, *JOUE* L 176 du 27 juin 2013, p. 1, considérant n° 33. Règlement délégué (UE) 2015/63 de la Commission du 21 octobre 2014 complétant la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les contributions ex ante aux dispositifs de financement pour la résolution, *JOUE* L 11 du 17 janvier 2015, p. 44, considérant n° 9.
 90. Article 2, paragraphe 5, g), du règlement (UE) n° 1380/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche, *JOUE* L 354 du 28 décembre 2013, p. 22.
 91. Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, *JOUE* L 201 du 27 juillet 2012, p. 1, considérant n° 42.

marché⁹². L'ouverture à la concurrence de certains marchés peut également expliquer le recours à la notion de conditions de concurrence équitables. Ce fut le cas pour les télécommunications : un avocat général a ainsi interprété les dispositions d'une directive de libéralisation concernant les conditions de licences des opérateurs à la lumière de ces conditions. En l'espèce, l'appel à candidatures aux licences n'était pas apte à garantir des conditions de concurrence équitables entre les opérateurs⁹³. En effet, « le point de départ pour garantir des conditions de concurrence équitables entre les opérateurs sur un marché en phase d'émergence est d'abord de garantir des conditions égales à tous les opérateurs »⁹⁴.

Dans une seconde série d'hypothèses, il s'agit de garantir l'égalité entre opérateurs publics et privés⁹⁵. Par exemple, les conditions de concurrence équitables sont invoquées dans le règlement « obligations de service public » (OSP) pour encadrer strictement la faculté d'une autorité locale ou nationale de fournir elle-même des services publics de transport de voyageurs sur son territoire ou de les confier sans mise en concurrence à un opérateur interne sans procédure de mise en concurrence équitable⁹⁶. Cela est tout particulièrement vrai dans les marchés ouverts à la concurrence caractérisés par la présence d'opérateurs historiques dominants. Ainsi, un avocat général a souligné que « [l']objectif de la politique énergétique de l'Union est de permettre l'ouverture des marchés et la création de conditions de concurrence équitables par la suppression du traitement préférentiel accordé aux anciens monopoles, de sorte à accroître la concurrence sur le marché. Le principe de l'égalité d'accès est essentiel à la réalisation de cet objectif »⁹⁷. Le législateur peut également, afin d'assurer des conditions équitables de concurrence exclure du champ d'application certaines entreprises publiques au motif qu'elles fournissent un type de services limités⁹⁸. De façon plus générale, le Conseil avait souligné la nécessité « de mettre en œuvre des réformes structurelles dans le secteur public afin d'améliorer l'efficacité de celui-ci et assurer des conditions de concurrence équitables et transparentes entre les entreprises publiques et privées »⁹⁹. Dans le cadre de l'élargissement, la Commission a appelé à veiller tout autant à ce que le service de radio-télédiffusion public joue son rôle de service public auprès de toutes les communautés qu'à créer des conditions de concurrence équitables entre les médias privées et publiques¹⁰⁰.

Encore faut-il déterminer les instruments pour garantir cette égalité. Le droit dérivé s'avère fort peu disert à cet égard. En substance, l'argument du « level playing field » sert ponctuellement

92. Directive 2001/107/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 janvier 2002 modifiant la directive 85/611/CEE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) en vue d'introduire une réglementation relative aux sociétés de gestion et aux prospectus simplifiés, *JOCEL* 41 du 13 février 2002, p. 20, considérant n° 13. À propos du marché des organismes de placement collectif harmonisés.

93. Conclusions de l'avocat général Trstenjak présentées le 8 octobre 2008, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission*, C-431/07 P, Rec. p. I-2665, ECLI: ECLI:EU:C:2008:545, point 125.

94. *Ibid.*, point 126.

95. OCDE, *Competitive Neutrality: maintaining a level playing field between public and private business*, 2012, <https://www.oecd.org/corporate/50302961.pdf>.

96. Règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70 du Conseil, *JOUE L* 315 du 3 décembre 2007, p. 1, considérant n° 8.

97. Conclusions de l'avocat général Jääskinen présentées le 15 mars 2011, *Commission européenne / République slovaque*, C-264/09, ECLI:EU:C:2011:150, point 50.

98. Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE (refonte), *JOUE L* 173 du 12 juin 2014, p. 349, considérant n° 29. À propos des entreprises communes détenues conjointement par des entreprises publiques locales du secteur de l'énergie.

99. Décision du Conseil du 29 juillet 1991 adoptant le rapport annuel 1990/1991 sur la situation économique de la Communauté, et arrêtant les orientations de politique économique à suivre dans la Communauté en 1991, *JOUE L* 252 du 7 septembre 1991, p. 17.

100. Décision 2006/56/CE du Conseil du 30 janvier 2006 relative aux principes, aux priorités et aux conditions figurant dans le partenariat européen avec la Serbie-et-Monténégro, y compris le Kosovo selon le statut défini par la résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations unies du 10 juin 1999, et abrogeant la décision 2004/520/CE, *JOUE L* 35 du 7 février 2006, p. 32.

à justifier soit des obligations, soit des actions. Par exemple, c'est « afin de garantir l'existence de conditions de concurrence équitables, [que] les nouveaux produits du tabac qui constituent des produits du tabac tels qu'ils sont définis dans la [...] directive [sur les produits du tabac] devraient être conformes aux exigences de celle-ci »¹⁰¹. De même, l'obligation d'affilier tout établissement de crédit à un système de garantie des dépôts a été justifiée par la nécessité de garantir des « conditions de concurrence équitables entre les établissements de crédit »¹⁰². Autre exemple, la Commission a fixé des exigences d'écoconception applicables aux dispositifs de chauffage décentralisés à combustible solide « pour créer des conditions de concurrence équitables sur le marché »¹⁰³.

Dans d'autres textes, afin de garantir les conditions de concurrence équitables entre les opérateurs économiques, ce sont des règles de procédure qui sont établies¹⁰⁴. Quelques textes lient la création de conditions de concurrence équitables à l'action des autorités de régulation. Par exemple, le Tribunal a souligné que la directive sur le marché intérieur du gaz naturel « a voulu attribuer un rôle central aux autorités nationales de régulation qui contribuent au développement du marché intérieur du gaz et à la création de conditions de concurrence équitables en coopérant entre elles et avec la Commission dans la transparence »¹⁰⁵.

Par ailleurs, les conditions de concurrence équitables sont invoquées pour justifier la mise en place de contrôle pour les acteurs du marché¹⁰⁶. Ainsi, l'article 65 de la directive concernant le marché intérieur de l'électricité énonce les mesures que les États membres peuvent prendre pour garantir des conditions de concurrence équitables¹⁰⁷. En substance, ces mesures sont des entraves qui peuvent néanmoins être justifiées par des motifs d'intérêt général et dont la mise en œuvre est conditionnée par leur notification à la Commission aux fins d'approbation.

Il serait cependant vain de croire que la seule évocation du « level playing field » puisse suffire à rétablir une égalité. La question est éminemment tributaire du domaine en cause. La matière fiscale est révélatrice du caractère velléitaire que peut revêtir l'argument des conditions équitables de concurrence. Celles-ci sont certes présentées comme étant au cœur du débat général sur la politique fiscale dommageable¹⁰⁸, notamment de la réduction des distorsions fiscales et de la lutte contre la fiscalité agressive¹⁰⁹, de l'harmonisation des impôts indirects¹¹⁰. Concrètement, cependant, rien n'est envisagé, parce que, comme le relève un avocat général en matière de fiscalité

101. Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE, *JOUE* L 127 du 29 avril 2014, p. 1, considérant n° 35.

102. Directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts (refonte), *JOUE* L 173 du 12 juin 2014, p. 149, considérant n° 13.

103. Règlement (UE) 2015/1185 de la Commission du 24 avril 2015 portant application de la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences d'écoconception applicables aux dispositifs de chauffage décentralisés à combustible solide, *JOUE* L 193 du 21 juillet 2015, p. 1, considérant n° 13.

104. Règlement d'exécution (UE) 2015/2447 de la Commission du 24 novembre 2015 établissant les modalités d'application de certaines dispositions du règlement (UE) n° 952/2013 du Parlement européen et du Conseil établissant le code des douanes de l'Union, *JOUE* L 343 du 29 décembre 2015, p. 558, considérant 27.

105. Trib. UE, 24 novembre 2010, *Concord Power Nordal GmbH*, T-317/09, ECLI:EU:T:2010:479, point 45.

106. Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *JOUE* L 257 du 28 août 2014, p. 73, considérant n° 36.

107. Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (refonte), *JOUE* L 158 du 14 juin 2019, p. 125, considérant n° 21.

108. Conclusions de l'avocat général Jääskinen présentées le 7 avril 2011, Commission européenne (C-106/09 P) et Royaume d'Espagne (C-107/09 P) contre Government of Gibraltar et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, C-106/09 P et C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:215, point 129.

109. Recommandation du Conseil du 14 mai 2018 concernant la politique économique de la zone euro, *JOUE* C 179 du 25 mai 2018, p. 1, considérant n° 2.

110. Conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 8 mai 2003, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, C-240/01, ECLI:EU:C:2003:262, point 53.

internationale, l'identification d'un « level playing field » manque singulièrement de clarté appelant une analyse bien plus complexe¹¹¹.

Plus rarement, il est précisé de quelle manière les conditions de concurrence équitables peuvent être garanties. Tout d'abord, il s'agit d'assurer l'accès au réseau des opérateurs qui est étroitement lié au « level playing field »¹¹². Par exemple, les règlements établissant les codes de réseau fixant les exigences pour le raccordement au réseau d'infrastructures sont justifiés par l'objectif de garantir des conditions de concurrence équitables. Ainsi, les gestionnaires de réseau d'électricité se voient imposer des obligations afin d'assurer que « les gestionnaires de réseau utilisent de façon appropriée, transparente et non discriminatoire les capacités des installations de production d'électricité [dans] des conditions de concurrence équitables dans toute l'Union »¹¹³. Il en est de même pour les exigences pour le raccordement au réseau des systèmes en courant continu à haute tension¹¹⁴, des installations de consommation raccordées à un réseau de transport, des installations d'un réseau de distribution raccordées à un réseau de transport ou encore des réseaux de distribution, y compris les réseaux fermés de distribution¹¹⁵. Il s'agit davantage d'un argument permettant de circonscrire l'esprit des mesures édictées. Dans une première démarche, le « level playing field » est invoqué en amont afin de justifier l'adoption d'actes juridiques permettant l'accès au marché pour certains acteurs utilisant des technologies particulières¹¹⁶. Dans le secteur du haut débit, la Commission a par exemple recommandé l'utilisation d'un « concept » (équivalence des intrants EoI) qui « constitue, en principe, le meilleur moyen d'assurer une protection efficace contre la discrimination car les demandeurs d'accès sont ainsi en mesure de concurrencer l'activité en aval de l'opérateur PSM [puissance sur le marché] verticalement intégré en recourant exactement au même ensemble de produits de gros réglementés, aux mêmes tarifs et aux mêmes processus transactionnels » en ce que ce concept permet d'« assurer la transparence et de remédier au problème d'asymétrie des informations afin de garantir des conditions de concurrence équitables entre les entreprises en aval de l'opérateur ayant une puissance sur le marché telles que sa branche de détail, et les demandeurs d'accès tiers, et encourage la concurrence »¹¹⁷.

De cette étude du droit de l'Union, découle une conclusion : le « level playing field » constitue un argument du discours déployé par les institutions de l'Union en vue de justifier une action, essentiellement normative, dont la vocation est de corriger les dysfonctionnements du marché dès lors que les acteurs ne se trouvent pas dans une situation d'égalité. Lato sensu, tout le droit du marché intérieur est dès lors pétri d'une logique de « level playing field » s'il s'agit de garantir l'égalité entre les acteurs du marché. Stricto sensu, seuls les actes de droit dérivé visant à rétablir cette égalité sont justifiés par les conditions équitables de concurrence. Toutefois, celles-ci ne sont nullement un élément de justification permettant à lui seul de fonder une action de l'Union. Elles jouent davantage de façon aussi supplétive que sporadique pour motiver, dans des cas finalement

111. Conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 8 mai 2003, *Commission / Allemagne*, C-240/01, ECLI:EU:C:2003:262, point 129.

112. Conclusions de l'avocat général Cruz Villalón présentées le 16 janvier 2014, *TDC A/S / Teleklagenævnet*, C 556/12, point 32.

113. Règlement (UE) 2016/631 de la Commission du 14 avril 2016 établissant un code de réseau sur les exigences applicables au raccordement au réseau des installations de production d'électricité, *JOUE L 112* du 27 avril 2016, p. 1, article 1^{er}.

114. Règlement (UE) 2016/1447 de la Commission du 26 août 2016 établissant un code de réseau relatif aux exigences applicables au raccordement au réseau des systèmes en courant continu à haute tension et des parcs non synchrones de générateurs raccordés en courant continu, *JOUE L 241* du 8.9.2016, p. 1, article 1^{er}.

115. Règlement (UE) 2016/1388 de la Commission du 17 août 2016 établissant un code de réseau sur le raccordement des réseaux de distribution et des installations de consommation, *JOUE L 223* du 18 août 2016, p. 10, article 1^{er}.

116. Règlement (UE) 2015/1185 de la Commission du 24 avril 2015 portant application de la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences d'écoconception applicables aux dispositifs de chauffage décentralisés à combustible solide, *JOUE L 193* du 21 juillet 2015, p. 1.

117. Recommandation 2013/466/UE de la Commission du 11 septembre 2013 sur des obligations de non-discrimination et des méthodes de calcul des coûts cohérentes pour promouvoir la concurrence et encourager l'investissement dans le haut débit, *JOUE L 251* du 21 septembre 2013, p. 13, point 7.

très limités, des mesures adoptées en droit de l'Union fondant une action publique correctrice en économie de marché. C'est une autre forme d'action que le « level playing field » justifie dans les relations avec le reste du monde.

II. La réglementation protectrice du marché intérieur

Le « level playing field » est au cœur d'une action extérieure de l'Union ou, pour être plus précis, d'une nouvelle forme d'action extérieure. La vision du libre-échange de l'Union n'est plus naïve. Le credo selon lequel l'ouverture du marché intérieur permet, par l'effet de la seule réciprocité, l'accessibilité des entreprises européennes aux marchés des pays tiers, a vécu. Certes, la politique commerciale commune demeure avec ses vertus dans un contexte de crise du multilatéralisme, expliquant que l'Union privilégie la conclusion d'accords de libre-échange bi- ou pluri-latéraux. Elle reflète désormais une vision renouvelée du libre-échange guidé par la volonté de garantir une « autonomie stratégique ouverte »¹¹⁸ de l'Union européenne dans laquelle à l'approche économique exprimant une foi dans le marché mondial s'ajoute une lecture géopolitique révélant un réalisme dans les relations internationales. La politique commerciale, et avec elle l'ensemble des relations extérieures de l'Union, visent dès lors trois objectifs : « soutenir la reprise et la transformation en profondeur de l'économie de l'UE conformément aux objectifs qu'elle s'est fixés concernant le numérique et la protection de l'environnement » ; « façonner les règles mondiales pour qu'elles permettent une mondialisation plus durable et plus équitable » ; « renforcer la capacité de l'UE à défendre ses intérêts et à faire valoir ses droits, y compris de manière autonome si nécessaire »¹¹⁹. Afin de renforcer le rôle de l'Union en tant qu'acteur mondial, les institutions de l'Union œuvrent en faveur de conditions de concurrence équitables en assurant « une capacité de réaction pour faire face aux pratiques déloyales et au manque de réciprocité »¹²⁰ et en promouvant « des règles du commerce international qui soient correctement appliquées et qui assurent des conditions de concurrence équitables »¹²¹. Dans cette logique, le « level playing field » constitue le discours justifiant à la fois une territorialité étendue du droit de l'Union (A) et une équité rétablie par le droit de l'Union (B).

A. La territorialité étendue de la législation géopolitique de l'Union

Les années 2020 sont marquées par le renouveau de la thématique de l'extraterritorialité dont le « Brussels effect » est l'une des manifestations les plus saillantes. Sur le plan scientifique, plusieurs recherches ont été menées qui montrent le caractère galvaudé de l'expression « extraterritorialité ».

118. Commission européenne, Réexamen de la politique commerciale – Une politique commerciale ouverte, durable et ferme, 18 février 2021, COM(2021) 66.

119. *Ibid.*, pp. 10-11.

120. Conclusions communes du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne Objectifs et priorités stratégiques pour 2020-2024 2021, JOUE C 18I du 18 janvier 2021, p. 5, point 7 ; Conclusions communes du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne Objectifs et priorités stratégiques pour 2020-2024, JOUE C 451I du 29 décembre 2020, p. 4, point 7.

121. Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne Priorités législatives de l'UE pour 2021 2021, JOUE C 451I du 29 décembre 2020, p. 1, point 4.

lité »¹²². Lui est préférable celle de territorialité, juridiquement plus correcte et politiquement plus réaliste. En droit de l'Union, la territorialité marque un tournant géopolitique. Une précision liminaire s'impose quant à la base juridique de l'action législative. Répondant à l'argument du Conseil de l'Union selon lequel une convention servait « à réaliser le marché intérieur parce qu'en réduisant les disparités entre les ordres juridiques nationaux elle contribue à la mise en place de conditions juridiques uniformes ("level playing field") »¹²³, l'avocate générale Kokott a affirmé :

« S'il est vrai que l'article 114 TFUE permet d'adopter des mesures d'harmonisation visant à éliminer les disparités juridiques entre les États membres lorsque ces disparités sont propres à entraver l'exercice des libertés fondamentales et d'influencer ainsi directement le fonctionnement du marché intérieur (31), les disparités juridiques qu'il s'agit d'éliminer sont celles qui existent entre les États membres de l'Union européenne, et non pas celles qui opposent les États membres de l'Union européenne et les pays tiers. Or, comme nous l'avons déjà expliqué, la convention ne vise pas en premier lieu à mettre en place une harmonisation interne, mais avant tout une harmonisation externe »¹²⁴.

Cela signifie que l'article 114 TFUE n'est pas la base juridique idoine pour conclure un accord international visant le « level playing field ». En revanche, cette disposition est pertinente pour adopter des actes législatifs de l'Union dont l'applicabilité est étendue à des sujets de pays tiers afin de rétablir le « level playing field ». Celui-ci fait donc l'objet d'un discours portée une Commission européenne « géopolitique » instrumentalisant la territorialité du droit de l'Union et l'attractivité du marché intérieur.

La commission européenne « géopolitique » et la territorialité du droit de l'union. « La Commission que je présiderai jouera un rôle géopolitique engagé en faveur de politiques durables »¹²⁵. Ursula Von der Leyen a clairement pris position au moment de son investiture en faveur d'une Commission géopolitique. Le discours est dès lors celui de la puissance européenne dont on sait qu'elle ne peut être militaire. La guerre menée par la Russie contre l'Ukraine a montré les limites de l'Union européenne et l'ascendant persistant de l'OTAN. La politique de sécurité et de défense commune demeure balbutiante. L'intuition de Louis-François Duchêne selon laquelle l'Europe est une « puissance civile » s'avère d'une remarquable modernité¹²⁶. Déclinisme moderne et européenne de la fable des abeilles de Mandeville ou du doux commerce de Montesquieu, la ruse de la raison fonctionnaliste du marché commun a produit ses effets de pacification du continent européen. Depuis les origines, la construction européenne est pétrie d'un libre-échangeisme dans son rapport au reste du monde. La Communauté, puis l'Union, ont toujours privilégié une politique commerciale commune visant la libéralisation des échanges dans le cadre multilatéral du GATT et de l'OMC. L'essoufflement du multilatéralisme a été compensé par la négociation et la conclusion d'accords bi- ou pluri-latéraux de libre-échange.

122. Voir entre autres H. L. Buxbaum and T. Fleury Graff, *Extraterritoriality / L'extraterritorialité*, Leiden, Brill, Series: Centre for Studies and Research in International Law and International Relations Series, Volume: 23, 2022; E. Dubout, F. Martucci, F. Picod (dir.), *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection : « Droit de l'Union », 2021; A. Miron, B. Taxil (dir.), *Extraterritorialité et droit international*, Paris, Pedone, Collection : « SFDI », 2020; J. Scott, « Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law », (2014) vol. 62, n° 1, *The American Journal of Comparative Law*, pp. 87-125; J. Scott, « The New EU Extraterritoriality », (2014) vol. 51, n° 5, *CML Rev.*, pp. 1343-1380; M. Cremona, J. Scott (eds), *EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, Series: Collected Courses of the Academy of European Law, 2019.

123. Conclusions de l'avocate générale Kokott présentées le 27 juin 2013, *Commission / Conseil*, C-137/12, ECLI:EU:C:2013:441, point 59.

124. *Ibid.*, point 60.

125. Commission européenne, *La Commission von der Leyen : pour une Union plus ambitieuse*, 10 septembre 2019, Communiqué de presse.

126. L.-F. Duchêne, "Europe's Role in World Peace", in R. Mayne (ed.), *Europe tomorrow: sixteen Europeans look ahead* Londres, Fontana, 1972.

Que la communication portant réexamen de la politique commerciale insiste sur l'autonomie stratégique commune est révélateur d'un tournant de l'Union européenne¹²⁷. L'heure n'est plus à la vision quelque peu naïve du libre-échange suppléant l'atonie de la politique étrangère et de sécurité commune.

« La "Commission géopolitique" de la présidente von der Leyen ambitionne de renforcer le rôle de l'Union européenne (UE) sur la scène mondiale. Ces dernières décennies ont été marquées par une évolution du contexte géopolitique et par des changements majeurs sur les plans technologique et sociétal. L'économie mondiale devient de plus en plus multipolaire et la poursuite à court terme d'intérêts unilatéraux par des certains acteurs peut compromettre la mise en place d'une coopération multilatérale efficace »¹²⁸.

L'Union doit être plus offensive dans un monde multipolaire où le rapport de forces avec les puissances étrangères s'avère renouvelé¹²⁹. D'apparence, le paradoxe est dès lors celui d'une Union ontologiquement fondée sur la paix qui entend prendre une dimension géopolitique qui charrie avec elle une vision du monde fondée sur la défense des intérêts nationaux par une instrumentalisation civile et militaire du territoire. Florian Louis ne constate-t-il pas dans son ouvrage de référence ces velléités de puissance d'« une géopolitique non belliqueuse »¹³⁰ ? On redécouvre dès lors les vertus de la « puissance normative » de l'Europe¹³¹, discours ancien renouvelé par le Brussels Effect¹³². L'Union n'est plus « la norme sans la force » selon l'idée de Zaki Laïdi¹³³, elle devient au contraire la puissance par la norme. La géopolitique de l'Union est celle du droit. Certes, classiquement, la géopolitique désigne la manière dont la politique « agit sur et avec l'espace », lequel devient territoire dès lors qu'il est approprié par l'homme¹³⁴. À défaut d'une souveraineté et donc d'un territoire, l'Union se déploie cependant sur un espace que son droit s'approprie par la territorialité.

Il est juridiquement erroné d'évoquer le territoire de l'Union. Ainsi que Lydia Lebon l'a montré,

« [l'expression « territorialité de l'Union européenne » présente alors l'avantage d'impliquer inévitablement une « intermédiation » par le territoire de l'État membre de l'Union, puisque l'Union ne saurait être envisagée de manière abstraite, sans ses composantes. L'émergence d'une « territorialité de l'Union européenne » se traduit par la reconstruction d'un lien avec le territoire national, dans le cadre intégré de l'Union. On assiste, en quelque sorte, à un remodelage des rapports entre l'État, les individus et le territoire »¹³⁵.

Le droit de l'Union dispose d'un champ d'application, déterminé par les articles 52 TUE et 355 TFUE, dont l'instrumentalisation conduit à la territorialité. Celle-ci est généralement envisagée de façon introspective par le droit d'intégration : elle matérialise l'instrumentalisation de l'exercice par États membres de sa puissance sur son territoire pour fonder l'application et l'exécution du droit de l'Union sur le territoire de chaque l'État membre. D'un côté, les dispositions du droit de

127. Commission européenne, *Réexamen de la politique commerciale*, COM(2021) 66, précitée.

128. Commission européenne, *Système économique et financier européen: favoriser l'ouverture, la solidité et la résilience*, COM/2021/32, p. 1.

129. Voir le numéro spécial : Les chemins de la puissance européenne, *Revue européenne du droit*, 2021/2 (N° 3).

130. F. Louis, « Quatre problèmes géopolitiques de la Commission géopolitique, Le Grand Continent, 8 septembre 2020. V. F. Louis, *Qu'est-ce que la géopolitique*, Paris, PUF, Collection : « Géopolitique », 2022.

131. I. Manners, "Normative Power Europe: A Contradiction in Terms", (2002) 40, *Journal of common market studies*, pp. 235-258. A. Niemann, G. Junne, « Europa als normative Macht », in G. Simonis, H. Elbers (eds.), *Externe EU Governance*, Wiesbaden, Springer VS, 2011, pp. 103-131.

132. P. Moscovici, « Penser et construire l'Europe puissance », *Revue européenne du droit*, 2021/2 (N° 3), pp. 71-74.

133. Z. Laïdi, *La norme sans la force, L'énigme de la puissance européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, Collection : « Références », 2008.

134. F. Louis, *Qu'est-ce que la géopolitique*, *op. cit.*, pp. 45 et 51.

135. L. Lebon, « Territoire(s) de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, 2019, § 187.

l'Union sont appliquées sur le territoire des États membres (*juridictio*); de l'autre côté, elles sont exécutées par les autorités et juridictions nationales sur leur territoire de chaque État membre (*imperium*) dans la logique du « fédéralisme exécutif » ou de l'administration indirecte, dans l'ordre juridique intégré, cette instrumentalisation, fondée sur la coopération loyale consacrée par l'article 4, paragraphe 3, TUE, pallie le défaut de puissance publique de l'Union¹³⁶.

L'évolution géopolitique vient de la projection de la territorialité qui est conçue comme un moyen d'attirer dans le spectre du droit de l'Union des sujets de droit qui sont rattachés au territoire de pays tiers. On retrouve le débat sur la prétendue extraterritorialité du droit de l'Union qui n'en est pas une. Comme l'a montré Joanne Scott, le droit de l'Union ne pratique pas une extraterritorialité au sens d'une mesure appliquée au moyen d'un lien de connexion non territorial avec l'État (« *The application of a measure triggered by something other than a territorial connection with the regulating state* »)¹³⁷. Il privilégie une « extension territoriale » au sens où la disposition de droit de l'Union régit une situation qui est en dehors de l'Union mais qui présente un lien de connexion territoriale avec celle-ci (« *The application of a measure is triggered by a territorial connection but in applying the measure the regulator is required, as a matter of law, to take into account conduct or circumstances abroad* »)¹³⁸. La lecture par le prisme de la territorialité permet dès lors d'éviter l'écueil du droit international public dont le respect s'impose au droit de l'Union selon la Cour de justice¹³⁹. Dès lors qu'en droit international public, « la théorie des compétences est insuffisante à saisir les pratiques contemporaines de l'extraterritorialité », il est nécessaire de fonder le titre de compétence sur un lien de rattachement¹⁴⁰. En droit de l'Union, il est donc nécessaire de fonder l'applicabilité d'une disposition à un sujet de pays tiers sur un « lien de rattachement suffisant » ou encore d'un « lien étroit » au territoire d'un État membre, conformément au principe fondamental de territorialité découlant du droit international public¹⁴¹. Ainsi que nous l'avons écrit, en droit de l'Union, est retenue une « approche situationnelle »¹⁴² entendue comme fondant l'applicabilité de la disposition par le rattachement d'une situation de fait individualisable et subjective – car propre à un sujet de droit – à l'ordre juridique intégré de l'Union¹⁴³. À défaut d'un rattachement, la situation est purement externe si qu'aucun élément qui la constitue ne peut être rattaché à un État membre.

Attractivité du marché intérieur. Toute la force du Brussels Effect réside dans l'aptitude du droit de l'Union à instrumentaliser le marché intérieur pour fonder un rattachement à l'ordre juridique de l'Union. Ainsi que le souligne Anu Bradford, « *The EU has become a global regulator not only because of the size of its internal market, but also because it has built an institutional architecture that has converted its market size into a tangible regulatory influence* »¹⁴⁴. *De facto*, le marché intérieur produit un effet attractif sur les acteurs économiques qui souhaitent y accéder comme débouché de leur activité; *de jure*, l'exercice d'une activité économique produisant un effet sur le

136. M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, Collection : « Université », 2018, 11^e éd., p. 610 et s.

137. J. Scott, « Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law », précité, p. 90. Voir aussi J. Scott, « The New EU Extraterritoriality », précité; M. Cremona, J. Scott (eds), *EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law*, *op. cit.*

138. J. Scott, « Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law », précité, p. 90.

139. CJCE, 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation Corp.*, C-286/90, *Rec. p.* I-6019, ECLI:EU:C:1992:453, point 9.

140. A. Miron, B. Taxil, « Les extraterritorialités, entre unilatéralisme et multilatéralisme, l'*imperium* sans le *dominium* », in A. Miron, B. Taxil (dir.), *Extraterritorialité et droit international*, Paris, Pedone, Collection : « SFDI », 2020, p. 27.

141. CJUE, Gde ch., 6 septembre 2017, *Intel Corporation Inc.*, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Conclusions Wahl, ECLI:EU:C:2016:788, point 284. Voy. aussi Gde ch., 21 décembre 2011, *Air Transport Association of America*, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, Conclusions Kokott, ECLI:EU:C:2011:637, points 148-149.

142. *Ibid.*

143. Voir F. Martucci, « Dans quelle mesure un acte de droit dérivé de l'Union est-il applicable aux entreprises de pays tiers ? Quelques précisions juridiques sur le « Brussels effect » », in E. Dubout, F. Martucci, F. Picod (dir.), *L'extraterritorialité en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection : « Droit de l'Union », 2021.

144. A. Bradford, *The Brussels Effect. How the European Union rules the World*, *op. cit.*, p. 25.

marché intérieur saisi par le droit de l'Union en tant qu'élément de rattachement. Que la question soit rattachée au marché intérieur est déterminant puisqu'il s'agit de garantir un « level playing field » entre les acteurs économiques européens et ceux des pays tiers. Concrètement, en échappant aux contraintes que fait peser le droit du marché intérieur sur les entreprises européennes, les entreprises de pays tiers disposent d'un avantage compétitif. C'est pourquoi soumettre toutes les entreprises aux mêmes règles permet de rétablir des conditions équitables de concurrence.

Ce n'est guère un hasard si le droit de la concurrence a été l'un des premiers domaines dans lequel l'applicabilité aux entreprises de pays tiers a été retenue. Selon la jurisprudence *Béguelin*, *ICI Matières colorantes*, *Continental Can* et *Pâtes de bois*, telle que précisée par les arrêts *InnoLux Corp.* et *Intel*¹⁴⁵, les articles 101 et 102 TFUE relatifs aux pratiques anticoncurrentielles sont applicables à des entreprises de pays tiers lorsque deux critères alternatifs sont remplis : 1) le critère de la mise en œuvre implique la mise en œuvre de la pratique sur le territoire d'un ou plusieurs États membres ; 2) le critère des effets qualifiés signifie la production par les pratiques d'effets prévisibles, immédiats et substantiels dans le marché intérieur¹⁴⁶.

Lien de rattachement. L'exigence d'un lien de rattachement aux fins d'étendre l'applicabilité des règles européennes se retrouve dans d'autres branches du droit de l'Union, qui à l'instar de la en matière fiscale¹⁴⁷, du secteur des transports¹⁴⁸ ou encore de la protection des données personnelles¹⁴⁹, se caractérisent par une projection transnationale des activités en cause. Aussi la gageure est-elle d'identifier le lien de rattachement au marché intérieur est révélateur de l'attractivité de ce dernier pour les entreprises de pays tiers. L'avocat général Léger avait déjà affirmé que l'existence d'un lien territorial est caractérisée « soit par la présence effective de l'un des opérateurs sur le territoire d'un État membre, soit par l'exercice d'une activité économique sur ce territoire »¹⁵⁰.

Le lien étroit avec le marché intérieur est caractérisé lorsque l'opérateur est présent sur le territoire d'un État membre, hypothèse que nous avons qualifiée d'unité économique active sur le territoire des États membres¹⁵¹. Premièrement, l'unité peut être constatée dans le cadre d'un groupe de sociétés. Les dispositions de droit dérivé s'appliquent aux entreprises de pays tiers qui s'établissent par la création de succursales dans l'Union. Par exemple, en vertu son article 1^{er}, la directive Mifid II « s'applique aux entreprises d'investissement, aux opérateurs de marché, aux prestataires de services de communication de données, ainsi qu'aux entreprises de pays tiers fournissant des services d'investissement ou exerçant des activités d'investissement au moyen de l'établissement d'une succursale dans l'Union »¹⁵². De même, la directive CSRD a soumis la filiale établie sur leur territoire dont l'entreprise mère ultime relève du droit d'un pays tiers à l'exigence de

145. CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, point 11 ; CJCE, 14 juillet 1972, *ICI Ltd. / Commission (matière colorantes)*, 48-69, ECLI:EU:C:1972:70, point 11, Conclusions Mayras, ECLI:EU:C:1972:32 ; CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. / Commission*, 6-72, Rec. p. 215, ECLI:EU:C:1973:22 ; 27 septembre 1988, *A. Ahlström Osakeyhtiö e. a. c/ Commission*, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, Rec. p. 5193, ECLI:EU:C:1988:447, point 16 ; CJUE, 9 juillet 2015, *InnoLux Corp. c/ Commission*, C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451 ; CJUE, *Intel Corporation Inc.*, C-413/14 P, précité.

146. Pour être précis, en droit de la concurrence, l'effet s'apprécie dans l'Union et dans l'Espace économique européen.

147. CJUE, Gde ch., 3 mars 2020, *Google Ireland Ltd*, C-482/18, ECLI:EU:C:2020:141, Conclusions Kokott, ECLI:EU:C:2019:728, points 44-45.

148. CJUE, *Air Transport Association of America*, C-366/10, précité, point 124.

149. CJUE, Gde ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317, point 54.

150. *Ibid.*

151. F. Martucci, « Dans quelle mesure un acte de droit dérivé de l'Union est-il applicable aux entreprises de pays tiers ? Quelques précisions juridiques sur le « Brussels effect » », précité.

152. Article 1^{er} de la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JOUE L 173, du 12 juin 2014, p. 349. Voy. P. Davies, « Financial Stability and the Global Influence of EU Law », in M. Cremona, J. Scott (eds), *EU Law Beyond EU Borders. The Extraterritorial Reach of EU Law*, op. cit., pp. 174-195.

rapports de durabilité au niveau du groupe de ladite entreprise mère ultime de pays tiers¹⁵³. Dans l'affaire *Google Spain*, la Cour de justice a estimé que la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données était applicable à la société américaine Google Search dont la partie essentielle de l'activité commerciale est constituée par la promotion et la vente des espaces publicitaires, gérée en l'espèce par Google Spain; dès lors, le traitement des données en cause était effectué « dans le cadre des activités » du groupe Google de sorte que le rattachement était bien établi¹⁵⁴. De façon analogue, dans une affaire n'ayant pas abouti à un arrêt de la Cour de justice, le Royaume-Uni avait contesté la violation du principe de territorialité par la directive CRD IV¹⁵⁵ au motif que celle-ci s'applique à des entités au niveau d'un « groupe, de l'entreprise mère et des filiales » établies en dehors de l'Union dans son ensemble; l'avocat général avait écarté ce moyen en estimant que les dispositions de la directive ne prétendaient pas « à une telle universalité mais visent seulement à soumettre au cadre réglementaire de l'Union européenne des sociétés étrangères d'un groupe appartenant à des établissements financiers de l'Union européenne »¹⁵⁶. Deuxièmement, l'unité économique peut être caractérisée par des relations contractuelles. L'illustration la plus aboutie est donnée par l'arrêt *Ingmar* : la Cour de justice a considéré qu'une directive relative aux agents commerciaux indépendants est applicable à un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de l'Union, dès lors que ladite directive a pour objectif de protéger, à travers la catégorie des agents commerciaux, la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur¹⁵⁷. En effet, il est exclu que, par stipulation contractuelle, deux opérateurs puissent échapper au champ d'application d'un acte de droit dérivé en se soumettant à la loi d'un pays tiers, comme dans le cas de l'arrêt *Ingmar* où une société britannique avait conclu un contrat avec une société américaine stipulant la soumission au droit de la Californie¹⁵⁸. Il est intéressant de noter qu'incidemment une référence était déjà faite au « level playing field ». Troisièmement, le législateur de l'Union peut induire la création d'un élément de rattachement d'une entreprise de pays en exigeant la localisation d'un intermédiaire dans l'Union. Il en est ainsi que lorsque les sociétés de pays tiers sont tenues de désigner un représentant légal devant faire office de point de contact dans l'Union comme on le voit dans le *Digital Act Services*¹⁵⁹.

Le législateur de l'Union a consacré un autre critère de rattachement caractérisé par la présence sur le territoire d'un État membre de l'Union des clients de l'entreprise de pays tiers. Par exemple, la directive 2012/19/UE s'applique aux déchets d'équipements électriques et électroniques qui ont été vendus notamment « par communication à distance directement aux ménages ou à des utilisateurs autres que les ménages, dans un État membre » par toute personne physique ou morale

153. Article 40 *bis* de la directive 2013/34/UE ajoutés par la directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, *JOUE* L 322, 16 décembre 2022, p. 15.

154. CJUE, *Google Spain SL*, C-131/12, point 55 : Le traitement « qui est fait pour les besoins du service d'un moteur de recherche tel que Google Search, lequel est exploité par une entreprise ayant son siège dans un État tiers mais disposant d'un établissement dans un État membre, est effectué "dans le cadre des activités" de cet établissement si celui-ci est destiné à assurer, dans cet État membre, la promotion et la vente des espaces publicitaires proposés par ce moteur de recherche, qui servent à rentabiliser le service offert par ce moteur ».

155. Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, *JOUE* L 176, du 27 juin 2013, p. 338.

156. CJUE, *Royaume-Uni / Parlement européen et Conseil*, aff. C-507/13, Conclusions Jääskinen, préc., pt 39.

157. CJCE, *Ingmar*, aff. C-381/98, préc., pts 24-25.

158. CJCE, *Ingmar*, aff. C-381/98, préc.

159. Article 11 du règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *JOUE* L 277 du 27 octobre 2022, p. 1.

« établie dans un autre État membre ou dans un pays tiers »¹⁶⁰. De même, la directive sur les fonds d'investissement alternatifs (FIA) s'applique non seulement « aux gestionnaires établis dans l'Union qui gèrent un ou plusieurs FIA indépendamment du fait que ces FIA soient des FIA de l'Union ou des FIA de pays tiers », mais également « aux gestionnaires établis dans un pays tiers, qui gèrent un ou plusieurs FIA de l'Union » ou encore « aux gestionnaires établis dans un pays tiers qui commercialisent un ou plusieurs FIA dans l'Union indépendamment du fait que ces FIA soient des FIA de l'Union ou des FIA de pays tiers »¹⁶¹. Le législateur n'hésite plus à fonder sur la localisation du bénéficiaire d'un service dans l'Union le critère de rattachement en vue d'appliquer un acte aux opérateurs établis dans des pays tiers. Ainsi, le *Digital Services Act* « s'applique aux services intermédiaires proposés aux destinataires du service dont le lieu d'établissement est situé dans l'Union ou qui sont situés dans l'Union, quel que soit le lieu d'établissement des fournisseurs de ces services intermédiaires »¹⁶². Le service est proposé dans l'Union s'il permet aux personnes dans un ou plusieurs États membres « d'utiliser les services d'un fournisseur de services intermédiaires qui a un lien étroit avec l'Union », ce dernier étant établi si « un fournisseur de services intermédiaires a avec l'Union résultant soit de son établissement dans l'Union, soit de critères factuels spécifiques, tels que – un nombre significatif de destinataires du service dans un ou plusieurs États membres par rapport à sa ou à leur population ; ou le ciblage des activités sur un ou plusieurs États membres »¹⁶³. Poursuivant cette logique, le législateur tire également un lien substantiel de l'action de démarchage engagée par l'entreprise de pays tiers tout en excluant ce lien en cas d'attitude passive, c'est-à-dire lorsque l'entreprise est sollicitée par le client. Ainsi, la directive Mifid II s'applique « [s]i une entreprise d'un pays tiers démarche des clients ou des clients potentiels dans l'Union, ou y fait la promotion ou la publicité de certains services ou activités d'investissement et de services auxiliaires, ces services ne devraient pas être considérés comme dispensés à l'initiative exclusive de ces clients »¹⁶⁴. Le moyen le plus efficace de caractériser le lien de rattachement avec le marché intérieur est encore le chiffre d'affaires des sociétés concernées. Le lien substantiel résulte en effet d'une logique selon laquelle plus le chiffre d'affaires dans l'Union est élevé, plus on suppose que l'impact environnemental et social des activités de la société de pays tiers sur le marché intérieur est important. Prévu par le règlement relatif au contrôle des concentrations pour établir le caractère communautaire de l'opération en cause, ce critère se retrouve dans d'autres actes législatifs. On pense tout particulièrement à la proposition de directive relative au devoir de vigilance dont une disposition devrait prévoir son application aux entreprises constituées en conformité avec la législation d'un pays tiers qui remplissent une condition relative à la réalisation d'un chiffre d'affaires d'un certain montant dans l'Union¹⁶⁵.

En revanche, s'ils s'avèrent juridiquement envisageables, d'autres liens devraient être écartés pour des raisons d'opportunité. C'est tout particulièrement le cas pour l'utilisation d'une monnaie au support d'une transaction réalisée par des personnes établies en dehors du territoire d'émission monétaire. La circonstance qu'une transaction soit libellée en euro ne devrait pas permettre de caractériser un lien de rattachement avec l'ordre juridique intégré de l'Union. Certes, les États-Unis ont utilisé le dollar comme élément de rattachement, notamment pour sanctionner des banques européennes, au motif que les opérations de paiement transitaient par des systèmes de

160. Article 3, paragraphe 1, f), de la directive 2012/19/UE du Parlement européen et du Conseil, du 4 juillet 2012, relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE), *JOUE* L 197 du 24 juillet 2012, p. 38.

161. Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2011, sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, *JOUE* L 174, du 1^{er} juillet 2011, p. 1.

162. Article 2 du règlement (UE) 2022/2065, précité.

163. *Ibid.* Article 3 e).

164. Considérant 111 de la directive 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers, précité, p. 349.

165. Article 2, paragraphe 5, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM/2022/71.

paiement situés sur le territoire américain¹⁶⁶. Non seulement cela pose des difficultés au regard du droit international public¹⁶⁷, mais cela risque de nuire à l'euro en tant que monnaie internationale¹⁶⁸. En effet, les entreprises risquent de renoncer à utiliser l'euro dans leurs transactions internationales, nuisant au rôle international de la monnaie européenne. Il convient également d'exclure le critère du nombre de salariés employés dans l'Union. Premièrement, un tel critère est peu adapté pour rattacher au marché intérieur des entreprises dont les activités ne mobilisent qu'un nombre très limité de salariés dans les États membres, eu égard à la nature numérique des services fournis et à l'intermédiation par des opérateurs indépendants. Secondement, ce critère présente un effet pervers puisque les multinationales pourraient éviter d'employer des personnes dans l'Union. Enfin, si le critère linguistique a été envisagé par l'avocate générale Kokott¹⁶⁹, il n'est pas non plus pertinent pour fonder un lien substantiel, eu égard à l'emploi généralisé de l'anglais.

La projection des valeurs. Derrière le discours du « level playing field », se dessine, au-delà des aspects économiques de rétablissement des conditions de concurrence entre entreprises européennes et de pays tiers, une volonté politique. L'idée est celle d'instrumentaliser le droit de l'Union pour diffuser à l'échelle mondiale les valeurs européennes. Autrement dit, il s'agit d'imposer aux entreprises de pays tiers le respect de règles non économiques qui sont la concrétisation des valeurs de l'article 2 TUE.

L'exemple le plus caractéristique est celui du règlement (UE) 2020/1998 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme qui s'applique, en vertu de son article 19, à « toute entité ou tout organisme en ce qui concerne toute opération commerciale réalisée intégralement ou en partie dans l'Union »¹⁷⁰. Ce règlement permet au Conseil d'imposer des mesures restrictives à toute entité, dont des entreprises, qui se rendent coupables de violations graves des droits fondamentaux en dehors du territoire des États membres. Ne sont cependant concernées que les violations les plus graves telles que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture, l'esclavage, etc. ; sont visées également des atteintes systématiques ou présentant un autre caractère de gravité particulier à l'instar de la traite des êtres humains, des violences sexuelles et à caractère sexiste, des violations de la liberté de réunion pacifique, d'association, de la liberté d'opinion et d'expression ou encore de la liberté de religion ou de conviction. Ce règlement n'a donc vocation à s'appliquer de façon exceptionnelle.

La volonté de l'Union de promouvoir ses valeurs à l'échelle mondiale est particulièrement saillante dans le discours déployé à l'égard des chaînes d'approvisionnement (« *supply chains* »). Connue ces économistes, la notion progresse en droit. Sont révélateurs à cet égard les travaux préparatoires lancés par la Commission européenne au cours de l'année 2020 en ce qui concerne la révision de la directive dite « NFRD » (directive CSRD)¹⁷¹, à la proposition d'initiative sur la gouvernance d'entreprise durable¹⁷² ou encore au projet d'acte législatif sur le « devoir de vigilance »¹⁷³. À cet égard, le Parlement européen avait souligné en 2020 tout le paradoxe de la globalisation :

166. R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité, une compétence économique », précité, pp. 120-121. Voy. aussi E. Breen, « La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ? », *Revue européenne du droit*, septembre 2020, n° 1 pp. 55-61.

167. R. Bismuth, « Au-delà de l'extraterritorialité, une compétence économique », in A. Miron, B. Taxil (dir.), *Extraterritorialité et droit international*, op. cit., p. 120.

168. Banque de France, « Le rôle international de l'euro », Bulletin de la Banque de France n° 229, 2020; ECB, *The International Role of the Euro*, June 2020.

169. CJUE, *Google Ireland Limited*, aff. C-482/18, Conclusions Kokott, préc., pts 48 et s.

170. Règlement (UE) 2020/1998 du Conseil, du 7 décembre 2020, concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits, JOUE L 410I, du 7 décembre 2020, p. 1.

171. Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2014, modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JOUE L 330, du 15 novembre 2014, p. 1.

172. Document de consultation, Proposition d'initiative sur la gouvernance d'entreprise durable, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance/public-consultation>.

173. Speech by Commissioner Reynders in RDC webinar on due diligence, April 30, 2020, <https://responsibilitybusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/speech-by-commissioner-reynders-in-rbc-webinar-on-due-diligence/>

« La croissance des chaînes d'approvisionnement internationales a sans aucun doute apporté d'énormes avantages aux pays en développement, mais elle a également eu certains impacts négatifs, liés par exemple aux violations des droits de l'homme et du travail, y compris le travail forcé et le travail des enfants, les dommages environnementaux, l'accaparement des terres et la corruption »¹⁷⁴.

La rhétorique de la chaîne d'approvisionnement s'avère dès lors étroitement liée au « level playing field ». Il s'agit de contrer les stratégies des multinationales qui exploitent la faiblesse des systèmes juridiques des pays en voie de développement¹⁷⁵. Établies dans des pays tiers, les entreprises délocalisent leur production dans d'autres États n'appartenant pas à l'Union et dont les règles environnementales, sociales, fiscales, etc., s'avèrent moins exigeantes afin de proposer en fin de chaîne leurs biens et services dans le marché intérieur. Dès lors, le législateur de l'Union entend rétablir les conditions équitables de concurrence en soumettant l'accès au marché intérieur au respect par ces multinationales des règles européennes. Un des exemples révélateurs de cette approche du droit de l'Union est donné par la directive sur le devoir de vigilance qui consacre la notion de « chaîne de valeur » entendue comme « les activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise, y compris le développement du produit ou du service et l'utilisation et l'élimination du produit, ainsi que les activités connexes des relations commerciales de l'entreprise établies en amont et en aval ». La Commission a indiqué dans l'exposé des motifs :

« Une législation de l'Union sur le devoir de vigilance des entreprises ferait progresser le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement, créerait des conditions de concurrence équitables pour les entreprises au sein de l'Union et éviterait la fragmentation résultant de l'action individuelle des États membres. Elle inclurait également les entreprises de pays tiers opérant sur le marché de l'Union, sur la base d'un critère de chiffre d'affaires similaire »¹⁷⁶.

Un autre exemple peut être donné par le règlement dit « déforestation »¹⁷⁷ dont la version adoptée ne mentionne pas le « level playing field ». En revanche, dans sa proposition, la Commission a indiqué entendre « garantir des conditions de concurrence équitables et une compréhension commune des chaînes d'approvisionnement « zéro déforestation », dans le but d'accroître la transparence des chaînes d'approvisionnement et de réduire au minimum le risque de déforestation et de dégradation des forêts associé aux importations de marchandises au sein de l'UE »¹⁷⁸. En effet, les chaînes d'approvisionnement des produits du bois sont, insiste la Commission, « internationales et très souvent mondiales » de sorte qu'« il est essentiel de garantir des conditions de concurrence équitables pour les opérateurs, en ce qui concerne les exigences à respecter pour pouvoir mettre pour la première fois sur le marché de l'Union des produits de base et des produits dérivés »¹⁷⁹.

174. European Parliamentary Research Service, Towards a mandatory EU system of due diligence for supply chains, October 2020 : « The growth of international supply chains has undoubtedly brought enormous benefits to developing countries, but at the same time it has had certain negative impacts, relating for instance to violations of human and labour rights, including forced labour and child labour, environmental damage, land grabbing, and corruption ».

175. *Ibid.*

176. Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, COM/2022/71, précitée.

177. Règlement (UE) 2023/1115 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union et à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) n° 995/2010, JOUE L 150 du 9 juin 2023, p. 206.

178. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la mise à disposition sur le marché de l'Union ainsi qu'à l'exportation à partir de l'Union de certains produits de base et produits associés à la déforestation et à la dégradation des forêts, et abrogeant le règlement (UE) n° 995/2010, COM/2021/706.

179. *Ibid.*

Si la territorialité étendue de certaines dispositions du droit de l'Union a pour vocation de promouvoir les valeurs de l'Union, elle s'inscrit dans une logique visant à rétablir l'équité sur le marché intérieur.

B. L'équité rétablie sur le marché intérieur par une action publique dédoublée

Dans les emplois qui en sont faits, l'expression de « level playing field » renvoie de façon récurrente à l'idée d'équité (*fairness*). Il est toujours périlleux de s'essayer à une définition juridique de l'équité d'autant que la notion déborde généralement les frontières du droit pour se teinter d'opportunité. Cependant, lorsqu'elle est associée au discours du « level playing field », l'équité ne serait-elle pas une notion à part entière dont on perçoit la formation en droit de l'Union ? L'idée est que pour rétablir les conditions équitables de concurrence, l'Union doit mener une action correctrice de la perturbation sur le marché intérieur qui résulte par l'offre d'opérateurs de pays tiers dont on perçoit en substance qu'elle n'est pas proposée dans des conditions normales de marché. Cette action prend la forme principalement d'instruments de défense commerciale. Toutefois, l'arsenal de l'Union et des États membres s'enrichit par de nouveaux instruments, donnant un sens au « level playing field ».

Antidumping. Le droit de l'antidumping a été l'un des premiers domaines dans lequel une action communautaire a été justifiée au titre de la défense commerciale. Le dumping se caractérise par l'exportation par une entreprise de pays tiers dans un État membre d'un produit à un prix inférieur à la valeur normale du produit sur le marché intérieur. Au terme d'une enquête, s'il est constaté que des importateurs de pays tiers ont pratiqué un dumping causant un préjudice à l'industrie de l'État membre importateur, des mesures antidumping peuvent être adoptées qu'il s'agisse de l'application d'un droit *ad valorem* tributaire de la valeur transactionnelle, de droits spécifiques établis par montant spécifique du produit ou encore d'engagements de prix minimal de vente par l'exportateur. S'il entretient un lien avec le droit de la concurrence, le droit antidumping s'en distingue comme l'a montré Damien Reymond dans sa thèse. Celui-ci affirme ainsi que ce droit s'inscrit dans une logique de lutte contre la concurrence déloyale dont il distingue deux acceptions : dans une conception « éthique ou morale », la loyauté concerne les rapports contractuels ; dans une conception « équitable, voire égalitaire [...] implique une certaine homogénéité des conditions de concurrence, qu'exprime l'expression anglaise de *level playing field* »¹⁸⁰.

C'est ainsi qu'on retrouve l'expression de conditions de concurrence équitables employées dans certains règlements adoptés au titre de l'antidumping. Il s'agit en effet « de rétablir des conditions de concurrence équitables »¹⁸¹ sur le marché intérieur parce que celles-ci « ont été faussées par les

180. D. Reymond, *Action antidumping et droit de la concurrence dans l'Union européenne*, Préface L. Idot, Bruxelles, Bruylant, Collection : « Droit de l'Union ». p. 102.

181. Règlement d'exécution (UE) 2022/191 de la Commission du 16 février 2022 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains éléments de fixation en fer ou en acier originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 36 du 17 février 2022, p. 1, point 550 ; règlement (CE) n° 238/2008, précité, point 16. Voir aussi règlement (CE) n° 1987/2005 du Conseil du 2 décembre 2005 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de polytétrafluoroéthylène (PTFE) granulaire originaire de Russie et de la République populaire de Chine, *JOUE* L 320 du 8 décembre 2005, p. 1, point 141 ; règlement d'exécution (UE) 2015/1559 de la Commission du 18 septembre 2015 instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de tubes et tuyaux en fonte ductile (également dénommée fonte à graphite sphéroïdal) originaires de l'Inde, *JOUE* L 244 du 19 juillet 2015, p. 25, point 115. Règlement d'exécution (UE) n° 1195/2014 de la Commission du 29 octobre 2014 instituant un droit compensateur provisoire sur les importations de certaines truites arc-en-ciel originaires de Turquie, *JOUE* L 319 du 6 novembre 2014, p. 1, point 202. Règlement (CE) n° 1827/2001 de la Commission du 17 septembre 2001 instituant un droit antidumping provisoire sur les importations d'oxyde de zinc originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 248 du 18 juillet 2001, p. 17, point 124.

pratiques commerciales déloyales des exportateurs »¹⁸². Les mesures antidumping ont dès lors été justifiées par la volonté d'« éliminer les distorsions de la concurrence consécutives à la présence d'importations faisant l'objet d'un dumping »¹⁸³ ou encore « de combattre les pratiques commerciales déloyales et de remédier, dans une certaine mesure, aux effets de distorsion des échanges dus aux importations faisant l'objet d'un dumping »¹⁸⁴. Instrument de défense commerciale, le droit antidumping n'a donc pas vocation à « fermer le marché communautaire aux importations du produit concerné »¹⁸⁵ ou « d'interdire les importations ou d'entraver les activités des importateurs dans la Communauté »¹⁸⁶. Le rétablissement des conditions de concurrence équitables vise davantage à protéger les opérateurs économiques établis dans le marché intérieur. Il peut s'agir en effet « d'assurer la viabilité de ces producteurs tout en encourageant la création de nouvelles entreprises »¹⁸⁷, de faire profiter non seulement les producteurs de l'Union, mais aussi d'autres sources d'approvisionnement ne faisant pas l'objet d'un dumping¹⁸⁸. De façon plus générale, des mesures antidumping permettent aux producteurs de l'Union d'augmenter leurs ventes en vue d'améliorer la rentabilité de l'industrie de l'Union et à prévenir la perte d'emplois¹⁸⁹. Ce faisant, il s'agit de restaurer des conditions de concurrence équitables sur le marché de l'Union et de permettre un redressement de l'industrie de l'Union en améliorant de la rentabilité de cette dernière¹⁹⁰.

Le droit antidumping entretient dès lors un rapport ambigu au droit de la concurrence. Leurs rapports se déclinent selon une logique davantage de recoupement que d'articulation. Assurer des conditions équitables de concurrence ne revient pas nécessairement à garantir l'ordre concurrentiel. Tout particulièrement, les mesures antidumping peuvent conduire à une augmentation des prix nécessaire au rétablissement des conditions équitables de concurrence¹⁹¹ : par exemple, il a été décidé « de relever les prix à un niveau non déterminé par les subventions afin de permettre à

182. Règlement (CE) n° 1009/2004 de la Commission du 19 mai 2004 instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains systèmes d'électrodes en graphite originaires de l'Inde, *JOUE* L 183 du 20 mai 2004, p. 61, point 105.

183. Règlement (CE) n° 1009/2004 de la Commission du 19 mai 2004 instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains systèmes d'électrodes en graphite originaires de l'Inde, *JOUE* L 183 du 20 mai 2004, p. 61, point 105.

184. Règlement (CE) n° 716/2006 du Conseil du 5 mai 2006 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de magnésite calcinée à mort (frittée) originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 125 du 12 mai 2006, p. 1, point 115.

185. *Ibid.* Règlement (CE) n° 238/2008 du Conseil du 10 mars 2008 clôturant le réexamen intermédiaire partiel, effectué au titre de l'article 11, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 384/96, du droit antidumping institué sur les importations de solutions d'urée et de nitrate d'ammonium originaires de Russie, *JOUE* L 75 du 18 mars 2008, p. 14, point 16.

186. Règlement (CE) n° 258/2005 du Conseil du 14 février 2005 modifiant les mesures antidumping instituées par le règlement (CE) n° 348/2000 sur les importations de certains tubes et tuyaux sans soudure, en fer ou en acier non allié, originaires de Croatie et d'Ukraine, *JOUE* L 46 du 17 février 2005, p. 7, point 141.

187. Règlement (CE) n° 368/98 du Conseil du 16 février 1998 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de glyphosate originaire de la République populaire de Chine et portant perception définitive du droit provisoire, *JOUE* L 47 du 18 février 1998, p. 1, considérant n° 53.

188. Règlement (CE) n° 1009/2004 de la Commission du 19 mai 2004 instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains systèmes d'électrodes en graphite originaires de l'Inde, *JOUE* L 183 du 20 mai 2004, p. 61, considérant n° 105.

189. Règlement d'exécution (UE) 2015/1559 de la Commission du 18 septembre 2015 instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de tubes et tuyaux en fonte ductile (également dénommée fonte à graphite sphéroïdal) originaires de l'Inde, *JOUE* L 244 du 19 septembre 2015, p. 25, considérant n° 115.

190. Règlement d'exécution (UE) 2017/1795 de la Commission du 5 octobre 2017 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains produits plats laminés à chaud en fer, en aciers non alliés ou en autres aciers alliés, originaires du Brésil, d'Iran, de Russie et d'Ukraine et clôturant l'enquête sur les importations de certains produits plats laminés à chaud en fer, en aciers non alliés ou en autres aciers alliés, originaires de Serbie, *JOUE* L 258 du 6 octobre 2017, p. 24, point 423.

191. Règlement d'exécution (UE) 2022/433 de la Commission du 15 mars 2022 instituant des droits compensateurs définitifs sur les importations de produits plats laminés à froid en aciers inoxydables originaires de l'Inde et d'Indonésie et modifiant le règlement d'exécution (UE) 2021/2012 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de produits plats laminés à froid en aciers inoxydables originaires de l'Inde et d'Indonésie, *JOUE* L 88 du 16 mars 2022, p. 24, point 874.

tous les producteurs d'opérer sur le marché de l'Union dans des conditions de concurrence équitables »¹⁹². Le Tribunal estime par exemple que la référence aux conditions équitables avec les concurrents des pays tiers n'est pas opérée pour indiquer « que les producteurs communautaires sont vulnérables du fait de la structure des coûts qu'ils supportent » mais pour « faire référence aux prix anormalement bas pratiqués par les producteurs-exportateurs des pays tiers »¹⁹³. L'autonomie du droit antidumping vis-à-vis du droit de la concurrence se donne à voir également lorsque la Commission affirme que le fait que l'industrie de l'Union ait eu recours à la cartellisation n'a pas pour effet la priver du droit d'obtenir une compensation face aux pratiques commerciales déloyales¹⁹⁴. En même temps, « assurer des conditions de concurrence équitables à l'industrie communautaire permet aussi de renforcer la concurrence entre les différents fournisseurs [...] sur le marché de la Communauté »¹⁹⁵. Cela conduit à éviter des évictions du marché d'opérateurs européennes : le Conseil a par exemple estimé que

« la disparition éventuelle de l'industrie communautaire des systèmes de caméras de télévision à la suite de l'abrogation des mesures antidumping en vigueur entraînerait sans aucun doute la réduction de la concurrence et la dépendance des utilisateurs communautaires de systèmes de caméras de télévision par rapport à la technologie japonaise. Ce dernier aspect est particulièrement important dans la mesure où les producteurs de systèmes de caméras de télévision peuvent jouer un rôle important dans la définition des futures normes de télévision. La Communauté serait sans aucun doute dans une situation défavorable si elle devait être privée d'un producteur suffisamment fort de ce produit »¹⁹⁶.

C'est généralement pour établir l'intérêt de l'industrie de l'Union aux mesures antidumping que le rétablissement des conditions de concurrence équitables est invoqué. Ces mesures permettent en effet de remédier au préjudice subi par l'industrie de l'Union européenne et l'établissement de prix équitables¹⁹⁷. De la même manière, des engagements peuvent être refusés au motif qu'ils ne sont pas susceptibles de rétablir des conditions de concurrence équitables sur le marché intérieur en éliminant le dumping et ses effets préjudiciables¹⁹⁸.

192. Règlement d'exécution (UE) 2022/433 de la Commission du 15 mars 2022 instituant des droits compensateurs définitifs sur les importations de produits plats laminés à froid en aciers inoxydables originaires de l'Inde et d'Indonésie et modifiant le règlement d'exécution (UE) 2021/2012 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de produits plats laminés à froid en aciers inoxydables originaires de l'Inde et d'Indonésie, *JOUE* L 88 du 16 mars 2022, p. 24, point 1046.

193. Trib. UE, 25 octobre 2011, *Transnational Company "Kazchrome" AO et ENRC Marketing AG / Conseil*, T-192/08, ECLI:EU:T:2011:619, § 143.

194. Règlement (CE) n° 1009/2004 de la Commission du 19 mai 2004 instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de certains systèmes d'électrodes en graphite originaires de l'Inde, *JOUE* L 183 du 20 mai 2004, p. 61, point n° 105.

195. Règlement (CE) n° 716/2006 du Conseil du 5 mai 2006 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de magnésite calcinée à mort (frittée) originaire de la République populaire de Chine, *JOUE* L 125 du 12 mai 2006, p. 1, point 115.

196. Règlement (CE) n° 1910/2006 du Conseil du 19 décembre 2006 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de systèmes de caméras de télévision originaires du Japon à la suite d'un réexamen au titre de l'expiration des mesures, effectué conformément à l'article 11, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 384/96 du Conseil, *JOUE* L 365 du 21 décembre 2006, p. 7.

197. Règlement (CE) n° 771/98 du Conseil du 7 avril 1998 instituant des droits antidumping définitifs sur les importations de carbure de tungstène et de carbure de tungstène fondu originaires de la République populaire de Chine, *JOCE* L 111 du 9 avril 1998, p. 1, point n° 64.

198. Règlement (CEE) n° 129/91 de la Commission du 11 janvier 1991 instituant un droit antidumping provisoire sur les importations de petits appareils récepteurs de télévision en couleur originaires de Hong-Kong et de la République populaire de Chine, *JOCE* L 14 du 19 janvier 1991, p. 31, point n° 58. Règlement (CEE) n° 1048/90 du Conseil du 25 avril 1990 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de petits appareils récepteurs de télévision en couleur originaires de la République de Corée et portant perception définitive du droit provisoire, *JOCE* L 107 du 27 avril 1990, p. 56, point n° 40.

Subventions. Parmi les instruments de défense commerciale, figure également le règlement (UE) 2016/1037 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non membres de l'Union européenne¹⁹⁹. Il a vocation à réceptionner en droit de l'Union les règles prévues dans l'accord sur les subventions conclu dans le cadre de l'OMC. Ainsi, dans le respect des règles internationales, l'Union peut imposer « un droit compensateur [...] afin de compenser toute subvention accordée, directement ou indirectement, à la fabrication, à la production, à l'exportation ou au transport de tout produit dont la mise en libre pratique dans l'Union cause un préjudice »²⁰⁰. La subvention est constituée par une contribution financière des pouvoirs publics du pays d'origine ou d'exportation et s'avère passible de mesures compensatoires dès lors qu'elle présente un caractère spécifique à une entreprise ou à une industrie. Il s'agit ensuite de calculer le montant du droit compensateur qui correspond à l'avantage octroyé à l'entreprise ou l'industrie bénéficiaire. Le règlement a dès lors vocation à rétablir une égalité entre les opérateurs de pays tiers subventionnés et les opérateurs des États. Cependant, il n'emploie pas l'expression de « conditions équitables de concurrence ». Tout au plus, son article 11 dispose que les mesures doivent être prises dans « l'intérêt de l'Union » et qu'à cet effet, sont appréciés « tous les intérêts en jeu pris dans leur ensemble, y compris ceux de l'industrie communautaire et des utilisateurs et des consommateurs [...], une attention particulière [étant] accordée à la nécessité d'éliminer les effets de distorsion des échanges d'une subvention préjudiciable et de restaurer une concurrence effective »²⁰¹.

Il est cependant intéressant de constater une occurrence des conditions de concurrence équitables dans les décisions d'exécution adoptées à partir de 2019. La Commission y fait référence pour justifier l'intérêt aux mesures compensatoires de l'industrie de l'Union²⁰², des importateurs

199. Règlement (UE) 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif à la défense contre les importations qui font l'objet de subventions de la part de pays non-membres de l'Union européenne, *JOUE* L 176 du 30 juin 2016, p. 55.

200. *Ibid.*, article 1^{er}, paragraphe 1.

201. *Ibid.*, article 31.

202. Règlement d'exécution (UE) 2019/72 de la Commission du 17 janvier 2019 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de bicyclettes électriques originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 16 du 18 janvier 2019, p. 5, point 728 : « La Commission s'attend à ce que l'institution d'un droit compensateur permette à tous les producteurs d'opérer dans des conditions de concurrence équitable sur le marché de l'Union. En l'absence de mesures, il est très probable que la situation économique et financière de l'industrie de l'Union continue de se dégrader ». Règlement d'exécution (UE) 2019/688 de la Commission du 2 mai 2019 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de certains produits en acier à revêtement organique originaires de la République populaire de Chine à l'issue d'un réexamen au titre de l'expiration des mesures conformément à l'article 18 du règlement (UE) 2016/1037 du Parlement européen et du Conseil *JOUE* L 116 du 3 mai 2019, p. 39, point 273 : « Le maintien des mesures permettrait à l'industrie de l'Union d'exploiter davantage son potentiel sur un marché de l'Union présentant des conditions de concurrence équitables ». Règlement d'exécution (UE) 2017/969 de la Commission du 8 juin 2017 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de certains produits plats laminés à chaud en fer, en aciers non alliés ou en autres aciers alliés, originaires de la République populaire de Chine, et modifiant le règlement d'exécution (UE) 2017/649 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de certains produits plats laminés à chaud en fer, en aciers non alliés ou en autres aciers alliés, originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 146 du 9 juin 2017, p. 17, point 598 : « L'application de droits compensateurs définitifs devrait restaurer des conditions de concurrence équitables sur le marché de l'Union et permettre à l'industrie de l'Union de poursuivre son redressement. [...] Il importe donc que les prix soient relevés à un niveau non déterminé par les subventions, ou à un niveau non préjudiciable, afin de permettre à tous les producteurs d'opérer sur le marché de l'Union dans des conditions de concurrence équitables ».

(599) La Commission en a donc conclu que l'imposition d'un droit compensateur définitif serait dans l'intérêt de l'industrie de l'Union.

indépendants²⁰³ ou encore des utilisateurs et des importateurs de l'Union²⁰⁴. Dans d'autres décisions, la Commission constate, au titre des « effets de distorsion des échanges des subventions » et du « rétablissement d'une concurrence effective » au sens de l'article 31, paragraphe 1, du règlement (UE) 2016/1037, que les subventions en cause privent l'industrie de l'Union de conditions de concurrence équitables²⁰⁵. Celles-ci sont également prises en compte dans le calcul du droit compensateur; par exemple, la Commission a considéré que le niveau du droit « devrait permettre à l'industrie de l'Union de couvrir ses coûts de production et de réaliser un bénéfice avant impôt qu'une industrie de ce type opérant dans ce secteur pourrait raisonnablement escompter sur les ventes du produit similaire dans l'Union dans des conditions de concurrence normales, c'est-à-dire en l'absence d'importations faisant l'objet de subventions »²⁰⁶. Enfin, de façon plus générale, la Commission a pris appui sur les conditions de concurrence équitables pour se prononcer sur le préjudice subi dans l'Union. Ainsi, elle a accepté l'argument selon lequel le fait « de relever les prix à un niveau non déterminé par les subventions afin de permettre à tous les producteurs d'opérer sur le marché de l'Union dans des conditions de concurrence équitables »²⁰⁷ ou encore celui selon lequel les prix de l'industrie de l'Union ont diminué alors que « dans des conditions de concurrence équitable, ils auraient dû augmenter à un rythme comparable à la hausse du coût de la production »²⁰⁸. Il est ainsi patent que, dans la mise en œuvre du règlement (UE) 2016/1036, il existe

203. Règlement d'exécution (UE) 2022/72 de la Commission du 18 janvier 2022 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de câbles de fibres optiques originaires de la République populaire de Chine et modifiant le règlement d'exécution (UE) 2021/2011 instituant un droit antidumping définitif sur les importations de câbles de fibres optiques originaires de la République populaire de Chine, *JOUE* L 12 du 19 janvier 2022, p. 34, point 741 : « En tout état de cause, l'enquête a montré que l'un des aspects importants du préjudice en l'espèce était précisément le fait que, en raison des importations chinoises faisant l'objet d'un dumping, l'industrie de l'Union ne pouvait atteindre le niveau de bénéfices qui lui permettrait de continuer à investir, entre autres, dans la montée en puissance de ses capacités pour répondre à une demande croissante sur le marché de l'Union en expansion. Les mesures devraient justement avoir pour effet de restaurer des conditions de concurrence équitables et de permettre d'atteindre ce niveau de bénéfices, d'investir et d'opérer une montée en puissance des capacités ».
204. Règlement d'exécution (UE) 2018/1690 de la Commission du 9 novembre 2018 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de certains pneumatiques neufs ou rechapés, en caoutchouc, du type utilisé pour les autobus ou camions, ayant un indice de charge supérieur à 121 et originaires de la République populaire de Chine et modifiant le règlement d'exécution (UE) 2018/1579 instituant un droit antidumping définitif, portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de certains pneumatiques neufs ou rechapés, en caoutchouc, du type utilisé pour les autobus ou camions, ayant un indice de charge supérieur à 121 et originaires de la République populaire de Chine, et abrogeant le règlement d'exécution (UE) 2018/163, *JOUE* L 283 du 12 janvier 2018, p. 1, point 884 : « La Commission a estimé que la capacité globale de l'Union était suffisante pour approvisionner le marché intérieur [...]. En outre, de nombreux producteurs situés dans des pays tiers (Turquie, Corée du Sud, Japon, Russie, Thaïlande et de nombreux autres pays) vendent déjà sur le marché de l'Union. Leurs volumes de vente combinés au cours de la période considérée ont été relativement stables, avec une part de marché d'environ 12 %. La Commission a rappelé que les prix chinois étaient bien inférieurs à ceux de tous les autres grands pays importateurs. Selon Eurostat, le prix moyen à l'importation en provenance de Chine était de 128,8 EUR/unité, tandis que les prix à l'importation en provenance de tous les autres pays étaient de 189 EUR/unité au cours de la période d'enquête. Par conséquent, l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'une fois que des conditions de concurrence équitables seront rétablies sur le marché de l'Union, les importations en provenance de tous les pays couvriront l'offre nécessaire ».
205. Règlement d'exécution (UE) 2020/379 de la Commission du 5 mars 2020 instituant un droit compensateur provisoire sur les importations de produits de fibre de verre à filament continu originaires d'Égypte, *JOUE* L 69 du 6 mars 2020, p. 14, point 209; règlement d'exécution (UE) 2019/1344 de la Commission du 12 août 2019 instituant un droit compensateur provisoire sur les importations de biodiesel originaire d'Indonésie, *JOUE* L 212 du 13 août 2019, p. 1, point 393.
206. Règlement d'exécution (UE) 2019/244 de la Commission du 11 février 2019 instituant un droit compensateur définitif sur les importations de biodiesel originaire de l'Argentine, *JOUE* L 40 du 12 février 2019, p. 1, point 495.
207. Règlement d'exécution (UE) 2022/433 de la Commission du 15 mars 2022 instituant des droits compensateurs définitifs sur les importations de produits plats laminés à froid en aciers inoxydables originaires de l'Inde et d'Indonésie et modifiant le règlement d'exécution (UE) 2021/2012 instituant un droit antidumping définitif et portant perception définitive du droit provisoire institué sur les importations de produits plats laminés à froid en aciers inoxydables originaires de l'Inde et d'Indonésie, *JOUE* L 88 du 16 mars 2022, p. 24, point 1046.
208. Règlement d'exécution (UE) 2022/2453 de la Commission du 30 novembre 2022 modifiant les normes techniques d'exécution définies dans le règlement d'exécution (UE) 2021/637 en ce qui concerne la publication d'informations sur les risques environnementaux, sociaux et de gouvernance, *JOUE* L 324 du 19 décembre 2022, p. 1, point 1005.

un lien entre distorsion des échanges, avantage concurrentiel déloyal et conditions équitables de concurrence. En résumé, a souligné la Commission,

« Le subventionnement par des pays tiers est une préoccupation croissante et il est important de montrer que lorsque de telles pratiques portent préjudice aux producteurs de l'Union, elles sont combattues avec fermeté. En imposant des mesures compensatoires à un niveau qui reflète pleinement les montants des subventions, l'UE montre qu'elle remédie rigoureusement aux effets néfastes graves de cette pratique commerciale déloyale et qu'elle garantit également une protection adéquate de l'industrie de l'UE et des conditions de concurrence équitables »²⁰⁹.

S'il est mis au service des conditions équitables de concurrence, le règlement (UE) 2016/1036 s'avère cependant inefficace lorsque des subventions étrangères se présentent sous la forme d'investissements subventionnés ou lorsque sont en cause des services et des flux financiers. Quant à l'accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires, non seulement il ne concerne que les produits agricoles et les produits industriels, mais le règlement des différends entre États s'avère neutralisé pour des raisons politiques. C'est pourquoi a été créé « un nouvel outil permettant de lutter efficacement contre les distorsions dans le marché intérieur causées par des subventions étrangères afin de garantir des conditions de concurrence équitables »²¹⁰. Le législateur affirme expressément que cet instrument a pour but de rétablir le « level playing field » entre entreprises européennes et entreprises de pays tiers puisque si les premières sont soumises au droit de la concurrence – en particulier au droit des aides d'État – les secondes ne se voient pas imposer de telles règles. Le règlement « subventions étrangères » s'avère ce faisant bien plus ambitieux que le règlement (UE) 2016/1036. Significative à cet égard s'avère la double base juridique qui rattache l'instrument tout autant au marché intérieur (article 114 TFUE) qu'à la politique commerciale commune (article 217 TFUE). La territorialité étendue du droit de l'Union joue pleinement puisque le règlement s'applique aux entreprises de pays tiers dès lors que celles-ci exercent une activité économique dans le marché intérieur. Le règlement « anti-subventions » s'avère particulièrement remarquable parce qu'il dote la Commission du pouvoir d'imposer des mesures correctives destinées à rétablir les conditions de concurrence équitables. À cet effet, il convient d'établir qu'une contribution financière octroyée par un pays tiers à une entreprise provoque des distorsions de concurrence. Si la notion de subventions étrangères est classique, le règlement présente l'intérêt de consacrer des présomptions graduées de distorsion de concurrence. Il fixe des indicateurs à l'aune desquels est appréciée la subvention : le montant, sa nature et sa finalité, la situation de l'entreprise au regard du marché concerné ou encore le niveau et l'évolution de l'activité économique de l'entreprise dans le marché intérieur²¹¹. Une gradation du montant est prévue permettant d'écarter celles des subventions qui soit ne comportent pas de distorsion, soit sont peu susceptibles de fausser le marché intérieur²¹². À l'inverse sont identifiées des catégories de subventions étran-

209. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la règle du droit moindre révisée dans les enquêtes antidumping et antisubventions de l'UE. Réexamen et évaluation de l'application de l'article 7, paragraphe 2 *bis*, de l'article 8, paragraphe 1, et de l'article 9, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/1036 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 et de l'article 12, paragraphe 1, troisième et quatrième alinéas, de l'article 13, paragraphe 1, troisième et quatrième alinéas et de l'article 15, paragraphe 1, troisième et quatrième alinéas, du règlement du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016, COM/2023/294.

210. Considérant 6 du règlement (UE) 2022/2560, précité.

211. Article 4, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/2560, précité.

212. Article 4, paragraphe 2, du règlement (UE) 2022/2560, précité.

gères les plus susceptibles de fausser le marché intérieur²¹³. La logique n'est cependant pas purement économique. En effet, l'article 6 du règlement (UE) 2022/2560 précise qu'il appartient à la Commission européenne de procéder à la mise en balance entre les effets négatifs et positifs d'une subvention étrangère. Les effets négatifs sont ceux qui résultent de la mise en œuvre des présomptions des articles 4 et 5 du règlement. Les effets positifs de la subvention sont quant à eux tirés à la fois de l'impact sur le développement de l'activité économique subventionnée dans le marché intérieur et des objectifs stratégiques pertinents poursuivis. Il s'agit de confier à la Commission un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si une subvention étrangère comporte une distorsion de concurrence permettant de concilier exigences économiques et intérêts politiques. Si tel est le cas, les entreprises peuvent présenter des engagements que la Commission décide d'accepter, conformément à l'article 7 du règlement. Le respect des engagements fait ensuite l'objet d'un suivi par la Commission. Si l'entreprise ne propose pas d'engagements ou que ceux-ci ne sont pas acceptés par la Commission, celle-ci peut imposer des mesures réparatrices. Celles-ci et les engagements sont explicités dans une liste non exhaustive fixée par l'article 7, paragraphe 4, du règlement qu'il s'agit d'imposer l'accès aux infrastructures essentielles (accès, à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires à des infrastructures acquises grâce aux subventions étrangères ou octroi de licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires pour les actifs acquis ou développés à l'aide de subventions étrangères), d'exiger la réduction de capacités ou la présence sur le marché, y compris au moyen d'une restriction temporaire de l'activité commerciale, d'interdire certains investissements, etc. S'y ajoutent deux contrôles spécifiques qui s'ajoutent aux règles du marché intérieur ; pour les entreprises bénéficiant de « subventions étrangères » comportant des distorsions de concurrence, le règlement prévoit, d'une part, un contrôle des concentrations spécifiques aux entreprises de pays tiers ; d'autre part, un accès conditionné aux marchés publics dans l'Union européenne²¹⁴. Sans entrer dans le détail du dispositif du règlement « subventions étrangères », il est intéressant de noter son caractère hybride. D'un côté, il emprunte clairement aux instruments du droit de la concurrence en ce qui concerne tant les engagements et les mesures réparatrices que la procédure menée. De l'autre côté, il ne s'épuise pas dans une logique purement concurrentielle, ni même économique, mais traduit des priorités politiques, voire géopolitiques. Cela se traduit par une forme de dédoublement du contrôle des concentrations et de la commande publique.

Concentrations. Si le contrôle des concentrations constitue un instrument du droit de la concurrence, il peut prendre une signification géopolitique. Certes, la Commission est compétente pour apprécier des opérations de concentration impliquant des entreprises de pays tiers à la condition qu'elles revêtent une « dimension communautaire » déterminée en fonction de seuils de chiffres d'affaires²¹⁵. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a ainsi interprété le précédent règlement relatif aux concentrations comme n'excluant nullement de son champ d'application « des opérations de concentration qui, bien que visant des activités d'extraction et/ou de production en dehors de la Communauté, ont pour effet de créer ou de renforcer une position dominante ayant pour conséquence d'entraver la concurrence effective d'une manière significative dans le marché commun »²¹⁶. Toutefois, pour que le règlement respecte le principe de territorialité,

213. Article 5, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/2560, précité : la subvention étrangère a) est octroyée à une entreprise en difficulté ; b) prend la forme d'une garantie illimitée des dettes ou des passifs de l'entreprise ; c) s'avère une mesure de financement à l'exportation qui n'est pas conforme à l'arrangement de l'OCDE sur les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public ; d) facilite directement une concentration ; e) permet à une entreprise de soumettre une offre indûment avantageuse grâce à laquelle elle pourrait se voir attribuer le marché ou la concession concerné.

214. Voir *infra*.

215. Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOUE* L 24, du 29 janvier 2004, p. 1.

216. TPICE, 25 mars 1999, *Gencor Ltd / Commission*, aff. T-102/96, *Rec.* p. II-753, ECLI:EU:T:1999:65, pt 82 ; D. Berlin, « Concentrations : chronique d'actualité », *RTD eur.*, 2001, § 68.

au sens du droit international public, le Tribunal a exigé que les trois critères de l'effet immédiat, substantiel et prévisible soient réunis dans le cas d'espèce²¹⁷. Cependant, l'article 2 du règlement (CE) n° 139/2004 cantonne l'appréciation de la compatibilité à des considérations purement concurrentielles et l'affirmation d'une théorie des *efficacités* ne résout pas le débat récurrent sur l'extension du contrôle des concentrations à des motifs d'intérêt général. Le contrôle des subventions étrangères revêt dès lors une importance toute particulière lorsque sont en cause des opérations de concentrations. Cela explique qu'une *lex specialis* ait été consacrée par le chapitre 3 du règlement pour les distorsions dans le marché intérieur causées par des subventions étrangères dans le cadre de concentrations. Est répliqué le contrôle *ex ante* tel qu'il est prévu par le règlement (CE) n° 139/2004, avec cependant quelques adaptations. La principale différence tient aux seuils qui, pour les subventions étrangères, diffèrent de ceux de l'article 1^{er} du règlement (CE) n° 139/2004²¹⁸. En vertu du règlement sur les subventions étrangères, les entreprises concernées doivent notifier à la Commission l'opération de concentration dont le contrôle tient pleinement compte de l'octroi de subventions étrangères comportant une distorsion de concurrence. Les entreprises peuvent proposer des engagements à la Commission afin d'y remédier et, à défaut de les accepter, celle-ci peut imposer des mesures correctives.

Commande publique. Même si cela n'est que rarement évoquer le droit de la commande publique est aiguillé par une logique de « level playing field ». En soumettant la conclusion des marchés publics et des concessions à des règles harmonisées en vue de garantir une transparence et une mise en concurrence, il s'agit d'assurer des conditions équitables de concurrence entre opérateurs économiques établis dans les États membres. Le droit des marchés publics comporte ce faisant une forme de discrimination à rebours au détriment des opérateurs de l'Union européenne qui profite aux entreprises de pays tiers. En vertu de l'article 25 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, doit être accordé aux opérateurs économiques de pays tiers un traitement non moins favorable que celui réservé aux opérateurs économiques de l'Union dans la mesure les accords externes conclus par l'Union le prévoient. L'Union européenne est partie à l'Accord sur les marchés publics (AMP) conclu en 2012 dans le cadre de l'OMC et s'avère ainsi liée à 19 autres pays tiers, également parties à cet accord²¹⁹. Dans un cadre bilatéral, certains accords de libre-échange, à l'instar de ceux conclus avec le Canada, le Japon ou encore le Royaume-Uni comportent également des stipulations relatives aux marchés publics. Aussi le droit de l'Union prévoit-il une ouverture des marchés publics dans l'Union européenne aux offres des opérateurs étrangers. Le risque existe dès lors que soumissionnent aux marchés publics et aux concessions organisés dans les États membres de l'Union européenne des opérateurs économiques ayant bénéficié d'une subvention étrangère de sorte qu'ils peuvent présenter des offres à des prix plus faibles que ceux des entreprises européennes. C'est pourquoi le législateur de l'Union a adopté deux instruments permettant de rétablir le « level playing field ».

Tout d'abord, le règlement portant instrument sur les marchés publics internationaux fixe des procédures permettant à la Commission de mener des enquêtes concernant de prétendues mesures ou pratiques de pays tiers contre des opérateurs économiques, des biens et des services de l'Union,

217. TPICE, *Gencor Ltd / Commission*, aff. T-102/96, préc., pt 92.

218. Il faut d'une part, qu'au moins une des entreprises parties à la fusion, l'entreprise acquise ou l'entreprise commune est établie dans l'Union et génère un chiffre d'affaires total d'au moins 5 milliards d'euros dans l'Union et, d'autre part, que les entreprises concernées aient reçu de pays tiers des contributions financières totales cumulées de plus de 5 milliards d'euros au cours des trois années précédant la conclusion de l'accord, l'annonce de l'offre publique d'achat ou d'échange, ou l'acquisition d'une participation de contrôle; les entreprises concernées sont i) dans le cas d'une acquisition, l'acquéreur ou les acquéreurs et l'entreprise acquise; ii) dans le cas d'une fusion, les entreprises parties à la fusion; iii) dans le cas d'une entreprise commune, les entreprises créant une entreprise commune et l'entreprise commune.

219. Sont parties : Arménie; Australie; Canada; République de Corée; États-Unis; Hong Kong, Chine; Islande; Israël; Japon; Liechtenstein; Moldavie; Monténégro; Norvège; Nouvelle-Zélande; Pays-Bas pour le compte d'Aruba; Royaume-Uni; Singapour; Suisse; Taipei chinois; Ukraine.

de même que d'engager une concertation avec les pays tiers concernés²²⁰. Ensuite, et surtout, le chapitre 4 du règlement sur les subventions étrangères s'avère consacré aux procédures de passation de marchés publics ou de concessions. Il pèse sur les opérateurs de pays tiers bénéficiant de subventions étrangères qui entendent soumissionner à des marchés publics ou des concessions (atteignant certains seuils) une obligation de notification préalable ou de déclaration des contributions financières étrangères. En vertu de l'article 27 du règlement, une subvention étrangère comportant une distorsion de concurrence est considérée comme permettant à un opérateur de pays tiers de soumettre une offre indûment avantageuse pour les travaux, les fournitures ou les services concernés. Dans un tel cas, la Commission adopte soit une décision de ne pas émettre d'objection, soit une décision assortie d'engagements soit, en l'absence d'engagements ou si ces derniers ne sont ni appropriés ni suffisants pour remédier à la distorsion, une décision interdisant l'attribution du marché ou de la concession.

Accès au marché tributaire de l'équivalence. Afin de rétablir le « level playing field », une logique d'équivalence est parfois déployée. Si la notion d'équivalence est connue en droit de l'Union, c'est davantage dans le sens qu'elle revêt en droit financier que l'on entend ici. En effet, le législateur de l'Union a inséré dans certains actes des dispositions permettant aux opérateurs de pays tiers d'accéder au marché intérieur pour y proposer un service ou un produit déterminé. Ces dispositions habilite la Commission à adopter un acte d'exécution reconnaissant que le cadre juridique et le dispositif de surveillance d'un pays tiers garantissent le respect par les opérateurs d'un pays tiers des exigences juridiquement contraignantes qui sont équivalentes aux exigences prévues en droit de l'Union. Par exemple, en application de l'article 25, paragraphe 6, du règlement (UE) n° 648/2012, la Commission a adopté une décision relative à l'équivalence du cadre réglementaire des États-Unis pour les contreparties centrales qui sont agréées et surveillées par la *Securities and Exchange Commission* des États-Unis avec les exigences du règlement (UE) n° 648/2012²²¹.

N'est-ce pas également une logique d'équivalence que l'on retrouve dans le mécanisme d'ajustement carbone aux frontières (MACF) ? Du moins, est-ce une équivalence dédoublée à la fois réglementaire et financière. Le règlement MACF complète en effet le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union établi dans le cadre de la directive 2003/87/CE « en appliquant un ensemble équivalent de règles aux importations sur le territoire douanier de l'Union des marchandises visées à l'article 2 du présent règlement »²²². En substance, il s'agit d'exiger des importateurs de l'Union de certaines marchandises (ciment, fer et acier, engrais, etc.) d'acheter des « certificats carbone » correspondant au prix du carbone qui aurait été payé si les marchandises avaient été produites conformément aux règles de l'Union en matière de tarification du carbone. En revanche, si un producteur de pays tiers établit qu'il s'est déjà acquitté du prix pour le carbone utilisé dans la production des marchandises importées dans un pays tiers, le prix correspondant peut être entièrement déduit pour l'importateur de l'Union. L'idée est ainsi de réduire le risque de fuite de carbone et d'encourager les opérateurs des pays tiers à recourir à des procédés de produc-

220. Règlement (UE) 2022/1031 du Parlement européen et du Conseil du 23 juin 2022 concernant l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services des pays tiers aux marchés publics et aux concessions de l'Union et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers (Instrument relatif aux marchés publics internationaux – IMPI), *JOUE* L 173 du 30.6.2022, p. 1.

221. Décision d'exécution (UE) 2021/85 de la Commission du 27 janvier 2021 relative à l'équivalence du cadre réglementaire des États-Unis d'Amérique pour les contreparties centrales qui sont agréées et surveillées par la *Securities and Exchange Commission* des États-Unis avec les exigences du règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L 107 du 6 avril 2022, p. 82 ; règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux, *JOUE* L 201 du 27 juillet 2012, p. 1.

222. Article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (UE) 2023/956 du Parlement européen et du Conseil du 10 mai 2023 établissant un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières, *JOUE* L 130 du 16 mai 2023, p. 52.

tion climatiquement plus vertueux. Ce faisant, comme l'indique la Commission, le MACF contribue à rétablir des conditions équitables de concurrence²²³.

En tant que discours, le « level playing field » ne conduit-il pas à justifier la préférence donnée à une action unilatérale de l'Union plutôt qu'à la conclusion d'accords internationaux ? En effet, le meilleur moyen de garantir des conditions équitables de concurrence n'est autre que d'assurer la réciprocité inhérente à la conclusion de conventions internationales. Au demeurant, de longue date, des accords de libre-échange ont fait référence dans leur préambule au respect de conditions équitables de concurrence²²⁴. La Commission, elle-même, semble reconnaître que la voie conventionnelle serait plus adaptée que l'action unilatérale pour promouvoir une équivalence garante de conditions équitables de concurrence. Révélateur s'avère à cet égard le constat opéré au gré du considérant d'un acte anodin par lequel la Commission a souligné :

« Le réexamen en cours du cadre juridique du secteur de la production biologique a révélé des insuffisances dans le système actuel de reconnaissance des pays tiers aux fins de l'équivalence. La plupart des régimes d'équivalence conclus entre la Commission et des pays tiers ont été appliqués de manière unilatérale par la Commission européenne, ce qui n'a pas été propice à l'instauration de conditions de concurrence équitables. Il a été constaté que la reconnaissance de l'équivalence avec des pays tiers devrait être établie au moyen d'accords internationaux. Il conviendrait en conséquence de transformer le système actuel de reconnaissance des pays tiers aux fins de l'équivalence reposant sur des régimes d'équivalence en un système reposant sur des accords internationaux équilibrés, en vue de favoriser l'instauration de conditions de concurrence équitables, la transparence et la sécurité juridique »²²⁵.

Ce retour de la voie conventionnelle se manifeste par une nouvelle technique dite des « clauses miroir ». L'idée a été avancée lors de la présidence française du Conseil de l'Union du premier semestre 2022. Emmanuel Macron a ainsi affirmé que « notre politique commerciale doit porter des clauses miroir sur le plan climatique et sur le plan de la biodiversité »²²⁶. Il s'agit d'introduire dans les accords de libre-échange des clauses par lesquelles l'accès au marché intérieur de produits, voire des services, serait conditionné au respect par le pays tiers concerné de normes environnementales, sociales et autres encore, équivalentes à celles consacrées par le droit de l'Union. Cela n'est pas sans susciter de vives discussions au sein même de l'Union.

* * *

Il ressort de cette étude que le « level playing field » est un discours vivant en droit de l'Union dont l'occurrence s'est intensifiée à l'orée des années 2020. Il revêt deux significations. La première est interne à l'Union européenne et peut être considérée consubstantielle à la finalité d'intégration par le marché intérieur. Celui-ci postule une égalité sur le marché entre opérateurs économiques qu'il revient aux règles du marché intérieur de promouvoir. Dès lors, juridiquement, le « level playing field » revêt un caractère superfétatoire en ce qu'il est induit par les règles existantes. Politiquement, il présente un intérêt en ce qu'il fonde à notre sens une action publique en économie de marché, qui n'est pas un interventionnisme classique : il est davantage question d'adopter des mesures qui permettent de corriger les défaillances du marché. La seconde signification est externe et permet de pallier les limites de l'action économique de l'Union à l'échelle internationale. Son

223. Commission, Mécanisme d'ajustement carbone aux frontières: Questions et réponses, 14 juillet 2021.

224. Accord entre la Communauté économique européenne et la Confédération suisse, du 22 juillet 1972, JO L 300 du 31 décembre 1972, p. 188.

225. Règlement d'exécution (UE) n° 442/2014 de la Commission du 30 avril 2014 modifiant le règlement (CE) n° 1235/2008 en ce qui concerne les demandes d'inscription sur la liste des pays tiers reconnus aux fins de l'équivalence pour l'importation de produits biologiques, JOUE L 130 du 1^{er} mai 2014, p. 39, considérant n° 3.

226. Déclaration de M. Emmanuel Macron, président de la République, sur la préservation de la biodiversité, des forêts et des océans, à Marseille le 3 septembre 2021.

sens est bien plus politique puisque le « level playing field » fonde cette fois une action de l'Union qui ne se borne pas à ouvrir le marché intérieur au reste du monde, mais tend à assurer que l'accès des opérateurs de pays tiers se fasse dans des conditions équitables pour les entreprises européennes. Ce faisant, l'action ainsi menée se teinte de considérations qui dépassent de loin la seule question du fonctionnement optimal du marché. Il s'agit de diffuser à l'échelle mondiale les valeurs de l'Union européenne et des États membres dans un contexte géopolitique renouvelé. Le marché intérieur devient davantage un instrument au service d'une cause politique; le néo-libéralisme se mâtime d'un néo-idéalisme porteur d'une économie idéale de marché.