HAL
archives-ouvertes.fr

La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne

Antonio Marzal Yetano

▶ **To cite this version:**

Antonio Marzal Yetano. La dynamique du principe de proportionnalité : essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013. Français. NNT : 2013PA010305 . tel-01085669

HAL Id: tel-01085669
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01085669

Submitted on 21 Nov 2014

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

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

Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Ecole doctorale de droit international et européen

La dynamique du principe de proportionnalité

Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne

Thèse pour le doctorat en droit soutenue publiquement le 7 octobre 2013

par

Antonio MARZAL YETANO

Directrice de recherches :

Madame Horatia Muir Watt

Membres du jury :

Monsieur Loïc AZOULAI, *professeur à l'Institut européen universitaire de Florence*
Monsieur Jacco BOMHOFF, *professeur à la London School of Economics and Political Science*
Monsieur Pierre MAYER, *professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*
Madame Horatia MUIR WATT, *professeur à Sciences Po*
Monsieur Pierre RODIERE, *professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Ecole doctorale de droit international et européen

La dynamique du principe de proportionnalité

Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne

Thèse pour le doctorat en droit soutenue publiquement le 7 octobre 2013

par

Antonio MARZAL YETANO

Directrice de recherches :

Madame Horatia Muir Watt

Membres du jury :

Monsieur Loïc AZOULAI, *professeur à l'Institut européen universitaire de Florence*
Monsieur Jacco BOMHOFF, *professeur à la London School of Economics and Political Science*
Monsieur Pierre MAYER, *professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*
Madame Horatia MUIR WATT, *professeur à Sciences Po*
Monsieur Pierre RODIERE, *professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Avertissement

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

REMERCIEMENTS

Ce travail n'aurait pu voir le jour sans l'aide du professeur Horatia Muir Watt qui a dirigé cette thèse. Qu'il me soit donc permis de lui adresser mes plus sincères remerciements.

Je tiens aussi à remercier Harvard Law School et Columbia Law School de m'avoir donné l'occasion d'y effectuer des séjours de recherche en tant que visiting researcher. Je sais gré aux professeurs Duncan Kennedy et George Bermann d'avoir accepté d'être mes sponsors et de m'avoir offert leurs conseils précieux.

Ce long cheminement n'aurait pu aboutir sans le soutien moral de ma famille. Malgré les difficultés, ils ont toujours été là pour moi. De même, je ne peux qu'exprimer ma profonde gratitude à Muriel Fabre-Magnan pour son amitié infaillible depuis mon arrivée en France. Ma reconnaissance la plus profonde ira aussi à Tanguy Pasquiet-Briand et Apostolos Vlachogiannis, lecteurs de mes travaux et avant tout compagnons de voyage. Je remercie enfin Celestino Pardo pour les longues conversations sur la proportionnalité et sur Schmitt, décisives dans le développement de cette thèse.

Je dois des remerciements chaleureux à tous ceux qui ont gentiment accepté de lire mes épreuves : Clotilde Camus, Thomas Martins, Fabien Goddefroy, Véronique Moutot, Michael Schlesinger, Jean de Fontgalland, Jérémy Bocock, Anna Valdés, Florian Grisel, Caroline Tixier et enfin Karim Elchazli, à qui je dois en outre de m'avoir inité au droit international privé.

RESUME

La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne

D'apparence banale, le principe de proportionnalité signifie en réalité un bouleversement profond du droit. L'importance de ce développement, ainsi que le retentissement de ce principe partout dans le monde, explique l'intérêt considérable que suscite cette question dans la littérature récente. Cependant, il n'est pas commun d'analyser ce principe dans un contexte particulier, en tant que manifestation d'une culture spécifique. Cette thèse entreprend une telle analyse dans le contexte de l'Union européenne, qui s'avère à maints égards paradigmatique, à partir d'un examen du raisonnement de la Cour de justice dans ses décisions en application des libertés de circulation. Cet examen permet, d'un côté, de prendre acte de l'ampleur du potentiel transformateur du principe de proportionnalité sur les plans formel, matériel et institutionnel. En effet, ce principe ayant été conçu par la Cour comme une évaluation de l'efficience des mesures étatiques, les implications sont lourdes à l'égard de la forme de raisonnement employée par la Cour, la fonction des libertés de circulation et enfin la répartition de compétences entre l'Union et les Etats membres. D'un autre côté, le principe de proportionnalité s'avère également un miroir particulièrement apte à refleter les particularités de la culture juridique de l'Union, au sein de laquelle un discours de nature technocratique se montre prévalent.

Descripteurs : proportionnalité, libertés de circulation, droit de l'Union européenne, normes techniques, efficience, Cour de justice.

ABSTRACT

The dynamics of the principle of proportionality. Essay in the context of the freedoms of circulation of European Union law.

Despite its apparent innocuousness, the principle of proportionality actually brings about a profound transformation of the law. The importance of this development, as well as the spread of this principle throughout the world, accounts for the considerable interest that this issue has raised in recent scholarship. However, it is uncommon to analyse this principle within a specific context, as a manifestation of a particular culture. This thesis embarks on such an analysis within the context of the European Union, which would seem paradigmatic, by examining the reasoning of the European Court of Justice in its judgments applying the freedoms of circulation. This examination will make it possible, on the one hand, to take cognizance of the potential for transformation of the principle of proportionality at a formal, substantial and institutional level. Indeed, this principle having been conceived by the Court as an evaluation of efficiency of State measures, the implications are significant with regards to the form of reasoning employed by the Court, the function of the freedoms of circulation and finally the distribution of competence between the Union and the Member States. On the other hand, the principle of proportionality becomes a particularly appropriate mirror for reflecting the specific characteristics of the legal culture of the European Union, within which a technocratic discourse appears prevalent.

Keywords : proportionality, freedoms of circulation, European Union law, technical norms, efficiency, European Court of Justice

SOMMAIRE

Introduction

PREMIÈRE PARTIE – UNE FORME DE RAISONNEMENT

TITRE I. UNE EVALUATION COUTS-BENEFICES

CHAPITRE 1. L'empirisme des composantes du principe de proportionnalité

CHAPITRE 2. L'ABSENCE D'UNE FORME DE RAISONNEMENT DE MISE EN BALANCE D'INTERETS

TITRE II. L'INCOMPATIBILITE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE AVEC UNE FORME DE RAISONNEMENT SYLLOGISTIQUE

CHAPITRE 1. L'exclusion du syllogisme judiciaire

CHAPITRE 2. L'impossibilité de concevoir les libertés de circulation comme des règles abstraites

DEUXIÈME PARTIE – UN CONTENU SUBSTANTIEL

TITRE I. UN PRINCIPE D'EFFICIENCE

CHAPITRE 1. Une norme de nature technique

CHAPITRE 2. La nature instrumentale des libertés de circulation

TITRE II. UN PRINCIPE PARADIGMATIQUE

CHAPITRE 1. L'entrave à la circulation comme présomption d'inefficience

CHAPITRE 2. L'entrave à la circulation comme champ d'application du principe de proportionnalité

TROISIÈME PARTIE – UN PRINCIPE INSTITUTIONNEL

TITRE I. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE COMME PRINCIPE DE DEFINITION DE L'AUTONOMIE DES ETATS MEMBRES

CHAPITRE 1. La subordination du principe d'attribution aux libertés de circulation

CHAPITRE 2. La résurgence de l'autonomie étatique dans l'application du principe de proportionnalité

TITRE II. L'AUTONOMIE DES ETATS MEMBRES A L'EPREUVE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

CHAPITRE 1. L'anéantissement des compétences étatiques

CHAPITRE 2. La résurgence de l'autonomie étatique par le biais de la marge d'appréciation

Conclusion

A mi padre

INTRODUCTION

1. Le principe de proportionnalité constitue une « anomalie » dans les analyses du droit positif qui partent de postulats normativistes. De ce point de vue, ce principe reste sans explication satisfaisante. Les difficultés provoquées par son insertion au sein d'un ordre juridique concret conduisent bon nombre de juristes, à ravaler ce principe au rang de simple exception au fonctionnement normal du système (I).

2. Ces difficultés ne devraient pas étonner, car le principe de proportionnalité apparaît, dès sa propre genèse, comme incompatible avec les postulats du normativisme. Un bref aperçu de la généalogie de ce principe permettra de le montrer. Dès lors, il ne semble pas surprenant, compte tenu de ces origines intellectuelles, que l'alternative principale au normativisme soit une approche fonctionnaliste. Selon cette approche, le principe de proportionnalité est conçu comme un instrument qui, en tant que tel, serait parfaitement neutre. Nous expliquerons pourquoi nous avons cependant préféré une méthodologie alternative de type « expressiviste » qui privilégie un regard contextualisé. En accord avec cette perspective, nous allons appréhender le principe de proportionnalité en tant qu'expression d'une certaine culture juridique (II).

3. Ce choix méthodologique nous empêche de considérer ce principe isolément (comme on devrait le faire avec le fonctionnalisme). Nous l'étudierons alors tel qu'il se manifeste dans un contexte concret, pour lequel nous avons choisi le droit communautaire. Ce choix répond tout d'abord à la place prépondérante occupée par le principe de proportionnalité au sein de cet ordre. A un niveau plus fondamental, nous l'avons également choisi pour des motifs liés aux particularités mêmes de la culture juridique spécifique de l'Union européenne, qui, paradoxalement, semblerait résister à l'idée même d'une telle culture juridique (III).

4. Enfin, il convient de reconnaître qu'une approche expressiviste ne peut jamais l'être « purement ». A cet égard, il est simplement nécessaire d'avoir une grille de lecture externe à l'objet étudié. Nous avons trouvé dans la « dynamique » une telle grille de lecture externe appropriée, pour nous focaliser sur les mutations que fait subir le principe de proportionnalité au corps dans lequel il s'insère. Cette problématique nous permettra de prendre acte de la véritable ampleur de la puissance transformatrice du principe de proportionnalité, laquelle constitue un des traits les plus saillants de ce principe (IV).

I. UNE ANOMALIE

5. L'approche que l'on pourrait qualifier d'« orthodoxe », partant d'une conception du droit comme ensemble de règles organisées hiérarchiquement de façon cohérente, exigerait d'identifier le contenu du principe de proportionnalité en tant que règle,

standard ou principe de nature abstraite et d'identifier sa place dans l'ensemble des règles de l'ordre juridique. Ainsi, le principe de proportionnalité ne se distinguerait pas par sa nature d'autres dispositions générales. Tout au plus, on pourrait admettre son caractère relativement plus vague ou sa place relativement plus haute dans la hiérarchie des normes, voire son importance considérable dans l'ensemble du droit (ce qui n'entraînerait pourtant aucune conséquence du point de vue de la science du droit)[1].

6. Malgré les multiples critiques, le paradigme normativiste de la pyramide de Kelsen reste de nos jours très répandu, voire dominant. Il n'est donc pas surprenant que la doctrine soit souvent amenée à appréhender le principe de proportionnalité en ces termes. Les manuels de droit de l'Union européenne notamment lui accordent souvent ce traitement. De même, les ouvrages s'intéressant à l'influence du droit communautaire[2] sur le droit national ne conçoivent pas l'intervention du principe de proportionnalité comme une quelconque *anomalie*. Ainsi, ce principe est généralement classé comme une exception à la règle des libertés de circulation, s'imposant au droit national en vertu de la primauté du droit de l'Union, de sorte que les États membres se seraient engagés à ne pas restreindre la libre circulation intracommunautaire, sauf lorsque la restriction serait conforme au principe de proportionnalité. Cette manœuvre, ravalant ce dernier au rang de simple exception, justifie la place mineure qu'il occupe dans les systématisations doctrinales, bien qu'il soit appliqué par la Cour de justice[3] dans des centaines d'affaires et qu'il occupe une place d'honneur dans le Traité de l'Union européenne[4].

7. Il suffit pourtant d'examiner un seul exemple parmi le nombre impressionnant de cas où le principe de proportionnalité est mobilisé par la Cour de justice pour, à tout le moins, prendre acte des sérieuses difficultés qu'implique tout effort de catégorisation abstraite du principe de proportionnalité.

8. Prenons l'affaire relativement anodine ayant donné lieu à l'arrêt *Grunkin Paul*. L'enfant Leonhard Matthias, fils de M. Grunkin et Mme Paul, s'est vu délivrer un acte de naissance au Danemark faisant figurer le nom patronymique Grunkin-Paul, en vertu de la

[1] Voir à cet égard la critique de R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge : Harvard University Press, 1977, pp. 26-28.

[2] Tout au long de cette thèse le terme « droit communautaire » sera utilisé comme synonyme de « droit de l'Union européenne ». Bien que ce dernier soit le seul correct depuis les derniers Traités, celui de droit communautaire, beaucoup moins encombrant, continue aujourd'hui à être employé par la doctrine.

[3] Tout au long de cette thèse, nous ferons référence à la Cour de justice de l'Union comme la « Cour de justice », la « Cour » ou la « CJUE », même si nous évoquons des arrêts rendus avant le 1er décembre 2009, date à laquelle le Traité de Lisbonne est entré en vigueur et la Cour a perdu son ancien nom (« Cour de Justice des Communautés européennes »). En revanche, nous distinguerons les deux noms dans les citations en note de bas de page.

[4] Selon l'article 5.4 du TUE : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

loi de ce pays, lieu de sa naissance. Pourtant, les services de l'état civil allemand ont refusé de reconnaître le nom de l'enfant tel qu'il avait été déterminé au Danemark. Pour justifier ce refus, ils faisaient valoir que l'enfant (de même que ses parents) était de nationalité allemande, si bien que, en vertu des règles de conflit de ce pays, le nom patronymique d'une personne est régi par la loi de l'État dont elle possède la nationalité. Le droit allemand ne permettant pas les noms doubles, les autorités allemandes ne pouvaient que refuser de reconnaître le patronyme attribué à l'enfant au Danemark. La Cour de justice a été interrogée par renvoi préjudiciel sur la question de savoir si ce refus était conforme à la libre circulation garantie à tout citoyen de l'Union. Sa réponse a été négative : « *le fait d'être obligé de porter, dans l'État membre dont l'intéressé possède la nationalité, un nom différent de celui déjà attribué et enregistré dans l'État membre de naissance et de résidence est susceptible d'entraver l'exercice du droit, consacré à l'article 18 CE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres* »[5].

9. La doctrine s'est beaucoup intéressée à cet arrêt, en particulier celle de droit international privé, dans la mesure où il ferait fléchir les règles de conflits de lois des États membres pour les accommoder aux exigences dérivées de la libre circulation. Il ne serait plus permis aux États membres d'appliquer leurs régimes régissant les noms patronymiques sans prendre en compte les inconvénients qu'elles pourraient entraîner pour les citoyens européens rattachés à plusieurs États. Jusqu'ici, il n'y a rien d'essentiellement choquant dans cette situation du point de vue d'un paradigme du droit comme ensemble hiérarchisé de règles. En effet, du droit à la libre circulation aurait été déduite une règle empêchant les États membres d'adopter des mesures faisant obstacle à la libre circulation, , y compris dans le domaine des noms de famille. Cette règle s'imposerait à eux en vertu d'un principe hiérarchique.

10. Pourtant, pareille analyse passe complètement à côté du fait que la décision de la Cour ne se limite pas à constater l'incompatibilité du refus de reconnaissance allemand avec le droit à la libre circulation et séjour. Au contraire, son raisonnement se poursuit encore pendant plusieurs paragraphes, pour expliquer pourquoi ce refus est conforme au principe de proportionnalité. Ainsi, après avoir rappelé qu'il est peut être justifié s'il se fonde sur *« des considérations objectives et était proportionné[] à l'objectif légitimement poursuivi* »[6], la Cour examine les motifs invoqués par le gouvernement allemand et certains des autres gouvernements ayant soumis des observations, en faisant notamment valoir que le rattachement à la nationalité « *constitue un critère objectif permettant de déterminer le nom d'une personne d'une manière certaine et continue, de garantir l'unité*

[5] CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*. p. I-07639, para. 22.

[6] *Ibid.*, para. 29.

du nom au sein de la fratrie et de maintenir les relations entre les membres d'une famille étendue », ajoutant que « *ce critère viserait à ce que toutes les personnes ayant une certaine nationalité soient traitées de la même manière et à assurer une détermination identique du nom des personnes ayant la même nationalité* »[7].

11. Bien que le caractère raisonnable de l'exigence de proportionnalité puisse paraître a priori difficilement contestable, cela ne va pas sans soulever bon nombre de problèmes théoriques. Si l'on prend en compte la totalité de la décision, il ne semble plus possible de tenir pour établie une règle empêchant les États membres de faire obstacle à la libre circulation des citoyens de l'Union. Au lieu de cela, la Cour exige de *contrôler la proportionnalité de toute mesure créant des tels obstacles*. Au demeurant, cela est la caractéristique de tout contrôle de proportionnalité, quel qu'il soit : la mesure nationale n'est jamais condamnée (ou validée) d'emblée, mais seulement après un examen contextualisé au cours duquel la légitimité de son but est examinée au regard des possibilités alternatives. Or, il est moins aisé de traduire un tel contrôle en termes de règles et exceptions : en quoi ce contrôle serait-il exceptionnel par rapport à l'application « normale » de la libre circulation ? En ces circonstances, peut-on continuer à parler d'une véritable *règle* garantissant la libre circulation ? La dichotomie règle-exception semble ici totalement inapte à rendre compte du rapport entre le « droit » à libre circulation et le principe de proportionnalité.

12. En outre, la manière dont la décision affecte les règles de conflits de lois étatiques apparaît beaucoup plus complexe. Si la décision se limitait à condamner l'Allemagne du simple fait d'avoir fait obstacle à la circulation de l'enfant Leonhard Matthias en appliquant une loi différente de celle de l'Etat de sa résidence, nous pourrions conclure aisément à l'existence d'une règle de conflit implicite dans la libre circulation. Or un contrôle de proportionnalité semble beaucoup moins aisément traduisible en termes de règle de conflit. L'Avocate générale Sharpston, dans ses conclusions rendues à propos de cette affaire, se montre bien consciente de ces difficultés : « *j'admets aussi la préoccupation, largement exprimée, que l'édifice délicat du droit international privé concernant le statut des personnes au sein de l'Union européenne ne soit frappé de complète confusion* »[8]. Pourtant, la réponse peine à cacher cette difficulté, en se limitant à caractériser la décision comme *ad hoc*. Ainsi, la décision « *ne requerrait aucune modification importante des règles de fond et des règles de conflit allemandes en matière de noms* »[9], ne ferait pas obstacle à l'application de l'exception d'ordre public[10], et ne

[7] *Ibid.*, para. 30 et s.

[8] CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*. p. I-07639, concl. AG Sharpston, para. 90.

[9] *Ibid.*, para. 91.

[10] *Ibid.*, para. 92.

« *devrait [pas] nécessairement être étendue par extrapolation* » aux autres matières relevant du statut personnel, étant donné la particularité de la question de la détermination du nom[11].

13. La difficulté de la position soutenue par l'Avocate générale Sharpston saute aux yeux. A l'instar de la dichotomie règle-exception, il ne semblerait pas non plus possible de qualifier l'impact de cet arrêt à partir de la distinction entre décision *ad hoc* et décision de portée générale. D'un côté, la décision de la Cour semble certes circonscrite aux circonstances du cas d'espèce, puisqu'elle ne se prononce que sur la proportionnalité de cet obstacle spécifique souffert par cet enfant concret. D'un autre côté, il semble difficilement soutenable que les règles nationales demeurent intactes après cet arrêt, puisqu'il ouvre la porte à ce que toute mesure faisant obstacle à la libre circulation des citoyens de l'Union puisse être remise en cause. En ce sens, on peine à comprendre les raisons sur lesquelles se fonde l'Avocate générale pour soutenir qu'il n'y aurait pas d'« *extrapolation* ». N'est-il pas paradoxal que la solution de cet arrêt ne puisse pas être extrapolée à des régimes autres que celui régissant les noms de famille, alors que le principe de proportionnalité comprendrati une évidente potentialité à affecter toute mesure nationale entravante, quelle que soit le domaine affecté ?

14. Il faut relever une difficulté additionnelle, en mettant en exergue la dimension institutionnelle de cet arrêt. En partant d'une conception orthodoxe, le droit n'est pas composé simplement de règles substantielles de comportement (normes « primaires », dans la terminologie de Hart), mais aussi de règles, logiquement précédentes, définissant la validité et l'applicabilité des premières (normes « secondaires »). Certes il paraîtrait tentant de qualifier le principe de proportionnalité de norme primaire, en tant qu'il définit les contours du droit à la libre circulation dont sont titulaires les citoyens de l'Union. Pourtant, ce principe présente aussi les caractéristiques d'une norme secondaire. Tout d'abord, parce que, comme le montre l'exemple cité, ce n'est pas simplement le droit substantiel (allemand) qui est visé, mais avant tout les règles de conflit de lois allemandes, lesquelles définissent bien entendu le champ d'application territorial du droit substantiel en matière de noms. En outre, la décision a des implications par rapport aux compétences étatiques : étant donné que la matière en cause relève de la compétence exclusive des Etats membres, le principe de proportionnalité semble autoriser la Cour à redéfinir les compétences de l'Union face à celles des Etats, ou du moins à en faire totalement abstraction.

15. Ainsi, comme nous venons de le voir, le principe de proportionnalité semble remettre en cause plusieurs catégories essentielles de la pensée juridique habituelle[12]. En

[11] *Ibid.*, para. 93.

effet, les dichotomies règle-exception, abstrait-concret et substantiel-institutionnel s'avèrent inaptes à rendre compte de son impact. Le principe de proportionnalité mérite dès lors d'être qualifié d'« anomalie »[13], ce qui justifie que l'on explore des voies alternatives d'analyse[14].

II. CONSIDÉRATIONS MÉTHODOLOGIQUES

16. Les difficultés à interpréter le principe de proportionnalité à partir de postulats normativistes ne devraient pas étonner, étant donné que le principe de proportionnalité s'est précisément développé, dès son origine, à l'encontre de ces postulats. Les origines du principe de proportionnalité (et généralement de la mise en balance des intérêts, à laquelle ce principe est souvent assimilé[15]) remontent au tournant du XX^{ème} siècle, lorsque les juristes ont commencé à concevoir le droit comme un instrument au service

[12] J. Bomhoff, « Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law », (2008) 31 *Hastings International & Comparative Law Review* 555, pp. 555-586, pp. 559-560.

[13] Nous utilisons le terme « anomalie » dans le sens proposé par Kuhn. Selon lui, il s'agit d'un élément étrange qui ne saurait recevoir de réponse à partir du paradigme employé : T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 1996, 3ème éd., p. 23. Nous montrerons plus loin que le qualificatif d'« exception » qui est souvent attribué au principe de proportionnalité peut en réalité être compris comme synonyme d'« anomalie », *infra*, n^{o} 958-960.

[14] F. Rubio Llorente, « Ley y juez desde el punto de vista del principio de igualdad », in *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 633-652, p. 634: « seguimos utilizando las categorías conceptuales que se acuñaron en esa construcción admirable del Derecho Público del Estado constitucional; las categorías de ley o de decisión judicial, o de juez; pero estas categorías, vaciadas ya de lo que fue su contenido originario, tienen hoy muy escasa utilidad como instrumentos para orientarnos en la realidad ».

[15] Cette assimilation n'est pas parfaitement juste, comme nous le verrons ultérieurement. En effet, le principe de proportionnalité a été interprété, dans le contexte du droit communautaire, comme une forme de raisonnement alternative à la mise en balance d'intérêts (voir *infra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2). Par ailleurs, Jacco Bomhoff a montré que l'image de la balance n'a pas du tout la même signification selon le contexte dans lequel elle est employée. Ainsi, comparant le contexte du droit constitutionnel américain à celui du droit constitutionnel allemand : « Balancing in German constitutional law […] both reflects and implements underlying ideas of material constitutionalism and of the comprehensive constitutional order; a perfectionist ideal of constitutional law that is complete in its coverage and aims to achieve a 'perfect-fit' with social reality. […] In U.S. constitutional law, by contrast, […] judicial balancing is seen rather as a pragmatic, incremental solution for when doctrinal frameworks no longer 'work' – because they are no longer capable of generating commitment among legal actors, or because new fact patterns arise for which they are thought not to offer acceptable outcomes. This pragmatic, experimental form of balancing is generally viewed with suspicion rather than aspiration, and functions in a constant dialectic of opposition with elements of alternative modes of thinking – that of 'reasoned justification' and of the 'definitional tradition' in American law », J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, thèse, 2012, p. 293. En tout état de cause, ces deux versions de la mise en balance d'intérêts et le principe de proportionnalité appliqué par la Cour de justice partagent des origines intellectuelles communes, remontant à l'école de la « jurisprudence des intérêts ».

d'un certain intérêt. S'inspirant des travaux de Ihering (et même de Bentham)[16], le droit ne serait plus une construction abstraite et aprioristique, mais aurait plutôt pour fonction de concilier des intérêts réels en conflit[17].

17. Ce mouvement a été accompagné d'un scepticisme face au raisonnement juridique déductif. L'opération judiciaire consistant à appliquer d'une règle générale à un cas concret a été accusée de ne servir qu'à déguiser et légitimer une décision préalablement prise par le juge en toute liberté, puisque, comme l'a dit le juge Holmes, « *general propositions do not decide concrete cases* »[18]. C'est contre l'hypocrisie de « l'abus de déduction », du « désenchantement » devant le raisonnement juridique traditionnel[19], de la prise en compte que la justice est davantage une question de degré[20], qu'émerge, particulièrement aux États-Unis d'après-guerre, la méthode dite du *balancing*. Le syllogisme ne serait qu'une mystification, le véritable enjeu des décisions judiciaires étant la façon dont le juge prend en considération les intérêts impliqués. Comme l'a dit plus récemment le haut magistrat Aharon Barak :

> *La mise en balance reflète les multiples facettes de la nature humaine, plus généralement de la société, et de la démocratie en particulier. C'est une expression de la réalisation que le droit n'est pas une question de « tout ou rien ». Le droit est un cadre complexe de valeurs et principes, lesquels parfois sont cohérents et amènent à une seule conclusion, tandis que d'autres fois ils se contredisent directement et nécessitent une résolution*[21].

18. La reconstruction des normes juridiques comme lieux de consécration d'équilibres entre intérêts en conflit n'a pas pour autant abouti immédiatement à une

[16] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (éds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford : Hart Publishing, 2011, pp. 185-220.

[17] Voir p.ex. dans le domaine du droit des conflits de lois : W.W. Cook, « The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », (1924) 33 *Yale Law Journal*, pp. 457-488.

[18] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905). Sur l'évolution de la pensée juridique américaine et la contribution de Holmes, voir la thèse d'A. Vlachogiannis, *Les juges de la Cour Suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante*, thèse dactyl., 2011.

[19] D. Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality : Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought », (2008) 55 *Hastings Law Journal*, pp. 1031-1076.

[20] M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford et New York : Oxford University Press, 1992, p. 17. Voir aussi P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, t. I, nº 12.

[21] A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, pp. 345-346 : « Balancing reflects the multi-faceted nature of the human being, of society generally, and of democracy in particular. It is an expression of the understanding that the law is not "all or nothing". Law is a complex framework of values and principles, which in certain cases are all congruent and lead to one conclusion, while in other situations are in direct conflict and require resolution ».

nouvelle forme de raisonnement juridique. L'image de la balance a tout d'abord servi d'outil d'interprétation des lois. Elle ne remettait pas en cause la méthode syllogistique, elle servait seulement à améliorer l'opération d'interprétation de la majeure du syllogisme. Les règles législatives reflétant l'équilibre décidé par le législateur pour donner une solution aux conflits d'intérêts, l'interprète est tenu de chercher à identifier cet équilibre et de le reproduire en cas de doute ou de lacune. Or, il est bientôt devenu évident que l'idée de la balance comme outil permettant de combler les lacunes de la loi était très problématique. Comme l'explique Duncan Kennedy :

> *On peut se demander « comment le législateur aurait-il résolu ce conflit dans cette situation ? » mais ceci n'équivaut pas à simplement « appliquer » la balance ayant déterminé la solution dans le cas précédent. Somme toute, il est possible d'appliquer les mêmes principes, mais il n'est pas possible d'appliquer leurs « poids » puisqu'ils dépendent d'une situation factuelle spécifique à l'égard de laquelle le législateur cherchait à figer une balance appropriée*[22].

19. En vertu de cette réalisation, la mise en balance d'intérêts comme outil d'interprétation a été abandonnée pour devenir progressivement une véritable forme de raisonnement, alternative au syllogisme juridique[23]. La méthode de la mise en balance est perçue encore aujourd'hui par certains comme le point culminant de la « *maturité juridique* », tellement la critique sceptique du raisonnement déductif a convaincu[24]. Puisque le droit est avant tout une question de degré, et que les décisions du juge ont des conséquences importantes sur des intérêts multiples, mieux vaut s'attaquer directement à ces préoccupations, au lieu de se perdre dans des « mystifications ». Comme le signale le professeur Aleinikoff, écrivant par rapport à l'expérience américaine :

> *[…] la méthode de la mise en balance a marqué une rupture avec le passé, obéissant à la chute du conceptualisme et du formalisme du XIX*^{ème} *siècle, ainsi qu'à un demi-siècle d'évolution intellectuelle et sociale. A partir des travaux de Holmes, James, Dewey, Pound, Cardozo et les « Legal Realists », ainsi que d'une défense ardente du pragmatisme, de l'instrumentalisme et de la science, la mise en balance d'intérêts a témoigné de l'effort de*

[22] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy… », préc., p. 200 (« We can ask 'how would the legislator have resolved the conflict in this situation?' but this is hardly the same thing as simply 'applying' the balance that determined the outcome in the first case. In short, we can apply the same policies, but we can't apply their 'weights' because the weights depended on the particular typical fact situation for which the previous law maker was seeking an appropriate balance »).

[23] Voir les remarques de M. Martens : « Les grands principes doivent inspirer les lois : on n'a pas attendu 1971 pour le savoir. Ce qui a progressivement changé, c'est qu'ils peuvent aussi permettre au juge de les corriger ». P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, 1992, t. I, pp. 49-68, p. 49.

[24] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy… », préc., p. 187.

la jurisprudence à démontrer qu'elle était capable de rejeter l'application mécanique du droit sans pour autant rejeter la notion même de droit[25].

20. Dès lors, face aux défaillances d'une approche normativiste qui conçoit le droit comme un agrégat de règles, le fonctionnalisme semblerait offrir une voie prometteuse. Selon cette dernière approche, le droit est un instrument (et, en tant que tel, par hypothèse *neutre*), susceptible d'être utilisé dans un sens ou dans un autre, au service de tel ou tel but. Cela conduit par exemple à concevoir le droit des contrats comme un mécanisme, sans lequel l'activité économique serait impossible, permettant aux particuliers de faire confiance aux promesses et d'agir en conséquence[26]. L'opportunité d'une approche méthodologique fonctionnaliste semblerait ici évidente, dans la mesure où celle-ci provient, comme le principe de proportionnalité, d'une conception instrumentale du droit. En effet, comme le remarque Jacco Bomhoff, « *en partant du droit comme un mécanisme abstrait et, dans un certain sens, 'vide' de résolution de conflits, les auteurs comparatistes fonctionnalistes sont en mesure de reléguer tous les éléments contingents de contexte aux 'intérêts' à réguler* »[27].

21. Il n'est donc pas surprenant que le principe de proportionnalité soit majoritairement analysé en ces mêmes termes, au lieu d'être conçu comme reflétant une certaine identité juridique. Constatant le retentissement global de ce principe, la majorité des auteurs qui ont abordé directement ce sujet le conçoivent comme un mécanisme formel particulièrement efficace pour résoudre des conflits entre droits et principes constitutionnels, voire tout conflit entre intérêts, et qui serait en lui même parfaitement neutre. Le fait que le principe de proportionnalité soit devenu, dans ce sens, *la* « technique dominante »[28] confirmerait davantage l'opportunité d'adopter une

[25] T.A. Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing », (1987) 96 *Yale Law Journal*, pp. 943-1005, p. 949 : « […] balancing was a major break with the past, responding to the collapse of nineteenth century conceptualism and formalism as well as to half a century of intellectual and social change. Building on the work of Holmes, James, Dewey, Pound, Cardozo, and the Legal Realists, and flying the flags of pragmatism, instrumentalism and science, balancing represented one attempt by the judiciary to demonstrate that it could reject mechanical jurisprudence without rejecting the notion of law ».

[26] E.A. Farnsworth, « Changer d'avis : le droit des décisions regrettées », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 315-344.

[27] J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, préc., pp. 21-22 : « It was these scholars' understanding of law as dealing with a number of conflicting private and social interests that forcefully suggested a depiction of the judge's – and the legislator's – task as involving a balancing of these interests. That same insight – law as a mechanism for dealing with conflicting interests –, however, also provided the theoretical underpinnings for functionalism as an approach to comparative law. By insisting on law as an abstract, in a sense 'empty', mechanism of conflict resolution, functionalist comparatists could relegate all contingent elements of context to the 'interests' to be regulated ».

[28] A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, pp. 72-164.

perspective fonctionnaliste, puisqu'il semblerait possible de ne le lier à aucune culture juridique en particulier[29].

22. Cependant, il est également possible de concevoir le droit comme l'expression d'une certaine identité, à partir d'une approche décidément non-fonctionnaliste[30]. De ce point de vue, les règles ne seraient que la « surface » du droit, reflétant des « mentalités » profondes[31]. Ainsi, par exemple, au-delà d'un simple instrument pour faciliter l'activité économique, le droit des contrats reflète également des idées, de nature purement dogmatique (et donc, indémontrables), sur la valeur du consentement ou sur l'importance symbolique de la parole donnée[32].

23. Nous nous proposons d'adopter ce point de vue, que l'on qualifiera, selon un courant développé dans la littérature anglophone de droit comparé, d'« expressiviste »[33]. Dans ce sens, nous suivons le chemin tracé par Jacco Bomhoff, dans sa thèse « *Two Discourses of Balancing* », où il revendique une telle analyse du principe de proportionnalité. L'auteur a montré de manière convaincante que les termes de « balance d'intérêts » et de « proportionnalité » peuvent en réalité exprimer une multitude de sens qui s'excluent mutuellement, de sorte qu'ils signifient des choses radicalement différentes aux Etats-Unis ou en Allemagne (les deux pays que M. Bomhoff a abordés dans sa thèse). Il ne convient pas de se laisser égarer par l'apparente unité de discours du principe de proportionnalité, celui-ci étant aussi, comme toute notion juridique, redevable d'une analyse expressiviste, en tant que miroir de conceptions dogmatiques profondes et enracinées.

24. Il convient de noter que cette forme d'analyse impose un certain nombre de contraintes méthodologiques. Comme l'explique aussi M. Bomhoff (à propos de la notion de mise en balance d'intérêts) :

---

[29] L'analyse de M. Alexy, par exemple, présente le principe de proportionnalité comme la forme de raisonnement propre aux principes, pour des raisons liées à la nature de celles-ci. Pourtant, son analyse se veut en même temps une analyse de droit positif de la jurisprudence constitutionnelle allemande. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (*Theorie der Grundrechte*, trad. l'espagnole par E. Garzón Valdés), Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 28. Cet ouvrage n'a malheureusement pas encore été traduit en français.

[30] Bien évidemment, l'expressivisme n'est pas la seule voie alternative au fonctionnalisme. Il est par exemple possible d'appréhender le principe de proportionnalité à partir d'une approche focalisée sur les « causes » matérielles des décisions des juges. Nous avons néanmoins choisi d'écarter une telle approche, comme nous le verrons plus loin.

[31] P. Legrand, « European Legal Systems are not Converging », (1996) 45 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 52-81, pp. 56-57.

[32] A. Supiot, « La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs "recalculés") », *Droit Social*, 2004, pp. 541-547.

[33] Voir M.V. Tushnet, « The Possibilities of Comparative Constitutional Law », (2003) 108 *Yale Law Journal*, pp. 1225-1309, p. 1255.

> *Des analyses expressivistes de la balance d'intérêts ont tendance à se concentrer sur les références à la balance d'intérêts en tant qu'arguments juridiques, employés en vue de provoquer un certain effet auprès d'une certaine audience, dans un certain contexte. Le langage de la balance sera perçu comme l'expression d'une mentalité sous-jacente et d'une forme de pensée étroitement liées aux fondements de la culture juridique spécifique au sein de laquelle elles ont lieu. Le but des études expressivistes de la balance d'intérêts serait d'essayer de comprendre, aussi précisément que possible, ce que les références à la balance signifient pour une certaine communauté juridique à un moment donné*[34].

25. A la suite de cette citation, nous avons identifié trois conditions principales dérivant d'une approche expressiviste, lesquelles constituent les trois axes de la méthodologie suivie par la présente thèse. La première est l'attention particulière que nous portons au discours du juge, en tant qu'expression d'une certaine culture juridique[35]. Au-delà de tout autre élément, ce sont les mots et le langage employés par la Cour de justice dans ses décisions qui vont nous intéresser. Contrairement à ceux qui, à l'encontre de l'expérience pratique du droit[36], voient dans les textes des jugements de la pure rhétorique (dans le sens péjoratif du terme)[37] visant à cacher les véritables motifs du juge, ou à ceux qui écartent la lettre du texte pour identifier la règle jurisprudentielle sur laquelle se fonderait la décision, nous prenons le texte entier « au sérieux », toutes et chacune de ses parties étant aussi le reflet d'une certaine « mentalité »[38].

26. La deuxième condition exige de se situer dans un contexte concret. Cela s'explique facilement : si nous entendons envisager le droit en tant qu'expression d'une

[34] J. Bomhoff, « Balancing, the Global and the Local… », préc., pp. 569-570 : « Expressivist accounts of balancing are likely to focus on references to balancing as legal arguments, used to achieve a particular effect with a particular audience, in a particular setting. The language of balancing will be seen as expressive of underlying *mentalités* and patterns of thought that are closely intertwined with the foundations of the specific legal culture in which they occur. The goal of expressivist studies of balancing would be to try to understand, as closely as possible, what balancing references mean to a particular legal community at a given time ».

[35] *Ibid.*, pp. 568-569 : « Outcomes and solutions are far less important in these approaches than that what leads up to these outcomes, the factors conditioning practices, rules and institutions, and the specific shapes these are given in different jurisdictions. 'Interpretive patterns', '*mentalités'*, 'styles of thought' and 'characteristic patterns of reasoning', are what matters in comparative law studies in this mode. This shift in perspective puts legal *discourse* - language used by judges and other actors in both the own and the foreign legal order -, front and center as object of comparison, as reflective of an underlying 'jurisprudence', of 'visions of law', and of broader understandings and perspectives ».

[36] C. Schmitt, *La tiranía de los valores* (*Die Tyrannei der Werte*, trad. espagnole par S. Abad), Buenos Aires : Hydra, 2010, p. 94 : « Como observador práctico, el jurista advertirá al punto que las oposiciones más extremas se disputan en el momento decisivo bajo la forma de una contienda en torno a palabras ».

[37] Dans un sens péjoratif, la rhétorique s'entend comme l'argumentation vaine et pompeuse. Néanmoins, elle peut être comprise également comme l'art de la persuasion, ou la validité d'un argument est jugée par le degré d'acceptation qu'il suscite auprès de son auditoire. Voir à cet égard M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona : Ariel, 2006, spéc. p. 92.

[38] P. Legrand, « European Legal Systems are not Converging », préc., p. 60.

certaine culture juridique, toute enquête sur une notion juridique dans l'abstrait, détachée de tout repère réel, relève du non-sens. Nous postulons, dès lors, qu'il n'existe pas de « principe de proportionnalité » mais, tout au plus, des versions de ce principe, tel que reçu dans un contexte culturel spécifique. Comme le dit M. Bomhoff, il s'agit d'identifier la signification « locale » du principe de proportionnalité[39]. D'un point de vue plus général, il est, à notre avis, indispensable d'étudier une norme dans son contexte pour pouvoir comprendre sa signification. Comme le signale M. Atias, « *Isoler une disposition légale, c'est peut-être le moyen d'en permettre l'analyse ; c'est surtout en dissoudre la signification réelle* »[40]. Ou, comme l'explique le comparatiste M. Legrand :

> *Ce serait absurdement réducteur de voir une règle simplement comme une règle. […] Une règle de droit est une forme culturelle d'incorporation. De la même façon que la culture est une source d'identité, les règles sont aussi une source d'identité. Les règles contribuent à créer une identité juridique – c'est-à-dire, politique – (ce qui, par une boucle récurrente, contribue à créer des règles). Les règles reflètent des expériences. Etant donné que les règles constituent la manifestation extérieure d'une structure implicite d'attitudes et références, elles constituent le reflet d'une culture juridique donnée*[41].

27. La troisième condition est relative à la distinction des plans d'analyse d'une décision judiciaire[42]. Il est tout d'abord possible d'analyser cette dernière d'un point de vue *explicatif*, en cherchant à identifier les causes qui l'auraient précédée. Ainsi, nous pourrions considérer la psychologie du juge (en cas d'un tribunal composé d'un seul membre) ou la dynamique de la délibération et négociations entre juges (en cas d'un tribunal collégial) ou tout facteur susceptible d'avoir une influence sur leur décision. Ensuite, il est également possible d'envisager une décision judiciaire à partir d'une reconstruction rationnelle de celle-ci. Par exemple, nous pourrions considérer la façon dont elle affecte les intérêts impliqués, pour montrer qu'elle favorise un certain groupe au détriment d'un autre, ou qu'elle consacre un certain équilibre entre les deux. Or, ces deux approches ont en commun de faire abstraction des raisons offertes par le juge pour justifier sa décision. L'analyse de ces raisons constitue donc un troisième point de vue,

[39] J. Bomhoff, « Balancing, the Global and the Local… », préc.

[40] C. Atias, *Epistémologie du droit*, PUF, 1994, p. 31 (cité par P. Legrand, « European Legal Systems are not Converging », préc., p. 58).

[41] P. Legrand, « European Legal Systems are not Converging », préc., pp. 56-57 : « It would be absurdly reductionist to see a rule simply as a rule. Indeed, a rule is not a mere act of accumulation and acquisition that would have taken place over the years or centuries and resolved itself into a formulaic phrasing of a legal problem and of its solution. What accretion of elements one sees is necessarily supported by impressive ideological formations. A legal rule is an incorporative cultural form. Just as culture is a source of identity, rules, for instance, are a source of identity. Rules help constitute legal – that is, political – identity (which, in one of these recurrent loops, helps constitute rules in its turn). Rules encode experiences. Because rules are but the outward manifestation of an implicit structure of attitude and reference, they are a reflection of a given legal culture ».

[42] Voir J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, préc., p. 17.

que l'on pourrait qualifier d'argumentatif. Celui-ci est le propre d'une approche expressiviste, qui s'intéresse aux discours des juges et à ce qu'ils révèlent sur une certaine mentalité.

28. Il est absolument essentiel de ne pas confondre ces différentes dimensions d'analyse. Il peut être utile ici d'évoquer la distinction, proposée par le philosophe Hans Reichenbach dans le contexte de la philosophie de la science[43], entre « contexte de découverte » et « contexte de justification ». Tandis que le « contexte de découverte » équivaut au processus aboutissant de fait à une conclusion scientifique, le « contexte de justification » concerne la manière dont peut être vérifiée la vérité d'une telle conclusion. Il nous sera permis de prendre un exemple quelque peu caricatural afin d'illustrer la distinction : alors que, selon la légende, la chute d'une pomme sur la tête de Newton a inspiré au penseur la théorie de la gravité (contexte de découverte), cette occurrence n'est pas susceptible de valider sa découverte ni au contraire de la remettre en cause (contexte de justification)[44].

29. Extrapolée au champ juridique et en particulier à l'analyse des décisions judiciaires, on distingue les « explications » de la décision d'un tribunal de ses « justifications »[45]. Comme le dit M. Bengoetxea, le terme « explication » convient davantage à l'analyse des décisions judiciaires que celui de « découverte »[46]. L'explication se rapporte à l'ensemble de *faits et circonstances* ayant conduit le juge, consciemment ou non, à prendre sa décision. Il s'agit donc d'identifier les causes, à la manière des sciences naturelles. Les facteurs possibles vont du plus noble (sa sincère et

[43] C. Glymour et F. Eberhardt, « Hans Reichenbach », in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Ed. hiver 2012, disponible sur: http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/reichenbach/.

[44] La critique la plus fameuse de la distinction est celle de Thomas Kuhn. Cet auteur a montré que la justification de la préférence d'une théorie sur une autre ne peut jamais être parfaitement objective, car ce choix est toujours au moins en partie le produit de facteurs psychologiques ou culturels particuliers (M. Golding, « Discovery and Justification in Science and Law », in A. Pecznik, L. Lindahl et B. van Roermund (éd.), *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14,* 1983, Dordrecht : Reidel Publishing Company, 1984, pp. 295-305, pp. 301-2). Cette critique, néanmoins, ne nous concerne pas ici, notre propos n'étant pas de prendre position sur la question de l'objectivité de la logique juridique, et ne remet pas fondamentalement en cause la distinction dans notre domaine. Comme l'écrit Manuel Atienza : « La possibilité de justifier une décision n'est pas éliminée par le fait que la logique n'offre pas (et ne le prétend pas) une description scrupuleuse du processus de décision » (M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, préc., p. 103 : « La posibilidad de justificar una decisión no resulta negada por el hecho de que la lógica no ofrezca una descripción adecuada (tampoco lo pretende) del proceso de decisión »).

[45] M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, préc., p. 99 ; J. Bengoetxea, N. MacCormick et L. Moral Soriano, « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », in G. de Búrca et J.H.H. Weiler, *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001, pp. 43-85 ; N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005, p. 208.

[46] J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford : Clarendon Press, 1993, p. 114.

honnête *compréhension* du contenu des exigences de la loi) au plus anodin (le fameux « *breakfast jurisprudence* » du réalisme américain : le petit déjeuner du juge, mal digéré, conditionne sa compréhension du litige[47]) au plus odieux (les préjugés du juge l'indisposent vis-à-vis d'un des plaideurs). Le domaine de l'explication est celui des faits, et donc de la « sociologie juridique »[48].

30. La justification en revanche se rapporte aux raisons offertes par le juge pour fonder sa décision ou une partie de celle-ci. Le raisonnement peut être strictement juridique ou inclure également des arguments moraux. Il peut être concis et de type strictement formel-déductif (comme l'est traditionnellement le raisonnement de la Cour de Cassation en France), ou au contraire s'étendre sur des dizaines de pages en mobilisant une rationalité de type « substantielle » (comme c'est plus le cas dans la tradition juridique des Etats-Unis)[49]. Le domaine de la justification est celui de la normativité : lorsqu'on s'interroge sur la façon dont une décision est justifiée, la question porte sur le *devoir être*. Ce domaine est donc celui des juristes selon la compréhension habituelle de leur fonction et de leur champ d'étude, puisque le juriste fait normalement abstraction des causes ayant provoqué une décision judiciaire.

31. Il importe de souligner que les deux domaines sont parfaitement distincts[50]. Il n'y a aucune communication entre les deux. Quelles que soient les causes conditionnant l'activité judiciaire, elles ne préjugent pas de la justification de sa décision ultime, et n'ont aucune pertinence dans l'analyse de ce qui doit être décidé[51].

---

[47] Bien que l'exemple du petit déjeuner est souvent compris comme une caricature, il a en réalité été démontré que le niveau de glucose ingéré provoque des effets considérables sur la décision finale du juge : D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011, pp. 43-44.

[48] Du moins selon la conception de Kelsen, qui décrit la sociologie comme ayant « pour objet ce comportement des être humains en tant qu'il est determine par des lois causales, c'est-à-dire en tant qu'il se déroule dans le domaine de la nature, de la réalité naturelle » : H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (*Reine Rechtslehre*, trad. fr. par Ch. Eisenman), Paris : Dalloz, 1962, p. 118.

[49] Pour une comparaison des différents raisonnements des cours américaines et françaises : A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003 ; M. Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford/New York : Oxford University Press, 2004.

[50] C. Schmitt, « Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial », in *Posiciones ante el derecho*, Madrid : Tecnos, 2012, p. 35 : « De la confrontación con el origen psicológico de una decisión no se puede extraer ningún criterio que permita precisar correctamente su rectitud. A ningún jurista se le ocurriría intentarlo en su praxis. Todos saben que la sentencia dictada por un juez que ha sido objeto de un soborno, y que tiene su origen en una acción injusta, puede ser tan justa como injusto pudiera llegar a ser el juez que no ha sido sobornado. La decisión del juez que tiene a sus espaldas una vista de seis horas tendrá en su favor una certeza psicológica mucho mayor que la que se toma al comienzo de la sesión; pero, ¿qué criterio podría deducirse de ello para valorar la corrección y certeza de su fallo? La fundamentación del juicio no puede confundirse con la explicación psicológica causal del enjuiciamiento ».

[51] Il convient de préciser le sens exact de l'extrapolation de la distinction entre le contexte de découverte et le contexte de justification dans le domaine juridique. En philosophie des sciences, la distinction ne

32. Avant de poursuivre cette Introduction, nous nous arrêterons sur deux approches alternatives à la nôtre, qui ont en commun le fait de refuser les trois conditions que nous venons de présenter (et en particulier, de confondre l'analyse des causes de celle des justifications ou même de rejeter cette distinction). Etant donné leur emprise sur la doctrine juridique, nous tenons à justifier en plus grand détail les raisons qui nous amènent à les écarter.

33. Avant de le faire, un dernier *caveat* s'impose. Le problème de toute discussion méthodologique en droit est qu'elle est inséparable du fond. Comme le note implicitement M. Legrand, même une construction comme la pyramide de Kelsen est tributaire de certaines idées substantielles et politiques (bien qu'elle prétende le contraire), inséparables d'une certaine identité culturelle[52]. Le fait d'employer telle ou telle autre méthodologie juridique ne peut pas se faire dans le vide, avant d'entamer une analyse concrète. Contrairement aux sciences dures (du moins selon la conception communément acceptée de celles-ci), les questions méthodologiques ne peuvent pas être abordées avant et indépendamment de l'étude du fond, mais plutôt de façon simultanée et en lien avec elle[53]. Le fait que nous abordions ces considérations méthodologiques en introduction ne prétend pas suggérer le contraire. Le rapport entre les deux semble ainsi dialectique : d'un côté, une certaine grille de lecture est indispensable pour interpréter le droit ; d'un autre côté, le bien-fondé d'une telle grille de lecture est jugé à l'aune du droit examiné. Dès lors, notre choix d'adopter une perspective « expressiviste » ne s'est pas

---

concerne que l'activité scientifique. Le contexte de découverte conduit à s'interroger sur la chaîne de facteurs et d'évènements ayant abouti aux résultats d'une recherche scientifique. Le contexte de justification sert à valider ces résultats comme véritablement scientifiques. Dans le champ du droit, la distinction se révèle surtout utile pour mettre en exergue les deux manières dont l'étude d'une décision judiciaire peut être abordée. Du point de vue de la justification, l'on s'intéresse aux raisons sur lesquelles la décision est fondée. Du point de vue de l'explication, la décision n'est que le dernier maillon d'une chaîne ininterrompue de facteurs. Ainsi, alors que la distinction en philosophie des sciences concerne l'activité scientifique en soi, nous souhaitons l'appliquer ici à l'activité judiciaire, qui est un des objets de la science juridique. Ceci crée un certain dédoublement. Même si le domaine de la justification est celui de la normativité, il est important de souligner que, comme le remarque le Professeur Atienza, la distinction entre explication et justification n'est pas la même que celle qui sépare le descriptif du normatif. Comme il indique dans son ambitieux ouvrage *El Derecho como argumentación*, il ne faut pas confondre les deux : « […] nous pouvons autant décrire comment les juges parviennent à prendre une décision (quels sont les facteurs déterminants), que prescrire comment ils devraient le faire ; et, sur le plan de la justification, il est possible soit de décrire les raisons justificatives que les juges ont données, soit de prescrire quelles auraient dû être ces raisons », M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, préc., p. 100 (« podemos tanto describir cómo los jueces llega a tomar una decisión (cuáles son los factores determinantes), como también prescribir cómo deberían hacerlo; y, en el plano de la justificación, es posible describir las razones justificativas que los jueces han dado, o bien prescribir cuáles deberían haber sido esas razones »).

[52] P. Legrand, « European Legal Systems are not Converging », préc., p. 57. A propos de la philosophie politique sceptique et démocratique sous-jacente aux travaux juridiques de Kelsen, voir P. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Paris : Armand Colin, 2009.

[53] Selon Kuhn, ceci est vrai de toutes les sciences, y compris les sciences dures. Voir T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, préc.

fait arbitrairement ou pour la raison selon laquelle qu'elle semblerait supérieure, dans l'abstrait, à l'approche normativiste. Au contraire, cette décision s'est formée au fur et à mesure que nous examinions la jurisprudence communautaire, sa lecture nous convaincant peu à peu de l'inaptitude d'un paradigme du droit comme ensemble cohérent de règles de nature à en rendre compte.

A. La tendance à confondre l'explication et la justification

34. La doctrine en droit communautaire se distingue souvent de l'étude d'autres branches juridiques non seulement par son objet ou sa téléologie mais aussi par son approche méthodologique. En effet, selon un avis répandu, l'on ne saurait comprendre véritablement la jurisprudence de la CJUE si ce n'est en mélangeant la science juridique avec la science politique. C'est pour cela que la doctrine fonde souvent ses interprétations des décisions judiciaires sur des spéculations quant aux motivations stratégiques des juges intégrant la CJUE.

35. Voyons par exemple quelques-unes des études les plus fameuses en droit communautaire, qui continuent toutes à être citées régulièrement par la doctrine juridique, dans lesquels leurs auteurs, tous juristes, proposent en plus de leurs interprétations du droit communautaire des hypothèses explicatives de son évolution.

36. Eric Stein a soutenu en 1982, dans un des articles les plus connus dans ce domaine, ayant pour titre « *Avocats, juges, et construction d'une constitution transnationale* », que la progression jurisprudentielle, activement favorable à l'intégration européenne et à l'interprétation des traités fondateurs comme un texte constitutionnel, est le fruit d'une collaboration entre la Commission et les juges de la CJUE. L'auteur apporte même des données qui prouveraient la corrélation entre les positions de la Commission et celles adoptées par la Cour dans sa jurisprudence[54].

37. D'autres thèses de même nature ont joui d'un grand retentissement. Il est par exemple dit que la CJUE n'adopte des interprétations « activistes » en faveur de l'intégration européenne que lorsque le processus politique est paralysé, comme il l'était par exemple pendant la crise des années soixante provoquée par la politique de la « chaise vide ». Joseph Weiler estime en ce sens que les grands apports de la jurisprudence pendant cette période « fondatrice » (dont principalement les arrêts *Van Gend en Loos*[55], affirmant l'effet direct du droit communautaire, et *Costa c. ENEL*[56], qui

[54] E. Stein, « Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution », (1981) 75 *American Journal of International law*, pp. 1-27.

[55] CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, *Rec*. p. 00003.

[56] CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6-64, *Rec*. p. 01141.

consacre sa primauté) ont été motivés par la situation de blocage dans laquelle se trouvaient les autres institutions de la Communauté[57].

38. Un autre exemple nous est donné par la thèse très connue sur la collaboration entre les tribunaux nationaux de première instance et la Cour de justice. Les deux formeraient une alliance à l'encontre des juridictions nationales suprêmes. Selon cette thèse, le mécanisme du renvoi préjudiciel permettrait aux tribunaux inférieurs de contourner les lignes directrices établies par la jurisprudence des plus hautes cours des systèmes nationaux[58].

39. Notre propos n'est pas de remettre en cause ces thèses, justement célèbres et d'une grande utilité pour comprendre la jurisprudence de la Cour de justice et plus généralement l'évolution du droit communautaire. Le fait que de tels juristes veuillent soutenir leurs interprétations de ce droit à l'aide d'études sur les facteurs décisifs ayant contribué à son changement ne peut être qu'enrichissant. Il nous semble acquis que l'étude du droit ne saurait se réduire à l'étude de concepts en dehors de tout contexte, ou de règles écrites sans prendre en considération l'environnement culturel, politique, social ou économique dans lequel elles s'insèrent[59].

40. Ceci ne signifie pas pour autant que la séparation entre ce qui relève de l'explication causale et ce qui relève de l'interprétation ne demeure pas en vigueur. Comme le signale dans son article Joseph Weiler, le fait d'enrichir l'analyse du droit en situant celui-ci dans son contexte ne signifie pas que l'on renonce à une approche en termes de « théorie pure du droit »[60]. L'interprétation du droit ne peut sortir qu'enrichie par des analyses de contexte et en avançant des hypothèses explicatives. Les deux dimensions demeurent pourtant distinctes.

41. Il est cependant possible de trouver des analyses récentes où elles sont confondues. Parfois des auteurs croient identifier les causes d'une certaine tendance jurisprudentielle, pour aussitôt les transformer en la *raison* qui justifierait ladite tendance. Sous couvert d'une approche doctrinale plus ambitieuse, car critique et allant au-delà de la simple analyse technique du droit écrit[61], on tombe ainsi dans la transformation d'une

[57] J.H.H. Weiler, « The Transformation of Europe », (1990-1991) 100 *Yale Law Journal*, pp. 2403-2483, spéc. 2424 et s.

[58] K. Alter, « Explaining national court acceptance of European Court jurisprudence: a critical evaluation of theories of legal integration » in A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet et J. Weiler (éds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Oxford : Hart Publishing, 1998, pp. 227-252.

[59] Voir p.ex. P. Legrand, « Legal Systems Are Not Converging », préc., p. 52.

[60] J.H.H. Weiler, « The Transformation of Europe », préc., p. 2409.

[61] J. Shaw, « European Union Legal Studies in Crisis ? Towards a New Dynamic », (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 231-253 ; N. Walker, « Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay » (2005) 25 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 581-601.

explication en une justification, détruisant alors la distinction fondamentale entre les deux dimensions d'analyse.

42. Un exemple notable nous est donné par la thèse très remarquée de M. Poiares Maduro, devenu par la suite Avocat général à la CJUE. A partir d'une analyse de la jurisprudence, l'auteur croit pouvoir identifier le fil conducteur en matière de liberté de circulation de marchandises. Il appelle ce principe suprême « *majoritarian activism* », l'activisme majoritaire, et, en vertu de ce principe, la Cour aurait tendance à condamner les régimes étatiques « minoritaires » car différents de ceux en vigueur dans la majorité des Etats membres. Le vrai but de la Cour serait d'harmoniser les droits nationaux. Faute d'une intervention du législateur communautaire, la Cour entreprendrait de les unifier autour du standard majoritaire (« *majoritarian activism* ») érigée en « normalité », condamnant ainsi la vision « minoritaire » et opérant un transfert du pouvoir décisionnel en matière économique des États membres au niveau communautaire[62].

43. Malgré l'évidente originalité de la thèse et son retentissement notable[63], nous ne saurions adhérer à celle-ci car l'auteur conçoit le « standard majoritaire » comme une véritable règle qu'il déduit du contenu des décisions de la CJUE[64]. La lecture de M. Poiares Maduro de l'article 30 du TCE, lecture qu'il appelle « critique » et « non-classique », constitue plutôt une tentative *d'explication* d'une jurisprudence que les juristes, en quête d'un système cohérent, peinent à déchiffrer. Son interprétation rappelle la thèse de M. Weiler, puisque lui aussi, comme M. Poiares Maduro, lie l'activisme de la Cour de justice à l'absence d'initiative politique en faveur de l'harmonisation. Or, M. Poiares Maduro présente sa thèse comme mettant à jour une véritable règle. Il note par exemple qu'elle peut être déduite de la formule employée par la Cour signalant que violent la libre circulation de marchandises les entraves résultant des « disparités législatives »[65]. Cette thèse est donc présentée comme une interprétation du droit communautaire, et non pas comme une explication de la jurisprudence : en droit communautaire, estime M. Poiares Maduro, ne sont conformes à la liberté de circulation de marchandises que les régimes soutenus par une majorité d'Etats membres. A son avis,

[62] M. Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, p. 68 et s.

[63] Voir p.ex. A. Stone Sweet, « How the European Legal System Works - and Does Not Work: Override, Non-Compliance, and Majoritarian Activism in International Regimes », non publié (2011), disponible sur: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/39.

[64] L'auteur présente sa lecture de l'article 30 comme une véritable interprétation du « modèle actuel de Constitution Économique Européenne ». M. Poiares Maduro, *We the Court…*, préc., p. 2.

[65] *Ibid.*, p. 68. CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec*. p. 02605, para. 22.

la Cour garantit ainsi une sorte de processus législatif entre Etats régi par la règle de la majorité[66].

44. Le problème de cette thèse est qu'elle échoue tant comme explication que comme interprétation du droit communautaire précisément parce qu'elle ignore la séparation entre les deux notions. En confondant les éléments qui permettraient de soutenir l'une ou l'autre, l'auteur avance des spéculations qui peuvent sembler sans fondement. En effet, la valeur interprétative de la thèse de M. Poiares Maduro paraît faible, puisque dans la jurisprudence (et certainement dans les textes), il n'est guère possible de trouver de raisonnement qui reflèterait le souci de garantir une harmonisation autour du standard majoritaire à travers la libre circulation de marchandises. En ce sens, la référence aux entraves « résultant de la disparité législative » montre seulement que l'absence de règles communes peut générer de l'avis de la Cour des obstacles au commerce. Cette dernière ne s'en remet pas à l'avis de la majorité des Etats membres pour juger de la conformité au principe de proportionnalité. Son interprétation nous semble ainsi manquer de fondement. Par ailleurs, sa valeur explicative est également faible car l'auteur ne se base que sur les textes des décisions de la Cour, en soi des indices à peine éclairants sur la véritable intention des juges, ainsi que sur quelques corrélations qui demeurent vagues. Aucun de ces éléments ne constitue la preuve d'une véritable causalité, ou de l'intention réelle des juges à la Cour de justice.

45. La doctrine communautaire ne peut donc pas se permettre d'avancer des interprétations en guise de véritables explications de la jurisprudence sans s'appuyer sur des fondements solides. Identifier les facteurs ayant conduit la Cour prendre certaines décisions et interpréter le droit qui en résulte sont deux choses différentes. Les deux analyses, bien qu'elles puissent se compléter fructueusement, appellent des méthodologies différentes, visent des objets distincts, se fondent sur des éléments de preuve disparates, et n'aboutissent pas à des conclusions de la même nature. Les confondre risquerait de nuire à la qualité des analyses[67].

B. Critique de la théorie dite des contraintes juridiques

46. Selon la version positiviste du « réalisme juridique » [68], le droit est un pur fait. La tâche du juriste se réduirait à la prédiction des décisions des juges[69], si besoin à partir

[66] M. Poiares Maduro, *We the Court…*, préc., p. 78 : « What is taking place in the Court is a kind of Community legislative process, with the Court trying to harmonise national rules in accordance with an "ideally crafted" representation of all State's interests ».

[67] Voir la critique d'A. Arnull, « The Americanization of EU Law Scholarship », in *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, pp. 415-431.

[68] Le terme réalisme se prête à des ambigüitiés, comme l'explique M. Horwitz, *The Transformation of American Law*, préc., p. 169 : « Legal Realism was neither a coherent intellectual movement nor a consistent or systematic jurisprudence. It expressed more an intellectual mood than a clear body of tenets,

d'analyses statistiques de la pratiques judiciaire. La critique de ce courant a déjà été faite par Hart, qui a largement montré que l'effort pour « positiviser » la science juridique typique de cette branche du réalisme conduit à ignorer la « perspective interne » du droit. Comme il l'explique, il est certes loisible de se situer en dehors du droit pour le décrire rigoureusement comme un simple fait et concevoir ainsi les règles comme des simples comportements judiciaires généralisés. En revanche, une fois que l'on se situe à l'intérieur d'un système juridique, une règle n'est pas seulement un comportement généralisé mais aussi une raison justifiant une certaine décision[70]. On passe ainsi du fait à l'univers normatif spécifique au droit.

47. Néanmoins, la récente variante « française » du réalisme, sous la direction éminente du Professeur Troper, tend à saper la distinction entre explication et justification à travers la théorie dite des « contraintes juridiques »[71]. Son retentissement nous empêche de nous en tenir uniquement aux démonstrations de Hart.

48. Les défenseurs de cette théorie partent d'une conception de l'interprétation comme pur acte de volonté. Autrement dit, l'interprète ne fait en réalité que prendre en toute liberté la décision qui lui semble la plus convenable. Paradoxalement, il est possible de constater que les juges « *ne font pas tout ce qui leur est possible de faire, mais s'orientent vers un nombre restreint de solutions* », si bien que « *la plupart de celles retenues en droit positif se resserre dans un cadre limité et relativement cohérent* »[72]. Cette contradiction apparente entre la conception de l'interprétation comme pur acte de volonté et la constatation de la « cohérence » de la jurisprudence peut se résoudre en identifiant toute une série de circonstances factuelles (« contraintes ») qui poussent le

---

more a set of sometimes contradictory tendencies than a rigorous set of methodologies or propositions about legal theory ». En effet, tandis que certains l'assimilent à une forme de positivisme extrême visant à atteindre avant tout une scientificité méthodologique (à l'instar de Karl Llewellyn), d'autres entendent au contraire que son apport principal a été son approche essentiellement herméneutique (c'est par exemple l'avis de M. Horwitz, entre autres). Autrement dit, tandis que la première compréhension cherche à divorcer l'étude du droit entièrement des valorisations morales et politiques sur le fondement d'une méthodologie scientifique positiviste, la seconde prétend au contraire unir les deux dimensions sans renoncer à un projet idéologique (voir p. 169-211).

[69] Selon le fameux *dictum* de Holmes : « [T]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law », *Southern Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917) (opinion dissidente).

[70] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, p. 82 : « The fundamental objection is that the predictive interpretation obscures the fact that, where rules exist, deviations from them are not merely grounds for a prediction that hostile reactions will follow or that a court will apply sanctions to those who break them, but are also a reason or justification for such reaction and for applying the sanctions ».

[71] Voir de manière générale V. Champeil-Desplats et M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2005, pp. 11-23.

[72] *Idid.*, p. 11.

juge, acteur rationnel, vers de telles décisions. Parmi toutes les contraintes susceptibles d'influencer (et donc d'expliquer) la conduite du juge, le juriste doit se cantonner à l'étude de la « *causalité juridique* », soit des contraintes « *spécifiquement juridiques* », que l'on peut définir comme « *une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère* »[73].

49. La distinction entre justification et explication n'a donc plus de raison d'être dans la théorie des contraintes juridiques si ce n'est dans la version commune aux sciences naturelles – c'est-à-dire, en figeant une méthode à l'aide de laquelle l'on pourrait vérifier les propositions de la doctrine juridique (justification), méthode indépendante du processus ayant de fait conduit à la proposition en question (explication). En revanche, d'après la théorie des contraintes juridiques, est interdite au juriste toute analyse de la justification offerte par le juge autrement qu'au sein d'une chaîne causale (soit, en tant que « produit » d'une série de contraintes, soit en tant que « source » de contraintes sur des décisions postérieures[74]). Le juriste qui prétend sincèrement « interpréter » le droit serait la victime d'une illusion, voire de l'« angoisse existentielle » produite par l'effondrement de la logique formelle et la démystification des notions juridiques[75].

50. Malgré les efforts du réalisme français pour « démystifier » la science juridique en essayant de lui donner une assise véritablement scientifique car centrée strictement sur des « causes » (soit des faits), la théorie des contraintes juridiques finit implacablement par faire justement ce qu'elle cherche à interdire : interpréter, et, donc, justifier. Tout d'abord, en effet, il est impossible d'isoler les contraintes spécifiquement juridiques sans auparavant avoir défini ce qui est « juridique », exactement ce que la théorie prétend éviter. Suivant la critique d'Otto Pfersmann, la théorie des contraintes juridiques :

> *[…] se présente d'abord comme une théorie de troisième voie. Afin de correspondre à son objectif, elle ne doit pas être réductible, directement ou indirectement, à une théorie causale ou à une théorie normative (plus exactement descriptive des normes). Mais ensuite, il va falloir montrer à l'inverse qu'une théorie des contraintes juridiques ne présuppose pas déjà une certaine théorie du droit. Or cela est à l'évidence impossible. Ce que cette théorie appelle « droit » doit nécessairement posséder certaines propriétés*

[73] *Ibid.*, p. 12.

[74] V. Champeil-Desplats, « L'arrêt *Koné*, produit et source de contraintes », in *Théorie des contraintes juridiques*, préc., pp. 53-61.

[75] G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *Revue française de droit administratif*, 2009, pp. 641-656, nº 37.

> *constitutives minimales. Mais ce serait une pétition de principe si ces présuppositions entraînaient en tant que telles la validité de la théorie*[76].

51. Ensuite, le modèle de l'« *homo juridicus* », à l'aune duquel il serait possible de distinguer, parmi les comportements des « acteurs du droit », entre ceux qui seraient « rationnels » et ceux qui ne le seraient pas, conduit également à l'impasse décrite ci-dessus par M. Pfersmann. Comment en effet définir un tel modèle de rationalité sans avoir préalablement établi une méthode « rationnelle » d'interprétation des textes juridiques et de justification des décisions judiciaires ? Comme l'admettent ses défenseurs, la perspective de la théorie des contraintes juridiques est celle d'une « *reconstruction théorique rationnelle* »[77], de sorte que « *[s]i un acteur concret n'agit pas en fonction de la contrainte à laquelle se heurte l'homo juridicus modèle, on considérera qu'il ne s'est pas comporté en homo juridicus mais qu'il a suivi un autre type de rationalité* »[78]. Or, comme l'écrit l'éminent philosophe analytique Jon Elster, la théorie perd ainsi sa capacité explicative :

> *L'homo juridicus, c'est un type idéal au sens que lui donnait Max Weber, notamment dans sa discussion de l'homme rationnel. Or nous savons aujourd'hui que l'homme rationnel idéalisé a peu de pouvoir explicatif ; son importance est normative plutôt que positive. De manière semblable, l'homme juridique idéal risque d'avoir un pouvoir explicatif mince*[79].

52. Finalement, il est très révélateur d'observer que les partisans de la théorie des contraintes juridiques ne s'abstiennent nullement, dans les applications de la théorie à des cas spécifiques, d'identifier des règles applicables et de les interpréter. On écrit par exemple, par rapport à l'arrêt *Moussa Koné* du 3 juillet 1996 du Conseil d'État, que « *la production d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République peut s'analyser comme l'expression d'une compétence nouvelle dont il s'est doté : la compétence de produire des principes constitutionnels* »[80]. On écrit également, à propos d'une question de droit constitutionnel américain, que « *l'impossibilité pour le Président des États-Unis de briguer un troisième mandat ne résulte pas d'une contrainte, mais d'un amendement à la Constitution* »[81]. Ces exemples montrent que la théorie des contraintes

---

[76] O. Pfersmann, « Critique de la théorie des « contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, préc., pp. 123-143, p. 124.

[77] V. Champeil-Desplats et M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », préc., p. 15.

[78]. *Ibid*.

[79] J. Elster, « Droit et causalité », in *Théorie des contraintes juridiques*, préc., pp. 117-121, n° 11.

[80] V. Champeil-Desplats et M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », préc., p. 19.

[81] *Ibid.*, p. 18.

juridiques tend inévitablement à réaliser les analyses normatives qu'elle prétendait bannir.

53. Pour ces raisons, on ne saurait conclure ce point autrement qu'en réaffirmant la validité et importance fondamentale de la distinction entre l'analyse de la justification et de l'explication d'une décision judiciaire.

III. LE CONTEXTE CHOISI

54. Une des particularités du principe de proportionnalité est de ne pas se laisser enfermer dans les confins d'une branche particulière du droit. Quel que soit le domaine en question où s'insère la mesure soumise au principe de proportionnalité, le contrôle exercé par le juge sur le fondement de ce principe demeure essentiellement le même. Dès lors, il pourrait ne pas sembler approprié de limiter notre étude au droit communautaire. Pourtant, le choix du droit communautaire n'a pas été fait en tant que branche disciplinaire du droit[82], mais en tant que contexte culturel particulier, dont le principe de proportionnalité serait une manifestation.

55. Ainsi, le choix de cantonner notre étude à un principe spécifique (le principe de proportionnalité), tel qu'appliqué dans un domaine particulier (celui les libertés de circulation dans l'Union européenne), ne signifie pas pour autant que nous souhaitons faire abstraction de son *environnement normatif*. Au contraire, il est indispensable d'appréhender ce principe *dans son contexte*[83].

56. En accord avec la perspective expressiviste, nous partons du postulat que le principe de proportionnalité reflète nécessairement une certaine *mentalité*[84]. Cette constatation ne se limite pas à imposer que le principe de proportionnalité soit étudié à partir d'un contexte particulier. L'analyse aspire aussi, de façon réciproque, à contribuer, par l'étude de l'interprétation que fait la Cour du principe de proportionnalité, à la compréhension de la *culture juridique propre à l'Union européenne*.

57. Il pourrait paraître inapproprié de choisir le contexte du droit communautaire pour entreprendre une étude de ce genre. De la même manière que le principe de

[82] Sur le problème des divisions disciplinaires dans le droit, voir A. Supiot, « Grandeur et petitesses des professeurs de droit », *Les Cahiers du Droit*, vol. 42, nº 3, sept. 2001, pp. 595-614 ; J. Bomhoff, « The Reach of Rights: The "Foreign" and the "Private" in Conflict of Laws, State Action and Fundamental Rights Cases with Foreign Elements », (2008) 71 *Law & Contemporary* Problems, pp. 39-71.

[83] N. Emiliou, *The principle of proportionality in European Law*, Londres : Kluwer Law International, 1996, p. 6 : « Originally an instrument for protecting basic rights and freedoms, proportionality has been transplanted into economic law thus taking different meanings in different contexts ».

[84] P. Legrand, « European Legal Systems are not Converging », préc., spéc. p. 60 et s.

proportionnalité[85], le droit de l'Union européenne s'est en effet construit principalement à partir d'une conception fonctionnaliste du droit. Dans cette construction, il est peu commun de concevoir le droit comme le reflet d'une culture juridique européenne, mais plutôt comme un instrument - le fameux thème de l'« intégration par le droit », par exemple, en est tributaire[86]. En outre, l'existence même d'une telle culture pourrait paraître douteuse. A cette possibilité la perception que l'Union est une simple agglomération d'Etats, un lieu de rencontre conflictuelle de cultures nationales ou encore une simple structure a-culturelle. En particulier, le processus d'approbation du projet de Constitution européenne (lequel comme on le sait n'a pas abouti) a donné lieu à un débat sur la notion (et l'existence) d'un *démos* européen[87]. Etant donné la faillite de ce projet, l'étude du droit communautaire semblerait inévitablement appeler une approche fonctionnaliste, pour l'envisager en termes purement instrumentaux.

58. Malgré ces difficultés, voire *en raison de celles-ci*, il nous semble particulièrement pertinent de choisir le droit communautaire comme contexte de notre analyse. Ce n'est pas par simple envie d'aller à contre-courant : plutôt, étant donné que le principe de proportionnalité est issu d'une conception fonctionnaliste du droit, ce principe devrait trouver dans le droit communautaire – ordre juridique fonctionnaliste par excellence et « *laboratoire expérimental des transformations juridiques* »[88] – sa version la plus « pure », son application la plus « emblématique ». Au demeurant, c'est précisément la raison pour laquelle le droit de l'Union européenne est souvent cité comme référence paradigmatique d'application du principe de proportionnalité[89]. A l'inverse, c'est dans le miroir du principe de proportionnalité que l'on devrait pouvoir trouver le reflet le plus net et le plus exact de l'« âme » du droit de l'Union. De la même manière que Forsthoff disait que « *nulle part ailleurs se manifeste avec autant de clarté*

[85] Voir *supra*, nº 20-21.

[86] Voir p.ex. M. Dougan, « Enforcing the Single Market: The judicial Harmonisation of National Remedies and Procedural Rules », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 153-180, p. 154 : « Academic discourse on the 'problem' of national remedies and procedures ahs traditionally been dominated by a particular conceptual approach to the study of Community law. This approach can conveniently be referred to as 'integration through law'. It asserts that the basic purpose of the Community is to promote an 'ever-closer union among the peoples of Europe'; this concomitant function of the Treaty legal order is to consolidate this process of convergence by creating a uniform body of binding norms, guaranteed to be applied effectively across the Member States ».

[87] Voir p.ex. J. Habermas, « Conférence de Jürgen Habermas : Pourquoi l'Europe a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel ? », *Cahiers de l'Urmis*, 7 juin 2001, disponible sur : http://urmis.revues.org/10.

[88] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 31 et s.

[89] Voir, par exemple, la sentence du 5 octobre 2012, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. République de l'Equateur*, aff. CIRDI No. ARB/06/11, para. 403, où le tribunal arbitral s'appuie sur le « nombre incalculable » d'arrêts de la Cour de justice sur le principe de proportionnalité pour justifier l'application de ce principe dans le droit de l'arbitrage d'investissement.

la structure spécifique d'un Etat que dans la position et les fonctions qui sont attribuées à la jurisprudence »[90], nous espérons trouver dans le principe de proportionnalité un « miroir privilégié » de la culture juridique européenne. Ainsi, l'intérêt va dans les deux sens : tandis que le droit communautaire nous offrirait la version la plus emblématique du principe de proportionnalité, le principe de proportionnalité serait de sa part emblématique de l'identité juridique de l'Union.

59. Dans ce sens, l'emprise du principe de proportionnalité dans le contexte du droit de l'Union ne doit pas étonner. Comme l'a remarqué l'Avocat général Jacobs, « *[q]uant au principe de proportionnalité, rares sont les domaines, si tant est qu'il y en ait, dans lesquels il ne trouve pas à s'appliquer* »[91]. La doctrine parvient à la même conclusion : « *aujourd'hui la proportionnalité gouverne la législation et la jurisprudence dans pratiquement tous les domaines importants* » du droit communautaire[92] ; « *c'est l'œuvre entière de la construction juridique communautaire qui connaît aujourd'hui l'emprise tu principe de proportionnalité* »[93]. Ainsi, la référence au principe de proportionnalité est omniprésente. Il est avant tout consacré dans l'article 5 du TUE, comme principe régissant l'exercice des compétences de l'Union. Ensuite, le Protocole nº 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité fixe les conditions de son application. Ainsi, la Cour examine si « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* »[94]. Traditionnellement, la politique agricole commune est le domaine de prédilection du principe de proportionnalité à l'égard des mesures adoptées par les institutions communautaires[95]. C'est dans ce domaine que la Cour a rendu l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, qui est le premier cas où la Cour s'est fondée sur le principe de proportionnalité[96].

---

[90] E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial* (*Der Staat der Industriegesellschaft*, trad. esp. par L. López Guerra et J. Nicolás Muñiz), Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 211: « En ningún otro lugar se muestra con más claridad la específica estructura de un Estado que en la posición y tareas que atribuye a la Jurisprudencia ».

[91] Ordonnance du Président de la Cour, 19 mars 1996, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, aff. C-120/94, *Rec.* p. I-01513, Concl. AG Jacobs, para. 70.

[92] A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », préc., p. 139 : « Today proportionality governs lawmaking and adjudication in virtually all important domains of law established by the Treaty of Rome ».

[93] P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LDGJ, 2008, p. 63.

[94] Article 5.4 TUE.

[95] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 2ème éd., p. 136 et s.

[96] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70, *Rec*. p. 01125.

60. Nous avons choisi d'exclure de notre analyse ces exemples pour nous concentrer entièrement sur l'application du principe de proportionnalité aux mesures étatiques faisant obstacle aux libertés de circulation. En effet, c'est surtout à leur égard que la jurisprudence sur ce principe s'est développée et a pris toute son ampleur. A cet égard, l'intensité du contrôle de proportionnalité exercé à l'encontre des mesures d'origine communautaire est généralement très faible[97]. Pour ne pas empiéter sur les compétences des autres institutions de l'Union, la Cour se limite à vérifier que les mesures ne soient pas « manifestement inappropriées »[98]. Par exemple, dans l'arrêt *Fedesa* la Cour affirme :

> *En ce qui concerne le contrôle judiciaire des conditions indiquées, il y a toutefois lieu de préciser que le législateur communautaire dispose en matière de politique agricole commune d'un pouvoir discrétionnaire qui correspond aux responsabilités politiques que les articles 40 et 43 du traité lui attribuent. Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure*[99].

61. Dans la mesure où ce contrôle est limité et relativement homogène, nous avons préféré le laisser entièrement de côté. En revanche, l'incidence du contrôle de proportionnalité des mesures étatiques n'est pas aussi réduite, se caractérisant au contraire par une grande diversité et une grande ampleur. Tout d'abord, parce que le principe trouve à s'appliquer dans tous les domaines de la réglementation étatique, du plus « purement » économique, en passant par le droit de la consommation, au droit social, au droit public, au droit civil ou même au droit de la famille. Il convient de noter, à cet égard, que la libre circulation a été interprétée par la Cour de manière très extensive, de sorte à s'opposer à toute mesure ayant pour effet de restreindre le commerce intra-étatique[100]. Qui plus est, aucun domaine n'est exclu *per se* du champ d'application des libertés économiques : tout dépend des effets sur la circulation intracommunautaire. Somme toute, c'est *l'intégralité* du droit national qui est susceptible d'être confrontée dans ce dernier contexte au principe de proportionnalité, ce qui justifie déjà l'intérêt de notre interrogation.

---

[97] G.A. Bermann, « Proportionality and Subsidiarity », in *The Law of the Single European Market…*, préc., pp. 75-99. Les actes des institutions communautaires peuvent en principe violer les libertés de circulation. Or, en raison du contrôle superficiel exercé par la Cour à leur égard, cette possibilité ne se donne pratiquement jamais dans la pratique. Voir, à cet égard, K. Mortelmans, « The Relationship between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule », (2002) 39 *Common Market Law Review*, pp. 1303-1346.

[98] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 142 et s.

[99] CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, *Rec*. p. I-04023, para. 14.

[100] Voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

62. Ensuite, parce que l'intensité du contrôle exercé par la Cour à cet égard montre aussi une très grande variabilité. Parfois, le contrôle est inexistant ou simplement symbolique : dans l'arrêt *Schindler*, par exemple, la Cour a jugé qu'il revenait entièrement aux autorités étatiques d'apprécier si la mesure était conforme au principe de proportionnalité[101]. D'autres fois, la Cour semble se substituer totalement à celles-ci, comme dans l'arrêt *Caixabank*, où elle est allée jusqu'à proposer des mesures alternatives à celles qui ont été adoptées par l'Etat membre en cause[102].

63. Enfin, le contrôle de proportionnalité des mesures étatiques met en jeu une dimension additionnelle. Lorsqu'il porte sur des mesures d'origine communautaire, il n'est question que des compétences respectives des institutions de l'Union. Par contraste, lorsque l'origine des mesures est étatique, la décision de la Cour aura également une incidence sur la répartition des pouvoirs entre l'Union et les Etats membres, ou tout au moins sur son exercice. En effet, les libertés de circulation sont applicables dans des domaines réservés à la compétence exclusive ou partagée des Etats membres. Dès lors, le principe de proportionnalité présente des enjeux importants pour l'autonomie étatique : plus le contrôle exercé par la Cour sera intense, plus la marge d'appréciation des autorités étatiques sera réduite.

64. Néanmoins, l'intérêt de cet élément ne réside pas simplement dans le fait que l'application du principe de proportionnalité comporte des implications additionnelles, concernant la « répartition verticale » du pouvoir au sein de l'Union. Surtout, cela met en relief le problème de la cohabitation de cultures juridiques et d'identités différentes. Ainsi, le « langage juridique » de l'Union (qui, par le biais du principe de proportionnalité, comme nous le verrons, consiste en une évaluation coûts bénéfices) est difficile à « traduire » dans le langage qui est souvent le propre du droit des Etats membres (le langage des règles abstraites). L'exemple de la cohabitation du droit des conflits de lois (d'origine étatique) avec le principe de proportionnalité (d'origine communautaire) sera utilisé tout au long de cette thèse pour illustrer cette « intraductibilité ». C'est en ayant à l'esprit cette difficulté que nous serons également en mesure de porter un regard « externe » sur le principe de proportionnalité, en nous situant, comme s'il s'agissant d'un exercice de droit comparé, dans le point de vue d'un droit (paradoxalement) « étranger » (celui des Etats membres).

65. Pour toutes ces raisons, le terrain du droit communautaire, et en particulier celui des libertés de circulation, nous semble particulièrement propice pour mener une étude sur le principe de proportionnalité. Il faut néanmoins invoquer une raison additionnelle,

[101] CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-01039.

[102] CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-442/02, *Rec*. p. I-08961.

de caractère moins évidemment « scientifique ». Notre choix de l'Union européenne s'explique aussi par le fait que ce domaine semble particulièrement pauvre analyses de ce genre. Il existe en effet deux approches majoritaires dans la doctrine spécialisée : d'un côté, une approche qui se situe dans l'orthodoxie « positiviste », en appréhendant le droit communautaire comme une branche particulière d'un ensemble cohérent de règles organisées hiérarchiquement ; et d'un autre côté, une approche « fonctionnaliste », plus courante dans la littérature anglophone, qui conçoit le droit communautaire comme un instrument (nous avons déjà fait référence à cette approche, en signalant notamment sa parenté avec le projet même de l'intégration européenne). Malgré l'intérêt indubitable de ces deux perspectives, il nous semble qu'il y a une place pour une analyse « intermédiaire » au regard de laquelle le droit communautaire serait conçu comme le miroir d'une identité propre et irréductible. En présupposant l'absence d'une telle culture juridique, les auteurs renoncent fréquemment à identifier la *signification spécifiquement européenne* des différentes notions juridiques (dont notamment celle du principe de proportionnalité), pour se livrer à des spéculations sur les motifs et stratégies de la Cour de justice du point de vue de l'*agenda* de l'intégration.

66. En ce sens, notre thèse se veut aussi une *revendication* d'une analyse méthodologique alternative, d'une « autre manière » de concevoir le droit de l'Union européenne[103]. Nous estimons cette approche susceptible de contribuer à mettre en relief les fondements dogmatiques[104] de cet ordre, qui nous paraissent trop souvent occultes (voire occultés ?) sous un couvert positiviste ou fonctionnaliste. En particulier, l'étude du principe de proportionnalité, en tant que principe *emblématique* de la culture juridique de l'Union européenne, nous montrera que le refoulement de la dimension dogmatique de cet ordre n'est pas accidentel, mais constitue au contraire un trait essentiel de cette culture. En d'autres termes, une approche non-fonctionnaliste a précisément le pouvoir de révéler l'« autre » du droit communautaire. Dès lors, adopter un point de vue « expressiviste » présente le même avantage « subversif » qu'une étude de droit comparé[105], dès lors qu'elle oblige à se situer « en dehors » de l'objet d'analyse. De la sorte, la conclusion de M. Tushnet sur les mérites des approches comparatistes expressivistes (« *La force de l'expressivisme se trouve dans sa capacité à nous permettre*

[103] C. Pardo, « Otro modo de comprender el Derecho (la aproximación histórica y comparatista) », in *Otra Forma de Comprender el Derecho*, Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 17-20 ; D. Kennedy, « New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance » (1997) 2 *Utah Law Review* 545-637.

[104] P. Legendre, « Revisiter les fondations du droit civil », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1990, pp. 639-644.

[105] H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 503-527.

d'entamer une discussion sur notre identité constitutionnelle, au lieu de la tenir pour acquise »[106]) présente à l'égard du droit de l'Union un intérêt nouveau et redoublé.

IV. LA DYNAMIQUE

67. Cette thèse se veut une étude de la signification du principe de proportionnalité dans le contexte particulier du droit communautaire. Cela soulève un problème. Comme il l'a été amplement relevé, le principe de proportionnalité s'est introduit dans une grande quantité d'ordre juridiques, si bien qu'il montre une qualité « virale », se propageant partout dans le monde avec rapidité[107]. Le grand retentissement du principe de proportionnalité pourrait être utilisé comme un argument à l'encontre de son analyse « expressiviste ». En effet, puisqu'il est présent dans autant de contextes différents, ne faudrait-il pas conclure qu'il ne possède pas de signification propre à une culture juridique en particulier ? M. Bomhoff résume ainsi le problème :

> *Comment rendre compte de l'étonnant retentissement d'un langage aussi similaire, impliquant des références à la mise en balance et à la proportionnalité, dans autant d'ordre juridiques dans le monde ? Le langage de la mise en balance – et de la proportionnalité – est devenu une nouvelle lingua franca des tribunaux et de la doctrine de droit constitutionnel partout dans le monde. La méthodologie comparative doit pouvoir rendre compte cette similitude générale, ou du moins l'accommoder*[108].

68. Une solution à ce problème est de revenir à une méthodologie fonctionnaliste (l'approche dominante parmi la doctrine), en concevant le principe de proportionnalité comme un simple instrument, une sorte de technologie juridique particulièrement efficace. Nous avons pourtant décidé d'écarter cette approche. Au lieu de cela, nous avons préféré insister sur une analyse dogmatique de ce principe, en espérant que l'expérience de l'Union confirmera le bien fondé d'une telle approche. A cet égard, plusieurs remarques sont nécessaires.

69. Tout d'abord, il n'est pas inconcevable que le principe de proportionnalité possède une signification partagée. Le contexte où ce principe s'insère serait alors la culture juridique occidentale dans sa généralité. Par conséquent, le retentissement du

---

[106] M.V. Tushnet, « The Possibilities of Comparative Constitutional Law », préc., p. 1281 : « Expressivism's strength, however, lies in its ability to allow us to engage in a discussion of what our constitutional character is, rather than leaving us to take it for granted ».

[107] A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », préc., p. 111.

[108] J. Bomhoff, « Balancing, the Global and the Local… », préc., p. 570 : « how to account for the astounding spread of very similar looking language, involving references to balancing and proportionality, in so many legal systems around the world? The language of balancing – and proportionality - has become a new *lingua franca* of courts and constitutional scholars around the world. Comparative methodology must be able to account for, or at least accommodate, this widespread similarity ».

principe de proportionnalité, bien qu'il rende son analyse plus complexe, ne démontre aucunement que cette notion soit dépourvue de toute signification dogmatique. En réalité, la problématique qui se pose est identique à celle qui a déjà fait l'objet de nombreux débats, concernant le caractère universel des droits de l'homme[109]. Comme le résume Alain Supiot, ce débat se pose dans les termes suivants :

> *[…] existe-t-il des croyances communes à toutes l'humanité, autrement dit des valeurs universellement reconnues, sinon observées, et susceptibles de fournir une base institutionnelle à cette globalisation ? Ou bien, au contraire, les systèmes dogmatiques sont-ils imperméables les uns aux autres et ne peuvent-ils que s'ignorer ou se faire la guerre ?*[110]

70. A cet égard, il peut être utile de se référer à la notion de « ressource commune », proposée par le même auteur en réponse au dilemme universaliste des droits de l'homme. Ceux-ci constitueraient des « ressources dogmatiques », lesquels, en tant que « ressource commune » à l'humanité, resteraient néanmoins ouvertes à l'interprétation au sein de chaque culture juridique[111]. A leur instar, le principe de proportionnalité constitue aussi une référence commune, dont il serait même possible d'identifier une « généalogie » unique « transnationale »[112]. Néanmoins, en tant que ressource commune, son accueil dans une culture juridique déterminée lui fait acquérir une véritable signification, tandis que, dans le même temps, le principe de proportionnalité fait subir à la culture juridique d'accueil une certaine transformation. Il demeure que ce processus dialectique reste dans l'ordre du dogmatique.

71. Ensuite, il convient de souligner que toute perspective « interne » ne l'est jamais à l'état « pur ». Une grille de lecture *externe* est simplement indispensable. Comme l'explique Jacco Bomhoff, on ne peut aspirer qu'à réduire au maximum les éléments externes à l'objet de notre analyse, au minimum indispensable pour le rendre compréhensible et comparable à d'autres « versions » du principe de proportionnalité[113]. Une telle grille d'analyse externe prend souvent la forme d'une certaine problématique qui oblige l'analyste à poser des questions déterminées et à orienter son analyse dans une certaine direction. Un exemple bien connu nous est donné par le thème du « gouvernement des juges », si familier dans le débat sur le principe de proportionnalité et généralement sur toute forme de contrôle judiciaire. En tant que grille extérieure à l'objet de l'analyse, cette problématique permet de l'orienter pour déterminer comment le

[109] A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Éditions du Seuil, 2005, p. 275 et s.

[110] *Ibid.*, pp. 275-276.

[111] *Ibid.*, p. 301.

[112] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy… », préc., p. 185.

[113] J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, préc., p. 23.

principe de proportionnalité impose des contraintes aux juges ou au contraire, les libère de celles-ci[114].

72. La problématique du déficit de légitimité des juges reste d'actualité dans le contexte de l'Union européenne, la Cour de justice se faisant accuser régulièrement d'excéder ses pouvoirs[115]. Nous avons pourtant choisi de l'esquiver, peu convaincu que l'on puisse contribuer à un débat aussi vieux de manière quelque peu originale et constructive. Nous avons également écarté, pour les mêmes raisons, les problématiques qui présentent une parenté avec le thème du gouvernement des juges, car ils ont en commun de s'interroger sur l'effet de « contrainte » du principe de proportionnalité sur le juge. Ainsi, ce principe est souvent examiné à partir du couple imprévisibilité/flexibilité : tandis que certains auteurs décrient le principe de proportionnalité comme sapant toute prévisibilité dans l'application du droit, d'autres au contraire célèbrent sa flexibilité[116]. Aussi, il est souvent question dans la doctrine de prendre position par rapport à l'éventuelle contribution du principe de proportionnalité à la protection des droits fondamentaux : certains auteurs soutiennent que le principe de proportionnalité introduit un degré insupportable de relativité en permettant que des restrictions « proportionnelles » de droits fondamentaux soient acceptées par le juge[117]. Bien que cette littérature fasse des apparitions dans nos développements, nous nous abstiendrons de prendre position à l'égard de la question de l'impact du principe de proportionnalité sur les pouvoirs des juges.

73. Nous avons enfin écarté la méthode de la « généalogie », malgré son incontestable fécondité (comme le montrent notamment les contributions de Duncan Kennedy[118] et

[114] Ce thème est par exemple présent dans le fameux livre d'E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, préc.

[115] Les politiciens allemands Roman Herzog et Lüder Gerken ont par exemple publié le 8 septembre 2008 dans le journal *Frankfurter Allgemeine Zeitung* un article titré « Arrêtez la Cour de justice » dénonçant l'empiètement des compétences étatiques, en particulier à la suite de l'arrêt *Mangold*. A ce propos, voir l'éditorial « The Court of Justice in the Limelight – again », (2008) 45 *Common Market Law Review*, pp. 1571-1579. Voir aussi, en France, l'article paru dans *Le Monde* à la suite des arrêts Viking et Laval, dont il sera souvent question tout au long de cette thèse : A. Supiot, « Voilà l'économie communiste de marché », *Le Monde*, 25 janvier 2008.

[116] Voir par exemple la thèse de S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : Bruylant, 2001 (dénonçant l'insécurité générée par le principe de proportionnalité), et la thèse opposée de P. Muzny, *La technique de proportionnalité…*, préc. (célébrant le principe de proportionnalité, comme indiqué dans le titre de l'ouvrage).

[117] Voir notamment le débat entre J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, trad. fr. par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme), Paris : Gallimard, 1997 (position critique du principe de proportionnalité) ; et R. Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores, 2004 (position favorable).

[118] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy… », préc., p. 185.

Jacco Bomhoff[119]). Même si l'histoire intellectuelle de maintes notions du droit de l'Union européenne reste encore à faire (dont notamment celle du principe de proportionnalité), et bien que la méthode généalogique s'adapte particulièrement bien à une approche de type expressiviste, une voie alternative nous a semblé plus prometteuse. Au lieu de ces approches, nous allons examiner les « propriétés dynamiques » du principe de proportionnalité, en tant que « force agissante » et « transformatrice ». Nous nous expliquerons par la suite sur la signification et l'intérêt selon nous de ce choix.

74. De nombreuses approches ont en commun de « banaliser » l'impact du principe de proportionnalité. Ces interprétations réductrices présentent plusieurs versions : le principe de proportionnalité constituerait une contribution anodine, à laquelle personne ne saurait s'opposer (qui serait contre l'exigence d'une juste proportion dans toutes les choses ?)[120] ; le principe de proportionnalité serait une disposition de plus, à rendre cohérente avec le reste des dispositions générales composant un ordre juridique[121] ; le principe de proportionnalité serait une exception à la règle, une variation anecdotique dans l'application normale du droit[122] ; le principe de proportionnalité serait une simple règle de comportement, sans agir sur la question institutionnelle sous-jacente[123] ; le principe de proportionnalité serait un mécanisme purement neutre, qui ne contiendrait aucun choix substantiel[124].

75. Nous considérons au contraire que le *potentiel transformateur* du principe de proportionnalité ne peut pas être sous-estimé. Le principe de proportionnalité présente tout d'abord une qualité expansive – après sa réception, ce principe conduit à s'étendre, au lieu de rester dans les confins d'une certaine catégorie bien définie. Ensuite, il présente une qualité transformatrice – le principe de proportionnalité tend à faire subir une mutation au corps dans lequel il s'insère, nous obligeant à réviser toutes les notions avec lesquelles il entre en contact. D'ou un certain paradoxe : le principe de proportionnalité semblerait la norme la plus banale et facilement incorporable dans n'importe quel système juridique ; pourtant, il s'avère la source d'un bouleversement total, s'étendant partout et phagocytant les principes les plus élémentaires, créant perplexité et confusion.

76. Le principe de proportionnalité est ainsi vecteur et manifestation d'une transformation profonde qui, en tant que telle, ne peut pas se limiter à une seule branche, catégorie ou dimension du droit. Le propre du principe de proportionnalité est de ne pas

[119] J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, préc.

[120] Voir *infra*, nº 1014 et s.

[121] Voir *infra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2.

[122] Voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

[123] Voir *infra*, Partie III.

[124] Voir *infra*, Partie II.

se laisser enfermer dans une catégorie précise, remettant ainsi en cause les dichotomies reçues[125]. Forme, contenu et la question institutionnelle du *quis iudicabit* ressortent transformés de leur contact avec le principe de proportionnalité. D'où le choix du terme « dynamique » pour définir la problématique à partir de laquelle nous avons choisi de structurer notre thèse : nous nous proposons d'analyser le principe de proportionnalité du point de vue de cet effet transformateur. Le terme « dynamique » peut être compris comme l'étude du mouvement, une partie des sciences. En physique, par exemple, la dynamique est définie comme une « *[p]artie de la mécanique qui étudie les relations entre les forces et les mouvements qu'elles produisent* », tandis qu'en sociologie elle décrit l'« *[é]tude des forces créatrices auxquelles on attribue une valeur causale dans l'évolution et le progrès des sociétés* ». Elle peut être aussi un phénomène, en tant que « *[m]ouvement interne qui anime et fait évoluer (quelque chose)* », comme par exemple « *La dynamique des classes* ». Dans le champ juridique, nous souhaiterions nous servir de la notion de dynamique comme l'étude du « mouvement » entraîné par le principe de proportionnalité, dont la vertu est, une fois accueilli au sein du droit, de se propager et provoquer la transformation des notions juridiques avec lesquels il entre en contact.

77. Afin de refléter cette problématique, nous allons diviser notre thèse en trois parties, en abordant d'abord la transformation opérée par le principe de proportionnalité sur la *forme de raisonnement* du juge communautaire (Partie I), pour ensuite identifier les *choix substantiels* impliqués par l'introduction de ce principe (Partie II) et enfin mettre en exergue le bouleversement qui en résulte du point de vue de la *répartition institutionnelle des pouvoirs* (Partie III). Bien entendu, cette division reflète des catégories très usées dans la pensée juridique (notamment, les couples formel-substantiel et norme de comportement-norme institutionnelle, bien qu'aucune des deux ne soit dépourvue d'ambiguïtés, comme nous le verrons ultérieurement), ce qui semblerait contredire notre affirmation précédente sur l'incapacité du principe de proportionnalité à rentrer dans des catégories traditionnelles, comme le serait celles du « formel » et du « substantiel »[126]. Or, notre propos n'est absolument pas de réduire la portée du principe de proportionnalité par de telles limites, mais simplement d'utiliser ces catégories comme autant de perspectives à partir desquelles la dynamique de ce principe peut être appréhendée. Ce

[125] J. Bomhoff, « Balancing, the Global and the Local… », préc., pp. 559-560, où l'auteur note qu'une des difficultés de toute analyse du principe de proportionnalité est le fait que « the ideas and practices that underlie and shape judicial balancing habitually transcend many of the basic conceptual oppositions that are characteristic for legal thought generally. Familiar distinctions between, for example, 'form and substance,' 'process and outcome' or 'law and politics' collapse when faced with the task of classifying balancing, as references may fit both, or any one, of these categories ».

[126] J. Bomhoff, « Balancing, the Global and the Local… », préc., pp. 559-560 et 582 : « Balancing and proportionality tests can, in different contexts, be seen as either predominantly substantive, extra-legal arguments that have been formalized to an unusual extent, or as unusually substance-dependent forms of (formal) legal argument ».

n’est qu’à partir d’un regard tridimensionnel qu’il sera possible de prendre acte de la véritable ampleur de la transformation impliquée.

PREMIERE PARTIE : UNE FORME DE RAISONNEMENT

78. Dans la présente Partie, nous nous proposons d'envisager le principe de proportionnalité sous un angle formel, en l'envisageant du point de vue de la forme de raisonnement employée par le juge.

79. A titre préliminaire, il convient de prendre acte de l'ambiguïté de la notion de « forme » ou « formalisme ». Très souvent, surtout aux Etats-Unis, le terme « formalisme » signifie simplement un raisonnement juridique de type déductif ou, dans sa version péjorative, un « abus de déduction » (c'est-à-dire, le fait de présenter une solution le résultat d'une déduction alors qu'il ne saurait être de la sorte, celle-ci étant plutôt le fruit de la libre volonté du juge)[127]. Or, d'autres sens sont envisageables[128]. « Formalisme » peut faire également référence à une interprétation stricte de la loi. Aussi, il peut faire référence à l'approche doctrinale positiviste, comme celle de Kelsen, qui analyse le droit exclusivement à partir d'éléments formels, sans porter aucune attention pour son contenu (une approche dite donc « formaliste »). Enfin, le terme peut se référer à l'autonomie du raisonnement juridique, de sorte qu'un raisonnement est dit « formel » lorsqu'il est « fermé » ou « autonome » par rapport à d'autres éléments « non-juridiques »[129].

80. En lien avec cette dernière signification, nous utiliserons le terme formel dans le sens de « contraignant ». Ainsi, est « formel » le raisonnement qui impose des contraintes au juge par rapport à ce qu'un argument acceptable et ce qui ne l'est pas. A cet égard, il existe trois positions principales par rapport au principe de proportionnalité. Selon la première, il serait en réalité radicalement informel, dans le sens où ce principe n'imposerait au juge aucune contrainte. Se caractérisant donc par son informalité, le principe de proportionnalité autoriserait le juge à trouver la solution la plus juste ou approprié dans chaque cas, comme s'il tranchait *ex æquo et bono*.

81. La deuxième position défend l'avis exactement inverse. Le principe de proportionnalité ne serait pas différent de n'importe quelle autre règle abstraite, à partir de laquelle la solution d'un litige pourrait être déduite par le biais d'un simple

[127] D. Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Cambridge-London : Harvard University Press, 1997, p. 105-6.

[128] J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, thèse, 2012, p. 61 et s.

[129] *Ibid.*, p. 61 : « the category of 'legal formality', and the terms 'form' and 'formal', will be used in this thesis to describe all those elements within, and all characteristics of, legal reasoning that are understood by the local interpretative community to seek to uphold or maximize law's autonomy. In all these instances, legal formality, as 'closedness' and autonomy, can be understood through its opposition to different forms of 'openness' to the extra-judicial, whether in terms of particularism, instrumentalism, 'policy-reasoning', contextualism or otherwise. All these manifestations of 'openness', or 'open-endedness', will be labelled 'substantive' throughout this thesis ».

syllogisme. Tout au plus, on pourrait reconnaître son caractère relativement vague. Or, cette situation serait corrigée au fur et à mesure que le juge sera amené à l'appliquer à des cas d'espèce, précisant son sens chaque fois davantage.

82. La troisième position, qui est la nôtre, envisage le principe de proportionnalité comme une forme de raisonnement spécifique. Cette approche n'est pas originale. Un des analystes les plus célèbres du principe de proportionnalité, Robert Alexy, conçoit ce principe explicitement comme une forme de raisonnement propre aux principes constitutionnels. A la différence des règles, applicables par le biais d'un simple syllogisme judiciaire, les « principes » ne s'accommodent pas d'une telle forme de raisonnement, nécessitant d'être « mis en balance » les uns contre les autres. Le principe de proportionnalité serait le nom donné à cette opération d'un grand formalisme[130], de sorte que le principe de proportionnalité et le syllogisme juridique constitueraient deux formes de raisonnement alternatives[131]. Néanmoins, nous ne sommes que partiellement d'accord avec cet auteur. Bien que le principe de proportionnalité soit certes incompatible avec le syllogisme juridique, il ne saurait pas non plus être assimilé à une forme de raisonnement de mise en balance.

83. Dès lors, nous présenterons d'abord le principe de proportionnalité en tant que forme de raisonnement spécifique. Tel qu'interprété par la Cour de justice, ce consiste en une évaluation coûts-bénéfices dont le trait fondamental est son empirisme et l'exclusion de tout élément dogmatique. Cela le distingue d'autres interprétations du principe de proportionnalité, comme celle de M. Alexy, qui l'assimilent à une mise en balance d'intérêts (Titre I).

84. Ensuite, il s'agira de mettre en relief la spécificité de cette forme de raisonnement par rapport au syllogisme judiciaire. Les deux s'avèrent en réalité radicalement incompatibles, le principe de proportionnalité (et, dès lors, les libertés de circulation) ne pouvant pas être conçu comme une règle abstraite applicable déductivement, mais plutôt comme une norme dont l'application se fait toujours *in concreto*. Nous constaterons en particulier que le prétendu développement de la jurisprudence communautaire ne fait pas obstacle à cette conclusion (Titre II).

---

[130] *Ibid.*, p. 309 : « Far from standing in direct opposition to formal elements, like rules and conceptualism, as in the American setting, where balancing is continuously seen in opposition to a formal 'definitional tradition', German constitutional balancing is a central element of a legal culture that remains, in profound ways, attached to legal formality ». Voir aussi D. Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality: Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought », 55 *Hastings Law Journal* 1031 (2008), p. 1071 et s., où l'auteur évoque le paradoxe de la « formalisation de la rationalité substantielle » (« formalizing substantive rationality »).

[131] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (*Theorie der Grundrechte*, trad. espagnole par E. Garzón Valdés), Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

TITRE I. UNE EVALUATION COUTS-BENEFICES

85. Dans son principe, la proportionnalité consiste à vérifier que la mesure faisant obstacle à la circulation intracommunautaire poursuive un objectif légitime et n'aille pas au-delà de ce qui est strictement indispensable. A partir de cette définition, la doctrine distingue plusieurs conditions ou « tests » autonomes et cumulatifs. Il s'agit notamment (i) du test de la légitimité des buts poursuivis ; (ii) du test d'aptitude ; et (iii) du test de nécessité. Néanmoins, cette formulation de principe ne révèle pratiquement rien sur le principe de proportionnalité appliqué par la Cour de justice. En effet, la formulation est revêtue d'une grande ambigüité dès lors qu'elle peut recevoir différentes interprétations, concernant tout autant ses différentes composantes (qu'est-ce qu'une « mesure » ? un « objectif légitime » ? et que signifie le fait d'être « apte » ou « indispensable » ?) que le principe de proportionnalité dans sa totalité (existe-t-il une unité quelconque entre les différentes composantes ? en cas de réponse affirmative, que signifie le fait de qualifier une mesure de « proportionnée » ?).

86. Il s'agira de montrer, dans le présent Titre, que la Cour a interprété le principe de proportionnalité comme une évaluation coûts-bénéfices. Ainsi, nous montrerons en premier lieu, en examinant l'évolution jurisprudentielle de chacune des composantes du principe de proportionnalité, que la Cour ne prend en compte dans son évaluation que les conséquences commensurables des mesures étatiques examinées, et cela sur un plan strictement empirique, excluant par conséquent de son analyse tout élément qui n'y serait pas réductible (Chapitre 1).

87. Dans un second temps, il sera question de distinguer l'évaluation coûts-bénéfices de la forme de raisonnement spécifique dite de la mise en balance d'intérêts, à laquelle le principe de proportionnalité est souvent assimilé. Lorsque la doctrine décrit le principe de proportionnalité, elle ajoute souvent aux composantes déjà mentionnées un dernier test, dit de proportionnalité *stricto sensu*, qui consisterait à mettre en balance les intérêts présents dans le cas d'espèce. Or, en dépit de l'essor en droit comparé et international de cette méthodologie, la forme de raisonnement qui caractérise la jurisprudence faisant l'objet de notre étude est radicalement différente. Nous constaterons qu'il n'est fait absolument aucune application d'un tel test de proportionnalité *stricto sensu*, la méthode de la mise en balance d'intérêts étant absente dans la jurisprudence communautaire (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'EMPIRISME DES COMPOSANTES DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

88. Selon le prix Nobel d'économie, Amartya Sen, l'analyse coûts-bénéfices repose sur deux principales caractéristiques[132]: le *conséquentialisme* et la *commensurabilité*. Ces deux aspects se retrouvent dans les décisions de la Cour qui s'appuient sur le principe de proportionnalité. En effet, ce principe conditionne la conformité d'une mesure au droit communautaire en fonction de ses *conséquences*. Il ne s'agit pas de juger les autorités étatiques en fonction des motifs justifiant leurs actes, de leur volonté (qu'elle soit considérée objectivement ou subjectivement), ou de leur respect à certaines règles. La Cour ne prend en considération que les effets *sur le plan empirique* que produit la mesure étatique en question, ainsi que les éventuelles mesures alternatives à l'aune desquelles elle sera comparée. D'où le caractère *conséquentialiste* du raisonnement de la Cour lorsqu'elle applique le principe de proportionnalité.

89. Le caractère de la *commensurabilité* est tout aussi évident. La comparaison entre la mesure en question et d'autres mesures alternatives en fonction de leurs conséquences est faite en termes *quantitatifs*, et non pas *qualitatifs*. Ainsi, la mesure ne sera validée qu'en l'absence d'alternative moins coûteuse, de sorte que sera privilégiée la mesure dont l'application opérerait à moindre coût pour les agents économiques. La notion de coût constitue donc l'instrument de mesure à l'aune duquel sera comparée la réglementation incriminée avec les réglementations hypothétiques pouvant servir d'alternative. La comparaison est faite en termes de nombres, *quantités*, et non pas en fonction des *qualités* propres aux mesures en question.

90. Aussi, dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, la Cour de justice apprécie si la réglementation en cause entraîne des bénéfices – cette première étape du raisonnement est communément appelée test d'appropriation, car elle consiste à établir l'existence d'un lien causal entre l'objectif poursuivi et la réglementation nationale. Elle vérifie ensuite si la mesure hypothétique, en tant qu'alternative à la mesure en vigueur, est « aussi efficace » dans la poursuite de l'objectif visé. Il s'agit donc d'une comparaison des bénéfices respectifs (Section 1). Si tant est que les deux mesures entrainent autant de bénéfices, la Cour comparera les coûts, calculés à partir des effets sur les échanges intracommunautaires. Est donc conforme au principe de proportionnalité celui des deux moyens comparés qui est « *moins restrictif et tout aussi efficace* »[133] (Section 2).

---

[132] A. Sen, « The Discipline of Cost-Benefit Analysis », in M.D. Adler et E.A. Posner (éds.), *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, Chicago/Londres : The University of Chicago Press, 2001, pp. 95-116.

[133] CJCE, 19 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-244/04, *Rec*. p. I-00885, para. 45.

SECTION 1. Le calcul des bénéfices : le test d'appropriation

91. La Cour de justice a interprété le test d'appropriation comme une évaluation purement empirique, consistant à tenir compte des bénéfices provoqués *de fait* par les mesures étatiques en cause. Ainsi, les motifs ayant conduit à leur adoption ou leur qualification formelle sous le droit national ou communautaire n'ont aucune importance (§ 1). De telle sorte que l'examen de la légitimité des buts poursuivis perd toute autonomie et se confond avec le test d'appropriation. Par conséquent, au lieu d'opérer un tri entre les objectifs susceptibles d'être légitimement poursuivis par les Etats, la Cour se limite à vérifier si les mesures examinées sont techniquement aptes à atteindre les effets invoqués par les Etats membres en leur soutien (§ 2).

§ 1 – La justification par la voie exclusive des effets produits

92. La Cour de justice tend de longue date, dans presque tous les domaines du droit communautaire, à privilégier un regard porté sur les *effets*. Pour ne citer que quelques exemples, dans l'arrêt *Commission/Irlande* la Cour a considéré que des mesures, bien que non-contraignantes, pouvaient être qualifiées de mesures au sens de l'article 28 dès lors que leurs effets faisaient obstacle à la circulation intracommunautaire[134]. Par ailleurs, dans l'arrêt *Commission/France* elle a estimé que la France était coupable de pratiques discriminatoires, l'administration française continuant *de facto* à exercer de telles pratiques alors même que la réglementation en la matière ne l'était pas[135]. Les libertés de circulation depuis l'arrêt *Dassonville* disqualifient toute mesure ayant pour *effet* de faire obstacle au commerce intracommunautaire.

93. Pourtant, pour qu'une mesure faisant obstacle à la circulation puisse être justifiée, il semblerait indispensable de juger de ses *motifs*. En effet, la Cour considère conformes aux libertés de circulation les mesures qui, bien que limitant les échanges intracommunautaires, poursuivent des « objectifs » légitimes de façon proportionnée[136]. Le juge serait ainsi amené, paraît-il, à identifier les raisons ayant conduit à l'adoption de la mesure en question. En réalité, cependant, cette appréciation a été transformée par le juge communautaire en une question entièrement empirique, se rapportant exclusivement à l'identification des effets entrainés par la mesure en question, ce qui lui permet de faire totalement abstraction de la volonté dont résulte l'acte à l'origine de l'entrave.

[134] CJCE, 24 novembre 1982, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, aff. 249/81, *Rec.* p. 04005.

[135] CJCE, 9 mai 1985, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. 21/84, *Rec*. p. 01355.

[136] Voir p.ex. CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec*. p. 02605, para. 22.

L'évolution de cet aspect de la jurisprudence est ainsi cohérente avec l'approche générale de la Cour.

94. Ainsi, la préoccupation envers les mesures étatiques de nature protectionniste, laquelle impliquait bien évidemment de s'interroger sur les véritables motifs justifiant l'adoption d'un acte, n'est plus centrale dans la jurisprudence. La Cour ne s'est pas arrêtée là, puisque la notion d'objectif d'intérêt général a plus récemment été réduite à celle de simple effet. Les « motifs » des mesures ne conditionnant en rien leurs chances d'être validées par la Cour, seul comptent les effets qui en découlent objectivement. Ainsi, l'identification du dit « objectif » poursuivi par les autorités étatiques ayant adopté l'acte en question se confond entièrement avec le contrôle dit « d'adéquation », lequel permettrait d'établir l'existence d'un lien causal entre l'acte et les effets invoqués par la partie défenderesse en son soutien (A). Cela signifie également que la qualification formelle du point de vue du droit international privé de la réglementation étatique dont l'application a entravé la circulation est parfaitement indifférente lors de l'appréciation de sa proportionnalité (B).

A. La réduction de la notion de but à celle d'effet

95. Il est communément admis que les libertés de circulation visaient premièrement à lutter contre les politiques protectionnistes des Etats membres, de sorte que le contrôle de proportionnalité servirait à identifier de telles politiques. Cette impression, certes conforme au but initialement poursuivi par les libertés de circulation[137], semble être encore d'actualité, comme le montrerait le langage utilisé par la Cour de justice dans des affaires récentes, lorsqu'elle affirme que les limitations des libertés de circulation seraient des restrictions au commerce « déguisées ». Dans son arrêt *Alfa Vita*, par exemple, elle déclare :

> *Conformément à l'article 30 CE, l'article 28 CE ne fait pas obstacle aux interdictions ou aux restrictions d'importation justifiées, notamment, par des raisons de protection de la santé et de la vie des personnes à condition que ces interdictions ou restrictions ne constituent ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres*[138].

96. La notion de « restriction déguisée » implique bien évidemment de rechercher la volonté véritable des autorités étatiques. Dans l'arrêt *Zenatti*, la Cour vise également à

[137] G. de Búrca, « Unpacking the Concept of Discrimination in EC and International Trade Law », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 181-194. Voir aussi *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

[138] CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, anciennement Trofo Super-Markets AE et Carrefour Marinopoulos AE c. Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04, *Rec*. p. I-08135, para. 4 (nous soulignons).

identifier la « justification réelle » et non « accessoire » de la mesure étatique en question :

> *[…] une telle limitation n'est admissible que si elle répond d'abord effectivement au souci de réduire véritablement les occasions de jeux et si le financement d'activités sociales au moyen d'un prélèvement sur les recettes provenant des jeux autorisés ne constitue qu'une conséquence bénéfique accessoire, et non la justification réelle, de la politique restrictive mise en place*[139].

97. Cet arrêt donne ainsi l'impression que, parmi les mesures non ouvertement protectionnistes ou discriminatoires, ne seraient disproportionnées que celles poursuivant réellement des politiques protectionnistes sous l'apparence d'une autre motivation. C'est ainsi que la Cour, dans l'arrêt *Schloh*, a entrepris de vérifier si la mesure litigieuse était « *réellement inspirée par un souci de protection de la santé et de la vie des personnes* » ou si au contraire « *elle constitu[ait] en réalité une discrimination arbitraire dans le commerce entre Etats membres* »[140]. L'examen du juge porterait donc sur la véritable volonté des autorités nationales, de sorte que le contrôle de proportionnalité servirait à identifier des mesures proprement protectionnistes[141].

98. Pourtant, malgré ce langage équivoque, la finalité « anti-protectionniste » semble avoir définitivement été abandonnée par la jurisprudence. En effet, depuis les arrêts *Dassonville* (où les mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives sont définies comme « *toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire* »)[142] et *Cassis de Dijon*[143] il est tout simplement impossible de continuer à prétendre que les libertés de circulation cherchent à identifier des « restrictions déguisées » puisque la CJUE affirme explicitement que les libertés de circulation ont aussi pour effet d'interdire des mesures poursuivant en toute honnêteté des objectifs non-économiques[144]. Pour preuve, dans l'arrêt *Dynamic Medien*, la Cour a jugé

---

[139] CJCE, 21 octobre 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec*. p. I-07289, para. 36.

[140] CJCE, 12 juin 1986, *Bernhard Schloh c. SPRL Auto contrôle technique*, aff. 50/85, *Rec*. p. 01855, para. 15.

[141] Voir C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles : Editions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 374, où les auteurs notent que « si un moyen est reconnu inefficace pour un but proclamé, celui qui tient à ce moyen, celui qui l'utilise, pourra toujours être soupçonné et accusé de rechercher un but inavoué. L'affirmation de l'inefficacité d'un moyen intéresse donc souvent bien plus la discussion sur les fins que le problème technique du meilleur moyen ».

[142] CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec*. p. 00837, para. 5.

[143] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec*. p. 00649.

[144] G. de Búrca, « Unpacking the Concept… », préc., p. 188.

que « *[b]ien qu'une mesure n'ait pas pour objet de régler les échanges de marchandises entre les États membres, ce qui est déterminant c'est son effet, actuel ou potentiel, sur le commerce intracommunautaire* »[145]. Par ailleurs, bien que la Cour continue à évoquer l'interdiction des restrictions déguisées, elle la distingue explicitement du contrôle de proportionnalité des entraves à la circulation. Ainsi, dans l'arrêt *Gourmet*, elle a considéré que :

> *Pour que des préoccupations de santé publique puissent justifier une entrave telle que celle qu'entraîne l'interdiction de la publicité en cause au principal, il est de surcroît nécessaire que la mesure considérée soit proportionnée à l'objectif à atteindre et ne constitue ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres*[146].

99. Par conséquent, on ne saurait être surpris de l'abandon par la doctrine, depuis le début des années 90, de l'interprétation de la proportionnalité comme principe interdisant les mesures protectionnistes déguisées[147].

100. Or, outre l'abandon du but anti-protectionniste initialement poursuivi par les libertés de circulation, la manière dont la Cour de justice conçoit la notion d'objectif poursuivi par les mesures nationales en cause reflète une vision strictement conséquentialiste. La jurisprudence récente a de plus en plus tendance à transformer la notion d'objectif en celle de simple effet. La Cour de justice ne cherche pas véritablement à établir quelle était l'intention de l'autorité nationale responsable de son adoption et se limite à constater que la mesure favorise *de fait* l'objectif allégué par l'Etat défendeur devant la Cour pour justifier l'entrave à la circulation qu'elle aurait provoquée. Autrement dit, la Cour se contente de vérifier qu'une mesure provoque véritablement les effets bénéfiques invoqués à son soutien par l'Etat membre poursuivi.

---

[145] CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, aff. C-244/06, *Rec*. p. I-00505, para. 27. Dans l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour a possiblement voulu signaler un retour sur la recherche de la volonté du législateur national (voir J. Paul, « Free Trade, Regulatory Competition and the Autonomous Market Fallacy », (1994) 1 *Columbia Journal of European Law*, pp. 29-62, p. 40), puisqu'elle a déclaré vouloir éviter que la libre circulation des marchandises soit invoquée pour attaquer « toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres » (CJCE, 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* p. I-06097, para. 14). Pourtant, comme nous le verrons plus loin en plus grand détail, ce revirement a été rendue insignifiant par la jurisprudence récente (CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-00519 ; CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, *Rec*. p. I-04273 ; CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, aff. C-265/06, *Rec*. p. I-02245), voire il a été définitivement abandonné (voir *infra*, nº 788 et s.).

[146] CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795, para. 28.

[147] Pour une des dernières analyses illustres qui ont prôné cette interprétation, voir G. Marenco, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *Cahiers de droit européen*, 1984, pp. 292-364.

101. En apparence, il semblerait que l'appréciation de la Cour soit de type subjectif, s'attachant à la véritable intention des autorités nationales, ce qui est certes plus conforme à une conception classique des normes juridiques[148]. Le langage employé par la Cour de Justice laisse à penser qu'elle cherche à découvrir une volonté originale., comme en attestent les expressions telles que « objectifs visés » par l'État membre[149], « but recherché »[150], ou « motifs »[151] de la réglementation.

102. Pourtant, une recherche historique de l'intention originale peut s'avérer extrêmement complexe, voire impossible, comme en témoigne l'affaire *Factortame*[152]. M. Green a mis ces difficultés en relief[153]. Dans la jurisprudence sur le détachement temporaire des travailleurs cette question a été abordée directement par la Cour. Dans ce domaine, les Etats membres doivent justifier les conditions imposées aux entreprises établies dans d'autres Etats membres détachant temporairement des travailleurs sur leur

[148] C. Pardo, « Reivindicación del Concepto de Derecho Subjetivo », in *Robert Alexy, Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid : Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 371-404, nº 6.1 : « En el 'estado de derecho clásico', las leyes nunca se confundieron […] con las medidas, instrucciones o máximas para una mejor y más rápida consecución de propósitos u objetivos. […] Las leyes no traen causa en la satisfacción de fines o deseos (en el lenguaje kantiano), sino en una voluntad racional ».

[149] CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c. État néerlandais*, aff. 352/85, *Rec*. p. 02085, para. 37.

[150] Voir p.ex. CJCE, 15 mars 2001, *Procédure pénale c. André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, aff. C-165/98, *Rec*. p. I-02189, para. 30 et 35; CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, *Rec*. p. I-01141, para. 40 et 45 ; *Laval*, para. 57 et 103 ; CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 32 ; CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*. p. I-07639, para. 29 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613, para. 31. La même formule se répète dans pratiquement tous les arrêts.

[151] CJCE, 23 novembre 1999, *Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)* aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec*. p. I-08453, para. 31.

[152] CJCE, 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, aff. C-221/89, *Rec*. p. I-03905.

[153] N. Green, « Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK », in E. Ellis (éd.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, pp. 145-164, p. 161 : « [In the Factortame litigation] the discovery provided in that litigation highlighted that, over a period of time from 1987 onwards, the government pursued a series of related, though different, objectives. Two separate pieces of correspondence rarely articulated the objective in identical language. Different Ministers had different views of what was sought to be achieved. Sometimes differences were subtle and at other times more profound. The debates in Parliament were invariably ill-informed and confusing… the objectives of the legislation in question were found in documents as diverse as: instructions to Parliamentary Counsel; interdepartmental minutes and notes; internal briefing notes for ministers; advice from Law Officers to the Cabinet and to ministers; instructions to the diplomatic representation in the UK Permanent Representative's office; correspondence between various governmental bodies and the European Commission; letters from MPs to constituents; and correspondence between Cabinet ministers. […] No authoritative source of guidance exists to explain what the objectives of an Act are ».

territoire. De telles conditions sont normalement justifiées au nom de la protection des travailleurs et du combat contre le *dumping social*.

103. Etait en cause, dans l'affaire *Finalarte*, la valeur des déclarations figurant dans l'exposé de motifs des règlementations contestées comme preuve du but poursuivi par celles-ci. Selon l'exposé de motifs, l'« *objectif déclaré* » de la réglementation examinée était « *de protéger les entreprises allemandes du secteur de la construction contre la pression croissante de la concurrence sur le marché intérieur européen et donc contre les prestataires de services étrangers* »[154]. Autrement dit, le législateur allemand cherchait, explicitement, la « protection de l'industrie nationale »[155]. Par là même, la réglementation allemande semblait vouée à être disqualifiée sans ambages. De son propre aveu, elle était une mesure « protectionniste », cherchant à protéger exclusivement les intérêts économiques de l'Allemagne. Une telle mesure serait « injustifiable per se »[156], puisque la jurisprudence défend d'invoquer à l'appui d'une mesure nationale faisant obstacle à la circulation des motifs « *de nature économique* »[157].

104. Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour : l'intention du législateur allemand serait « de nature économique » et ne pourrait donc justifier une restriction à la circulation[158]. Pourtant, la Cour affirme également de manière très claire que, « *s'il est vrai que l'intention du législateur telle qu'elle se manifeste lors des débats politiques qui précédent l'adoption d'une loi ou dans l'exposé de ses motifs peut constituer un indice quant au but poursuivi par ladite loi, cette intention ne peut être déterminante* »[159]. Cette distinction entre « l'intention du législateur » et le « but de la loi » renvoie à la distinction traditionnelle entre *voluntas legis* et *voluntas legislatoris*, selon laquelle le but d'une

[154] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831, para. 38.

[155] *Ibid.*, concl. AG Mischo, para. 34.

[156] T. Jeremy Gunn, « Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis », (2005) 19 *Emory International Law Review*, pp. 465-498, p. 487-491.

[157] Voir p.ex. CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c. État néerlandais*, aff. 352/85, *Rec*. p. 02085, para. 34. Voir notre analyse de cette jurisprudence *infra*, nº 147 et s.

[158] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831, para. 39

[159] *Ibid.*, para. 40.

norme doit être identifiée soit par une lecture subjective de la volonté du législateur (*voluntas legislatoris*) soit par une lecture objective de son texte (*voluntas legis*)[160].

105. La Cour adopte ainsi une interprétation « objectiviste » du droit national. Il faut en effet, nous dit-elle, « *vérifier si, considérée objectivement, la réglementation en cause au principal promeut la protection des travailleurs détachés* », même si l'Exposé de motifs de la réglementation semble le démentir[161]. Pourtant, la Cour va en réalité plus loin, dépassant largement la position « objectiviste ». Le « but » de la loi allemande ne se trouve pas dans la lecture « objective » de ses dispositions, mais plutôt dans les « effets réels » qu'elle provoque. Comme elle le précise dans l'arrêt *Portugaia Construções*, la Cour acceptera que la mesure en cause cherche à protéger les travailleurs s'il s'avère qu'elle « *comporte, pour les travailleurs concernés, un avantage réel qui contribue, de manière significative, à leur protection sociale* ». Ainsi, « *l'intention déclarée du législateur* » doit être confrontée non pas à celle qui émerge de la lettre de la loi mais plutôt aux « *des avantages prétendument conférés aux travailleurs par les mesures qu'il a prises* »[162]. La détermination de l'objectif d'une mesure étatique ne diffère donc pas de celle de ses effets[163], de ses « conséquences »[164] ou des « avantages réels » qu'elle confère objectivement[165].

106. Plutôt qu'« objectivisée », la notion de « but » a été « factualisé », dans la mesure où sa détermination dépend exclusivement d'une analyse des « effets » dont la loi en

[160] Voir p.ex. H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (*Reine Rechtslehre*, trad. fr. par Ch. Eisenman), Paris : Dalloz, 1962, p. 456.

[161] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831, para. 41.

[162] CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Ldª*, aff. C-164/99, *Rec*. p. I-00787, para. 29.

[163] Voir aussi CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007, para. 29 : « en réglementant la transmission de ces messages, elles restreignent la concurrence à laquelle la STER peut être confrontée, sur ce marché, de la part des organismes de radiodiffusion étrangers. Elles aboutissent ainsi, même si c' est à un moindre degré que la Kabelregeling, à protéger les recettes de la STER et poursuivent donc le même objectif que la réglementation antérieure ».

[164] CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03, *Rec*. p. I-10837, para. 41 : « Pour apprécier si une telle limitation est justifiée, il y a lieu d'examiner les conséquences d'une extension sans condition d'un avantage tel que celui en cause au principal ».

[165] Voir p.ex. CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. Filipe Pereira Félix*, aff. C-60/03, *Rec.* p. I-09553, para. 38.

question serait la « cause ». Ainsi, le contrôle de proportionnalité dépasse largement la dichotomie traditionnelle opposant les interprétations subjectiviste et objectiviste[166].

107. Une objection sérieuse à cette conclusion semblerait pourtant pouvoir provenir d'une jurisprudence récente, où la Cour a introduit une condition de « cohérence et systématicité » au sein du contrôle de proportionnalité. Cette nouvelle condition pourrait être comprise comme réintroduisant la recherche de l'intention « véritable » du législateur national. Voici la définition qu'en donne la jurisprudence :

> *[…] les différentes règles, ainsi que la législation nationale dans son ensemble, ne sont propres à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elles répondent véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique*[167].

108. La référence à l'objectif « véritablement » poursuivi conduit le juge à vérifier que la prétendue poursuite d'objectifs d'intérêt général, justifiant l'adoption de mesures étatiques nationales, ne dissimule pas une toute autre finalité qui serait en vérité protectionniste ou discriminatoire à l'égard des autres Etats membres. En outre, la notion de cohérence et systématicité renvoie à celle d' « *integrity* » popularisée par Ronald Dworkin[168], notion clé dans sa pensée, définie comme un principe de nature « *morale* » qui exige d'un ordre juridique qu'il exprime une « *conception unique et cohérente de la justice et l'équité* »[169]. Certains auteurs se soumettent à l'apparence d'une appréciation subjective de l'intention. M. Mathisen par exemple décrit cet examen comme un « test d'hypocrisie »[170]. Voici la définition qu'en donne l'Avocat général Poiares Maduro :

> *Cette exigence permet à la Cour de distinguer entre les législations qui poursuivent effectivement un objectif public légitime et les législations qui étaient peut-être destinées à l'origine à poursuivre un tel objectif, mais qui ont été détournées par certains intérêts spéciaux*[171].

---

[166] Voir pourtant J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », (2006) 65.1 *Cambridge Law Journal*, pp. 174-207, p. 196.

[167] CJUE, 1 juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec*. p. I-04629, para. 94.

[168] R. Dworkin, *Law's Empire*, Londres : Fontana Press, 1986, p. 176 et s.

[169] *Ibid.*, p. 219 : « Integrity demands that the public standards of the community be both made and seen, so far as this is possible, to express a single, coherent scheme of justice and fairness in the right relation ».

[170] G. Mathisen, « Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement », (2010) 47 *Common Market Law Review*, pp. 1021-1048, p. 1034 et s. Voir aussi p. 1026 : « Incoherence and inconsistencies between the purported objective of a given measure and what the measure actually entails may raise questions as to the true objective of the measure, or as to the credibility of its purported objective ».

[171] CJUE, 1 juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec*. p. I-04629, concl. AG Poiares Maduro, para. 21.

109. Pourtant, il ne faut pas exagérer la nouveauté de la condition de « cohérence et systématicité », malgré le fait qu'elle soit vite devenue une formule habituelle dans la jurisprudence de la dernière décennie[172]. M. Mathisen observe qu'elle ne constitue point en réalité une nouvelle condition autonome, mais plutôt l'expression des conditions déjà présentes au sein du contrôle de proportionnalité[173], notamment le test d'adéquation[174]. Par le biais du contrôle de cohérence et systématicité la Cour condamne des mesures qui, tout en contribuant objectivement en partie à la poursuite d'un certain objectif, possèdent des caractéristiques allant à l'encontre, aussi objectivement, de ce même objectif. Dans de tels cas, la Cour considère que la mesure contestée n'est « *pas propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué* »[175]. Le caractère contradictoire d'une mesure la rend donc objectivement inadéquate. La condition de cohérence n'est point de nature morale, comme l'est la notion d' « *integrity* » dans la pensée de R. Dworkin, mais tout simplement une extension du test d'adéquation, un examen de nature factuelle.

110. La « factualisation » de la notion d'objectif poursuivi par les autorités étatiques entraine plusieurs conséquences.

111. Tout d'abord, la tendance, observable dans la jurisprudence, à présenter le but poursuivi de manière de plus en plus concrète. L'examen de proportionnalité d'une mesure, étant devenu un examen de ses effets, rend moins évidente son appréciation à l'aune de principes abstraits. Au lieu d'invoquer une valeur dépourvue d'un contenu concret précis, les Etats membres seraient mieux conseillés de justifier leurs mesures par la poursuite de *résultats spécifiques*. Un exemple nous est donné par l'arrêt *Apothekerkammer*, où la « *raison impérieuse d'intérêt général* » de « *protection de santé publique* » englobe l'objectif plus « *précis* » « *visant à assurer un approvisionnement en médicaments de la population sûr et de qualité* »[176]. Dans le même sens, il ressort de l'arrêt *Josemans* que la mesure en question cherche à lutter contre le « tourisme de la drogue ». Cet objectif, selon la Cour, « *se rattache tant au maintien de l'ordre public qu'à la protection de la santé des citoyens* »[177], principes de portée très générale et donc moins facilement identifiables en termes de causalité ou efficacité. Des indications très

[172] Voir les arrêts cites par G. Mathisen, « Consistency and Coherence… », préc., p. 1021.

[173] *Ibid.*, p. 1022.

[174] *Ibid.*, p. 1037 et s.

[175] CJUE, 1 juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec*. p. I-04629, para. 94

[176] CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec*. p. I-04171, para. 27-28.

[177] CJUE, 16 décembre 2010, *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, aff. C-137/09, *Rec*. p. I-13019, para. 65.

précises nous sont au contraire fournies concrétisant le résultat visé par les autorités néerlandaises :

> *[…] il est constant que la réglementation en cause au principal vise à mettre fin aux nuisances causées par le grand nombre de touristes voulant acheter ou consommer du cannabis dans des coffee-shops dans la commune de Maastricht. Selon les informations apportées par le Burgemeester van Maastricht lors de l'audience de plaidoiries, les quatorze coffee-shops de cette commune attireraient environ 10 000 visiteurs par jour et un peu plus de 3,9 millions de visiteurs par an, dont 70 % ne résideraient pas aux Pays-Bas*[178].

112. Ainsi, afin de justifier une certaine mesure, il ne suffit pas de formuler des « simples affirmations générales » concernant son aptitude à atteindre le but en question. Il faut encore démontrer l'existence d'un véritable « lien de causalité » entre la mesure et le résultat concret poursuivi[179]. La « factualisation » de la notion d'objectif entraine donc sa « concrétisation ».

113. Il faut pourtant relever une deuxième conséquence tout aussi importante. Nous ne pouvons plus prétendre, comme le font pourtant de nombreux auteurs, qu'il y aurait deux étapes distinctes au sein du principe de proportionnalité, l'une consistant à identifier la volonté de la loi (ou du législateur) et l'autre consistant à vérifier que la loi est un moyen rationnel pour atteindre le but visé (le dit test d'adéquation, ou de « rationalité »)[180]. Selon la Cour de justice, ces deux « étapes » se confondent : *une mesure poursuit ce qu'elle est adéquate à poursuivre*. Néanmoins, plutôt que de parler de confusion, mieux vaut considérer que le test d'adéquation, devenu une recherche des effets provoqués, absorbe entièrement l'identification du but de la loi. Ainsi, lorsqu'un Etat membre prétend qu'une mesure est justifiée au nom d'un certain objectif, comme par exemple la protection des travailleurs, la Cour se limitera à vérifier qu'un lien de causalité existe effectivement entre ce but et la mesure litigieuse[181].

---

[178] *Ibid.*, para. 63.

[179] CJCE, 11 janvier 2007, *ITC Innovative Technology Center GmbH c. Bundesagentur für Arbeit*, aff. C-208/05, *Rec.* p. I-00181, para. 41-2.

[180] A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, pp. 72-164, p. 75 : « In its fully developed form, the analysis involves four steps, 8 each involving a test. First, in the "legitimacy" stage, the judge confirms that the government is constitutionally authorized to take such a measure. Put differently, if the purpose of the government's measure is not a constitutionally legitimate one, then it violates a higher norm (the right being pleaded). The second phase-"suitability"-is devoted to judicial verification that, with respect to the act in question, the means adopted by the government are rationally related to stated policy objectives […] ».

[181] Voir p.ex. CJUE, 1 juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec.* p. I-04629, para. 64-66 ; CJCE, 11 janvier 2007, *ITC Innovative Technology Center GmbH c. Bundesagentur für Arbeit*, aff. C-208/05, *Rec.* p. I-00181, para. 42.

114. M. Géniaut parle à ce propos d'« *effets recherchés* », par opposition aux conséquences non voulues : « *il en résulte que l'établissement d'une relation « moyen-fin » implique une sélection parmi les effets d'un acte* »[182]. Or, il vaudrait mieux parler à ce propos d'« effets invoqués » plutôt que d'effet « recherchés ». Le terme « recherché » n'est pas véritablement approprié, puisque la sélection de l'effet à l'aune duquel sera évalué la proportionnalité de la mesure est réalisée par la partie défenderesse pendant la procédure contentieuse[183]. Elle ne dépend donc pas de l'intention législative, même si les deux peuvent évidemment coïncider. Le contrôle exercé par la Cour consiste ainsi à vérifier que l'effet invoqué par l'Etat dans le cadre de la procédure comme motif justificatif existe bel et bien, c'est-à-dire qu'il y ait bien une relation de causalité entre ledit effet et la réglementation en cause.

115. En définitive, lorsque la Cour parle de l'« objectif poursuivi » par la mesure litigieuse il faut par là entendre l'« effet invoqué » par l'Etat défendeur. L'approche de la Cour envers les règlementations nationales s'assimile à celle de l'analyse économique du droit. A cet égard, il convient de citer M. Mackaay, spécialiste dans ce domaine, qui décrit cette analyse de la manière suivante :

> *L'analyse économique du droit cherche à remonter à la raison d'être des institutions juridiques. Elle postule qu'elles exhibent une rationalité sous-jacente uniforme et propose les outils conceptuels pour la mettre au jour. L'analyse économique du droit […] ne recherche pas […] les traces d'un calcul coûts-avantages qui se trouveraient dans la décision judiciaire ou administrative. Au contraire, elle croit pouvoir expliciter une logique dont les décideurs n'auraient pas forcément conscience et ne l'exprimeraient pas dans les motifs de leurs décisions*[184].

116. De la même manière, la Cour ne cherche pas à identifier les traces du calcul ayant inspiré le législateur national dans l'adoption de la mesure faisant obstacle à la circulation, que ce soit à l'aide d'une interprétation subjective ou objective de sa volonté. Cette question n'étant pas pertinente, la Cour, comme l'analyste économique du droit, prétend imposer une logique extérieure d'ordre conséquentialiste qui serait uniforme – la logique des effets.

---

[182] B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Paris : Dalloz, 2009, nº 430.

[183] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, préc., p. 364 : « Selon que l'on conçoit la succession causale, sous l'aspect de la relation « fait-conséquence » ou « moyen-fin », l'accent est mis tantôt sur le premier, tantôt sur le second des deux termes : si l'on veut minimiser un effet, il suffit de le présenter comme une conséquence ; si l'on veut en grandir l'importance, il faut le présenter comme une fin ».

[184] E. Mackaay, *L'analyse économique du droit*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 10.

117. C'est la raison pour laquelle les libertés de circulation, lorsqu'elles sont appliquées à des règlementations d'origine privée (le dit « effet horizontal »), ne font pas l'objet d'un régime particulier. En effet, l'arrêt *Bosman* établit que « *[r]ien ne s'oppose en effet à ce que les justifications tirées de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique soient invoquées par des particuliers* », de sorte que « *[l]a nature publique ou privée de la réglementation en cause n'a aucune incidence sur la portée ou sur le contenu desdites justifications* »[185]. D'aucuns s'étonnent que l'action d'une personne ou entité privée puisse être justifiée par des motifs d'intérêt général, étant donné que leurs intentions se rapporteraient par hypothèse à leur intérêt particulier[186]. Pourtant, cette possibilité cesse d'être problématique compte tenu du fait que la Cour ne cherche pas à identifier l'intention sur laquelle repose l'acte à l'origine de l'entrave, mais s'interroge plutôt sur la manière de justifier cet acte par les effets produits. Cela explique pourquoi le récent arrêt *Casteels* a admis que l'employeur British Airways pouvait légitimement justifier le régime imposé à ses travailleurs – régime qualifié par la Cour de discriminatoire du point de vue de la libre circulation de travailleurs – en invoquant divers objectifs, dont notamment « *l'objectif de fidélisation du personnel* » ou celui tenant à « *éviter qu'un travailleur soit simultanément affilié à plusieurs régimes de pension dans différents États membres* »[187]. Peu importe donc que la décision litigieuse émane d'une compagnie aérienne ou d'un Etat, puisque seul compte les effets objectivement entrainés.

118. A vrai dire, la question de la détermination de l'objectif poursuivi se confond avec celle de l'évaluation de l'adéquation de la mesure, c'est-à-dire la question des effets. Cette partie de l'appréciation du juge devient ainsi une question proprement empirique et entraine une autre conséquence : celle de l'indifférence de la qualification formelle des réglementations étatiques à l'origine de l'entrave du point de vue du droit international privé.

B. L'indifférence de la qualification formelle des mesures en cause du point de vue du droit international privé

119. Le fait que la détermination de l'objectif poursuivi se confonde avec l'appréciation des effets de la mesure en cause laisse une grande marge aux Etats

[185] CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* p. I-04921, para. 86.

[186] Voir p.ex. P. Oliver et W.-H. Roth, « The Internal Market and the Four Freedoms », (2004) 41 *Common Market Law Review*, pp. 407-441, pp. 427-429 ; S. Van den Bogaert, « Horizontality: The Court Attacks? », in *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, préc., pp. 123-153, pp. 142-143.

[187] CJUE, 10 mars 2011, *Maurits Casteels c. British Airways plc*, aff. C-379/09, *Rec.* p. I-01379, para. 31 et s.

défendeurs en vue d'invoquer le principe de proportionnalité. Ainsi, la qualification formelle du point de vue du droit international privé de la règle obstruant la circulation est parfaitement indifférente lors de l'appréciation de ce principe[188].

120. Sur le plan méthodologique, le droit international privé opère une distinction fondamentale entre les règles de conflit unilatérales et bilatérales. Tandis la règle de conflit unilatérale se borne à délimiter le champ d'application territoriale du droit national auquel elle appartient, les règles de conflit bilatérales, quant à elles, désignent comme applicable indifféremment une loi étrangère ou la loi du for[189].

121. Cette distinction entraîne des conséquences considérables. Alors que les règles de conflit bilatérales son conçues comme poursuivant des buts propres et autonomes par rapport au droit substantiel, la méthode unilatéraliste nie l'existence de ladite « justice conflictuelle », se limitant à déduire le champ d'application des règles substantielles de leurs buts.

122. Cette distinction devrait, selon la doctrine, avoir des conséquences sur la manière dont le contrôle de proportionnalité est effectué. Comme l'écrit M. Fallon, « *le passage par le filtre du droit communautaire semble ôter définitivement au droit des conflits de lois son apparence de neutralité, si longtemps vantée* »[190]. En effet :

> *Puisque la règle de droit nationale est vue sous le prisme de l'interdiction d'entraves aux échanges, le législateur national se voit dans l'obligation d'énoncer les objectifs qu'il poursuit : c'est le sens que l'on peut donner à la notion de raison d'intérêt général*[191].

123. On devrait donc s'attendre à ce que la distinction entre les règles de conflit unilatérales et bilatérales au niveau de leurs finalités ait un impact sur l'appréciation de la proportionnalité. En effet, lorsque le champ d'application de la mesure est défini unilatéralement, la proportionnalité devrait en principe être exclusivement appréciée à l'aune des buts du droit substantiel. Or, dans l'hypothèse où le droit national est rendu

[188] MM. Mayer et Heuzé identifient un vice « logique » dans la jurisprudence communautaire, qui ferait dépendre la constatation de l'entrave de l'application d'une loi nationale qualifiée de loi de police, tandis que les dispositions applicables par désignation d'une règle de conflit bilatérale échapperaient à l'emprise libertés de circulation, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 2010, 10ème éd., nº 126-1. Tel n'est pourtant pas le cas, puisque la constatation de l'entrave ne dépend aucunement de la qualification formelle de la mesure en cause, mais simplement de ses effets. Voir à cet égard M. Wilderspin et X. Lewis, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *Revue critique de droit international privé*, 2002, pp. 1-37 et 289-313, p. 25. Sur l'évolution de la notion d'entrave, voir *infra* Partie II, Titre II, Chapitre 1.

[189] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., n° 114.

[190] M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique* communautaire, Paris : Dalloz, 2004, pp. 31-80, p. 63.

[191] *Ibid.*, p. 64.

applicable par le biais d'une règle de conflit bilatérale, la proportionnalité de la poursuite du but du droit des conflits de lois devrait également faire l'objet de l'examen du juge.

124. La jurisprudence montre néanmoins comment l'Etat défenseur reste parfaitement libre de justifier sa réglementation en vue d'emporter la conviction de la Cour de justice, et cela indifféremment du fait que le champ d'application de son droit soit défini à l'aide d'une règle de conflit unilatérale ou bilatérale. Ce qui importe, c'est que l'Etat démontre que la mesure litigieuse a pour effet de promouvoir réellement le but légitime invoqué, qu'il soit propre à une logique bilatéraliste ou au contraire unilatéraliste.

125. En ce qui concerne la jurisprudence relative aux règles de conflit bilatérales, il convient de citer trois arrêts dans lesquels l'Etat défenseur a choisi d'invoquer des buts justificatifs de nature « conflictuelle » parallèlement à des buts « substantiels ».

126. L'arrêt *Grunkin et Paul* portait sur le refus de l'Etat allemand de reconnaître le nom attribué par les autorités du Danemark en vertu de la législation danoise à un enfant allemand. La Cour a estimé que ce refus violait la liberté de circulation de l'enfant, en lui créant des « inconvénients sérieux ». Le gouvernement allemand faisait cependant valoir que l'application de la loi nationale, en l'espèce la loi allemande, était justifiée pour des raisons de type « conflictuelle » : le rattachement du statut personnel à la nationalité « *vise à garantir que le nom d'une personne puisse être déterminé de manière continue et stable* »[192]. Or, un autre argument est invoqué par l'Etat défendeur, fondé sur un motif de nature substantielle : la possibilité d'attribuer des noms combinés, reconnue pourtant par la législation danoise, doit être limitée « *pour des raisons d'ordre pratique* »[193].

127. Toujours sur la question des noms, la Cour a statué, dans l'affaire *Garcia Avello*, sur une mesure belge imposant l'application de loi ce pays sur le fondement d'une règle de conflit bilatérale désignant comme applicable, en cas de conflit de nationalités, le droit du pays de résidence (en l'espèce la Belgique). Le gouvernement belge invoquait un argument classique de droit international privé selon lequel le rattachement au lieu de

[192] CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*. p. I-07639, para. 32.

[193] *Ibid.*, para. 35: « Le législateur allemand aurait pris des dispositions afin que la génération suivante ne soit pas contrainte de renoncer à une partie du nom familial. Ce qu'une génération gagnerait en liberté si les noms doubles étaient admis, la génération suivante le perdrait ».

résidence favoriserait « *l'intégration* » des immigrés[194]. Or, l'Etat entendait protéger également un but de nature substantielle, le « *principe de la fixité du nom de famille* »[195].

128. La jurisprudence en matière de sociétés présente les mêmes caractéristiques. Dans le célèbre arrêt *Centros*[196], la CJUE a estimé contraire à la liberté d'établissement la prétention des autorités danoises de soumettre à la législation danoise, en s'appuyant sur la règle de conflit dite du « siège réel », une société constituée par un couple danois en Angleterre n'exerçant pas d'activité dans ce pays. Conformément aux thèses bien connues par la doctrine de droit international privé[197], le gouvernement danois soutenait qu'il s'agissait ici d'éviter le contournement du droit danois des sociétés[198]. Cependant, il défendait également sa législation sur le fond, en présentant les exigences du droit danois concernant le capital minimal comme un instrument au service de la protection des créanciers[199].

129. En revanche, dans l'arrêt *Überseering*[200], dont l'affaire était pratiquement identique à celle évoquée dans l'arrêt *Centros*, le gouvernement allemand a préféré s'appuyer sur les avantages tirés de la théorie du siège réel, en adoptant un point de vue de pure justice conflictuelle[201].

130. Ces illustrations jurisprudentielles démontrent ainsi qu'il est possible de soutenir une mesure en application d'une règle de conflit bilatérale en invoquant des finalités propres aux règles de conflit unilatérales[202]. Autrement dit, il est possible de défendre une

[194] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613, para. 43. C'est en effet un argument très récurrent dans la doctrine de droit international privé, pour laquelle le rattachement du statut personnel à la loi du domicile serait plus apte à favoriser l'intégration des immigrés. Voir p.ex. D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, pp. 371-402.

[195] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613, para. 42.

[196] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459.

[197] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., nº 270. Selon la définition de la Cour de cassation, la fraude à la loi se donne lorsque les parties ont « volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente », Cass. civ. 1re, 17 mai 1983, *Soc. Lafarge*, *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 346 et s., note B. Ancel.

[198] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 24.

[199] *Ibid.*, para. 32 et s. Ce qui d'ailleurs a amené l'Avocat général La Pergola à ridiculiser l'exigence de capital minimal, que le gouvernement danois défendait de façon si persistante, comme « idolum theatri » (*Ibid.*, concl. AG La Pergola, para. 21).

[200] CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, *Rec*. p. I-09919.

[201] *Ibid.*, para. 87-90.

[202] L'objectif de la règle de conflit bilatérale peut ainsi être présenté comme tributaire du celui du régime applicable au fond. Ce n'est pas un phénomène nouveau : M. Bucher considère que les règles de conflit,

règle de conflit bilatérale *comme si* elle était unilatérale. La forme de la réglementation en cause ne conditionne donc pas la manière dont elle peut être justifiée au stade de la proportionnalité.

131. L'inverse est également possible. Il est ainsi fréquent de constater que le seul but invoqué est de type substantiel, comme c'est le propre des règles de conflit unilatérales. Dans l'arrêt *Liga Portuguesa*, par exemple, le Portugal justifiait la portée extraterritoriale de la réglementation en cause en invoquant les difficultés de contrôle des activités des opérateurs établis à l'étranger, et cela afin d'éviter de se soumettre aux contrôles des autorités compétences de l'États membre du lieu d'établissement du fournisseur des services [203] . Le champ d'application territoriale, défini unilatéralement, était donc nécessaire pour garantir l'efficacité de la poursuite du but substantiel de la loi, notamment la lutte contre la criminalité et les fraudes qui sont souvent liées aux jeux de hasard[204]. Cette stratégie de défense de la portée territoriale de la mesure litigieuse est en effet la plus courante[205].

132. Néanmoins, certains cas révèlent que, parfois, l'Etat membre tente de justifier une règle unilatérale en appliquant une logique clairement bilatéraliste. Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, le gouvernement allemand soutenait, comme principal argument justificatif, que la restriction visait à protéger la santé publique et les consommateurs[206]. Or, l'Allemagne a présenté aussi un argument indépendant de la réglementation applicable au fond, et selon le quel une règle de reconnaissance mutuelle devrait être rejetée étant donné qu'elle conduit inévitablement à aligner les différentes régulations des États membres au niveau le plus bas de protection[207].

---

même celles de structure bilatéraliste, remplissent avant tout une fonction que l'on associe plus couramment avec les méthodologies unilatéralistes : « Bien que la règle de conflit soit rédigée le plus souvent comme une règle bilatérale, son objectif primaire est de circonscrire de façon unilatérale le domaine d'application de la loi matérielle du même ordre juridique », A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1994-1995, pp. 209-237, p. 219.

[203] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec*. p. I-07633, para. 68.

[204] *Ibid.*, para. 62.

[205] Voir p.ex. CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, *Rec*. p. I-01141 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007.

[206] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec*. p. 00649., para. 12-13.

[207] *Ibid.*, para 12 : « le fait d'admettre la libre circulation des produits alcoolisés dès lors que ceux-ci correspondent, en ce qui concerne leur teneur en alcool, aux normes du pays de production, aurait pour effet d'imposer, dans la Communauté, comme standard commun la teneur alcoométrique la plus faible admise dans l'un quelconque des États membres, voire même de rendre inopérantes toutes prescriptions en

133. Il en va de même pour l'arrêt *Ricordi*[208] relatif à une mesure limitant le champ d'application de la loi allemande de protection des droits d'auteur aux seuls nationaux allemands. Les autres nationaux ne pouvaient donc s'en remettre qu'aux traités internationaux et à leurs propres lois nationales (en l'espèce, la loi italienne, qui offrait un niveau de protection inférieure). Le gouvernement allemand soutenait que cette mesure, même si apparemment discriminatoire, était justifiée par le fait qu'elle favorisait une sorte de « course vers le haut », déclenchant une compétition entre les différents États membres pour offrir le plus haut niveau de protection[209].

134. Il s'agit bien d'un argument qui est indépendant du fond : l'exception à la règle de reconnaissance mutuelle est légitime, non pas à cause du but concret de la législation en cause, mais parce que la concurrence législative, comme principe de coordination de systèmes juridiques, conduit à une course délétère vers le bas. De la même manière que, comme on vient de voir, les règles de conflit bilatérales peuvent être présentées comme ayant pour fonction la délimitation unilatérale des dispositions nationales, les règles de conflit unilatérales peuvent, à l'inverse, être également défendues en faisant abstraction de leur substance.

§ 2 – La confusion du test de la légitimité des buts avec le test d'adéquation

135. Le deuxième aspect reflétant l'évolution du test d'appropriation vers un calcul empirique de bénéfices – et qui constitue, en règle générale, un élément du contrôle de proportionnalité analysé séparément – est le dit test de la légitimité des buts poursuivis. En principe, une restriction à la circulation ne peut être justifiée que « *par des raisons impérieuses d'intérêt général* »[210]. Il semblerait ainsi que le premier élément du contrôle de proportionnalité exigerait d'écarter certaines mesures en ce qu'elles poursuivraient des buts illégitimes « en soi »[211]. Cette appréciation, bien évidemment, ne saurait être réduite à une appréciation purement factuelle.

136. Nous constaterons pourtant, à partir d'une observation de la jurisprudence, que cette évaluation est en réalité esquivée par la Cour puisque le choix et l'appréciation de la légitimité des objectifs à poursuivre sont laissés à l'entière discrétion des Etats (A). Il

---

la matière alors que la règlementation de plusieurs États membres ne connaitrait aucune limite inférieure de ce genre ».

[208] CJCE, 6 juin 2002, *Land Hessen c. G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH*, aff. C-360/00, *Rec*. p. I-05089.

[209] *Ibid.*, concl. AG Ruiz-Jarabo Colomer, para. 54.

[210] Voir p.ex. CJUE, 12 juillet 2012, *HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica et HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd c. Bundesminister für Finanzen*, aff. C-176/11 (à paraître dans le *Rec*.), para. 21.

[211] T. Jeremy Gunn, « Deconstructing Proportionality… », préc., pp. 487-491.

convient en outre de souligner que cette affirmation n'est pas remise en cause par l'exclusion par la Cour des motifs dits « de nature purement économique » (B).

A. Le choix des objectifs à poursuivre incombe aux Etats membres

137. L'erreur dite « scientiste » consiste à prétendre inférer des normes de simples faits, de manière à fonder la légitimité des décisions sur la base de connaissances purement scientifiques. L'analyse économique du droit, dont l'école de pensée à laquelle elle appartient est critiquée pour précisément commettre cette erreur[212], tente néanmoins d'éviter cet écueil en « externalisant » le choix des objectifs qu'il serait loisible de poursuivre. Comme le note Mme Fabre-Magnan, « *[l]'analyse économique du droit a été développée dans un but d'efficacité des règles de droit* »[213]. Cette externalisation étant faite, il devient extrêmement difficile de justifier l'idée, défendue par cette école, selon laquelle il serait déraisonnable de combattre les gaspillages inutiles de ressources[214]. A cet égard, il convient de mentionner les explications de son plus grand défenseur, Richard Posner :

> *Etant donné que la doctrine économique ne permet pas d'établir si la distribution des revenus et de la richesse et bonne ou mauvaise, juste ou injuste […] l'économiste ne saurait pas émettre des prescriptions ordonnant un changement social. Pourtant, cet aspect s'avère moins un obstacle à l'utilisation normative de la doctrine économique qu'il ne le semblerait. Les économistes peuvent invoquer un but généralement accepté, tel que la maximisation de la valeur du rendement, au lieu de devoir défendre la légitimité de ce but. En signalant comment une modification de la politique économique peut aider à atteindre le but, ils peuvent émettre des avis normatifs sans devoir défendre leurs prémisses fondamentales*[215].

[212] L. Kornhauser, « The Economic Analysis of Law », in E.N. Zalta (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, éd. automne 2011, disponible sur : http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/legal-econanalysis/. L'auteur signale que le plus grand problème confronté par l'analyse économique du droit en tant que théorie juridique est qu'« il ne laisse pas de place à la dimension normative du droit ». Il ajoute : « Economic analysis of law provokes disquiet because the model of self-interested maximization of preferences apparently does not admit a concept of normativity but explaining the normativity of law is a central pre-occupation of philosophy of law. The logic of this commitment to self-interested maximization of preferences would appear to lead to a denial of the need for a distinct concept of law in the explanation and evaluation of social institutions ».

[213] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris : LGDJ, 1992, p. 56.

[214] G. Calabresi, « Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho », *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, t. II, pp. 219-228, p. 227.

[215] R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York : Aspen Publishers, 2011, 8ème éd., p. 19 : « By showing how a change in economic policy or arrangements would advance us toward that goal, they can make a normative statement without having to defend their fundamental premises « Because economics cannot tell us whether the existing distribution of income and wealth is good or bad, just or unjust […] the economist cannot issue mandatory prescriptions for social change. Yet this turns out to be less of a

138. M. Posner met ainsi en relief la nécessité pour l'analyste économique du droit, de même que pour tout raisonnement technique, de *postuler* les buts à poursuivre, puisqu'un tel raisonnement ne saurait fournir des réponses à cet effet. Il propose ici de s'en remettre simplement aux buts « généralement acceptés », ce qui lui permet ainsi de concentrer toute son attention sur les *moyens* employés.

139. On retrouve la même méthode employée dans la jurisprudence de la Cour de justice, où l'externalisation du choix des buts à poursuivre est également présente. La Cour ne s'en remet pourtant pas à un éventuel consensus européen, dans la mesure où elle laisse aux Etats membres le choix des objectifs à poursuivre.

140. En effet, il n'appartient pas à la Cour *ni* de choisir les objectifs que les Etats membres devraient poursuivre, *ni* de remettre en cause leurs choix à ce propos. Elle se limite simplement à prendre acte des buts effectivement poursuivis (à partir d'une analyse des seuls effets, comme nous venons de le voir), pour ensuite apprécier l'efficacité technique de la mesure. Les déclarations de la Cour sont très explicites à cet égard, comme en témoigne l'arrêt *Liga Portuguesa*, où elle a affirmé, à propos de la régulation des jeux de hasard, que : « *Les États membres sont par conséquent libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et, le cas échéant, de définir avec précision le niveau de protection recherché* »[216]. L'opération d'externalisation est par conséquent accomplie, permettant ainsi à la Cour, selon les termes de M. Posner, d'« *émettre des avis normatifs sans devoir défendre [ses] prémisses fondamentales* ».

141. Les affirmations de la Cour, soulignant l'importance de certains objectifs ou principes, peuvent néanmoins prêter à confusion. En effet, il n'est pas rare que la Cour ne se contente pas de simplement prendre acte du but invoqué par l'Etat membre ou la personne privée en question, mais relève également la valeur particulière qu'il possède aux yeux de l'ordre juridique communautaire. Dans l'arrêt *Aporthekerverband*, par exemple, elle a considéré que : « *la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 CE [libre circulation des marchandises]* »[217]. Aussi, dans l'arrêt *Viking*, la Cour a affirmé, à propos de la protection de protection des travailleurs comme but susceptible de justifier une restriction à la libre circulation :

---

handicap to the normative use of economics than might appear. Economists can usually appeal to a generally accepted goal, such as maximizing the value of output, rather than having to defend the goal. By showing how a change in economic policy or arrangements would advance us toward that goal, they can make a normative statement without having to defend their fundamental premises ».

[216] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 59.

[217] CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval*, aff. C-322/01, *Rec.* p. I-14887, para. 103.

> *La Communauté ayant dès lors non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, notamment, ainsi qu'il ressort de l'article 136, premier alinéa, CE, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social*[218].

142. Ce genre de déclarations semblent remettre en cause notre conclusion sur l'externalisation du choix des buts, puisque, en apparence, les buts poursuivis par les Etats sont soumis, préalablement à l'examen technique de leur efficacité, à l'exigence qu'ils constituent des principes considérés comme légitimes au sein de l'ordre juridique européen. Ainsi, il ressort de l'arrêt *Omega* que il semblerait que les Etats membres ne sont en mesure de protéger les droits fondamentaux que parce que leur respect est également obligatoire pour l'Union :

> *Le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services*[219].

143. Il importe toutefois de ne pas surestimer l'importance de ces assertions. Le fait d'affirmer, dans les arrêts *Laval* et *Viking*, que l'Union posséderait une « finalité sociale » d'importance égale à celle de nature économique, n'entraine en réalité aucune conséquence sur le raisonnement suivi par la Cour. En soulignant de façon purement rhétorique l'importance des valeurs sociales, elle prétend flatter ceux qui seront révoltés par la décision de la Cour, qui consiste en réalité à soumettre les actions collectives des travailleurs au respect des libertés de circulation et donc au contrôle de leur proportionnalité.

144. En effet, si la Cour s'était bornée à tenir compte du but invoqué par les syndicats, l'analyse de la proportionnalité de leurs actions n'aurait pas changée. Le rang occupé par le principe en question dans une prétendue hiérarchie de valeurs communautaire est sans aucune importance. Aucune distinction dès lors n'existe entre le raisonnement formulé par la Cour dans les arrêts *Omega* ou *Viking* et dans d'autres cas où le principe invoqué est d'une grande banalité. Il est ainsi des arrêts *British Airways* – où le but allégué était la

[218] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779, para. 79.

[219] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, para. 35.

« *fidélisation du personnel* » – *Centros* – invoquant « *la protection des créanciers* »[220] – ou *Garcia Avello* – faisant référence au « principe de la fixité du nom de famille »[221]. Ces trois exemples jurisprudentiels révèlent que la légitimité du but peut être accepté, sans qu'il soit besoin de déclarations sur l'importance que leur octroyait le droit communautaire, et, qui plus est, sans que la structure du contrôle exercé sur les mesures étatiques en question diffère de celle des arrêts précités.

145. De tout cela il résulte qu'il ne peut y avoir de jugement de légitimité sur les objectifs poursuivis par les Etats membres ou par les entités privées en question, toute déclaration concernant l'importance que possède tel ou tel autre principe aux yeux du droit de l'Union étant parfaitement rhétorique. La Cour parvient ainsi à « dé-normativiser » entièrement son examen de la conformité des mesures étatiques aux dispositions du Traité, puisqu'elle se borne à juger de l'efficacité technique des moyens.

146. Une seule exception semblerait pourtant remettre en question nos conclusions, comme il ressort notamment de certains arrêts où la Cour qualifie le but en question d'illégitime *per se*, rendant ainsi l'examen de son efficacité gratuit. Nous verrons pourtant que cette jurisprudence dérive nécessairement de la nature technique du raisonnement poursuivi par la Cour.

B. La question de l'exclusion des objectifs de nature économique

147. En effet, nos conclusions précédentes semblent difficilement conciliables avec les arrêts par lesquels la Cour statue sur la légitimité des buts poursuivis par les autorités étatiques, de sorte que certains objectifs seraient considérés comme étant illégitimes *per se*, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur l'aptitude et la nécessité de la mesure litigieuse. Il y aurait donc des fins légitimes et des fins illégitimes. Ainsi, le contrôle exercé par la Cour ne saurait se limiter à une évaluation technique des moyens employés par les Etats, la question de la légitimité des fins dépassant ce cadre.

148. Il convient cependant de constater que les seuls objectifs que la Cour de justice qualifie d'illégitimes per se sont ceux de nature « économique ». A Cet égard, dans l'arrêt *Kranemann*, la juridiction communautaire souligne qu'« *il ressort d'une jurisprudence constante que des motifs de nature purement économique ne peuvent constituer des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité* »[222].

---

[220] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 35.

[221] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613, para. 42.

[222] CJCE, 17 mars 2005, *Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-109/04., *Rec.* p. I-02421, para. 34. Voir aussi, entre autres, CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening*

149. Ceci dit, bien que ce point fasse l'objet d'une jurisprudence consolidée, la définition de ce qu'est un objectif de nature « purement économique » pose pourtant problème. Bien évidemment, la qualification ne saurait dériver des effets de la mesure en question, puisque de tels effets économiques sont présents par hypothèse – les libertés de circulation ne seraient autrement pas applicables. Il semblerait également exclu que le qualificatif d'économique dépende de la volonté ayant conduit à l'adoption de la mesure en question : la Cour de justice s'abstient de rechercher une telle volonté, comme nous l'avons déjà constaté précédemment. Le qualificatif d'économique ne porte pas sur la réglementation en cause, mais sur l'objectif invoqué par la partie défenderesse, c'est-à-dire sur l'effet bénéfique identifié par celle-ci. Ainsi, il se peut qu'une réglementation soit validée bien qu'elle poursuive, parallèlement, un motif de nature économique. L'arrêt *Campus Oil* ne laisse pas de doutes à cet égard :

> *[…] il importe aux fins de l'article 36 [libre circulation des marchandises], que la réglementation en question soit justifiée par des circonstances objectives, répondant aux exigences de la sécurité publique. Une fois cette justification établie, le fait que la réglementation soit de nature à permettre d'atteindre, à côté des objectifs relevant de la sécurité publique, d'autres objectifs de nature économique éventuellement poursuivis par l'Etat membre, n'exclut pas l'application de l'article 36*[223].

150. En outre, le traitement de cette question par la jurisprudence semble parfois contradictoire. Bien que la Cour proclame que les objectifs de nature économiques ne sont pas susceptibles de justifier une entrave à la circulation, elle admet néanmoins certaines exceptions, dont la raison d'être n'est pas toujours évidente. Ainsi, dans l'arrêt *Duphar* elle a considéré que ne saurait être justifiée « *une mesure qui avant tout un objectif budgétaire en recherchant une réduction des frais de fonctionnement d'un système d'assurance maladie* »[224]. Pourtant, la jurisprudence récente semble le démentir, dans la mesure où elle a reconnu « *qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier [une] entrave* »[225].

151. L'évolution de la jurisprudence, selon nous, obéit en réalité à une vision cohérente, qui par ailleurs ne remet nullement en cause nos conclusions précédentes sur

---

Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007, para. 11 ; CJCE, 5 juin 1997, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion (SETTG) c. Ypourgos Ergasias*, aff. C-398/95, *Rec*. p. I-03091, para. 23.

[223] CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited et autres c. Ministre pour l'Industrie et l'Energie et autres*, aff. 72/83, *Rec*. p. 02727, para. 36.

[224] CJCE, 7 février 1984, *Duphar BV et autres c. État néerlandais*, aff. 238/82, *Rec*. p. 00523, para. 23.

[225] CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, aff. C-158/96, *Rec.* p. I-01931, para. 41. Voir aussi CJCE, 28 avril 1998, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, aff. C-120/95, *Rec*. p. I-01831, para. 38.

le caractère technique du raisonnement de la Cour. Il convient tout d'abord de rejeter cette idée selon laquelle une mesure étatique poursuivant un but économique doit, pour cette raison, être disqualifiée. En effet, il y a lieu de constater que la réglementation des États a bien souvent pour objet d'assurer le bon fonctionnement des différents secteurs économiques, ce qui ne la rende pas pour autant illégitime au regard du droit communautaire.

152. Il importe également d'écarter l'idée que le problème se trouverait dans le caractère « égoïste » de ces règlementations, en ce qu'elles auraient pour finalité la protection la seule protection des intérêts économiques nationaux[226]. Si tel était le cas, Cour aurait refusé, par principe, la concurrence entre systèmes juridiques, laquelle présuppose la poursuite égoïste par les Etats membres de leurs propres intérêts, en concurrence avec les autres. Or, la Cour est au contraire favorable à une telle concurrence, comme en témoignent les arrêts *Centros* et *Überseering*, lesquels ont permis une concurrence entre les Etats membres en matière de droits sociétés[227], favorisant en Europe le développement de ce phénomène bien connu aux États-Unis du « *Delaware effect* »[228]. Par ailleurs, lorsque l'entrave provient d'une mesure adoptée par une entité privée, le but poursuivi est également égoïste : la compagnie aérienne British Airways a pu alléguer, rappelons-le, que son régime d'embauche, pourtant jugée discriminatoire par la Cour, pouvait néanmoins être légitimement justifié par « *l'objectif de fidélisation du personnel* » ou celui visant à « *éviter qu'un travailleur soit simultanément affilié à plusieurs régimes de pension dans différents États membres* » [229].

153. En somme, ce n'est pas la nature économique qui pose véritablement problème, mais plutôt *certaines théories économiques*, incompatibles avec celles découlant, selon la Cour, des libertés de circulation. Les Etats membres ne sauraient prétendre protéger leurs économies autrement qu'en ouvrant amplement leurs portes à la concurrence avec les autre Etats. Toute autre théorie économique, autorisant des politiques protectionnistes,

[226] Voir p.ex. Ch. Joerges, « "Deliberative Political Processes" Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making ? », (2006) 44 *Journal of Common Market Studies*, pp. 779-802 ; S. Weatherill, « Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market », in *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, préc., pp. 41-74, pp. 49-51. Sur cette thèse, voir aussi *infra*, nº 812.

[227] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, concl. AG La Pergola, para. 20 : « En l'absence d'harmonisation, en somme, c'est la concurrence entre systèmes normatifs («competition among rules») qui doit pouvoir s'exercer librement ». Voir généralement H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2005, vol. 307, pp. 25-383, p. 103 et s.

[228] W.L. Cary, « Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware », (1974) 83 *Yale Law Journal*, pp. 663-705, p. 684, où l'auteur conclut : « Perhaps there is no public policy left in Delaware corporate law except the objective of raising revenue ».

[229] CJUE, 10 mars 2011, *Maurits Casteels c. British Airways plc*, aff. C-379/09, *Rec.* p. I-01379, para. 31 et s.

doit donc être automatiquement disqualifiée. Comme l'arrêt *Campus Oil* le déclare, « *un Etat membre ne saurait être autorisé à se soustraire aux effets des mesures prévues par le Traité sous prétexte des difficultés économiques occasionnées par l'élimination des entraves au commerce intracommunautaire* »[230].

154. Ainsi, bien que des restrictions à la circulation économique puissent être envisagées pour des motifs non-économiques, extérieurs donc à la théorie économique sous-jacente aux libertés fondamentales de circulation, celles-ci ne sauraient céder sur le plan économique à d'autres théories concurrentes. Ceci équivaudrait à une véritable remise en cause des libertés de circulation. Un Etat membre ne peut prétendre protéger son économie en imposant des restrictions à la circulation intracommunautaire car ceci serait en réalité contraire, *d'un point de vue économique*, à son propre intérêt et à celui de toute l'Union. Comme il ressort de l'arrêt *Verkooijen*, une disposition législative ne saurait en tout état de cause être justifiée « *par l'intention de promouvoir l'économie du pays* »[231]. Il importe donc de souligner que le jugement de la « légitimité » du but invoqué au soutien d'une mesure faisant obstacle à la circulation découle en réalité de la nature technique du raisonnement de la Cour, lequel postule une certaine théorie économique[232].

155. Cependant, comment expliquer que la Cour ait pu récemment admettre qu'une mesure en entrave à la circulation puisse être justifiée par des préoccupations budgétaires ?

156. Tout dépend en réalité de la manière dont l'argument justificatif est présenté par l'Etat défendeur. Un *objectif* cesse d'être économique si l'Etat réussit à le transformer en un *moyen* nécessaire pour atteindre un autre objectif de nature non-économique. Cette hypothèse figurait déjà dans l'arrêt *Bond van Adverteerders*. La Cour, certes, rejette la

[230] CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited et autres c. Ministre pour l'Industrie et l'Energie et autres*, aff. 72/83, *Rec*. p. 02727, para. 35.

[231] CJCE, 6 juin 2000, *Staatssecretaris van Financiën c. B.G.M. Verkooijen*, aff. C-35/98, *Rec.* p. I-04071, para. 47-8 : « le gouvernement du Royaume-Uni a soutenu qu'une disposition législative telle que celle en cause au principal était justifiée par l'intention de promouvoir l'économie du pays en encourageant l'investissement des particuliers dans des sociétés ayant leur siège aux Pays-Bas.
Il suffit de rappeler à cet égard que, conformément à une jurisprudence constante, un objectif de nature purement économique ne peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité ».

[232] Dans l'affaire *Cassis de Dijon* (et puis dans l'affaire *Ricordi*), l'Etat défendeur avait soutenu que la mesure était justifiée du fait qu'elle faisait obstacle à une course vers le bas entre les Etats membres pour offrir le « produit » législatif le plus libéral (voir CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.* p. 00649, para 12 ; CJCE, 6 juin 2002, *Land Hessen c. G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH*, aff. C-360/00, *Rec.* p. I-05089, concl. AG Ruiz-Jarabo Colomer, para. 54). La Cour n'a jamais répondu explicitement à ces arguments, mais elle n'aurait pu que les rejeter, car la théorie économique postulée par son interprétation des libertés de circulation est en elle-même favorable à la « concurrence législative » entre Etats membres.

possibilité de justifier une entrave à la circulation par « *des objectifs de nature économique tels que celui d'assurer à une fondation publique nationale l'intégralité des recettes provenant de messages publicitaires destinés spécialement au public de l'Etat en cause* ». Cependant, elle accepte de « ré-conceptualiser » la mesure en cause comme poursuivant, « *en dernière analyse, un objectif non économique, à savoir le maintien du caractère non commercial et, par là, pluraliste du système de radiodiffusion nationale* ». Ceci est dû au fait que « *[l]es recettes de la STER alimenteraient, en effet, les subventions que l'Etat verse aux « Omroeporganisaties » pour que celles-ci gardent leur caractère non commercial* », de sorte qu'« *un système de radiodiffusion pluraliste n'est concevable que si les « Omroeporganisaties » ont un caractère non commercial* »[233].

157. Ainsi, il devient loisible aux Etats membres de restreindre la circulation pour des motifs budgétaires si, « en dernière analyse », il s'agit d'un moyen nécessaire pour atteindre un objectif de nature non-économique (en l'espèce, « *le maintien du caractère non commercial et, par là, pluraliste du système de radiodiffusion nationale* »). Ce raisonnement a aussi permis à la Cour de valider des mesures étatiques visant à garantir « l'équilibre financier » du système national de sécurité sociale : « *il y a lieu de relever que des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre prestation des services […]. Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave* »[234]. Ainsi, le maintien de l'équilibre financier n'est pas un objectif illégitime de nature économique car il est présenté comme un moyen permettant de garantir la survie du système de sécurité nationale, dont la raison d'être dépasse bien évidemment des considérations strictement économiques[235].

158. A l'inverse, lorsqu'un Etat affiche un motif de nature économique mais qui s'avère être en réalité non-économique, la Cour censure automatiquement la réglementation en cause. Tel est le raisonnement suivi dans l'arrêt *SETTG* :

> *S'agissant de la question de savoir si le maintien de la paix sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant la réglementation en cause dans le litige au principal, il ressort de l'ordonnance de renvoi qu'elle a été adoptée afin de régler les*

[233] CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c. État néerlandais*, aff. 352/85, *Rec*. p. 02085, para. 34-5.

[234] CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, aff. C-158/96, *Rec.* p. I-01931, para. 41. Voir aussi CJCE, 28 avril 1998, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, aff. C-120/95, *Rec*. p. I-01831, para. 38.

[235] Voir aussi CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval*, aff. C-322/01, *Rec.* p. I-14887, para. 122 ; CJCE, 13 mai 2003, *V.G. Müller-Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA et E.E.M. van Riet c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, aff. C-385/99, *Rec*. p. I-04509, para. 72-3.

conflits qui existent depuis longtemps entre les guides touristiques et les bureaux de tourisme et de voyages et d'éviter ainsi que le tourisme, et donc l'économie du pays, n'en subisse les conséquences négatives. A cet égard, le gouvernement hellénique a lui-même indiqué, lors de la procédure orale, que l'adoption de la réglementation avait pour objet le bon fonctionnement de l'économie nationale.

Or, le maintien de la paix sociale en tant que moyen de mettre fin à un conflit collectif et d'éviter ainsi qu'un secteur économique, et donc l'économie d'un pays, n'en subisse les conséquences négatives doit être considéré comme un objectif de nature économique qui ne peut constituer une raison d'intérêt général justifiant une restriction d'une liberté fondamentale garantie par le traité[236].

159. Aussi tout est question d'identifier la fin ultime et les moyens[237], en sorte que l'Etat grec, plutôt que d'admettre que la mesure visait en réalité à protéger l'économie nationale, aurait dû présenter le maintien de la paix sociale comme un but un soi.

160. Ceci explique également pourquoi, dans d'autres affaires, les Etats n'ont pas emporté la conviction de la Cour sur la légitimité de leurs réglementations. En témoigne notamment cette affaire où le gouvernement italien avait institué un régime qui réservait aux seuls ressortissants ou résidents italiens des avantages tarifaires pour l'accès aux musées et aux monuments publics. L'Italie a tenté de le justifier, entre autres, au motif que, « *eu égard aux coûts engendrés par la gestion des biens culturels, l'accès gratuit à ceux-ci ne pourrait faire abstraction de considérations d'ordre économique* [238] . Cependant, la Cour a rappelé « *qu'ils ne sauraient être admis, des objectifs de nature purement économique ne pouvant constituer des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité* »[239]. L'Italie aurait par conséquent mieux fait de démontrer la nécessité de ses restrictions afin de garantir une bonne gestion de ses biens culturels, préoccupation assurément étrangère à une logique purement économique.

161. En définitive, l'exclusion des motifs économiques résulte de l'essence même des libertés de circulation, puisqu'elles conduisent la Cour à considérer que toute justification économique d'une restriction du commerce intracommunautaire serait techniquement injustifiable. Ainsi, les arrêts où la Haute juridiction communautaire reconnaît la

[236] CJCE, 5 juin 1997, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion (SETTG) c. Ypourgos Ergasias*, aff. C-398/95, *Rec*. p. I-03091, para. 22-3.

[237] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, préc., p. 364 : « Selon que l'on conçoit la succession causale, sous l'aspect de la relation « fait-conséquence » ou « moyen-fin », l'accent est mis tantôt sur le premier, tantôt sur le second des deux termes : si l'on veut minimiser un effet, il suffit de le présenter comme une conséquence ; si l'on veut en grandir l'importance, il faut le présenter comme une fin ».

[238] CJCE, 16 janvier 2003, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. C-388/01, *Rec*. p. I-00721, para. 18.

[239] *Ibid.*, para. 22.

légitimité de certains motifs d'apparence économique, tel que le maintien de l'équilibre financier d'un système national de sécurité sociale, ne constituent pas en réalité des exceptions à ce principe, puisque de tels motifs sont en vérité des moyens nécessaires pour atteindre en dernière analyse un objectif non-économique. Somme toute, les Etats défendeurs devraient ainsi éviter de fonder les mesures entravant la libre circulation sur une théorie économique différente de celle adoptée par la jurisprudence sur les libertés de circulation.

SECTION 2. Le calcul des coûts : le test de nécessité

162. L'évolution jurisprudentielle du test de nécessité est cohérente avec celle du test d'appropriation. Au lieu d'imposer un standard à l'aune duquel les Etats membres sauraient légitimement protéger certains objectifs, la Cour conçoit la notion de nécessité comme une notion strictement empirique. Ainsi, nous montrerons que, malgré l'ambigüité de la notion de nécessité (A), la Cour, à l'exception de certains arrêts en matière de droit de la consommation, plaide pour une notion strictement empirique, exclusive de tout contrôle sur le niveau approprié de protection d'un certain intérêt (B).

§ 1 – L'ambigüité de la notion de nécessité

163. L'examen du test de « nécessité » consiste à vérifier que l'objectif poursuivi par les autorités étatiques « *ne puisse pas être atteint par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires* »[240] ; autrement dit, que la mesure en question n'aille « *pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif* », et qu'il n'existe donc pas de « *mesures moins restrictives de la liberté [de circulation] garantie […] qui permettraient de l'atteindre de manière aussi efficace* »[241]. Pour cette raison, M. Fallon s'y réfère comme le test d'« interchangeabilité »[242].

164. Sur ces entrefaites, il sera démontré que l'évolution de la notion de nécessité est parallèle à celle du test d'appropriation, celui-ci ayant par ailleurs été entièrement « factualisé » par la Cour, réduisant par là même la notion d'« objectif » à celle de simple « effet ». Malgré quelques hésitations initiales, la Haute juridiction communautaire a adopté le même raisonnement lorsqu'il s'agit de s'interroger sur l'existence d'autres mesures moins restrictives pour la circulation et tout aussi efficaces dans la poursuite du but visé par l'Etat membre (ou l'entité privée) en question.

---

[240] CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-368/95, *Rec*. p. I-03689, para. 19.

[241] CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec*. p. I-04171, para. 52.

[242] M. Fallon, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 781-818, p. 788.

165. Concernant l'interprétation de la notion de nécessité, il convient d'obesrver, tout d'abord, qu'elle n'est pas nécessairement une notion technique et strictement factuelle, malgré la définition que l'on vient de lui donner[243]. *Lato sensu*, elle désigne ce qui découle d'un besoin impérieux, ce qui s'impose objectivement sans offrir la possibilité d'un choix. Plus fréquemment, elle est interprétée comme imposant un *standard*, aux contours certes flous, mais qui contiendrait néanmoins un certain contenu *abstrait*[244]. Elle ne saurait être comprise, dans ce cas, comme comportant un examen technique sur l'efficacité des moyens employés. Ainsi, par exemple, le standard de « *nécessité dans une société démocratique* », à l'aune duquel est jugée la restriction de certains droits fondamentaux au sein du système de la Convention européenne des droits de l'homme[245]. Il n'est pas alors question de savoir si, *techniquement*, d'autres alternatives seraient moins coûteuses, d'un point de vue d'efficacité stricte. La référence à la « *nécessité dans une société démocratique* » dépasse largement un examen de ce type, puisqu'elle impose une réflexion, inévitablement dogmatique, sur ce qu'est la démocratie et sur ce qu'elle interdirait en tout état de cause. Autrement dit, il ne s'agit que de simples faits.

166. Ayant identifié l'ambigüité fondamentale s'attachant à la notion de nécessité, il convient désormais de préciser sa signification dans le contexte qui nous occupe. Prenons comme point de départ l'exemple le plus paradigmatique de la jurisprudence en ce domaine, à savoir le grand arrêt *Cassis de Dijon*. En l'espèce, la Cour de justice a estimé que la réglementation allemande en cause (contestée), source d'une entrave à la libre circulation des marchandises, pouvait être éventuellement justifiée « *dans l'intérêt d'une plus grande transparence des transactions commerciales et des offres au public* ». Elle a néanmoins refusé d'admettre que la mesure litigieuse, consistant à fixer impérativement le taux minimal de teneur alcoolique de la boisson, était indispensable dans la mesure où, selon elle, « *il est facile d'assurer une information convenable de l'acheteur* » par l'exigence de certaines mentions informatives sur l'emballage[246].

---

[243] J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », préc., pp. 189-190.

[244] S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris : LGDJ, 1980 ; B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail…*, préc.

[245] Selon l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Sont également jugées à l'aune de ce standard les restrictions à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 9), au droit à la liberté d'expression (article 10) et à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association (article 11).

[246] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec*. p. 00649, para. 13.

167. Le point essentiel de cette citation est l'emploi du terme « *convenable* ». Il crée une ambiguïté : les conditions d'étiquetage offrent-elles une protection suffisante de la transparence des transactions si l'on considère que le niveau de protection qu'elles garantissent est équivalent à celui garanti par la mesure en cause ? Ou, au contraire, les conditions d'étiquetage sont-elles accueillies favorablement par la Cour car le niveau de protection qu'elles garantissent, quoique inférieur à celui garanti par l'interdiction en vigueur, est néanmoins suffisant à l'aune d'un standard fixé par la Cour elle-même ?

168. Si l'on s'attache à la seconde interprétation, la difficulté essentielle réside dans la détermination du niveau approprié de protection. Le raisonnement de la Cour demeurerait ainsi essentiellement dogmatique, puisque cette dernière fixerait un standard (celui de l'« information convenable » qu'il convient d'assurer aux consommateurs, fondé sur une certaine conception de ce qu'est un consommateur avisé[247]) qui, malgré son caractère certainement flou, serait susceptible d'être interprété et appliqué pas voie syllogistique.

169. En revanche, s'agissant de la première interprétation, le niveau de protection qu'il est acceptable d'assurer n'est pas fixé par la Cour. Cette question appartiendrait exclusivement aux autorités nationales, car le niveau acceptable serait tout simplement le niveau garanti par la mesure litigieuse. Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, par exemple, il faudrait tout simplement se référer à la mesure dans laquelle la réglementation en cause garantit la transparence des transactions commerciales. Le rôle de la Cour serait alors réduit à une comparaison des coûts et des bénéfices. Comparaison des bénéfices d'abord, car la première étape du raisonnement consisterait à déterminer si la mesure alternative (les conditions d'étiquetage) protège l'objectif poursuivi de manière aussi efficace que la mesure en vigueur (les conditions fixant le taux minimal d'alcool). En cas de réponse affirmative, la Cour pourrait procéder à la seconde étape du raisonnement, à savoir une comparaison des coûts entraînés par les deux mesures, devant ainsi déterminer si la mesure alternative est moins coûteuse (c'est-à-dire, si elle provoque une entrave moins considérable) que la mesure en vigueur.

170. Il faut souligner que, à la différence du raisonnement identifié dans la seconde interprétation, le raisonnement de la première interprétation se veut non dogmatique, car basé sur des constatations factuelles. En effet, la Cour se prononcerait exclusivement à partir de faits, puisqu'elle se bornerait à constater les coûts et les bénéfices économiques entraînés par les différentes mesures faisant l'objet de la comparaison[248]. Comme nous le verrons à présent, l'examen de la Cour deviendrait ainsi strictement *technique*.

[247] S. Weatherill, « Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods: Mapping the Frontiers of Market Deregulation », (1999) 36 *Common Market Law Review*, pp. 51-85.

[248] Voir pourtant A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, pour qui le test de nécessité ne peut être conçu comme une appréciation de type

§ 2 – L'absence de détermination quant au niveau approprié de protection

171. Il est vrai que, dans le domaine de la protection des consommateurs, la Cour de justice semble avoir suivi la seconde ligne, en fixant elle-même un standard de protection commun à l'ensemble de l'Union que les Etats membres ne sauraient légitimement dépasser. L'approche de la Cour dans ces arrêts est dogmatique, puisqu'elle a développé un *standard* dont les contours se précisent au fur et à mesure des affaires qui lui sont soumises afin que les tribunaux nationaux puissent l'appliquer aux circonstances de chaque espèce. Dans l'arrêt *Ruwet*, par exemple, la Cour déclare que le juge de renvoi « *doit tenir compte de tous les éléments pertinents, en prenant pour référence un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* »[249]. Quant à l'arrêt *Linhart et Hans Biffl*, il nous offre un exemple de décision dans laquelle la Cour définit le standard de manière plus précise :

> *L'application d'un tel critère au litige au principal permet de considérer que la mention «testé dermatologiquement», figurant sur le conditionnement de certains produits cosmétiques, en l'occurrence des savons et des produits capillaires, ne peut suggérer chez un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, d'autre idée que celle selon laquelle un tel produit a subi un test ayant pour objet l'étude de ses effets pour la peau et que, par conséquent, sa mise sur le marché implique que les résultats de ce test ont été positifs et que sa bonne tolérance par l'épiderme ou, à tout le moins, son caractère inoffensif pour la peau ont été constatés*[250].

172. Cette approche dogmatique demeure pourtant exceptionnelle, car strictement circonscrite au domaine de la protection des consommateurs, dans lequel la Cour s'est donnée pour objectif de fixer une limite absolue de protection que les Etats ne sauraient dépasser[251] (ce qui semble par ailleurs cohérent avec son interprétation de la Directive sur

---

factuel mais plutôt « juridique » (p. 328 : « The answer to the objective question – of whether the limitation imposed by the alternative means is of a lesser extent – is a determination of law (rather than fact) ») car il n'est pas toujours possible de déterminer la mesure qui restreint davantage un droit fondamental (voir p.ex. p. 413, où l'auteur compare une sanction d'emprisonnement à une sanction de révocation d'un permis commercial : « the determination of which option is the least restrictive is the result of judicial constitutional interpretation »). La transformation de l'entrave en une notion purement économique permet de contourner cet écueil, puisque la comparaison peut être faite exclusivement en termes de coûts impliqués par les différentes mesures. Il est donc concevable que, si M. Barak se plaçait dans le contexte de la jurisprudence de la Cour de justice, il qualifierait le test de nécessité, à l'instar du test d'appropriation (p. 307), de strictement « empirique ».

[249] CJCE, 12 octobre 2000, *Ruwet SA c. Cidre Stassen SA et HP Bulmer Ltd.*, aff. C-3/99, *Rec*. p. I-08749, para. 53. Voir aussi CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, aff. C-220/98, *Rec*. p. I-00117 ; CJCE, 6 novembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, aff. C-358/01, *Rec*. p. I-13145.

[250] CJCE, 24 octobre 2002, *Procédure pénale c. Gottfried Linhart et Hans Biffl*, aff. C-99/01, *Rec*. p. I-09375, para. 32.

[251] Il faut distinguer cette hypothèse de celle, examinée dans la Section précédente, d'un jugement sur la légitimité des buts poursuivis par les Etats. Elles ont un effet similaire, puisque par ce biais la Cour limite

la responsabilité du fait des produits défectueux[252]). En effet, dans le reste de la jurisprudence, l'ambiguïté présente dans l'arrêt *Cassis de Dijon* disparaît, la notion de nécessité ayant été interprétée comme étant de nature empirique. Il est aujourd'hui acquis que le contrôle de proportionnalité équivaut à une évaluation des bénéfices et des coûts impliqués par les différentes mesures comparées. Le raisonnement de la Cour se veut donc factuel, puisqu'il consiste à renoncer à fixer des limites absolues au-delà desquelles la poursuite des objectifs d'intérêt général par les Etats membres en entravant la libre circulation cesserait d'être acceptable. Cette question dogmatique est laissée aux Etats membres, à l'instar de celle concernant le choix des buts à poursuivre.

173. Nous retrouvons le test de nécessité sous cette forme dans la majorité des décisions de la CJUE dans ce domaine[253]. Cet examen est défini explicitement sous la forme d'un calcul dans les conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro présentées dans l'affaire *Ahokainen et Leppik* : « *il s'agit de savoir si, en allouant une quantité similaire de ses ressources à une mesure alternative, l'État membre pourrait atteindre le même résultat à un coût moins élevé pour les échanges intracommunautaires* »[254].

174. En effet, la jurisprudence confirme qu'il n'appartient pas à la Cour de fixer le niveau approprié de protection garantie par les Etats membres. Dans l'arrêt *Omega*, par exemple, concernant l'interdiction d'un jeu de simulation de guerre, la Cour affirme clairement qu'il appartient aux autorités nationales de fixer ce niveau de protection :

> *[…] l'interdiction de l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes de violence contre les personnes, en particulier la représentation d'actes de mise à mort d'êtres humains, correspond au niveau de protection de la dignité*

---

absolument les possibilités de justification d'une mesure restrictive des libertés de circulation. Il ne faut pas pour autant les confondre : le standard du consommateur avisé n'est pas un « but » à l'aune duquel l'efficacité d'un moyen pourrait être jugée, mais une règle qui s'impose d'elle-même. Comme l'affirme Kelsen : « On ne peut pas non plus identifier la nécessité normative du devoir-être de la norme à la nécessité téléologique – qui consiste dans la relation entre moyen et fin – en disant : la norme a une fin, poursuit une fin, ou encore est une fin. Quelque chose n'est une « fin » que dans la relation avec quelque chose d'autre comme « moyen », H. Kelsen, *Théorie générale des normes* (*Allgemeine Theorie der Normen*, trad. fr. par O. Beaud et F. Malkani), PUF, 1996, p. 13.

[252] La Cour a jugé que cette Directive, qui procède à une « harmonisation totale des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres », ne permet pas aux Etats d'adopter des dispositions protectrices plus strictes : CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-52/00, *Rec*. p. I-03827. Pour une critique et des références sur cette jurisprudence, voir M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, PUF, 2010, 2ème éd., t. II, pp. 264-265.

[253] Voir p.ex. CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale c. Xavier Tridon*, aff. C-510/99, *Rec*. p. I-07777, para. 53 ; CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795, para. 49 ; CJCE, 28 avril 1998, *Jessica Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas län, anciennement Skattemyndigheten i Kopparbergs län*, aff. C-118/96, *Rec.* p. I-01897, para. 33.

[254] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, concl. AG Poiares Maduro, para. 25.

humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne[255].

175. Dans l'arrêt *Liga Portuguesa*, il est précisé que :

La seule circonstance qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions prises en la matière. Celles-ci doivent seulement être appréciées au regard des objectifs poursuivis par les autorités compétentes de l'État membre concerné et du niveau de protection qu'elles entendent assurer[256].

176. En définitive, les Etats membres sont « libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et, le cas échéant, de définir avec précision le niveau de protection recherché »[257].

177. Ou encore, dans l'arrêt Alfa Vita, la Cour déclare dans le même sens que, « [à] défaut d'harmonisation, il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes »[258]. Et dans l'arrêt Ahokainen et Leppik : « Il appartient aux États membres, dans le respect du droit communautaire et, en particulier, du principe de proportionnalité, de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection et de la manière dont ce niveau doit être atteint »[259]. Dans le même sens, dans l'arrêt HIT et HIT LARIX, il est affirmé que :

[…] étant libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et de définir avec précision le niveau de protection recherché (voir arrêt Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International, précité, point 59 ainsi que jurisprudence citée), il convient de constater qu'une réglementation telle que celle en cause au principal ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire dès lors qu'elle se limite à exiger, pour que l'autorisation de faire de la publicité soit accordée, qu'il soit établi que, dans l'autre État

[255] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, para. 39.

[256] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 58.

[257] *Ibid.*, para. 59.

[258] CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, anciennement Trofo Super-Markets AE et Carrefour Marinopoulos AE c. Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04, *Rec*. p. I-08135, para. 21.

[259] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec.* p. I-09171, para. 33.

membre, la réglementation applicable assure une protection en substance d'un niveau équivalent contre les risques du jeu à celui qu'elle garantit elle-même[260].

178. Soulignons que la Cour ne condamne jamais la poursuite d'un objectif parce qu'il serait visé avec trop d'intensité. Lorsque l'Etat défendeur invoque un objectif pour justifier la mesure incriminée, la Cour de justice ne fait pas dépendre la légitimité de cet objectif du zèle avec lequel il est poursuivi. Il semblerait que les Etats membres puissent poursuivre ces objectifs avec autant d'enthousiasme qu'ils le souhaitent, pour autant que d'autres moyens moins coûteux ne soient pas disponibles. La jurisprudence ne laisse pas subsister le moindre doute à cet égard, cette solution apparaissant fréquemment dans les décisions de la Cour[261].

179. Il semble donc exclu, contrairement à ce qu'il semblait permis de croire à la lecture de l'arrêt *Cassis de Dijon* et à la seule exception de la jurisprudence sur la protection des consommateurs, qu'il appartienne à la Cour de fixer le niveau auquel les autorités nationales seraient autorisés de poursuivre un objectif d'intérêt général au détriment de la circulation intracommunautaire.

[260] CJUE, 12 juillet 2012, *HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica et HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd c. Bundesminister für Finanzen*, aff. C-176/11 (à paraître dans le *Rec*.), para. 31.

[261] Voir p.ex. CJCE, 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA*, aff. C-205/07, *Rec*. p. I-09947, para. 49 et s. ; CJCE, 19 mai 2009, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. C-531/06, *Rec.* p. I-04103, para. 59 ; CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale c. Xavier Tridon*, aff. C-510/99, *Rec*. p. I-07777, para. 59.

CHAPITRE 2. L'ABSENCE D'UNE FORME DE RAISONNEMENT DE MISE EN BALANCE D'INTERETS

180. La doctrine affirme très fréquemment que le principe de proportionnalité est étroitement lié à la mise en balance d'intérêts comme mode de raisonnement. D'aucuns entendent le principe de proportionnalité comme un synonyme de la mise en balance d'intérêts, appelée également « conciliation », « pondération », analyse « coûts-bénéfices » ou « arbitrage ». D'autres fois les auteurs s'en tiennent à constater que, même si les deux ne sont pas strictement identiques, la proportionnalité implique néanmoins une mise en balance d'intérêts. Ainsi, il est normalement sous-entendu que l'application du principe de proportionnalité implique une dernière « étape », après le test de nécessité, qui consiste à mettre en balance les intérêts en présence, de sorte qu'une restriction à un droit ou à une liberté fondamentale, même si elle s'avère conforme à tous les tests décrits précédemment, sera disproportionnée si le bénéfice qu'elle procure est moindre comparé à la perte infligée. Cette dernière composante du principe de proportionnalité est communément appelée « proportionnalité *stricto sensu* ». La proportionnalité ne serait donc, de l'avis de ces auteurs, qu'une version plus étendue ou systématisée de la mise en balance d'intérêts.

181. L'analyse la plus répandue reste celle de M. Alexy. Selon cet auteur, le principe de proportionnalité, méthodologie structurellement unie aux droits constitutionnels, doit être décomposé en plusieurs étapes de raisonnement : 1) la mesure cause d'une ingérence sur un droit fondamental doit poursuivre un intérêt légitime ; 2) elle doit être appropriée pour le faire (dit test d'adéquation) ; 3) elle doit être nécessaire, dans le sens où aucune mesure alternative tout aussi efficace et moins restrictive du droit fondamental ne doit exister (test de nécessité) ; et 4) la restriction du droit fondamental doit être proportionnée au bénéfice projeté pour l'intérêt légitime poursuivi (proportionnalité *stricto sensu*). La mise en balance de principes n'apparaît véritablement que dans la dernière étape du raisonnement, mais il est généralement entendu que, comme l'écrit David Beatty, « *bien que la proportionnalité soit communément subdivisée en trois principes distincts, contrôlant la « rationalité » (adéquation), « nécessité » et « proportionnalité » dans le sens strict, les deux premiers ne sont que des applications faciles et claires du troisième* »[262]. Au-delà de la subdivision en étapes, la proportionnalité consiste, avant tout, en une mise en balance de principes.

182. Certes, la théorie de M. Alexy se veut, comme l'auteur le souligne dès le début de son ouvrage, une reconstruction de la jurisprudence constitutionnelle allemande, soit

[262] D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004, p. 163 : « Although it is commonly broken down into three distinct principles, testing the 'rationality' (suitability), 'necessity', and 'proportionality' in the 'strictest' or 'narrowest' sense, the first two are really just clear and easy applications of the third ».

donc une « *théorie de certains droits positifs* »[263]. Pourtant, il faut admettre également que l'intérêt doctrinal envers la théorie de M. Alexy déborde à juste titre des frontières allemandes, ce qui s'explique par la connexion « structurelle » établie par l'auteur entre la notion de « principe » (catégorie englobant les droits fondamentaux, les intérêts publics et les valeurs) et le principe de proportionnalité[264]. Autrement dit, selon M. Alexy, les droits et principes constitutionnels ne sauraient être appliqués, par leur propre nature et structure, que par le biais d'une mise en balance, soit le principe de proportionnalité. Son ouvrage *Théorie des droits fondamentaux* entretient donc une certaine ambigüité sur le point de savoir s'il constitue véritablement une analyse de droit positif du droit allemand. Ceci n'a pas pourtant empêché les analystes du principe de proportionnalité partout dans le monde de se référer à la systématisation alexyenne pour affirmer pratiquement à l'unisson que la proportionnalité constitue essentiellement une pondération d'intérêts, principes ou valeurs[265].

183. D'autres auteurs assimilent aussi le principe de proportionnalité à la mise en balance. Au Canada, M. Beatty décrit la proportionnalité comme un principe destiné à « *réconcilier les intérêts et valeurs en conflit* »[266]. Aux Etats-Unis, le très réputé théoricien du droit Dunan Kennedy utilise le terme « *proportionality* » comme synonyme de « *balancing* »[267], tandis que l'internationaliste Thomas Franck déclare que la mise en balance d'intérêts constitue le « cœur » même du contrôle de proportionnalité[268]. Le

[263] « Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos », R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, préc., p. 28.

[264] *Ibid.*, p. 81 et s. Mattias Kumm écrit à cet égard: « In 'A Theory of Constitutional Rights' Robert Alexy provides a structural theory of constitutional rights, that is widely believed to provide the key to the reconstruction of contemporary human and constitutional rights practice, not just in Germany, but in Europe and across most liberal democracies in the world », M. Kumm, « Democracy is not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review », *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 118 (2009), pp. 1-38, p. 1.

[265] G. Pavlakos (éd.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford et Portland, Oregon : Hart Publishing, 2007.

[266] D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, préc., p. 163 : « reconciling the competing interests and values ». L'auteur signale que la proportionnalité a toujours cette signification, p. 160 : « In all areas of government regulation, no matter the nature of the right or freedom that is alleged to have been violated, and regardless of the personal characteristics of those bringing the case, on what might be called the jurist's model, the test is always the same ».

[267] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (éds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford : Hart Publishing, 2011, pp. 185-220.

[268] T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », (2008) 102 *American Journal of International Law*, p. 753: « In weighing the regulatory authority of the state, or of the European Commission or Council, in instances where a regulation is alleged to violate fundamental legal protections, the Court inevitably has had to resort to the balancing that lies at the heart of proportionality. It has weighed the adverse effect on the applicant's legally protected interest against the importance of the lawful aim served by the regulation ».

magistrat israélien M. Barak pense qu'elle est sa composante la plus importante[269], et M. Gunn propose de limiter le sens du terme proportionnalité exclusivement à l'opération de mise en balance d'intérêts ou des valeurs en conflit[270]. Dans leurs thèses doctorales, Mme Le Gac-Pech explique que le principe de proportionnalité suppose « *une mise en balance des termes contractuels* »[271], tandis que Mme Calmes le décrit comme « *la balance des valeurs* »[272]. Dans la rubrique sur la proportionnalité dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, M. Xynopoulos nous offre la définition suivante :

> *On peut donc conclure que dans tous les pays et juridictions suprêmes où il est exercé, le contrôle de proportionnalité assure la mise en œuvre d'un mécanisme sinon identique, du moins comparable : l'étude de la relation entre un but (d'intérêt général) et les moyens (atteinte à un droit et liberté) que sa poursuite entraîne, les intérêts juridiquement protégés privés et publics ainsi mis en balance ayant le même rang normatif abstrait, ce qui nécessite, afin de déterminer la licéité finale de la solution adoptée par la puissance publique, une pondération concrète des avantages et des inconvénients de cette solution par le juge*[273].

184. Même des auteurs tels que Vlad Perju et Vicki Jackson, qui souhaitent distinguer la proportionnalité de la mise en balance, finissent néanmoins par admettre que, sur le plan conceptuel, les deux sont pratiquement identiques[274]. Tout au plus, la proportionnalité serait une version « systématisée » de la méthode de la mise en balance d'intérêts, laquelle autrement se prêterait plus facilement à des utilisations arbitraires et imprévisibles[275].

185. Ce consensus semble applicable également au contexte communautaire. Au-delà des travaux de doctrine[276], on trouve des citations de M. Alexy même dans les

---

[269] A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights.…*, préc., p. 340.

[270] T. Jeremy Gunn, « Deconstructing Proportionality… », préc., p. 494 : « […] the proportionality analysis itself – which involves weighing and balancing relationships – should be understood as being analytically distinct from the identification of the elements themselves. Thus, proportionality analysis is in fact the final step and consists of weighing the different components against each other ».

[271] S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, p. 8.

[272] S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemnd, communautaire et français*, Dalloz, 2001, p. 263.

[273] G. Xynopoulos, « Proportionnalité », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 1251-1253, p. 1252.

[274] V. Perju, « Proportionality and Freedom – An Essay on Method in Constitutional Law », (2012) 1.2 *Journal of Global Constitutionalism*, , pp. 334-367, p. 351, où l'auteur signale que la différence entre les deux relève simplement de l'apparence, les deux étant identiques sur le plan conceptuel.

[275] *Ibid.*, p. 352. V. Jackson, « Being Proportional about Proportionality », (2004) 21 *Constitutional Commentary*, pp. 803-859, pp. 832-834.

[276] Voir p.ex. Y. Borgmann-Prebil, « The Rule of Reason in European Citizenship », (2008) 14.3 *European Law Journal*, pp. 328 -350.

conclusions de certains Avocats généraux à la Cour. M. Poiares Maduro, par exemple, se sert des travaux de M. Alexy pour soutenir que le principe de proportionnalité dans la jurisprudence communautaire est décomposé en plusieurs étapes, dont la proportionnalité au sens strict, laquelle consisterait en la règle suivante : « *plus la mise en cause du principe de la libre circulation des marchandises est importante, plus doit être élevée l'importance de garantir l'intérêt public invoqué par l'État membre* »[277]. Aussi, le professeur Reich a pu récemment écrire, dans un article consacré justement au principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CJUE, que ce principe implique une « mise en balance » de la part du juge[278]. M. Raclet écrit que le principe de proportionnalité, imprégné d'un « *esprit de compromis ou d'équilibre* », apparaît comme « *le vecteur de réalisation d'un équilibre raisonnable* », permettant « *un arbitrage entre les différents intérêts généraux qui se manifestent au sein de l'ordre juridique communautaire* »[279]. Au Royaume-Uni, l'expert communautariste Mme Barnard estime que, « *en employant le biais de la proportionnalité, la cour […] accomplit une mise en balance des objectifs poursuivis par la mesure nationale et ses effets adverses sur la libre circulation* »[280]. MM. Stone Sweet et Judd, dans une des analyses les plus citées sur la question, soutiennent que le principe de proportionnalité, tel qu'on le retrouve partout dans le monde, et particulièrement dans la jurisprudence communautaire, « *fournit une base théorique pour la mise en balance* »[281].

186. Il semble donc facile de souscrire dans le contexte communautaire, au vu de cette unanimité à l'association de la proportionnalité et de la mise en balance. En outre, la structure bipartite des décisions de la CJUE dans ce domaine, où dans un premier temps est déterminée la présence d'une entrave à la circulation intracommunautaire et dans un seconde temps est évaluée la justification de l'entrave à l'aune d'un but d'intérêt général, se prête facilement à l'utilisation de la métaphore de la balance pour résoudre le conflit entre les principes économiques et les non-économiques[282]. Dans ce sens, M. Azoulai a raison de décrire les nouvelles techniques jurisprudentielles de la CJUE comme veillant à

[277] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, concl. AG Poiares Maduro, para. 26.

[278] N. Reich, « How Proportionate is the Proportionality Principle? », Contribution presentée dans la conference tenue à Oslo sur le sujet « The Reach of Free Movement », 18-19 mai 2011.

[279] A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris : Dalloz, 2002, nº 468 et 471.

[280] C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, 3ème éd., 2010, p. 172 : « using the medium of proportionality, the court […] performs a balancing exercise between the objectives pursued by the national measure and its adverse effects on free movement ».

[281] A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing… », préc., p. 77 : « PA [proportionality analysis] provides a principled doctrinal foundation for balancing ».

[282] Voir p.ex. C.T. Smith et T. Fetzer, « The Uncertain Limits of the European Court of Justice's Authority: Economic Freedom Versus Human Dignity », (2004) 10 *Columbia Journal of European Law*, pp. 445-490.

garantir la « *conciliation entre des intérêts économiques et non-économiques, communautaires et nationaux* »[283]. D'où l'on conclut aisément que le moyen employé par la Cour pour résoudre ce conflit, appelé « proportionnalité », consiste essentiellement en une mise en balance entre la perspective économique d'un part et la perspective non-économique d'autre part.

187. En outre, le terme même de « proportionnalité » invite à penser à une mise en balance. Comme le dit M. Philippe, il fait référence à une relation entre deux objets, si bien que si l'un change leur relation change inévitablement aussi[284]. Exiger que quelque chose garde proportion avec une autre oblige à regarder les caractéristiques des deux éléments comparés. Cette caractéristique est aussi présente dans les images de la « balance », la « pondération », l'« arbitrage » ou la « conciliation ». On peut alors naturellement sauter à la conclusion que la CJUE, lorsqu'elle applique la proportionnalité aux entraves à la circulation, examine la relation de proportion existant entre les gains procurés par la mesure étatique et les coûts subis de ce fait par le commerce intracommunautaire.

188. Tous ces éléments (l'unanimité doctrinale, l'explication politique de la jurisprudence reflétée dans la structure bipartite des décisions de la Cour, le sens même du terme) invitent donc à concevoir la proportionnalité communautaire comme une mise en balance d'intérêts. Ce serait pourtant une erreur. Dans sa jurisprudence sur les libertés de circulation, la Cour ne suit jamais une méthodologie de mise en balance d'intérêts pour résoudre les conflits entre les libertés de circulation et les objectifs prétendument poursuivis par les autorités nationales. Il est certainement légitime de percevoir cette jurisprudence comme opérant une conciliation entre la dimension économique et celle non-économique. Il ne l'est pas pour autant de déduire de cette analyse politique ou sociologique que la Cour de justice se sert de la mise en balance comme forme de raisonnement juridique, si ce n'est qu'au bout d'une lecture attentive de ses décisions. Or, une telle lecture révèle que le raisonnement suivi sous la bannière de la proportionnalité est, du moins dans le contexte communautaire, d'une toute autre nature.

189. Dans le Chapitre qui suit, nous tenterons de l'établir. Nous nous concentrerons tout d'abord sur une analyse des décisions de la Cour de justice pour le démontrer. Un survol de la jurisprudence en matière d'obstacles à la circulation intracommunautaire

[283] L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2008, pp. 29-45, p. 39. Voir aussi J. Scott, « Mandatory or Imperative Requirement in the EU and the WTO », in *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, préc., pp. 269-294, p. 269 : « The concept of 'mandatory' or 'imperative' requirements […] offers the Court a flexible tool to balance the sometimes competing interests of market integration and market regulation ».

[284] X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p. 8.

nous permettra de conclure à l'absence totale de la méthode justificative de la mise en balance d'intérêts de la jurisprudence communautaire. La CJUE ne s'engage pas à examiner les « valeurs » ou les « poids » respectifs des intérêts en conflit. Elle centre au contraire son examen sur des aspects purement factuels relatifs à l'instrumentalité de la mesure incriminée (Section 1).

190. Comment expliquer alors la tendance doctrinale à assimiler le principe de proportionnalité à une forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts ? Nous tenterons de répondre à cette question dans un second temps, en montrant que cette position doctrinale se fonde sur une conception « essentialiste » de la décision judiciaire, consiste à la concevoir comme mettant nécessairement en œuvre une mise en balance d'intérêts. Une telle position « essentialiste » nous paraît néanmoins contestable, dans la mesure où elle confond deux dimensions d'analyse, l'explication et la justification, qui devraient être séparées (Section 2).

SECTION 1. La constatation de l'absence d'une forme de raisonnement de mise en balance de la jurisprudence communautaire

191. Après avoir constaté l'absence de principe d'une méthodologie de mise en balance à partir d'une analyse de droit positif de la jurisprudence communautaire en matière de libertés de circulation (§ 1), constatation à laquelle ne fait pas obstacle le langage équivoque parfois employé par la Cour (§ 2) et ayant constaté par ailleurs que la notion de valeur est étrangère à la Cour (§ 3), nous mettrons en avant l'absence d'une telle méthodologie par le biais de comparaisons avec les décisions d'autres juridictions (et de la CJUE dans des domaines différents de celui de la libre circulation économique) qui ont clairement recours à la mise en balance des intérêts (§ 4). Encore faudra-t-il admettre l'existence de quelques décisions isolées dans la jurisprudence de la Cour de justice sur la libre circulation, où elle se sert exceptionnellement d'une telle méthodologie (§ 5).

§ 1 – L'absence du test de proportionnalité *stricto sensu*

192. Il s'agira ici de confronter les textes les décisions de la CJUE à un examen plus attentif au regard de l'impressionnante unanimité doctrinale d'après laquelle, lorsque la CJUE met en œuvre le contrôle de proportionnalité des mesures étatiques, elle met en balance la libre circulation commerciale avec les intérêts généraux poursuivis par les autorités nationales.

193. Rappelons tout d'abord la formule utilisée à propos du contrôle de proportionnalité des mesures constitutives d'une entrave, telle qu'elle est reproduite par la Cour à chaque fois comme une « litanie » :

> *37. Selon une jurisprudence constante, une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation ne peut être justifiée que par l'une des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 30 CE ou par l'une des exigences impératives consacrées par la jurisprudence de la Cour […], à condition que, dans l'un ou l'autre cas, cette mesure soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif […]*[285].

194. Cette formulation, considérée comme une « définition » du principe de proportionnalité, se répète mécaniquement dans toutes les affaires de ce type soumises à la Cour. Or, on se demande immédiatement, où trouve-t-on une mise en balance des intérêts ou valeurs en présence ? La définition ne s'y réfère pas. Le contrôle de proportionnalité se limite à la vérification de l'existence d'un lien de causalité entre un « intérêt général » ou une « exigence » jugée « impérative » (« *que cette mesure soit propre à garantir…* ») ainsi que de l'inexistence de mesures alternatives tout aussi efficaces (« *qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire…* »).

195. Au contraire, s'il y avait une mise en balance, la Cour devrait examiner les poids des intérêts respectifs. Or, on ne voit nulle part la mention de la magnitude de la restriction infligée à la liberté de circulation, ni l'estimation de l'importance de l'objectif poursuivi par les autorités nationales, ni quelconque référence à une échelle susceptible de confronter l'un avec l'autre.

196. Ce n'est pourtant qu'une énonciation du principe qui est, telle quelle, brève. On pourrait penser que les termes employés par la Cour dans sa définition du contrôle de proportionnalité sont vagues et n'excluent pas une mise en balance des intérêts en présence. Car, qu'est-ce qu'une exigence « impérative » ? Serait-il possible que la Cour ne vérifie « l'impérativité » qu'au bout d'une pondération des intérêts en jeu, si bien que l'exigence « impérative » équivaudrait à une exigence plus « lourde » que celle dérivée du principe de liberté de circulation ? Ou encore : qu'est-ce qu'une mesure nécessaire, si ce n'est une mesure qui promeut une valeur supérieure au libre-échange ?

197. Admettons donc que la définition n'exclut pas nécessairement l'opération de la mise en balance et qu'elle pourrait même la contenir implicitement. Or, si l'affirmation est juste, on devrait retrouver une mise en balance dans la partie du raisonnement du juge où il applique le contrôle de proportionnalité.

198. Regardons pourtant le même arrêt d'où la définition précitée a été extraite, affaire dite des *films colorés*.

---

[285] CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, aff. C-265/06, *Rec*. p. I-02245, para. 37.

199. Celle-ci concernait l'interdiction au Portugal d'apposer des films colorés sur le pare-brise et les vitrages correspondant aux sièges des passagers des véhicules automobiles. Ayant constaté que cela empêchait la commercialisation des films colorés légalement produits dans d'autres Etats membres, l'Etat portugais défend la mesure comme étant propre à garantir « *la lutte contre la criminalité dans le cadre de la protection de la sécurité publique et, d'autre part, au contrôle du respect du port obligatoire de la ceinture* »[286]. Bien que la Cour admette sans difficulté que la mesure comporte des effets bénéfiques, elle précise pourtant qu'il « *n'en découle pas* [que l'interdiction] *est nécessaire pour atteindre ces objectifs et qu'il n'existe pas d'autres moyens moins restrictifs pour y parvenir* »[287]. La Cour s'explique comme suit :

> *42. En effet, le contrôle visuel en question n'est qu'un moyen parmi d'autres à la disposition des autorités compétentes pour lutter contre la criminalité et contre les infractions au port obligatoire de la ceinture de sécurité*[288].

200. On le constate aisément : l'application du principe de proportionnalité (la Cour concluant comme suit : « *Il s'ensuit que cette interdiction doit être considérée comme étant excessive et, partant, disproportionnée par rapport aux objectifs recherchés* »[289]) n'implique nullement une mise en balance des intérêts en présence (ici, d'un côté la restriction de liberté de circulation subie par les exportateurs de films colorés et de l'autre côté les gains en sécurité publique et le respect du port obligatoire de la ceinture). Le juge se limite à une vérification apparemment empirique : étant donné les circonstances du cas d'espèce, existe-t-il un lien de causalité entre la mesure et le but poursuivi ? Existe-t-il d'autres mesures alternatives tout aussi efficaces ? La Cour se borne à constater que la mesure comporte des effets bénéfiques (test appropriation) pour ensuite vérifier si d'autres mesures tout aussi bénéfiques comportent de moindres coûts économiques. On ne trouve aucune trace dans ce raisonnement d'une hypothétique « opération de pesée » ou de conciliation de principes antagoniques[290].

201. Penchons-nous ensuite sur un autre exemple concret, dans un des domaines les plus féconds pour la jurisprudence communautaire (car lieu d'affrontement entre les Etats membres) : celui du détachement temporaire de travailleurs pour des prestations

[286] *Ibid.*, para. 38.

[287] *Ibid.*, para. 41.

[288] *Ibid.*, para. 42.

[289] *Ibid.*, para. 47.

[290] G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. II, pp. 297-306, p. 298 : « […] la proportionnalité ne s'apprécie pas seulement en fonction de deux éléments, les moyens et le but ; il faut y ajouter la situation de fait à laquelle s'applique la décision administrative. Il doit s'établir un rapport de juste proportion entre la situation, la finalité et la décision. […] C'est donc à l'ensemble situation-décision-finalité que s'applique le principe de proportionnalité ».

temporaires de services. Il s'agit d'un domaine sur lequel se sont penchés maints analystes, puisqu'il intéresse les communautaristes, les travaillistes ainsi que les experts en droit international privé.

202. Dans un des exemples les plus étudiés, l'arrêt Arblade et Leloup, la Cour se demande si la législation en cause, qui constitue une entrave à la liberté de prestation de services, pourrait néanmoins être justifiée en faveur de « *la protection des travailleurs […], en particulier la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction* »[291]. La réponse passe bien évidement par l'examen de la proportionnalité. La Cour examine une par une les obligations contenues dans la législation belge applicable aux travailleurs détachés, imposant le versement d'un salaire minimal, la cotisation aux régimes de «timbres-intempéries» et de «timbres-fidélité» ainsi que l'établissement de fiches individuelles, la tenue des documents sociaux, et la conservation de ces documents sociaux. La Cour se montre favorable à certaines de ces obligations mais d'autres sont déclarées contraires au droit communautaire car disproportionnées.

203. Ce qui nous intéresse ici est que, de nouveau, on ne retrouve aucune trace d'opération de mise en balance, en l'espèce des gains rapportés en faveur de la protection des travailleurs par l'application des obligations contenues dans la législation belge contre la restriction infligée à la libre prestation de services. Le juge se limite à vérifier que ladite législation ne fait pas double emploi avec celle de l'Etat d'origine du prestataire de services, puisque, dans ce cas, les dispositions belges ne seraient pas même pas propres à améliorer la protection sociale des travailleurs détachés.

204. Ces constatations valent pour les nombreux autres arrêts en matière de détachement de travailleurs, jurisprudence qui est souvent présentée comme opérant une pondération entre les valeurs du libre marché et de la protection sociale[292].

205. On pourrait continuer à offrir des exemples qui vont tous dans le même sens. Dans le domaine de la libre circulation de capitaux, la proportionnalité consiste également à évaluer le caractère adéquat et nécessaire de la mesure faisant l'objet du contrôle du juge. Dans l'arrêt Halley, une restriction à la libre circulation des capitaux ayant pour but la lutte contre la fraude fiscale et la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux « ne saurait être admise à ce titre qu'à la condition qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif en cause sans aller au-delà de ce qui est nécessaire

[291] CJCE, 23 novembre 1999, *Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)* aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec.* p. I-08453, para. 36.

[292] Voir p.ex. M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *Journal de droit international,* 1996, pp. 889-908.

pour atteindre cet objectif »[293]. Il en est de même en matière de libre établissement des compagnies[294] et de circulation de travailleurs[295]. Dans aucun de ces cas n'apparaît une méthodologie de mise en balance d'intérêts.

206. Il faut également signaler que la proportionnalité d'une mesure n'est examinée par la Cour qu'à l'aune d'un seul objectif à la fois. Autrement dit, elle refuse d'accumuler des motifs susceptibles de justifier la mesure en question. Prenons pour exemple l'arrêt Garcia Avello. L'Etat belge invoque ici le principe de la fixité du nom de famille ainsi que l'objectif de garantir l'intégration des enfants d'immigrants dans la société belge. La Cour accepte que les deux constituent des motifs légitimes susceptibles de justifier la pratique discriminatoire des autorités belges, mais leur proportionnalité fait défaut[296]. Ce qu'il faut souligner ici c'est que la Cour n'examine pas la justification de la mesure litigieuse à l'aune des deux buts combinés. Au contraire, il suffit de démontrer, comme se dégage implicitement (entre autres) de l'arrêt *Liga Portuguesa*, que la poursuite d'un certain objectif satisfait au principe de proportionnalité, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si du point de vue des autres objectifs poursuivis la mesure est également proportionnée[297]. Comme le résume l'Avocat général Bot à propos d'une affaire concernant la réglementation des jeux de hasard, une fois que la Cour conclut à la proportionnalité d'une mesure, cette conclusion « *ne dépend pas du point de savoir si la réglementation en cause est apte à atteindre ses autres objectifs* »[298]. Il faut pour cela exclure que la Cour emploie un raisonnement de mise en balance d'intérêts, puisqu'elle serait au contraire amenée à mettre en balance tous les intérêts en présence au lieu de se limiter à un à la fois[299].

207. En définitive, si nous suivons le modèle de proportionnalité systématisé par Robert Alexy, où le principe est composé de plusieurs sous-principes, « tests » ou

[293] CJUE, 15 septembre 2011, *Olivier Halley, Julie Halley et Marie Halley c. Belgische Staat*, aff. C-132/10, *Rec*. p. I-08353, para. 31.

[294] CJUE, 29 novembre 2011, *National Grid Indus BV c. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, aff. C-371/10 (à paraître dans le *Rec*.), para. 42 et s.

[295] CJCE, 17 mars 2005, *Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-109/04, *Rec*. p. I-02421, para. 33.

[296] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613, para. 40-44.

[297] La Cour note que le principe de proportionnalité exige de vérifier si la réglementation en cause est apte et nécessaire pour garantir « la réalisation d'un ou de plusieurs objectifs invoqués par l'État membre concerné » (nous soulignons), CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 60.

[298] CJUE, 8 juillet 2010, *Procédures pénales c. Otto Sjöberg (C-447/08) et Anders Gerdin (C-448/08)*, aff. jointes C-447/08 et C-448/08, *Rec*. p. I-06921, concl. AG Bot, para. 66.

[299] Voir aussi CJUE, 8 avril 1992, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-62/90, *Rec.* p. I-02575, para. 24-25.

« composantes », dont notamment, rappelons-le, le test de la légitimité du but poursuivi, d'adéquation, de nécessité et proportionnalité au sens strict, nous serions obligés de conclure que la dernière étape ne fait pas partie de l'examen du juge communautaire. Autrement dit, l'examen conduit par la Cour de justice semble se terminer après l'analyse de la nécessité de la mesure coupable d'entraver la circulation intracommunautaire, sans procéder à peser les intérêts en présence ou à évaluer leurs importances respectives.

§ 2 – Un langage parfois équivoque

208. Malgré nos conclusions précédentes, on pourrait faire valoir que dans certaines décisions récentes, la Cour a épousé explicitement une méthodologie de mise en balance d'intérêts. En effet, on peut trouver certains exemples où le langage employé par la Cour de justice semble révéler l'existence d'une véritable opération de mise en balance. Nous verrons cependant qu'il s'agit d'une fausse impression.

209. Prenons tout d'abord l'arrêt récent probablement le plus connu dans le domaine de la protection des travailleurs, l'affaire *Laval*, car ayant à juste titre retenti auprès du grand public[300]. Cette affaire a été, semblerait-il, résolue à l'aide d'une mise en balance des intérêts en présence. Était en cause une action collective menée par des travailleurs et syndicats en Suède, dans le but d'obliger une entreprise de droit letton dans le secteur du bâtiment détachant temporairement des travailleurs sur le territoire suédois à souscrire à certaines conditions contenues dans une convention collective. La Cour estime qu'une telle action fait obstacle à la libre prestation de services de l'entreprise. Lorsqu'elle examine son éventuelle justification, la Cour reconnaît tout d'abord au droit de mener une action collective un caractère fondamental[301], et postérieurement elle proclame en toute solennité que l'UE possède « *non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale* ». En conséquence, elle continue, « *les droits résultant des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale* »[302].

210. Certes, le langage employé explicitement par la Cour nous permet de penser que le contrôle de proportionnalité consiste, pour le moins dans cette décision, en une véritable mise en balance. Néanmoins, la Cour, procède-t-elle, dans le cas d'espèce, à la mesure des poids respectifs de la liberté de prestation de services et de la protection des

[300] Voir p.ex. le reportage « Los modelos sociales de Europa y EE UU se miden en la crisis », *El País*, 25 juillet 2008 ; et l'article d'A. Supiot, « Voilà l'économie communiste de marché », *Le Monde*, 25 janvier 2008.

[301] CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 90.

[302] *Ibid.*, para. 105 (nous soulignons).

travailleurs garantie par l'action collective des syndicats ? La réponse nous semble négative, la formule employée par la Cour s'avérant plutôt simplement rhétorique et parfaitement vide de sens.

211. Voyons les raisons offertes par la CJUE pour conclure que l'action syndicale n'était pas justifiée. La Cour l'examine de trois perspectives différentes : a) l'action collective comme visant à forcer l'employeur à adhérer à la convention collective applicable en Suède au secteur du bâtiment ; b) l'action collective comme visant à obliger l'employeur à entamer des négociations collectives sur les rétributions salariales ; et c) la règlementation suédoise comme permettant des actions collectives « *à l'encontre des entreprises liées par une convention collective soumise à la loi d'un autre État membre au même titre qu'elles le sont à l'encontre de celles qui ne sont liées par aucune convention collective* »[303].

- A propos de l'adhésion à la convention collective applicable, la Cour considère que l'employeur est déjà « *tenu d'observer un noyau de règles impératives [suédoises] de protection minimale* »[304]. Elle laisse ainsi sous-entendre que la finalité de protection sociale est déjà garantie par ce « noyau » de règles impératives, ce qui rend superflue l'action collective. De l'avis de la Cour l'action échoue donc en application du test d'appropriation.

- A propos de la négociation collective que les syndicats souhaitaient obliger l'employeur à entamer en vue d'un accord sur le salaire minimal, la Cour admet tout d'abord que « *le droit communautaire n'interdit pas aux États membres d'imposer […] le respect de leurs règles en matière de salaire minimal par les moyens appropriés* ». Or, l'action collective des syndicats ne saurait constituer un tel moyen, puisqu'elle rend, « *en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par une telle entreprise, des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal* »[305]. La mesure échoue donc également au stade du test d'appropriation.

- A propos de la règlementation suédoise, la Cour détermine qu'elle est discriminatoire, ce qui fait qu'elle n'est pas susceptible d'être justifiée par des raisons tenant à la protection des travailleurs[306].

[303] *Ibid.*, para. 113.

[304] *Ibid.*, para. 108.

[305] *Ibid.*, para. 109-110. Il convient ici de noter que la détermination du salaire minimal en Suède est laissée entièrement à la négociation collective. La Cour semble ainsi se positionner contre ce système, lui préférant un système de fixation du salaire minimal par voie législative ou réglementaire.

[306] *Ibid.*, para. 116-117.

212. Aucun des trois arguments apportés par la Cour, qu'ils soient solides ou fallacieux, ne contient la moindre trace d'une mise en balance entre la liberté de circulation et la protection des travailleurs. La Cour ne cherche pas à déterminer la magnitude de l'obstacle à la circulation créé par les syndicats, et, dans le troisième argument, elle va même jusqu'à refuser toute possibilité de prendre en compte la protection des travailleurs, objectif que la Cour venait pourtant d'élever prétendument au même rang que le libre marché.

213. La même conclusion est applicable à l'arrêt *Viking*, affaire jumelle de *Laval* (concernant néanmoins la liberté d'établissement). Comme dans l'arrêt *Laval*, la CJUE postule que l'UE possède deux finalités ultimes, l'une économique et l'autre sociale. De la même manière que dans l'arrêt *Laval*, elle proclame que les deux valeurs doivent être « mises en balance »[307]. Aussi, et encore comme dans l'arrêt *Laval*, le contrôle de proportionnalité exercé ne contient aucune trace de cette mise en balance, le juge se limitant au contraire à vérifier si l'action collective était causalement propre à protéger les travailleurs et si les syndicats ne disposaient pas d'autres moyens pour ce faire moins restrictifs à l'égard de la liberté d'établissement[308].

214. Nous devons donc conclure que l'exaltation de la double finalité de l'UE ainsi que de la formule employée par la Cour faisant référence à la mise en balance des deux finalités sont de nature purement rhétorique. Nous semble particulièrement pertinente la critique par Carl Schmitt des invocations des valeurs qui ne se traduisent pas par leur imposition dans la pratique :

> *La spécificité de la notion de valeur dérive justement du fait que, au lieu de posséder un être, elle possède simplement une validité. La position des valeurs est donc nulle si elles ne s'imposent pas ; leur validité doit être actualisée en permanence, c'est-à-dire, elle doit être faite valoir pour qu'elle ne soit pas dissoute dans une apparence vide. Celui qui dit valeur veut faire valoir et imposer. Les vertus sont pratiquées ; les normes sont appliquées ; les ordres sont exécutés ; mais les valeurs s'imposent. Celui qui affirme leur validité doit les faire valoir. Celui qui affirme qu'ils valent sans que personne les fasse valoir, veut tromper*[309].

---

[307] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779, para. 79.

[308] *Ibid.*, para. 84 et s.

[309] C. Schmitt, *La tiranía de los valores* (*Die Tyrannei der Werte*, trad. espagnole par S. Abad), Buenos Aires : Hydra, 2010, pp. 131-132 : « lo específico del valor radica justamente en que éste, en lugar de tener un ser, sólo tiene validez. La posición de valores es por consiguiente nula si no se impone; la validez tiene que ser continuamente actualizada, esto es, se la tiene que hacer valer para que no se disuelva en una vacía apariencia. Quien dice valor quiere hacer valer e imponer. A las virtudes se las practica; a las normas se las aplica; las órdenes se ejecutan; pero los valores se ponen imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer. Quien dice que valen sin que un hombre los haga valer, quiere engañar ».

215. Au-delà des affaires que l'on vient d'analyser, l'image de la balance apparaît parfois dans d'autres décisions de la Cour de manière explicite.

216. Dans l'affaire *Ladbrokes*, par exemple, elle déclare qu'« *un juste équilibre doit être trouvé entre l'exigence d'une expansion contrôlée des jeux de hasard autorisés dans le but de rendre l'offre de ceux-ci attractive pour le public et la nécessité de réduire le plus possible la dépendance à de tels jeux des consommateurs* »[310], précisant ensuite qu'« *il incombe à la juridiction de renvoi de […] concilier d'une manière appropriée la réalisation simultanée des objectifs poursuivis par la réglementation nationale* »[311]. Dans l'arrêt *Finalarte*, la Cour déclare que « *devraient être mis en balance, d'une part, les charges administratives et économiques qui s'imposent aux prestataires de services en vertu de cette réglementation et, d'autre part, le surcroît de protection sociale qu'elle confère aux travailleurs par rapport à ce que garantit la réglementation de l'État membre d'établissement de leur employeur* »[312]. Et à l'occasion de l'affaire *Blanco Pérez*, il est dit que « *la liberté d'établissement des opérateurs économiques doit être mise en balance avec les impératifs de la protection de la santé publique et que la gravité des objectifs poursuivis dans ce domaine peut justifier des restrictions qui ont des conséquences négatives, même considérables, pour certains opérateurs* »[313].

217. Il est indéniable que l'on retrouve dans ces trois exemples la métaphore de la balance, soit la « conciliation » d'objectifs opposés. Pour autant, ceci ne signifie pas que la Cour ait tranché ces litiges par le biais d'une méthodologie de mise en balance des intérêts en présence. Au contraire : elle s'est remise à son analyse habituelle de la rationalité instrumentale de la mesure incriminée. Malgré la formule employée, dans les arrêts *Ladbrokes*, *Blanco Pérez* et *Finalarte* la Cour ne procède à aucune pondération d'intérêts. Le contrôle continue à consister en une vérification des effets bénéfiques invoqués par l'Etat membre et la comparaison de la mesure litigieuse à d'autres mesures alternatives en termes des coûts économiques qu'elles comporteraient.

---

[310] CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, aff. C-258/08, *Rec*. p. I-04757, para. 32.

[311] *Ibid.*, para. 37.

[312] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831, para. 50.

[313] CJUE, 1 juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec*. p. I-04629, para. 90.

218. Il nous semble donc que la notion de « juste équilibre » est ici dépourvue de signification juridique, son emploi étant plutôt de nature rhétorique. « Juste équilibre » équivaut tout simplement à solution juste ou conforme au droit communautaire, solution à laquelle conduit le contrôle du caractère approprié et nécessaire du droit national. Ceci pourrait être aussi l'avis de l'Avocat général Bot, lorsqu'il affirme, distinguant les notions de proportionnalité et de juste équilibre, que : « *[l]orsqu'un État membre restreint une de ces libertés, [les conditions imposées par le contrôle de proportionnalité] permettent de trouver le juste équilibre entre ce qu'impose la protection de l'intérêt en cause et la liberté fondamentale concernée* »[314].

219. Nous avons également déjà remarqué que les affaires où la Cour semble attribuer une importance particulière à un certain principe prêtent également à la confusion. Rappelons par exemple que dans l'arrêt *Deutscher Apothekerverband* il est dit que : « *la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 CE* »[315]. Pourtant, cette déclaration, qui semblerait porter sur le « poids » de la protection de la santé en vue de sa mise en balance avec la libre circulation, n'entraine aucune conséquence sur l'application du principe de proportionnalité, qui demeure un examen de l'efficience de la mesure en question.

220. Quoi qu'il en soit, autant dans les affaires *Viking* et *Laval* que *Ladbrokes* ou d'autres cas où la Cour a pu utiliser un langage apparemment propre à la méthodologie de la balance d'intérêts, il demeure qu'il est radicalement impossible de considérer que la CJUE s'engage dans une véritable pesée d'intérêts puisque la structure de son raisonnement est essentiellement *asymétrique*[316]. Si, comme la Cour le déclare dans l'arrêt *Laval*, l'ordre juridique communautaire poursuivait deux finalités d'égale importance, l'une économique et l'autre sociale, elle devrait s'arroger le pouvoir de contrôler la proportionnalité de l'exercice des libertés de circulation au détriment de la protection sociale (par exemple, du fait d'une délocalisation industrielle) de la même manière qu'elle prétend vérifier que des actions collectives en protection des intérêts des travailleurs se maintiennent dans les domaines du proportionnel. Il n'y a pas donc de véritable mise en balance puisque, tout simplement, le poids d'un des principes en conflit – la libre circulation intracommunautaire – n'est jamais mesuré ni soumis à une

[314] CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, aff. C-258/08, *Rec.* p. I-04757 et CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie*, aff. C-203/08, *Rec.* p. I-04695, concl. AG Bot du 17 décembre 2009, para. 102.

[315] Voir p.ex. CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval*, aff. C-322/01, *Rec.* p. I-14887, para. 103 : « la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 30 CE ».

[316] C. Joerges et F. Rödl, « Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval* » (2009) 15.1 *European Law Journal*, pp. 1-19, p. 12.

quelconque exigence de justification. Les intérêts poursuivis par les mesures étatiques, qu'ils qualifient ou non de droits fondamentaux, sont au contraire placés en infériorité. Comme le souligne l'Avocate générale Trstenjak à propos d'une affaire récente où la Cour a néanmoins poursuivi la ligne jurisprudentielle de *Laval*, « *[u]n tel mécanisme d'appréciation suggère, en effet, qu'il existerait un rapport hiérarchique entre libertés fondamentales et droits fondamentaux, dans lequel les droits fondamentaux occuperaient un rang inférieur aux libertés fondamentales* »[317].

§ 3 – L'absence de la notion de valeur

221. La méthode de la mise en balance des intérêts est inconcevable sans une notion très précise de « principe », pratiquement équivalente à celle de « valeur ». La contribution de Ronald Dworkin dans ce sens est bien connue. Selon l'auteur américain, doivent être distinguées les normes qui prennent la forme de règles (« *rules* ») et celles qui se présentent comme des principes (« *principles* »)[318]. Cette distinction est de nature « *logique* »[319]. Les premières se caractérisent par le fait que leur application n'admet pas de gradation (« *rules are applicable in an all-or-nothing fashion* ») : soit la règle est applicable et alors elle constituera la majeure du syllogisme judiciaire, soit elle ne l'est pas et elle doit donc être complètement ignorée. Le contraire peut être dit des principes : leur application est sujette à gradation, si bien que leur applicabilité a pour effet d'obliger le juge de les prendre en considération sans que pour autant elle impose une certaine décision[320].

222. De ceci dérive une caractéristique fondamentale des principes : ils possèdent la dimension, étrangère aux règles, du « poids » ou de l'« importance ». Cette dimension permet de trancher les conflits entre principes : lorsque deux principes sont simultanément applicables, poussant en faveur de décisions contradictoires, le juge doit

[317] CJUE, 15 juillet 2010, *Commission européenne c. République fédérale allemande*, aff. C-271/08, *Rec*. p. I-07091, concl. AG Trstenjak, 14 avril 2010, para. 184. L'arrêt *Schmidberger* constitue une exception isolée qui contribue à illustrer l'asymétrie ou hiérarchisation caractéristique de l'approche habituelle de la Cour (voir *infra*, nº 260). Voir les propos révélateurs de M. Fallon, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1995, vol. 253, pp. 9-282, nº 81 : « L'appréciation du degré de nécessité d'une mesure nationale est fonction de l'objectif poursuivi par l'ordre juridique communautaire, à savoir la promotion de la circulation des richesses dans un espace unique. Cet intérêt communautaire est irréductible aux intérêts étatiques ; et lorsque la Cour de justice est appelée à évaluer une mesure nationale, elle aborde celle-ci en tant qu'entrave à la mobilité : son arbitrage entre intérêts divergents, plutôt que d'être neutre, cherche alors naturellement à préserver l'intérêt de la Communauté, moins parce que celui-ci serait supérieur que parce qu'elle a en charge d'assurer le « respect » du droit communautaire ».

[318] Suivant la distinction de M. Dworkin, on utilise le terme « *principle* » dans son sens « générique », lequel inclut autant les « *policies* » que les « *principles* » dans un sens strict, R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. 22.

[319] *Ibid.*, p. 24.

[320] *Ibid.*, p. 26.

considérer leurs poids relatifs et trancher dans le sens indiqué par le principe le plus « lourd ». L'application des règles, au contraire, n'implique nullement une évaluation de l'importance des principes, valeurs ou intérêts en présence[321].

223. Les deux méthodes donc, la méthode déductive et celle de la mise en balance, pourraient cohabiter dans un système juridique, chacune se déployant dans le champ qui lui est propre. La démarcation de l'une par rapport à l'autre dépend de la nature des normes applicables en l'espèce, les règles étant redevables d'une méthode déductive tandis que les « *principles* » doivent être mis en balance.

224. Il semble naturel que le domaine de prédilection du développement de la mise en balance d'intérêts soit celui du droit constitutionnel, car habité par des normes très vagues en conflit permanent les unes avec les autres. Mme Champeil-Desplats qualifie ces conflits d'« axio-téléologiques », dont la particularité serait que les « méta-normes » utilisées habituellement pour résoudre les « antinomies déontiques » (chronologique, hiérarchique ou spécialité) s'y appliquent mal, les normes concernées par les conflits axio-téléologiques étant souvent contemporaines, d'égal rang hiérarchique et d'un niveau égal de généralité[322].

225. D'où le lien « structurel » identifié par le théoricien et constitutionnaliste allemand Robert Alexy dans son ouvrage *Théorie des droits fondamentaux* entre les principes constitutionnels et le principe de proportionnalité[323], qui est pratiquement identifié à la mise en balance d'intérêts. Comme Ronald Dworkin, M. Alexy estime que les principes constitutionnels se caractérisent par le fait de posséder un certain poids, variable en fonction des circonstances. Parmi les principes[324] figurent premièrement les droits et libertés fondamentaux. De tels droits et libertés doivent être conçus seulement comme des droits provisoires ou comme des droits « en apparence » (« *prima facie* »), car soumis toujours à une mise en balance avec d'autres droits provisoires ou avec des

[321] *Ibid.*, pp. 26-28.

[322] V. Champeil-Desplats, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : Les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e diritto*, 2001, pp. 59-70, p. 62.

[323] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, préc.

[324] Le terme principe est utilisé par M. Alexy, bien évidemment, dans le sens de principe normatif, tel que le décrit M. Morvan: « Le principe normatif […] ne décrit pas l'objet ou une forme de la connaissance (point de vue ontologique, relevant de la philosophie), ni un axiome ou un système de règles construit par la raison (point de vue logique, relevant de la science du droit) mais une norme juridique édictant un devoir-être (point de vue normatif, relevant seul du Droit) » ; au contraire, les « adages d'interprétation » ne sont pas véritablement de principes, mais plutôt des « règles formelles du raisonnement logique », P. Morvan, « Principes », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 1201-1204, p. 1202. Voir aussi R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Athènes : Sakkoulas/Bruxelles : Bruylant, 1996, pp. 7-8, où l'auteur distingue les principes « normatifs » des principes « d'interprétation », définissant ces derniers comme les « méthodes et techniques juridiques qui guident le juge dans l'accomplissement de sa mission ».

intérêts publics poursuivis par le législateur. Ils n'acquièrent donc leur caractère « définitif » qu'après l'opération de mise en balance réalisée par le juge. La tâche de ce dernier s'éloigne ainsi de la recherche du sens des dispositions constitutionnelles, et de leur application à des cas concrets. Plutôt que de garantir le respect de la volonté du constituant, il serait chargé de « *contrôler si une concrétisation législative donnée permet effectivement une protection équilibrée des différentes normes constitutionnelles* »[325]. En définitive, estime M. Alexy, le juge chargé de trancher des litiges impliquant des principes constitutionnels est appelé à mettre en balance des intérêts par la nature même de ces principes.

226. Ainsi, si la Cour était véritablement attachée à une conception du droit comme une mise en balance permanente d'intérêts, elle s'interrogerait d'emblée, face à une mesure étatique (ou communautaire) constitutive d'une entrave à la circulation, sur l'équilibre concrètement consacré par ladite mesure entre des valeurs ou intérêts contraposés. La tâche de la Cour serait alors de corriger l'équilibre, dans un sens plus favorable à la libre circulation, ou de le valider en le déclarant suffisamment sensible aux besoins de la construction communautaire. Les libertés de circulation auraient alors une fonction de *rééquilibrage*.

227. Pourtant, une telle approche se distingue parfaitement de celle consistant à identifier le but poursuivi par la norme. La tâche du juge consiste alors à identifier la réalité projetée par la norme en question, le résultat ultime visé par son auteur.

228. Benjamin Rémy écrit à ce propos que « *[…] la règle peut être conçue soit comme un lieu de reconnaissance et de conciliation de valeurs, soit comme un moyen permettant d'atteindre un objectif* »[326]. Or, il est important de souligner que les deux approches ne sont point incompatibles, comme cette citation pourrait le suggérer. Une même norme peut être comprise comme visant un certain résultat et en même temps comme une conciliation entre valeurs. Après tout, la finalité de la norme n'est qu'un élément de celle-ci, raison pour laquelle elle reflèterait également la concrétisation d'un équilibre entre des valeurs. Ainsi, il est possible d'identifier d'un côté la finalité d'une loi, et d'un autre côté la combinaison entre valeurs qu'elle consacre. Comme l'écrivait le grand juriste allemand Philipp Heck :

> *La conception des lois du point de vue des évaluations d'intérêts qu'elles contiennent vise naturellement à comprendre la finalité de chaque loi. La représentation téléologique*

[325] E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation » des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, pp. 559-584, p. 564.

[326] B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris : Dalloz, 2008, p. 350.

repose au fond sur des revendications. Or, l'analyse des intérêts ne coïncide pas avec la question de la finalité de la loi, du moins si l'on comprend le terme finalité dans le sens psychologique habituel du terme. Cette analyse, la recherche des intérêts, est plus profonde. Elle cherche à rendre explicite les éléments particuliers dont la combinaison active a produit la représentation téléologique du législateur et le choix de ses moyens, c'est-à-dire les représentations normatives[327].

229. Il faut néanmoins exclure que le même « objet » puisse être une finalité et une valeur à la fois. Soulignons dans ce sens que l'objectif d'une loi ne saurait être la défense d'un certain principe ou d'une certaine valeur. Eriger une valeur en objectif est purement destructif. Comme le signale M. Alexy, une valeur doit nécessairement être conciliée avec d'autres valeurs antagoniques[328]. Autrement, l'on tomberait dans la « tyrannie des valeurs » décrite par Carl Schmitt, où tout doit être sacrifié à la valeur suprême[329]. Ainsi, lorsqu'il est par exemple dit que telle ou telle autre législation cherche à protéger les travailleurs, il ne faut pas pourtant entendre que le but de la loi est de garantir leur protection à tout prix. La loi se veut au contraire, par une nécessité logique, une conciliation entre le principe de protection des travailleurs et d'autres principes concurrents. Identifier un tel principe comme « finalité » de la loi est donc un abus de langage, car les termes finalité ou objectif doivent posséder une certaine concrétude. Ainsi, un véritable objectif pourrait être, par exemple, le fait de vouloir éviter que la capacité des travailleurs pour négocier leurs contrats de travail avec les employeurs soit réduite à néant par l'inégalité économique entre les deux parties. Affirmer tout simplement qu'une réglementation cherche à promouvoir une valeur abstraite telle que la protection des travailleurs a une utilité très réduite, puisque ceci nous révèle seulement que cette valeur constitue une des préoccupations principales de l'auteur de la norme, ou possiblement que la réglementation en question modifie l'équilibre préexistant entre la protection des travailleurs et d'autres valeurs dans un sens plus favorable à la première considération.

230. La thèse de Benjamin Rémy mérite d'être citée à ce propos, laquelle propose l'exemple suivant, très éclairant :

---

[327] Ph. Heck, *El problema de la creación del derecho* (*Das Problem der Rechtsgewinnung*, trad. espagnole par M. Entenza), Granada : Comares, 1999, pp. 67-68 : « La consideración de las leyes desde el punto de vista de las estimaciones de intereses que contienen tiene naturalmente como tarea la comprensión de la finalidad de cada ley. La representación finalística descansa siempre en última instancia en disposiciones reivindicativas. Pero el análisis de intereses no coincide con la cuestión de la finalidad de la ley, al menos mientras se entienda el término finalidad en el común sentido psicológico de la palabra. El análisis, la investigación de intereses, procede a mayor profundidad. Lo que intenta es explicitar los elementos particulares cuya activa conexión ha producido la representación teleológica del legislador y la elección de sus medios, es decir, las representaciones normativas ».

[328] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, préc., p. 154 et s.

[329] C. Schmitt, *La tiranía de los valores*, préc. Voir aussi C. Pardo, « Reivindicación del Concepto de Derecho Subjetivo », préc., spéc. n° 2.5.

> *Il est ainsi parfois affirmé qu'une norme donnée a pour « objectif de protéger la partie faible », qu'il s'agisse par exemple du consommateur, du salarié… Cette formulation elliptique ne doit cependant pas tromper et le seul objectif dont il s'agit tient à la création d'une norme au regard des valeurs en présence. […] Aussi, l'objectif de protection d'une partie faible n'est-il, en fait, que l'objectif d'énoncer une règle équilibrée au regard des valeurs en présence. […] La faveur inconditionnelle pour l'une des parties semble en effet antinomique de l'idée d'équilibre qui guide la démarche de l'auteur de la norme*[330].

231. Notons donc que la question posée par l'interprète n'est pas la même. La « représentation téléologique » s'interroge sur la « finalité » de la loi, de nature concrète, tandis que « l'analyse des intérêts » cherche à identifier les considérations de nature abstraite dont la « combinaison » aurait donné lieu à la loi, en quelque sorte sa « recette » ou encore si l'on veut sa « composition chimique ».

232. Néanmoins, il nous semble indéniable que la CJUE ne cherche pas identifier comment les mesures nationales concilient les différents intérêts en présence, soit leur « composition chimique ».

233. Voyons par exemple l'affaire *Gourmet*. Se trouvait au centre du litige une législation suédoise interdisant la publicité pour les boissons alcooliques. Après avoir constaté l'existence d'une entrave à la circulation intracommunautaire, la CJUE cherche à identifier l'« objectif » d'une telle législation, concluant « *qu'une réglementation qui limite les possibilités de publicité en faveur des boissons alcooliques et cherche ainsi à lutter contre l'abus d'alcool répond à des préoccupations de santé publique* »[331]. Cette dernière « préoccupation », légitime aux yeux de la Cour, constitue donc le « motif » de la réglementation litigieuse.

234. La « protection de la santé publique », s'agit-il d'une valeur ou d'un objectif ? En accord avec la distinction tracée dans la section précédente entre les deux notions, elle semblerait qualifier plutôt comme valeur puisqu'elle est trop vague pour être un objectif. En effet, dans la simple invocation de la santé publique il est impossible d'identifier une « réalité projetée »[332]. Il est indubitable que la législation suédoise ne cherche pas à protéger la santé à tout prix. Sa finalité semble plutôt être de réduire la consommation

[330] B. Rémy, *Exception d'ordre public…*, préc., p. 352. Cet auteur part de la distinction suivante entre valeur et objectif, p. 324 : « […] valeur et objectif seraient des notions distinctes bien que parents. […] si les valeurs sont un élément permettant la détermination des objectifs, elles ne sont pas le seul élément qui permette cette détermination. Il apparaîtra ainsi que la détermination d'un objectif, si elle demande l'intervention d'une valeur, exige également que l'agent prenne en considération une réalité donnée dans laquelle il se sent impliqué. L'objectif, résultat de cette confrontation, se présente comme un élément distinct tant de la valeur qui est à son origine, que de la réalité en question ».

[331] CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795, para. 27.

[332] B. Rémy, *Exception d'ordre public…*, préc., p. 346.

d'alcool en limitant les possibilités des vendeurs et distributeurs des boissons alcooliques de faire de la publicité pour leurs produits. Cette finalité reflète certes une forte préoccupation pour les effets d'une telle consommation sur la santé, mais la valeur « protection de la santé » a néanmoins été mise en balance par le législateur suédois avec d'autres valeurs, car son intention ne saurait être de créer une « tyrannie » de la protection de la santé.

235. Pourtant, la Cour semble la concevoir comme un objectif car elle ne s'interroge pas sur l'équilibre figé par la législation suédoise entre la valeur de la protection de la santé et d'autres valeurs nécessairement prises en compte par les autorités responsables de l'adoption de cette interdiction (par exemple, la liberté de presse). Cette question serait pourtant obligatoire si la Cour se situait dans une conception du droit comme consacrant une balance entre des intérêts contraposés. Rappelons que, comme le montre Duncan Kennedy, si l'on se situe à l'intérieur de cette conception il ne suffit jamais d'invoquer une valeur pour justifier une norme, encore faut-il montrer que la « perte » subie par d'autres valeurs est acceptable[333]. En outre, la Cour se demande ensuite, par le biais du contrôle de proportionnalité, si la mesure est concrètement apte à contribuer à la protection de la santé, ce qui semblerait confirmer qu'elle la conçoit comme une finalité ayant une existence concrète, soit une « réalité projetée » qu'il serait possible d'atteindre. En effet, elle déclare que « *[p]our que des préoccupations de santé publique puissent justifier une entrave telle que celle qu'entraîne l'interdiction de la publicité en cause au principal, il est de surcroît nécessaire que la mesure considérée soit proportionnée à l'objectif à atteindre* »[334].

§ 4 – Comparaison avec la jurisprudence où est employée une forme de raisonnement de mise en balance

236. Il serait peut être utile de comparer les exemples précités avec quelques décisions provenant de juridictions diverses, afin de conclure définitivement à l'absence de toute justification par voie d'une mise en balance d'intérêts dans les décisions de la CJUE se servant du principe de proportionnalité.

[333] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy… », préc., p. 197 : « What makes Demogue a founder of balancing analysis is that he, like Jhering, identified a trade-off that is built into the law-making process: when one thing goes up (security of transaction), something else must go down (static security). This means that it never makes sense, when justifying a rule, to say that it is good because it promotes security of transaction. To make sense, one must add: at an acceptable cost to static security. Likewise for Jhering, it never makes sense to justify a rule by appeal to its administrability—one must always add: and its acceptable cost in over or under-inclusiveness. This is the basic difference between the conflicting considerations model and the rival approach to policy analysis that identifies one policy per rule ».

[334] CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795, para. 28.

237. Le meilleur exemple en France vient de la notion de « bilan coûts-avantages », élaborée par la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'expropriation à partir de l'arrêt du 28 mai 1971 *Ville Nouvelle Est*. Examinant la légalité d'une décision administrative d'expropriation, le Conseil d'État déclare ici qu'« *une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »[335]. La légalité de la décision de l'autorité administrative dépend ainsi d'une mise en balance d'intérêts *in concreto*[336], ce qui rapproche cette forme de contrôle du « *tabou des contrôles d'opportunité* »[337] (en l'espèce, d'un côté les intérêts des propriétaires des terrains, les préoccupations financières et celles relatives au maintien de l'ordre social, et de l'autre l'utilité publique du projet de construction) [338]. En tout cas, l'essentiel est que ce type de contrôle se distingue nettement de l'évaluation de la rationalité instrumentale du décret adopté par l'autorité administrative, qui n'impliquerait pas une pesée des intérêts en présence.

238. Le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice consiste, comme nous le préciserons davantage ultérieurement, en une comparaison entre mesures en termes de leurs coûts et leurs effets bénéfiques. La notion « bilan coûts-avantages » du droit administratif français semblerait pratiquement identique. Il ne faut pas pourtant se laisser tromper.

239. La notion française implique d'évaluer, par rapport à une décision administrative, d'un côté ses conséquences négatives (sur un triple niveau la propriété privée, en termes financiers et d'ordre social), et d'un autre côté les gains qu'elle comporte. La décision sera contraire à la légalité si les coûts sont excessifs. En conséquence, sont comparés les coûts et les bénéfices comportés par une même décision, sans qu'une mesure commune existe pour évaluer les deux aspects.

240. En revanche, dans le contexte communautaire sont comparés non pas les coûts et les bénéfices produits par la mesure en cause mais plutôt ceux produits par deux mesures différentes, l'une réelle (la mesure en cause) et l'autre hypothétique (une mesure moins restrictive des échanges intracommunautaire que l'Etat membre aurait pu adopter). En effet, il doit d'abord être vérifié si la mesure hypothétique est tout aussi bénéfique que la

[335] CE, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Rec. Lebon*, p. 409, concl. Braibant.

[336] R. Chapus, *Droit administratif général*, Monchrestien, 2001, 15ème éd., nº 1265.

[337] P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, 1992, t. I, pp. 49-68, p. 53. M. Martens montre néanmoins de la circonspection, p. 59 : « Il est vrai que la notion d'opportunité, traditionnellement tenue pour le rempart contre le gouvernement des juges, s'est prêtée à tant de contorsions sémantques qu'elle apparaît plus souvent comme un alibi que comme une frontière ».

[338] Ch. Debbasch, *Droit administratif*, Economica, 2002, 6ème éd., p. 805.

mesure litigieuse. Au cas où les deux s'avèrent tout aussi efficaces, une deuxième comparaison doit avoir lieu, en termes de leurs coûts économiques, où doit être préférée la mesure qui comporte les moindres coûts aux opérateurs économiques intracommunautaires.

241. La différence donc entre le bilan coûts-avantages et la proportionnalité communautaire saute aux yeux. Dans l'une, sont comparés des coûts et des bénéfices induits par une décision administrative, sans qu'il existe de mesure commune de comparaison. Dans l'autre, sont comparés deux règlementations en termes de leurs coûts et de leurs effets bénéfiques. Seul le bilan coûts-avantages du droit français constitue une véritable mise en balance comme forme de raisonnement.

242. De l'autre côté de l'Atlantique, la méthode du bilan est établie de plus longue date dans la jurisprudence de la Cour Suprême[339], au moins depuis l'arrêt *Schneider v. State*[340]. La formulation la plus paradigmatique reste pourtant celle de l'affaire *Pike v. Bruce Church, Inc.* concernant la *Dormant Commerce Clause* (disposition que l'on compare souvent aux libertés de circulation communautaires, puisqu'elle cherche à empêcher les Etats fédérés de faire obstacle au commerce interétatique[341]). La plus haute juridiction américaine déclare :

> *Bien que les critères pour déterminer la constitutionnalité de la législation des États affectant le commerce interétatique aient été définis de manière diverse, la règle générale qui émerge peut être formulée comme suit : lorsque la mesure législative vise à protéger de manière non-discriminatoire un intérêt public local, et ses effets sur le commerce interétatique sont accessoires, celle-ci sera validée à moins que le coût supporté par le commerce excède clairement les éventuels bénéfices locaux*[342].

[339] T. A. Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing », (1987) 96 *Yale Law Journal*, pp. 943-1005, p. 963 et s.

[340] *Schneider v. State*, 308 U.S. 147, 161 (1939) : « In every case, therefore, where legislative abridgment of the rights is asserted, the courts should be astute to examine the effect of the challenged legislation. Mere legislative preferences or beliefs respecting matters of public convenience may well support regulation directed at other personal activities, but be insufficient to justify such as diminishes the exercise of rights so vital to the maintenance of democratic institutions. And so, as cases arise, the delicate and difficult task falls upon the courts to weigh the circumstances and to appraise the substantiality of the reasons advanced in support of the regulation of the free enjoyment of the rights ».

[341] Sur cette clause, voir D.H. Regan, « The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause », (1985-1986) 84 *Michigan Law Review*, pp. 1091-1287.

[342] *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137, 142 (1970) : « Although the criteria for determining the validity of state statutes affecting interstate commerce have been variously stated, the general rule that emerges can be phrased as follows: where the statute regulates evenhandedly to effectuate a legitimate local public interest, and its effects on interstate commerce are only incidental, it will be upheld unless the burden imposed on such commerce is clearly excessive in relation to the putative local benefits ».

243. La logique est la même que dans l'affaire *Ville Nouvelle Est*. La légitimité de la mesure examinée dépend de l'équilibre entre intérêts qu'elle opère : si elle favorise excessivement l'intérêt poursuivi au détriment du commerce interétatique, elle sera annulée ou inappliquée. Aussi comme à *Ville Nouvelle Est*, l'examen du juge ne consiste pas à vérifier sa rationalité du point de vue moyen-fin, mais se penche au contraire sur une comparaison des coûts et bénéfices, sans que la Cour nous offre une mesure commune à l'aune de laquelle les deux aspects pourraient être évalués. Il serait erroné d'identifier un tel test dans la jurisprudence communautaire puisque celle-ci, comme nous venons de le rappeler, consiste en une comparaison de règlementations en termes de leurs effets bénéfiques et leurs coûts économiques. A notre avis M. Poiares Maduro se trompe lorsqu'il déclare que l'arrêt de la CJUE *Cassis de Dijon* instaure la même sorte d'analyse de bilan coûts-bénéfices que *Pike v. Bruce Church*[343].

244. Il semblerait que la Cour de justice utilise un véritable test de « bilan », mettant en balance les intérêts impliqués pour justifier sa décisions ultime, dans des domaines autres que celui des restrictions étatiques aux libertés de circulation. On trouve des illustrations dans la jurisprudence de la CJUE en matière de droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Volker*, par exemple, concernant la validité de l'article 44 bis du Règlement 1290/2005, imposant la publication de certaines informations, sous l'angle des droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel contenus dans les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, la Cour s'interroge sur la question suivante :

> *Il y a donc lieu de vérifier si le Conseil de l'Union européenne et la Commission ont effectué une pondération équilibrée entre l'intérêt de l'Union à garantir la transparence de ses actions et une utilisation optimale des fonds publics, d'une part, et l'atteinte au droit des bénéficiaires concernés au respect de leur vie privée, en général, et à la protection de leurs données à caractère personnel, en particulier, d'autre part*[344].

245. La différence avec la jurisprudence concernant les entraves aux libertés de circulation est frappante, d'autant plus que la CJUE utilise exactement le même terme – proportionnalité – pour désigner son contrôle. La comparaison doit être faite non pas entre deux règlementations en termes de leurs coûts, mais entre *valeurs*, sans qui existe une mesure commune qui permette de comparer leur importance respective. Ici, la Cour entend que la norme objet du contrôle est elle-même le fruit d'une pondération et conçoit sa propre tâche comme consistant à identifier le point où ladite pondération serait « équilibrée ». En outre, la CJUE veut obliger les autorités communautaires à prendre

[343] M. Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, p. 52.

[344] CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*, aff. jointes C-92 et 93/09, *Rec.* p. I-11063, para. 77.

leurs décisions à la suite d'une mise en balance des intérêts et principes en présence, puisqu'elle affirme : « *Il doit être rappelé que les institutions sont tenues de mettre en balance, avant de divulguer des informations concernant une personne physique, l'intérêt de l'Union à garantir la transparence de ses actions et l'atteinte aux droits reconnus par les articles 7 et 8 de la charte* »[345]. On retrouve ainsi la conception de la proportionnalité d'auteurs tels que Mme Georgitsi, selon laquelle, rappelons-le, cette notion amène à « *contrôler si une concrétisation législative donnée permet effectivement une protection équilibrée des différentes normes constitutionnelles* »[346].

246. Il semblerait donc que la méthodologie suivie pour évaluer la justification des atteintes aux droits fondamentaux contenus dans la Charte de l'UE soit qualitativement distincte de celle qu'emploie la Cour face à des entraves aux libertés de circulation économiques, bien que le terme utilisé pour désigner les deux types de contrôle soit toujours le même.

247. L'affaire *Karner* est dans ce sens un excellent cas d'étude car la Cour, exceptionnellement, *pèse* les différents principes concurrents, mettant donc en œuvre une véritable mise en balance. Or, l'arrêt reste isolé car, malgré l'origine nationale et non pas communautaire de la mesure objet du contrôle, la Cour ne cherche pas à justifier une atteinte à la liberté de circulation mais au contraire une restriction à un *droit fondamental*. L'intérêt de l'affaire dans notre étude provient du fait que la conformité d'une mesure nationale est examinée à l'égard et de la libre circulation et d'un droit fondamental, ce qui illustre parfaitement dans une même affaire la différence d'approche de la Cour par rapport aux deux sortes d'ingérence.

248. En effet, la CJUE avait considéré que la mesure incriminée (l'interdiction de « *tout avis au public ou toute information destinée à un nombre important de personnes faisant référence au fait qu'une marchandise provient d'une faillite, lorsque la marchandise concernée, tout en ayant une telle provenance, ne fait cependant plus partie de la masse de la faillite* »[347]) ne constituait pas une restriction à la libre circulation des marchandises. Or, elle décide de ne pas s'arrêter là. Continuant l'examen de la mesure, la Cour se penche sur l'analyse de sa compatibilité avec la liberté d'expression, telle que consacrée dans la Convention européenne des droits de l'homme.

249. La nouveauté que suppose la décision de poursuivre le contrôle d'une loi nationale se fondant seulement sur une disposition de ladite Convention a été amplement

[345] *Ibid.*, para. 85.

[346] E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation »… », préc., p. 564.

[347] CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, aff. C-71/02, *Rec*. p. I-03025, para. 9.

remarquée par la doctrine[348]. En revanche, l'autre aspect remarquable de la décision – la spécificité du raisonnement suivi par le juge pour analyser la compatibilité de la mesure avec la liberté d'expression – reste négligé. La Cour ne se limite pas à vérifier que la règlementation nationale, poursuivant la protection du consommateur et la loyauté des transactions commerciales, soit apte et nécessaire. Elle souligne aussi que le « *juste équilibre* » entre la liberté d'expression et les objectifs poursuivis par les autorités nationales dépend d'un côté du « *but justifiant la limitation* » et d'un autre côté de la possibilité que l'exercice de la liberté d'expression « *ne contribue à un débat d'intérêt général* »[349]. Autrement dit, la solution dérive de l'importance respective des intérêts confrontés. La Cour y articule, bien que de façon très succincte, une véritable mise en balance, puisqu'elle compare l'importance de la liberté d'expression à celle de la protection du consommateur et la loyauté des transactions commerciales. A la différence de ce qui se passe lorsque la Cour examine la justification des entraves à la circulation, il n'y a pas ici de mesure commune permettant une comparaison.

250. Le contraste entre les deux approches saute donc aux yeux. Ce contraste contribue à nous convaincre de l'absence d'une méthodologie de mise en balance d'intérêts dans la jurisprudence sur les restrictions étatiques à la libre circulation intracommunautaire.

251. Il ne reste plus qu'à signaler quelques cas isolés dans ce domaine où la Cour s'est néanmoins servie d'une méthodologie de mise en balance.

§ 5 – Les cas exceptionnels où la Cour applique les libertés de circulation en employant une forme de raisonnement de mise en balance

252. Il faut néanmoins admettre que plusieurs décisions ont été rendues sur les entraves à la circulation intracommunautaire où la Cour s'est servie d'une méthodologie de la balance. Ces exemples restent pourtant exceptionnels.

253. La première, qui n'est une exception qu'en apparence, apparaît dans des jugements où ce sont les autorités communautaires qui font l'objet du contrôle du juge. Ainsi, dans l'arrêt *Fedesa* la Cour définit comme suit le contenu du principe de proportionnalité :

> *En vertu de ce principe, la légalité de l'interdiction d'une activité économique est subordonnée à la condition que les mesures d'interdiction soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en*

[348] Voir p.ex. A. Rigaux, « Mesures d'effet équivalent. De l'examen, dans une situation "purement interne", de la compatibilité des limitations nationales de publicité avec la libre circulation des marchandises, la libre prestation de service et le respect des droits fondamentaux », *Europe*, mai 2004, pp. 18-19.

[349] CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, aff. C-71/02, *Rec*. p. I-03025, para. 51.

> *cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés*[350].

254. La CJUE semble ainsi vouloir incorporer dans son contrôle une dernière étape de raisonnement où elle met en balance les inconvénients causés avec les buts visés. L'origine de cet ajout ne fait pas de doute : c'est le dernier volet du principe de proportionnalité du modèle alexyen. Pour autant, le test de proportionnalité dans le sens strict n'est pas finalement mis en œuvre dans l'arrêt *Fedesa*. Au contraire, la Cour, chargée de vérifier la conformité au droit communautaire d'une directive en matière de politique agricole commune, immédiatement après avoir « défini » le principe de proportionnalité comme nous venons de voir, déclare toutefois devoir se limiter à vérifier que ladite directive n'est pas « *manifestement inapproprié[e]* »[351]. La Cour octroie ainsi aux autorités communautaires une grande marge d'appréciation. Cette forme de contrôle non seulement n'inclut pas une mise en balance des coûts et bénéfices mais en toute rigueur ne comprend même pas le test de nécessité[352].

255. L'arrêt *Fedesa* ne doit donc pas être qualifié d'exception à la règle de l'absence d'une méthodologie de mise en balance, soit du test de proportionnalité au sens strict. Cette constatation ne s'applique pourtant pas à deux autres cas, les arrêts *Stoke-on-Trent* et *Schmidberger*. Nous montrerons, néanmoins, que malgré le fait qu'une méthodologie de mise en balance soit ici employée, ces deux exemples ne sont pas représentatifs de l'approche générale de la Cour, raison pour laquelle ils nous semblent plutôt des « essais » de raisonnement qui n'ont pas été poursuivis par la suite.

256. Dans l'arrêt *Stoke-on-Trent*, appartenant à la fameuse suite d'affaires concernant la réglementation du repos dominical, la Cour déclare :

> *Le contrôle de la proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises. A cet égard, pour vérifier que les effets restrictifs de la réglementation en cause sur les*

[350] CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, *Rec*. p. I-04023, para. 13 (nous soulignons).

[351] *Ibid.*, para. 14.

[352] *Ibid.*, para. 16 : « Quant aux arguments qui ont été avancés pour étayer la thèse du caractère non nécessaire de l'interdiction en cause, ils présupposent, en réalité, que la mesure contestée est inappropriée en vue d'atteindre des objectifs autres que celui de dissiper les inquiétudes des consommateurs, inquiétudes qui ne seraient pas fondées. Or, le Conseil n'ayant pas commis d'erreur manifeste à cet égard, il était également fondé à considérer que la suppression des entraves aux échanges et des distorsions de concurrence en tenant compte des exigences de protection de la santé ne pouvait pas être atteint par des mesures moins contraignantes telles que la diffusion de renseignements auprès des consommateurs et l'étiquetage de la viande ».

échanges intracommunautaires ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé, il importe d'examiner si ces effets sont directs, indirects ou simplement hypothétiques et s'ils ne gênent pas la commercialisation des produits importés plus que celle des produits nationaux[353].

257. La présence d'une méthodologie de mise en balance d'intérêts est ici indéniable. La Cour entreprend de comparer les effets restrictifs du commerce avec l'intérêt national de nature non-économique. A la différence des arrêts étudiés auparavant, il importe, nous dit la Cour, de mesurer l'importance des effets restrictifs du commerce provoqués par la mesure litigieuse, pour vérifier si lesdits effets sont « directs, indirects ou simplement hypothétiques ».

258. Pourtant, cela reste une exception isolée, en contradiction avec toute la jurisprudence postérieure. Peu après la suite d'arrêts rendus sur le repos dominical, probablement en réaction au chaos jurisprudentiel qu'elles ont causé dans les Etats membres ainsi qu'aux critiques virulentes reçues de la part de la doctrine[354], la CJUE est revenue de manière « spectaculaire »[355] pour requalifier ce genre de règlementations comme des « *dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente* » qui tombent en tant que telles en dehors du domaine d'application de la liberté de circulation des marchandises[356]. Le revirement *Keck et Mithouard* est surtout connu du fait d'avoir réduit drastiquement ce champ d'application. Or, un autre aspect est remarquable : l'arrêt marque aussi l'abandon d'une méthodologie de mise en balance, à peine esquissée dans les affaires du repos dominical, puisqu'elle n'a plus réapparu depuis. Certes, la jurisprudence *Keck et Mithouard* est aujourd'hui considérée pratiquement défunte, puisque la CJUE a considéré récemment dans une série d'arrêts (dont le précité *Commission/Portugal*) que des mesures imposant des conditions à l'utilisation des produits sont susceptibles de constituer des entraves à la circulation et doivent dans ce cas être conformes au principe de proportionnalité[357]. Or, malgré cela la Cour n'a pas réintroduit un contrôle de proportionnalité au sens strict, se cantonnant dans les affaires *Commission/Italie*, *Commission/Portugal* et *Mickelsson et Ross* à vérifier que les dispositions en question sont adéquates et nécessaires.

---

[353] CJCE, 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc.*, aff. C-169/91, *Rec.* p. I-06635, para. 15 (nous soulignons).

[354] M. A. Jarvis, *The Application of EC Law by National Courts. The Free Movement of Goods*, Oxford : Clarendon Press, 1998, p. 219.

[355] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2006, Oxford University Press, 2ème éd., p. 195.

[356] CJCE, 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* p. I-06097, para. 16.

[357] CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-00519 ; CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, *Rec.* p. I-04273 ; CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, aff. C-265/06, *Rec.* p. I-02245.

259. L'affaire *Stoke-on-Trent* reste donc une occurrence isolée et n'est point représentative de l'approche de la Cour de justice en ce domaine. Il faut conclure que cet essai a été abandonné aussitôt par la Cour.

260. La même chose est applicable à l'arrêt *Schmidberger*, dont il est dit correctement qu'il emploie « *la métaphore classique de la balance* » pour résoudre le conflit entre les libertés de circulation et les mesures nationales protégeant des droits fondamentaux[358]. Dans cette affaire, une manifestation autorisée par les autorités autrichiennes, se déroulant sur une importante autoroute du pays, avait eu pour effet d'interrompre la circulation des marchandises par voie routière. La juridiction de renvoi demandait alors à la CJUE de déterminer si le fait que l'Etat autrichien n'avait pas empêché la manifestation par respect des libertés d'expression et de réunion des manifestants constituait négativement une entrave injustifiée à la liberté de circulation.

261. Ayant conclu à l'existence d'une restriction à la circulation, la Cour présente de la manière suivante la question à résoudre :

> *La présente affaire soulève ainsi la question de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité et, plus particulièrement, la question de la portée respective des libertés d'expression et de réunion, garanties par les articles 10 et 11 de la CEDH, et de la libre circulation des marchandises, lorsque les premières sont invoquées en tant que justification d'une restriction à la seconde*[359].

262. Il s'agit donc d'un problème de « conciliation » des droits fondamentaux avec les libertés de circulation. La Cour note en effet que ni la libre circulation des marchandises ni les libertés d'expression et de réunion n'ont un caractère absolu, raison pour laquelle « *il convient de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts* »[360]. Pour ce faire, la Cour relève toute une série de circonstances montrant la portée relativement limitée de l'interruption causée à la circulation ainsi que l'importance des questions sur lesquelles les manifestants prétendaient attirer l'attention du public. Autrement dit, la Cour compare les « poids » respectifs des deux valeurs comparées, à la différence de ce qu'on avait relevé à propos par exemple des décisions *Laval* et *Viking*. Ces considérations, formulées selon le schéma typique de la métaphore

[358] Voir p.ex. C. Barnard, « Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected ? », in C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of EU Law*, Oxford : Hart Publishing, 2009, pp. 273-305, p. 288.

[359] CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-05659, para. 77.

[360] *Ibid.*, para. 81.

de la balance, amènent finalement la Cour à conclure que la décision des autorités autrichiennes de permettre la manifestation est conforme au droit communautaire.

263. A l'instar de l'arrêt *Stoke-on-Trent*, l'utilisation d'une méthodologie de mise en balance saute aux yeux. En outre, elle semble cette fois-ci considérablement plus raffinée, puisque la Cour mesure les « poids » des intérêts en jeu avec davantage de circonspection.

264. Il demeure que, aussi comme à *Stoke-on-Trent*, la jurisprudence n'a pas poursuivi cette ligne dans d'autres affaires où l'entrave à la circulation était justifiée par la protection des droits fondamentaux. Dans le jugement *Omega*, par exemple, rendu peu après *Schmidberger*, la CJUE revient à sa méthodologie habituelle[361]. Etait en jeu la prohibition des autorités allemandes de la commercialisation d'un jeu de simulation de combats violents considéré attentatoire à la dignité humaine. Certes, la Cour s'appuie explicitement sur *Schmidberger* pour confirmer que les droits fondamentaux et le respect de la dignité humaine font partie de l'ordre communautaire et que leur protection constitue un motif légitime susceptible de justifier des atteintes aux libertés de circulation par des mesures étatiques[362]. Or, malgré la citation explicite, la Cour retourne en réalité au contrôle de proportionnalité consistant à évaluer l'adéquation et la nécessité de la mesure allemande. La Cour ne se penche nullement sur l'importance des intérêts protégés, ou sur la portée de la restriction à la libre prestation de services si ce n'est que pour la comparer à d'autres alternatives tout aussi efficaces dans le cadre du test de nécessité[363]. C'est aussi l'approche adoptée dans l'affaire *Dynamic Medien*, où la protection de l'enfant est invoquée[364].

265. Ce qui nous semble particulièrement frappant dans l'arrêt *Schmidberger* est que, mis à part le fait que la Cour justifie sa décision par le biais d'une mise en balance de principes concurrents et d'égale valeur abstraite, *le principe de proportionnalité comme tel n'est jamais invoqué*. Tandis que dans l'arrêt *Omega* la Cour déclare, comme elle le fait habituellement, que « *des mesures restrictives de la libre prestation des services ne peuvent être justifiées par des motifs liés à l'ordre public que si elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et seulement dans la mesure où*

[361] Le même peut être dit des arrêts *Viking* et *Laval*, déjà analyses, concernant également des conflits entre les libertés de circulation et la protection des droits fondamentaux.

[362] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, para. 33-35.

[363] *Ibid.*, para. 39 : « en interdisant uniquement la variante du jeu laser qui a pour objet de tirer sur des cibles humaines et donc de «jouer à tuer» des personnes, l'arrêté litigieux n'est pas allé au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par les autorités nationales compétentes ».

[364] CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, aff. C-244/06, *Rec*. p. I-00505, para. 36 et s.

ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives », cette énonciation du principe de la proportionnalité est complètement absente dans l'arrêt *Schmidberger*.

266. L'arrêt permet ainsi de contraster la méthodologie de la mise en balance avec le contrôle de proportionnalité exercé normalement par la Cour de justice. La différence entre l'arrêt *Schmidberger* et le reste de la jurisprudence communautaire en ce domaine saute aux yeux. Il nous semble tout aussi évident que l'approche « Schmidberger » n'a pas eu de suite dans la jurisprudence, la Cour de justice préférant revenir à son approche habituelle. Si l'on veut, cet arrêt est l'exception qui confirme la règle générale de l'absence d'une méthodologie de mise en balance.

SECTION 2. La réfutation des interprétations insistant sur l'existence d'une forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts

267. Il y a une certaine tendance dans la doctrine à négliger les constatations exposées jusqu'ici. L'absence d'une méthodologie de mise en balance explicitement formulée ne fait obstacle à ce que prennent place ici les analyses les plus répandues du principe de proportionnalité, qui le conceptualisent comme un mécanisme de conciliation de principes ou d'arbitrage entre intérêts divergents (§ 1). Nous montrerons que cela est dû à une erreur fondamentale, que nous qualifierons d'« essentialiste », consistant à concevoir la décision judiciaire comme mettant nécessairement en œuvre une mise en balance d'intérêts (§ 2).

§ 1 – La position doctrinale qui conçoit les décisions de la Cour de justice comme opérant nécessairement une mise en balance d'intérêts

268. Parmi le consensus doctrinal, décrit précédemment, pour identifier la proportionnalité à une méthodologie de mise en balance d'intérêts, de nombreux auteurs admettent néanmoins que la Cour de justice s'abstient généralement de mesurer le « poids » de la libre circulation et de le comparer à celui de l'objectif non-économique invoqué par l'État membre. Ils ne contestent pas donc notre analyse positive de la jurisprudence, telle que l'on vient de l'exposer. Or, ils signalent néanmoins que ceci ne remet pas en cause la nature du principe de proportionnalité comme mécanisme de pondération.

269. Cela se fonde premièrement sur un argument de type logique. Il serait tout simplement absurde de prétendre conduire des tests d'appropriation et de nécessité sans évaluer ensuite la proportionnalité *stricto sensu*. L'exemple suivant pourrait être apporté comme preuve. Supposons que quelqu'un surprenne un voleur en train d'essayer de briser la fenêtre de sa voiture pour s'y introduire. Supposons aussi que ce voleur, particulièrement résolu à s'enfuir avec la voiture, n'abandonnera son entreprise sous

aucune menace. Et supposons enfin que le seul moyen efficace pour le propriétaire de la voiture d'éviter le vol est de tirer avec un pistolet sur le voleur. Cette mesure, certes dramatique, satisfait néanmoins aux tests d'appropriation, puisqu'elle est efficace, et de nécessité, car aucune autre alternative ne réussirait à éviter le vol. Pourtant, c'est sûrement une absurdité : comment admettre que tuer quelqu'un puisse être justifié pour éviter le vol d'une voiture ?

270. Nous serions donc obligés d'admettre que le raisonnement suivi manque encore une dernière étape, la proportionnalité *stricto sensu*, laquelle nous permet de conclure que l'intérêt du propriétaire à préserver sa voiture ne saurait justifier l'assassinat du voleur. D'où la conclusion de la nécessité logique d'une mise en balance d'intérêts, soutenue par nombre d'auteurs. Comme le dit par exemple Mme Georgitsi :

> *S'il est évident que [le contrôle d'adéquation et de nécessité] est indispensable, il est tout aussi clair qu'il est également insuffisant : dans la majorité des cas, la question n'est pas tant de savoir si la mesure législative en question est adéquate et nécessaire pour protéger un droit, mais si, en l'adoptant, le législateur réussit à préserver un niveau de protection suffisant pour le droit dont il limite la portée. L'étape principale du contrôle de proportionnalité d'une conciliation opérée par le législateur entre deux droits en conflit est donc celle du respect de la proportionnalité au sens strict, qui prend la forme d'une pondération des impératifs constitutionnels en jeu*[365].

271. Cette thèse considère ainsi la présence d'une mise en balance d'intérêts (ou du test de proportionnalité *stricto sensu*) comme une nécessité logique. Elle procède d'une certaine théorie sur la fonction judiciaire, selon laquelle celle-ci consisterait par son *essence* même en une mise en balance des intérêts en présence. Les travaux de M. Stone Sweet nous semblent particulièrement illustratifs à cet égard. Dans un article analysant l'essor global du principe de proportionnalité, écrit en collaboration avec M. Jud Mathews, on trouve l'affirmation suivante :

> *Une cour qui reconnaît explicitement qu'une mise en balance est inhérente au contentieux des droits fondamentaux est plus honnête que la cour qui prétend seulement appliquer un code constitutionnel, sans mettre en balance ni légiférer*[366].

272. Dans une autre contribution plus récente à propos de l'utilisation du principe de proportionnalité dans l'arbitrage d'investissement CIRDI, Alec Stone Sweet écrit également que la pratique de la mise en balance « révèle » la véritable nature législative

[365] E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation »… », préc., p. 571.

[366] A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing… », préc., p. 88 : « A court that explicitly acknowledges that balancing inheres in rights adjudication is a more honest court than one that claims that it only enforces a constitutional code, but neither balances nor makes law ».

de la fonction judiciaire[367]. D'autres auteurs parlent sinon de la proportionnalité, utilisée comme synonyme de la mise en balance d'intérêts, comme une garantie de « transparence »[368]. Un autre article, un des plus connus dans ce domaine, mérite également d'être cité, celui de M. Coffin. Il a écrit :

> *La mise en balance exposée restreint le juge et ses préférences personnelles occultes et impropres en dévoilant chaque étape dans le processus mentale ; elle maximise la possibilité d'atteindre un consensus collégial en donnant réponse à chaque préoccupation des collègues qui manifesteraient des désaccords ; elle offre aussi une description complète du processus conduisant à la décision du juge, permettant les analyses postérieures des juristes et l'évaluation des citoyens*[369].

273. Cette citation est particulièrement illustrative. Notons qu'elle se réfère à la mise en balance comme une véritable « *description* » du « *processus conduisant à la décision du juge* ». M. Coffin clarifie ainsi la raison pour laquelle certains auteurs estiment cette méthode une garantie de « dévoilement ». M. Muzny, de sa part, déclare que c'est justement la « transparence » de la proportionnalité qui la distingue véritablement du raisonnement dogmatique :

> *En obligeant le juge à motiver le sens de son choix au moyen d'une explication énonçant la ou les raisons d'être de son action, la proportionnalité a pour effet de mettre à nu la réalité psychologique de l'auteur de la décision*[370].

274. La mise en balance ne fait donc que « décrire » une « réalité psychologique » ou démarche intellectuelle, en tout cas. Même M. Van Drooghenbroeck, auteur qui pourtant se distingue par ses critiques de la mise en balance en signalant qu'elle serait le vecteur d'une grande insécurité juridique, semble souscrire à cet avis. Tout au long de sa thèse il

---

[367] A. Stone Sweet, « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier », (2010) 4.1 *Law and Ethics of Human Rights*, pp. 47-76, p. 50 : « Most important, balancing fully exposes judges as lawmakers, and it shows that outcomes are substantively indeterminate, at a deep structural level ».

[368] T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures… », préc., p. 755 : « […] the role of proportionality is not to prevent bad decisions but to create optimum opportunity for good ones by creating a space for rendering transparent, principled second opinions ». Voir aussi A. Von Bogdandy, « Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch » (2010) 16.2 *European Law Journal*, pp. 95-111, p. 103, où l'auteur estime que la technique de la balance d'intérêts sert à rendre plus compréhensible le travail des juges, à la place du langage « hermétique » des « juristes-techniciens », ce qui entraîne une « politicisation » du contentieux judiciaire plus conforme aux valeurs démocratiques.

[369] F.M. Coffin, « Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice », (1988) 63 *New York University Law Review*, pp. 16-42, p. 25 : « [o]pen balancing restrains the judge and minimizes hidden or improper personal preference by revealing every step in the thought process; it maximizes the possibility of attaining collegial consensus by responding to every relevant concern of disagreeing colleagues; and it offers a full account of the decision-making process for subsequent professional assessment and public appraisal ».

[370] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseilles, 2005, t. II, nº 687.

emploie régulièrement la métaphore de la balance, par exemple pour réclamer que la CEDH attribue plus de poids au principe de prévisibilité [371] afin d'atteindre une « *combinaison optimale* » avec le principe de flexibilité[372]. Il affirme également que le syllogisme juridique n'est qu'une « *balance des intérêts déguisée* » [373] , voire « *refoulée* »[374].

275. Ces citations offrent un excellent exemple d'un avis très répandu, selon lequel une des principales vertus de la mise en balance en tant que raisonnement judiciaire est son « honnêteté » ou sa « transparence ». Les juges devraient justifier leurs décisions en mettant en balance les principes impliqués car *de toute façon c'est ce que les juges font en réalité*. La réalité du processus mental conduisant de fait à la décision du juge, consistant en une mise en balance des intérêts en présence, fournit aussi le modèle idéal de justification. Se refuser à justifier une décision judiciaire par le biais d'une mise en balance d'intérêts n'est donc qu'une négation de la réalité, voire son « refoulement ». Ceci évoque, bien évidemment, les thèses psychanalytiques de Jerome Frank[375], reprises dernièrement par M. Tusseau, selon lesquelles l'attachement des juristes « *à une théorie des concepts teintée d'un fort réalisme ontologique ou d'un fort platonisme, dont la Begriffsjurisprudenz allemande du XIXe siècle a fourni l'exemple le plus systématique* » leur permet d'échapper à « *l'angoisse existentielle* » produite par la réalisation que dans le droit rien n'est sûr car « *tout est fonctionnel* »[376].

276. A partir de cette position, qui consiste en réalité en une véritable théorie sur l'essence de la fonction judiciaire, les auteurs tentent d'identifier la présence « cachée » d'une méthodologie de mise en balance dans les décisions de la Cour de justice. Ainsi, certains auteurs comprennent que lorsque le juge contrôle l'adéquation et la nécessité d'une mesure, il réalise en réalité une pondération des intérêts en conflit. La mise en balance a donc lieu, en l'absence du test de proportionnalité au sens strict, sous couvert des autres composantes de la proportionnalité. Mme Barnard entend par exemple que le

[371] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : Bruylant, 2001, nº 1045 : « Le conflit entre sécurité juridique et équité qui fondamentalement se joue en creux de la pratique de la proportionnalité […] est aussi vieux que le Droit lui-même et ne connaîtra, vraisemblablement, jamais d'apaisement : il n'y a pas, en d'autres termes, de remède-miracle dont la mise en œuvre puisse, de manière définitive, satisfaire à l'ensemble des requêtes de ces deux valeurs opposées. Au mieux ne peut-on par conséquent espérer qu'un équilibre imparfait et précaire, une concordance pratique acquise par concessions mutuelles ».

[372] *Ibid.*, nº 12.

[373] *Ibid.*, nº 400.

[374] *Ibid.*, nº 871.

[375] J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, 2009.

[376] G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *Revue française de droit administratif*, 2009, pp. 641-656, nº 4.

test de nécessité consiste en réalité en une mise en balance d'intérêts[377]. A son instar, M. Beatty affirme que, « *bien que la proportionnalité soit communément subdivisé en trois principes distincts, contrôlant la « rationalité » (adéquation), « nécessité » et « proportionnalité » dans le sens strict, les deux premiers ne sont que des applications faciles et claires du troisième* »[378]. M. Xynopoulos semble partager cet avis :

> *Même si, dans la plupart des cas, les arrêts de la Cour de Luxembourg prennent la forme d'un contrôle des interdictions excessives d'une liberté, c'est en réalité à une comparaison pondérée des avantages et des inconvénients (essentiellement économiques) de la solution proposée que le juge communautaire procède*[379].

277. D'autres auteurs estiment que la Cour réalise une mise en balance d'intérêts sous couvert d'un raisonnement de type dogmatique. Ainsi, certains ont suggéré que la jurisprudence sur la protection des consommateurs, analysée précédemment[380], nous offrirait une telle illustration. Dans ces arrêts la Cour de justice déclare que le niveau de protection des consommateurs offert par les Etats membres ne saurait dépasser le seuil fixé par rapport au standard du « *consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* »[381]. L'Avocat général Poiares Maduro déclare par exemple que cette jurisprudence résulte d'une application de l'examen de proportionnalité *stricto sensu*[382].

278. Une autre réponse est suggérée par la doctrine, selon laquelle la mise en balance ne serait pas cachée mais dévolue aux autorités étatiques. De l'avis de certains auteurs, « l'incomplétude » de l'analyse de la CJUE, s'abstenant de procéder jusqu'à la dernière étape, celle de la proportionnalité *stricto sensu*, serait seulement le produit d'une certaine autolimitation des juges. La mise en balance existe, mais dans la plupart de cas elle n'est pas faite par la Cour de justice. Cette évaluation correspond au contraire aux autorités

---

[377] C. Barnard, « Derogations, Justifications and the Four Freedoms… », préc., p. 282 : « The second test (necessity) is one of weighing competing interests: the Court assesses the adverse consequences that the measure has on an interest worthy of legal protection and determines whether those consequences are justified in view of the importance of the objective pursued ».

[378] D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, préc., p. 163 : « Although it is commonly broken down into three distinct principles, testing the 'rationality' (suitability), 'necessity', and 'proportionality' in the 'strictest' or 'narrowest' sense, the first two are really just clear and easy applications of the third ».

[379] G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, 1996, p. 275.

[380] Voir *supra*, nº 171 et s.

[381] CJCE, 12 octobre 2000, *Ruwet SA c. Cidre Stassen SA et HP Bulmer Ltd.*, aff. C-3/99, *Rec*. p. I-08749, para. 53. Voir aussi CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, aff. C-220/98, *Rec*. p. I-00117 ; CJCE, 6 novembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, aff. C-358/01, *Rec*. p. I-13145.

[382] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, concl. AG Poiares Maduro, para. 26.

nationales. L'absence du troisième volet serait donc l'expression de respect du juge communautaire envers la marge d'appréciation des Etats membres[383]. Cette thèse apparaît de nouveau dans les conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro, qui soutient à propos de l'affaire *Ahokainen et Leppik* que la proportionnalité *stricto sensu* a bien lieu, mais elle est laissée la plupart de fois à la discrétion des autorités étatiques ayant adopté la mesure litigieuse[384].

279. Ceci s'expliquerait par le fait que la mise en balance d'intérêts constitue l'aspect le plus « controversé » du principe de proportionnalité. De l'avis de certains, le juge qui « balance » assume une fonction essentiellement politique qui remet en cause son rôle en tant que juge, car il substituerait entièrement à l'autorité contrôlée, que ce soit le pouvoir législatif ou l'administration. Après tout, la méthode du bilan coûts-bénéfices, équivalente à une version « complète » de la proportionnalité, est en France la forme la plus intrusive de contrôle de l'activité administrative, si bien qu'elle est très proche du contrôle dit « d'opportunité »[385]. En effet, l'évaluation de la proportionnalité *stricto sensu* oblige le juge à attribuer des « valeurs » aux différents principes impliqués, pour déterminer lequel aurait le plus de poids dans le cas concret. Par ce biais émerge dans la jurisprudence un véritable « *ordre objectif de valeurs* »[386], appelé dans par la doctrine allemande un *Wertordnung*. La Cour de justice, en laissant aux Etats membres la responsabilité de fixer de telles hiérarchies de valeurs, ferait montre de prudence, reconnaissant la diversité culturelle et morale, soit la pluralité axiologique, qui caractérise l''état de l'UE encore de nos jours.

280. Somme toute, les « étapes » du contrôle de proportionnalité équivaudraient à des degrés d'intensité de contrôle judiciaire. Le contrôle de proportionnalité qui s'arrêterait dans la vérification de l'appropriation de la mesure représenterait la forme la plus superficielle de contrôle. En revanche, le contrôle de proportionnalité s'étendant jusqu'à

[383] Voir p.ex. J. Snell, « True Proportionality and Free Movement of Goods and Services », (2000) *European Business Law Review*, pp. 50-57 ; H. van Harten, « Proportionality in Decentralized Action; the Dutch Court Experiencein Free Movement of Services and Freedom of Establishment Cases », (2008) 35.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 217-230, p. 220.

[384] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, concl. AG Poiares Maduro, para. 26 : « Dans le cadre de ce test, la Cour laisse d'ordinaire à l'État membre une certaine discrétion quant au choix du niveau de protection souhaité qui sera accordé à l'intérêt public en cause. C'est ainsi que différents États membres peuvent attribuer différentes valeurs aux intérêts légitimes qu'ils estiment dignes de protection. Ce n'est que dans les domaines où le droit communautaire prévoit déjà clairement un niveau commun de protection de l'intérêt légitime considéré que la Cour applique le test de manière plus stricte. Dans de tels cas, les États membres doivent s'acquitter d'une charge plus importante lorsqu'ils cherchent à justifier des mesures restreignant la libre circulation ».

[385] P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », préc., p. 53.

[386] N. Emiliou, *The principle of proportionality in European Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 32.

l'évaluation du « poids » des intérêts respectifs serait le plus intrusif, faisant pratiquement disparaître le pouvoir de l'autorité dont la décision ferait l'objet de l'examen.

281. Cette thèse partage avec les autres la croyance dans la nécessité de la mise en balance. Le contrôle de proportionnalité impliquerait nécessairement une telle opération de sorte que, puisqu'elle n'apparaît pas dans les décisions de la Cour de justice, la réponse de la thèse de l'autolimitation est de le situer ailleurs, dans les appréciations des autorités nationales.

282. Toutes ces interprétations méritent néanmoins d'être critiquées.

§ 2 – Le rejet des interprétations essentialistes

283. Afin de montrer le caractère fallacieux des thèses que nous venons de décrire, il convient de montrer, à titre préliminaire, que la notion de mise en balance d'intérêts souffre d'une grande ambiguïté. Elle peut être notamment employée soit comme explication causale, soit comme outil analytique, soit en tant que forme de raisonnement (A). La persistance de la doctrine à assimiler le principe de proportionnalité à une forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts est due à une confusion des dimensions de l'analyse (B).

A. La mise en balance d'intérêts comme outil analytique et comme forme de raisonnement

284. Les références en droit à une mise en balance d'intérêts sont constantes. Pourtant, l'expression est des plus ambigües, puisqu'elle peut être employé dans plusieurs dimensions d'analyse d'une décision judiciaire.

285. Comme l'explique M. Bomhoff[387], il existe au moins quatre dimensions d'analyse d'une décision judiciaire. Tout d'abord, il est possible de l'envisager d'un point de vue « psychologique », pour essayer d'identifier essayer de trouver une explication causale de la décision dans la psychologie du juge. Ensuite, il est possible d'analyser la décision d'un juge à partir d'une reconstruction rationnelle de celle-ci, à partir de concepts abstraits. En troisième lieu, la décision peut être analysée du point de vue des raisons offertes par le juge pour justifier sa décision. Enfin, il est également envisageable de l'aborder, lorsqu'elle provient d'un tribunal collégial, du point de vue de la délibération ou négociation entre ses différents membres.

286. La notion de mise en balance d'intérêts peut présenter une utilité à l'égard de toutes ces dimensions d'analyse, mais nous allons nous concentrer sur les trois premières.

[387] J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, préc., p. 17.

Nous montrerons que sa signification n'est pas la même sur les trois plans. Il nous semble particulièrement important d'éviter l'erreur de confondre cette notion, d'une part, lorsqu'elle est utilisée comme outil analytique et, d'autre part, lorsqu'elle est employée comme forme de raisonnement.

287. En tant qu'outil analytique, la mise en balance constitue une métaphore très ancienne (il suffit de penser à la balance comme attribut de Thémis, déesse grecque de la justice) appliquée à une décision de justice, qu'elle provienne du pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif. De ce point de vue, néanmoins, la métaphore n'est pas dénuée d'ambiguïté[388]. Elle peut être comprise tout d'abord comme concernant une *activité*. L'image de la balance décrirait le processus psychologique conduisant à une décision, qui aurait été adoptée après avoir pris en considération et évalué l'importance de tous les facteurs pertinents (après donc les avoir « pesés »). Cette utilisation de l'image de la balance correspond donc à la première dimension d'analyse.

288. Dans un second sens, la métaphore de la balance se réfère au *résultat* de la décision. Ici, son succès provient du fait que, pour toute décision, il y aura toujours des perdants et des gagnants, des intérêts plus favorisés que d'autres. Le résultat de toute décision serait donc un équilibre entre intérêts, ce qui justifie la pertinence l'image de la balance. Et, si la décision est réexaminée, l'équilibre changera inévitablement, soit pour favoriser davantage les gagnants, soit pour transformer les perdants en gagnants[389]. Ainsi, la décision est reconstruit à partir d'une vision du droit comme outil de résolution de conflits entre intérêts.

289. On retrouve la métaphore explicative de la balance très fréquemment, appliquée à l'activité judiciaire ainsi qu'aux décisions qui en résultent, même si parfois les auteurs utilisent des termes aussi variés que « pondération », « conciliation » ou « arbitrage »[390]. Il arrive ainsi souvent que, à l'occasion d'un arrêt, il soit dit que le juge est parvenu à la solution du litige après avoir pesé certaines valeurs ou principes impliqués (perspective psychologique), ou que la décision en question consacre tel ou tel autre équilibre entre intérêts (reconstruction de la décision)[391].

---

[388] P.W. Kahn, « The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell », (1987) 97 *Yale Law Journal*, pp. 1-60, p. 3.

[389] Voir p.ex., par rapport à des questions apparemment neutres de droit privé, l'analyse de B. Rudden : « Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, pp. 91–103.

[390] Ce terme est plus communément utilisé par la doctrine de droit privé. Voir p.ex. V. Heuzé, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, p. 413.

[391] Les exemples sont extrêmement nombreux. Le professeur Hesselink affirme, par exemple, dans un article récent analysant parmi d'autres l'arrêt *Messner* (CJCE, 3 septembre 2009, *Pia Messner c. Firma*

290. L'exemple d'un cas connu de tous les juristes européens pourrait être illustratif à cet égard. Prenons le fameux arrêt *Van Gend en Loos*, décision fondatrice de la jurisprudence communautaire car ayant consacré le principe d'effet direct. Cet arrêt pourrait ainsi être compris comme une solution au conflit entre le principe d'intégration européenne et celui du respect des souverainetés étatiques de façon favorable au premier, soit parce que le principe d'intégration a pesé plus sur le juge (balance-activité), soit parce que la décision consacre un équilibre entre les deux principes dans lequel prévaut ce denier (balance-résultat). Quoi qu'il en soit, notons que, dans les deux versions, l'image de la balance est employée pour expliquer des relations causales : soit pour décrire les facteurs ayant eu un impact sur le processus décisionnel du juge d'un point de vue psychologique (la décision du juge est ainsi conçu comme un effet), soit pour exposer l'impact de l'arrêt sur les intérêts concernés (la décision comme cause).

291. Or, il faut surtout noter que ces analyses peuvent être formulées *indépendamment de la manière dont le juge a justifié sa décision*. Ainsi, l'arrêt *Van Gend en Loos* n'est nullement justifié par le juge en mettant l'accent sur le plus grand poids de l'objectif d'intégration communautaire. En l'espèce, la Cour s'est fondée sur une lecture finaliste du Traité et sur la nature de l'ordre juridique communautaire, définie fameusement comme « *un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants* »[392]. La « balance » ou « conciliation » est, soulignons-le, absente de la décision du juge, ce qui ne nous empêche pas de nous servir de cette métaphore pour l'analyser d'un point de vue causal.

292. Cette constatation nous amène à la troisième dimension de l'analyse d'une décision. Sur ce plan, la mise en balance d'intérêts constitue une forme de raisonnement qui cherche à convaincre. Comme l'écrit le professeur Aleinikoff, une décision employant la méthodologie de la balance d'intérêts se caractérise par le fait qu'elle aborde une question de droit « *en identifiant les intérêts impliqués dans l'affaire et […]*

Stefan Krüger, aff. 489/07, *Rec.* p. I-07315), que dans cette affaire la Cour « semble tenter de trouver un équilibre entre, d'un côté, les exigences de la Directive communautaire et, de l'autre, les principes fondamentaux du droit privé [allemands] » (« Indeed, in this case the Court seems to be trying to find the right balance between, on the one hand, the requirements of the European directive and, on the other hand, the fundamental private law principles prevailing in the Member State that has to transpose the directive, in this case Germany »), M. Hesselink, « The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy », *Amsterdan Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-35/Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2011-14*, pp. 6-7, disponible sur : http://ssrn.com/abstract=1932146.

[392] CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26-62, *Rec*. p. 00003.

en leur assignant explicitement ou implicitement une valeur »[393]. Cette forme de raisonnement se distingue clairement du syllogisme, où le juge interprète une règle pour l'appliquer à un cas concret.

293. Afin d'illustrer cette utilisation de l'image de la balance, prenons une décision judiciaire quelconque justifiée par le juge sur la base d'un syllogisme simple. Par exemple : selon l'article 1382 du code civil français, « *Tout fait quelconque de l'homme qui a causé à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » ; Jean a causé par sa faute un dommage à Jérémy ; Jean doit le réparer. Dans ce simple raisonnement, l'absence de la balance comme forme de raisonnement est manifeste. La justification de la décision finale n'est pas le produit d'une pesée des intérêts en présence. Le juge se borne à constater que le commandement contenu dans l'article 1382 englobe des faits comme ceux du cas d'espèce.

294. Pourtant, il serait parfaitement légitime (et possiblement utile) d'offrir une explication hypothétique du processus psychologique ayant conduit à la décision en termes de mise en balance d'intérêts. Ainsi, en continuant avec l'exemple, nous pourrions spéculer sur la question de savoir si le juge était parvenu à sa décision après avoir considéré que l'intérêt de Jérémy à être indemnisé était plus grand que celui de Jean à demeurer impuni, ou encore que l'intérêt de la société à garantir les réparations du dommage pesait davantage que la liberté individuelle de Jean[394]. Et nous pourrions également signaler que la décision consacrait un équilibre plus favorable à tel ou tel autre intérêt. Nous nous servirions ainsi de l'image de la balance comme outil analytique.

295. En même temps, même si la forme de raisonnement du juge n'est pas celle de la mise en balance d'intérêts, il demeure possible de se servir de la métaphore sur le plan de la justification. En effet, nous pourrions l'utiliser pour critiquer la décision, en montrant, à l'aide d'une forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts, que la décision aurait dû être différente[395]. En effet, il serait tout aussi légitime de *critiquer* la décision en signalant, par exemple, que Jean n'aurait dû être condamné à réparer le dommage car l'intérêt de Jérémy à être dédommagé est minime en comparaison de la difficulté que suppose pour Jean la réparation. De la même manière, nous pourrions critiquer l'arrêt en

[393] T. A. Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing », préc., p. 945 : « By a "balancing opinion," I mean a judicial opinion that analyzes a constitutional question by identifying interests implicated by the case and reaches a decision or constructs a rule of constitutional law by explicitly or implicitly assigning values to the identified interests »,

[394] C. Schmitt, *La tiranía de los valores*, préc., p. 94 : « Quizás algún juez de la República se siente pionero de determinados valores; sin embargo, probablemente tendría reparos en oficiar de pionero de fuerzas, poderes, metas e intereses que se presentan con un visado otorgado por la filosofía de los valores ».

[395] Rappelons que, comme le signalait Manuel Atienza, l'opposition explication-justification n'est pas la même que celle qui sépare le plan normatif du descriptif : M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona : Ariel, 2006, p. 100.

utilisant comme le juge un raisonnement syllogistique, pour parvenir cependant à une solution différente : le juge a eu tort car Jean n'était pas fautif dans le sens de l'article 1382 du Code civil.

296. Notons ainsi que, sur ce plan, la forme de raisonnement de la mise en balance d'intérêts s'oppose à la déduction formelle. Elles offrent deux voies alternatives (et donc qui s'excluent mutuellement) pour justifier une décision, tandis que l'utilisation de la balance comme outil analytique peut cohabiter avec un raisonnement judiciaire syllogistique.

297. A partir de ces explications, il sera possible d'identifier l'erreur de la doctrine qui persiste à assimiler le principe de proportionnalité à une forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts.

B. La confusion des deux dimensions de l'analyse

298. Nous avons déjà mis en exergue les origines de la méthode de la mise en balance d'intérêts, associée à l'école d'*Interessenjurisprudenz* en Allemagne et à l'école réaliste aux Etats-Unis[396]. Bien que la signification précise de cette méthode varie en fonction du contexte culturel dans lequel elle est déployée, toutes les « versions » de celle-ci partagent une origine commune, dans la réaction face aux insuffisances des méthodes conceptuelles et aux abus de la logique formelle[397].

299. Or, un avis comme celui des auteurs précités, selon lequel le juge qui met en balance est un juge *honnête* car il dévoile la réalité du processus conduisant à sa décision, suppose un pas supplémentaire. La critique initiale élaborée depuis la fin du XIX^{ème} siècle dénonçait la « mystification » que supposait prétendre que la volonté des juges ne jouait aucun rôle dans ces décisions, lesquelles seraient déduites rigoureusement à partir de règles et concepts abstraits. Le syllogisme judiciaire ne constituerait donc l'« essence » des décisions judiciaires, mais seulement une forme de raisonnement particulièrement caractéristique de celles-ci. A notre avis, la position que nous critiquons conduit à se fier à une nouvelle mystification, dans la mesure où elle conçoit la décision du juge comme mettant nécessairement en œuvre une mise en balance d'intérêts[398]. En

[396] Voir *supra*, n° 16 et s.

[397] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy… », préc., p. 185 ; P. Muzny, *La technique de proportionnalité.…*, préc., t. I, n° 39 et s.

[398] Nous paraît ici appropriée la description que donne M. Atias sur le « mode de passage d'un paradigme à un autre » dans le modèle de Thomas Kuhn, qui ressemble à une véritable « conversion ». Ce passage, nous dit M. Atias, « ne doit rien aux échecs rencontrés par les théories scientifiques, aux anomalies, aux défaillances des explications en usage, à des expériences nouvelles, à des découvertes spectaculaires. C'est par conversion, par un changement de foi, que la communauté scientifique se livre toute entière à une conviction qui ordonne l'ensemble des connaissances. La réalité n'y est pour rien ; ce n'est pas elle qui guide le choix de tel ou tel principe fondamental », *Epistémologie juridique*, Paris : Dalloz, 2002, p. 46.

effet, la critique du syllogisme et des concepts juridiques est tout aussi applicable à cette vision « essentialiste » de la mise en balance, qui transforme la métaphore de la balance en essence « platonicienne » (pour reprendre l'expression de M. Tusseau).

300. D'un point de vue psychologique, la présentation d'une décision comme le fruit d'une pesée d'intérêts en conflit ne nous dit rien sur la manière dont le juge est « réellement » parvenu à sa décision : c'est une image entièrement fictive, voire fantaisiste, du fonctionnement du cerveau[399]. Et en tant qu'outil analytique, la balance d'intérêts n'a pour but que de mettre en relief une certaine dimension des décisions judiciaires, à partir d'une conception du droit comme instrument de conciliation d'intérêts antagonistes. Elle n'aspire pas à mettre à nu la « réalité » du processus ayant conduit à la décision en question. Le juge aurait pu même vivre l'expérience de prendre la décision comme une opération déductive, pour après la présenter comme le fruit d'une balance. Ou peut être la décision était le fruit d'une décision purement arbitraire ou du simple hasard[400], ou transmise par un messager de Dieu, ou extraite de considérations odieuses. Pourquoi croire au juge qui dit avoir « réellement » mis en balance le principe de libre circulation contre l'objectif de protection des travailleurs ?

301. L'argument de « l'honnêteté » de la mise en balance d'intérêts comme forme de raisonnement judiciaire est donc victime de la même forme d'essentialisme (et toute aussi réconfortante pour les esprits angoissés en besoin de certitudes[401]) que la croyance quasi-superstitieuse dans des concepts juridiques comme s'ils étaient des « êtres spectrales »[402] que l'on impute (parfois injustement, parfois non) à l'école du *Begriffsjurisprudenz*. Les auteurs ignorent ainsi la distinction fondamentale entre les différentes dimensions de l'analyse d'une décision judiciaire[403], puisqu'ils défendent une forme de raisonnement du fait qu'elle serait la seule forme « réelle ». M. Aleinikoff a pour sa part critiqué la

[399] Le psychologue et prix Nobel d'économie Daniel Kahneman par exemple utilise autant l'image de la balance que celle de l'application de catégories ou de types idéaux à des cas concrets pour décrire le fonctionnement du cerveau : D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

[400] N. Duxbury, *Random Justice: On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford University Press, 2002.

[401] Il est surprenant que la tentative d'analyse psychoanalytique de Jerome Frank dans les années 30 retrouve aujourd'hui des partisans parmi la doctrine française, puisqu'elle est de longue date largement discréditée : M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford et New York : Oxford University Press, 1992, p. 175 et s. On pourrait par ailleurs citer ici la diagnose contraire du juriste psychoanalyste Pierre Legendre, *Leçons VII. Le désir politique de Dieu : Etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, Fayard, 1988, p. 99 : « Le rejet des savoirs dogmatiques comme éléments porteurs traduit la peur de découvrir *aujourd'hui* nos propres montages légalistes et ce qu'ils comportent de volonté de conversion planétaire *quant au mode de traitement de la souffrance du sujet humain par une légalité* ».

[402] Nous avons emprunté cette image particulièrement réussie à A. Schiavone, qui l'utilise pour décrire la révolution juridique romaine de l'« ontologisation » des concepts juridiques : A. Schiavone, *Ius : L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008, pp. 215-217.

[403] J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, préc., p. 18.

tendance à lire la jurisprudence d'aujourd'hui ainsi que celle de jadis comme justifiant les décisions à travers d'une balance d'intérêts, alors qu'aucune métaphore de ce type n'est employée par le tribunal. Il accuse ainsi le constitutionnalisme moderne américain d'opérer une véritable déformation des décisions rendues avant son émergence du paradigme de la balance, car prisonnier de celui-ci :

> *Étant donné la fascination du constitutionnalisme moderne pour la mise en balance d'intérêts, il faut faire un effort pour ne pas lire ou comprendre les décisions d'autrefois dans le style d'aujourd'hui. Or, une lecture attentive du langage employé par la Cour [suprême] montre que sa méthode de justification, sa façon d'aborder le droit constitutionnel, n'utilisait pas le vocabulaire de la balance*[404].

302. Nous ne saurions qu'être d'accord avec lui. En définitive, comme le signale M. Zagrebelsky, le débat entre les différents paradigmes juridiques n'est pas une dispute sur la « *vraie* » nature du droit[405]. Ou, comme nous avertissent MM. Ost et van de Kerchove, il faut toujours, « *dans l'analyse des données sociales, se garder de confondre les réalités observées avec l'instrument conceptuel qui sert à les observer* »[406].

303. En réalité, l'argument de la « transparence » est un leurre, une fausse piste. Il n'y a pas de sens à critiquer le raisonnement d'un juge car peu transparent. L'on peut certes réclamer que les audiences devant la Cour de justice soient publiques, voire même les délibérations collégiales. Or, le raisonnement par lequel le juge justifie sa décision ne saurait être ni « transparent » ni « non-transparent ». Accuser un jugement de manque de transparence n'est qu'une manière de rejeter par principe comme *non-persuasif* un type d'argument qui part d'un postulat qui n'est pas partagé. Ainsi, typiquement un argument formaliste-déductif pourrait être critiqué du fait de prétendre ignorer les intérêts en jeu. Or, sur ce dernier point, l'analyse de Duncan Kennedy nous semble particulièrement appropriée. De l'avis du professeur de Harvard, on peut identifier une « ontologie implicite » dans le raisonnement des juristes, selon lequel il y aurait des questions de droit qui, par leur « nature », devraient être résolues « déductivement », tandis que d'autres seraient l'affaire d'une mise en balance d'intérêts[407]. Un exemple illustre du débat entre la démarcation des différentes formes de raisonnement, devenu une confrontation entre institutions, serait la fameuse discussion entre Kelsen et Schmitt sur

---

[404] T. A. Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing », préc., p. 950 : « Given the grip that balancing has on modern constitutional analysis, it takes an act of will not to read, or understand, earlier opinions in today's style. But careful attention to the Court's language makes clear that its method of justification, its way of talking about constitutional law, did not use the vocabulary of balancing ».

[405] G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (*Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, trad. espagnole par M. Gascón), Madrid : Trotta, 2008, 8ème éd., p. 113.

[406] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 21.

[407] C'est notamment le cas dans les thèses de Ronald Dworkin et Robert Alexy, décrites *supra*, nº 221 et s.

le « gardien de la Constitution », où le second soutenait que certaines questions échappent par leur nature à la fonction judiciaire[408]. Pourtant, comme le souligne encore M. Kennedy, la frontière entre les deux types de questions peut changer d'une culture à une autre et même au sein d'une même culture juridique au cours du temps[409]. La variabilité de la division entre ce qui relève d'une ou une autre méthode ne fait donc que confirmer la futilité de l'effort des auteurs « essentialistes » pour concevoir la méthode de raisonnement de la balance d'intérêts comme un exercice « honnête » ou « transparent » de la fonction judiciaire.

304. Nous devons ainsi conclure en condamnant ceux qui voient une mise en balance partout où ils regardent, confondant son emploi comme outil d'explication avec son rôle sur le plan de la justification. M. Philippe écrit par exemple : « *De nombreuses juridictions ont exercé un contrôle de proportionnalité [que l'auteur utilise comme synonyme de la mise en balance] un peu comme M. Jourdain faisait de la prose… sans le savoir !* »[410]. Or, la méthode de mise en balance d'intérêts est une forme de raisonnement très particulière qui ne saurait assurément être employée à l'insu de celui qui est chargé de justifier la décision. C'est le contraire : la présence de la balance comme forme de justification dépend du fait qu'elle soit perçue comme telle par le décideur[411].

305. Ainsi, affirmer que le juge communautaire, lorsqu'il applique le principe de proportionnalité, par nécessité logique opère une mise en balance des intérêts en présence, équivaut à tomber dans l'erreur consistant à confondre la mise en balance en tant que forme de raisonnement avec l'utilisation de cette métaphore comme outil analytique dans l'analyse des décisions judiciaires[412]. Nous estimons que les avis précités commettent cette erreur. En effet, ils assument que la CJUE met *nécessairement* en balance les principes concernés pour résoudre les litiges impliquant les libertés de circulation, tout simplement parce qu'ils estiment que c'est dans la *nature essentielle* de ces décisions de mettre en balance des principes. Il est certes légitime de voir dans ces affaires des conflits d'intérêts, et de spéculer sur les raisons ayant véritablement pesé sur les juges sur un plan psychologique. Or, une toute autre chose est de déduire que le juge justifie ses décisions par une méthodologie de mise en balance. Parvenir à une telle

[408] Voir *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid : Tecnos, 2009.

[409] D. Kennedy, *A Critique of Adjudication…*, préc., p. 107.

[410] X. Philippe, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 9.

[411] J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, préc., p. 17 : « what initially makes a judicial opinion a 'balancing opinion', or what charecterizes a court as a 'balancing court', is the occurrence of a particular form of legal language; an explicit reference to balancing or weighing. 'Balancing', in these approaches is, at least initially, something judges '*say they do*' ».

[412] Voir *supra*, nº 27 et s.

conclusion exige d'analyser les textes des décisions de la Cour de justice. Dans ces décisions, nous l'avons déjà signalé, la mise en balance d'intérêts brille par son absence. Les tests de nécessité et d'appropriation, répétons-le, ne sont pas abordés comme une pesée d'intérêts mais plutôt comme une évaluation coûts-bénéfices.

306. Il faut donc exclure la thèse de la nécessité logique de la mise en balance – notre analyse précédente de la jurisprudence suffit à le démontrer – car elle se fonde sur une théorie contestable de *l'essence* de la fonction judiciaire. Dès lors, il ne nous est pas permis d'identifier dans l'application des tests d'appropriation et de nécessité une mise en œuvre « dissimulée » de la méthodologie de la balance. De la même manière, l'élaboration du standard du « consommateur avisé » ne constitue pas non plus une expression de cette méthode. Si la Cour employait véritablement une méthodologie de mise en balance, elle n'aurait pas pu déduire un tel standard, puisque le niveau acceptable de protection des consommateurs dépendrait toujours de l'importance de la restriction au commerce qu'une telle protection comporterait. Ce n'est pas pourtant pas ce que la Cour a choisi de faire, préférant de se remettre à une approche dogmatique. Certes, nous pourrions spéculer sur les raisons ayant conduit la Cour à élaborer ce standard, car il se peut qu'elle ait jugé qu'un tel standard consacrait un équilibre adéquat entre le libre marché et la protection des consommateurs. Nous pourrions également analyser les décisions de la Cour à partir des intérêts affectés. Or, en déduire que la Cour justifie ses décisions en évaluant l'importance des principes impliqués nous ferait tomber dans l'erreur essentialiste déjà relevée.

307. Exactement la même critique est applicable à la thèse de l'« autolimitation » : pour déterminer si les autorités nationales fondent leurs décisions sur une mise en balance, encore faut-il analyser les justifications qu'elles apportent. Ces auteurs, pourtant, se passent de cette démonstration, se limitant à assumer qu'une telle forme de raisonnement est réellement employée dans les Etats membres. Certes, comme nous l'avons déjà relevé, la Cour de justice permet aux Etats de choisir les objectifs à poursuivre et le niveau de protection à garantir[413]. Rappelons par exemple que dans l'arrêt *Omega* il est dit qu'il « *n'est pas indispensable […] que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres* »[414], pour après constater que l'interdiction en cause « *correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne* »[415]. Dans l'arrêt *Hartlauer*, elle affirme qu'il « *doit être tenu compte du fait que l'État membre peut*

[413] Voir *supra*, nº 171-179.

[414] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, para. 37.

[415] *Ibid.*, para. 39.

décider du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint »[416]. Pourtant, rien ne nous permet d'affirmer que la faculté octroyée aux Etats membres de fixer le niveau de protection constitue l'expression du principe de proportionnalité *stricto sensu*.

308. Au-delà de la confusion entre les dimensions de l'explication et de la justification, il faut aussi contester cette thèse en signalant que l'absence du « dernier volet », soit du test de proportionnalité au sens strict, ne constitue pas nécessairement une expression d'autolimitation judiciaire. Si le principe de proportionnalité implique ou non une mise en balance d'intérêts *ne dépend pas de la marge d'appréciation octroyée par le juge aux autorités nationales*. L'importance de cet aspect ne peut pas être sous-estimée.

309. En effet, ce n'est pas parce que la Cour s'abstient de mettre en balance les intérêts en présence que les autorités vont jouir d'une plus grande marge d'appréciation. Si la CJUE épousait la méthodologie de la balance les intérêts des Etats seraient possiblement mieux desservis. Dans la version actuelle du contrôle de proportionnalité, la Cour de justice se contente seulement d'examiner la justification de l'atteinte aux libertés de circulation, créant ainsi une asymétrie entre les principes de libre commerce et les autres valeurs présentes dans le droit étatique. Une véritable mise en balance pourrait peut-être corriger cette asymétrie en faveur des intérêts non-économiques ou de l'autonomie des autorités étatiques. Autrement dit, si la Cour employait une méthodologie de mise en balance, des mesures aujourd'hui considérées contraires au droit communautaire ne le seraient peut-être pas. Dans les arrêts *Viking* et *Laval*, par exemple, si la Cour avait véritablement mis en balance les intérêts sociaux avec les intérêts économiques, mesurant ainsi leurs importances respectives, les solutions auraient probablement été plus favorables aux intérêts des travailleurs.

310. Ensuite, soulignons que l'intensité du contrôle exercé par la Cour par le biais d'une hypothétique méthodologie de mise en balance est elle-même variable. Ainsi, une version stricte de ce contrôle ne validerait que les décisions figeant le seul juste équilibre possible entre les intérêts concernés (soit une « *conciliation optimale* », critiquable car aboutissant à l'anéantissement de la marge d'appréciation du législateur)[417]. En revanche, une version plus modérée qualifierait de légitimes plusieurs équilibres entre intérêts, se limitant à condamner les cas où une forte disproportion existerait entre les gains et les pertes[418].

---

[416] CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec*. p. I-01721, para. 30.

[417] E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation »… », préc., p. 581.

[418] Voir p.ex. R. Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid : Colegio de Registradores, 2004 ; S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime…*, préc., p. 258-259.

311. Cela montre que l'intensité du contrôle ne dépend pas de la progression des « étapes » du principe de proportionnalité décrites par Robert Alexy. Le paragraphe précédent montre qu'un contrôle fondé sur une méthodologie de mise en balance s'accommode d'une certaine échelle d'intensité, réduisant au néant le pouvoir de l'autorité contrôlée ou au contraire lui octroyant une discrétion presque totale. Or, un contrôle comme celui employé par la Cour, consistant à évaluer la rationalité instrumentale des mesures adoptées par les Etats membres, admet également plusieurs gradations. En effet, ce contrôle peut être d'une intensité minimale, car examinant seulement que la mesure en question est en apparence adéquate, ou au contraire peut conduire à enlever toute marge d'appréciation aux Etats membres, lorsque la Cour se montre seulement satisfaite de la nécessité d'un seul moyen pour parvenir à l'objectif en question[419].

312. Ainsi, autant la mise en balance d'intérêts que le type de raisonnement suivi par la Cour de justice s'accommode d'une échelle d'intensité. Les deux formes de raisonnement permettent un contrôle susceptible d'aller du plus insignifiant jusqu'au véritable contrôle d'opportunité, où le juge communautaire pratiquement se substitue à l'autorité contrôlée. Pour autant, les deux ne se mélangent pas, et l'une n'est certainement pas une version plus intrusive de l'autre. La mise en balance d'intérêts, plutôt qu'une partie intégrante du principe de proportionnalité appliqué par la Cour de justice, est en réalité une alternative à celui-ci.

313. En définitive, nous devons rejeter les interprétations doctrinales qui insistent à identifier le principe de proportionnalité comme consistant en une mise en balance d'intérêts tel qu'utilisé par la Cour de justice dans l'application des libertés de circulation.

Voir aussi G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil…*, préc., p. 97 : « La ley expresa […] las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer los puntos irrenunciables de cualquier combinación. La ley mantiene así su carácter de acto creador de derecho y no viene degradada a mera ejecución de la Constitución. Se configura, sin embargo, como derecho particular y contingente, es decir, como derecho que refleja el punto de vista de los sujetos políticos que ocasional y temporalmente logran prevalecer en el proceso legislativo en virtud del principio de la mayoría ».

[419] Voir *infra*, nº 1026 et s.

TITRE II. L'INCOMPATIBILITE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE AVEC UNE FORME DE RAISONNEMENT SYLLOGISTIQUE

314. Nous venons de voir, dans le Titre précédent, que le principe de proportionnalité implique une évaluation des coûts et des bénéfices impliqués par les mesures étatiques sous l'examen du juge. En particulier, nous avons souligné l'empirisme des composantes de ce principe, exclusif de toute considération qui ne serait pas de cette nature. Dans le présent Titre, nous nous proposons de mettre en relief les conséquences de cette approche à l'égard du syllogisme judiciaire, pour constater qu'une telle forme de raisonnement est incompatible avec l'empirisme de l'évaluation coûts-bénéfices.

315. Dans un premier temps, nous soulignerons les spécificités du principe de proportionnalité comme forme de raisonnement incompatible avec le syllogisme judiciaire. Nos conclusions précédentes, caractérisant la proportionnalité comme une évaluation coûts-bénéfices, emportent des conséquences profondes à ce propos. La déduction par voie de syllogisme étant la forme de raisonnement la plus habituelle en droit, il est commun de caractériser le principe de proportionnalité comme une règle abstraite applicable déductivement. Or, en raison de l'empirisme de l'évaluation coûts-bénéfices, le principe de proportionnalité s'avère en réalité exclusif du syllogisme juridique, son appréciation se réalisant nécessairement *in concreto* (Chapitre 1).

316. Nous ne nous arrêterons pourtant pas là. Encore faudra-t-il signaler que l'incompatibilité du principe de proportionnalité avec une forme de raisonnement syllogistique emporte aussi des conséquences profondes quant à la nature des libertés de circulation et leur rapport avec le droit national. Afin d'illustrer l'effet transformateur du principe de proportionnalité sur cet aspect, nous utiliserons principalement l'exemple du droit des conflits de lois. Par ce biais, nous montrerons que les libertés de circulation ne sauraient désormais être conçues comme des règles abstraites se substituant aux réglementations étatiques, mais plutôt comme des normes agissant *in concreto* lors de *l'application* de ces dernières (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'EXCLUSION DU SYLLOGISME JUDICIAIRE

317. Le principe du proportionnalité, tel qu'il est présenté par la Cour de justice, semble bien présenter la structure d'une règle abstraite. Lorsqu'elle se penche sur la vérification de la proportionnalité, elle indique que les mesures nationales constitutives d'une entrave à la circulation communautaire « *peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* »[420]. La structure est en apparence celle qui caractérise typiquement une règle : elle comprend un présupposé (une mesure apte et nécessaire pour atteindre un objectif légitime) et une conséquence qui dérivera nécessairement de la vérification du présupposé (la mesure sera justifiée et donc conforme au droit communautaire). Ainsi, comme toute autre règle, le principe de proportionnalité serait susceptible d'être appliquée par le biais d'un syllogisme, dont il constituerait la majeure.

318. La doctrine a tendance à concevoir le principe de proportionnalité de la sorte (Section 1). Pourtant, nous montrerons que cette conception conduit à se méprendre sur la spécificité de ce principe en tant que forme de raisonnement alternatif au raisonnement syllogistique. En raison de sa nature technique, l'application du principe de proportionnalité se fait purement *in concreto*, sans qu'entre les faits et la décision ultime du juge l'on puisse observer la médiation d'une règle abstraite. Le principe de proportionnalité est, en ce sens, radicalement incompatible avec un mode de raisonnement syllogistique (Section 2).

SECTION 1. La tendance doctrinale à concevoir la proportionnalité comme un principe substantiel d'application syllogistique

319. Le plus souvent, il est considéré comme acquis que le principe de proportionnalité constitue un principe substantiel comme n'importe quel autre, qui serait applicable de façon syllogistique. Ainsi, le principe de proportionnalité constituerait une règle abstraite et hypothétique, susceptible de constituer la majeure du syllogisme juridique. Cette position est commune en droit communautaire, où la doctrine range le principe de proportionnalité parmi le reste des principes généraux du droit communautaire, de sorte que la proportionnalité n'est qualifiée de « principe » au lieu de « règle » qu'en raison de son caractère relativement plus vague, auquel la jurisprudence porte néanmoins remède peu à peu (§ 1). En outre, cette conception du principe de proportionnalité s'appuie sur une position théorique relativement répandue, selon laquelle le raisonnement juridique serait par essence syllogistique, de sorte que le principe de proportionnalité ne saurait être conçu autrement que comme une règle abstraite et hypothétique (§ 2).

[420] CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec*. p. I-04171, para. 25.

§ 1 – La tendance en droit communautaire à ranger le principe de proportionnalité parmi les principes généraux du droit

320. La position que l'on pourrait qualifier d'« orthodoxe » maintient que le principe de proportionnalité constitue une règle substantielle, d'application syllogistique. En raison de son caractère relativement plus vague, elle est plus souvent qualifiée de « principe » qui compterait parmi les principes généraux du droit communautaire[421].

321. Comme l'Avocat général Bot semble l'entendre, les deux conditions d'aptitude et de nécessité dérivant du principe de proportionnalité « *s'imposent parce que les États membres doivent exercer leurs compétences dans le respect des engagements qu'ils ont souscrits dans le cadre du traité et, en particulier, des libertés fondamentales de circulation* »[422]. Ces conditions seraient donc obligatoires, comme des règles contenues dans les Traités, parce que les Etats membres se sont engagés à les respecter. Leur caractère obligatoire dériverait, en dernière instance, du consentement des Etats ayant souscrit aux Traités fondateurs de l'Union. Le principe de proportionnalité constituerait dès lors une règle substantielle au même titre que, par exemple, l'interdiction des restrictions tarifaires à l'importation.

322. La CJUE elle-même semble conforter cette conception de la proportionnalité, lorsqu'elle rappelle par exemple que le principe de proportionnalité « *est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire* »[423]. En outre, dans un autre arrêt elle prétend avoir :

> *[…] déduit du principe de proportionnalité, qui est à la base de la dernière phrase de l'article 36 du Traité, que les interdictions de commercialiser des produits contenant des additifs autorisés dans l'Etat membre de production, mais interdits dans l'Etat membre*

[421] La proportionnalité est également qualifiée de « standard » (voir par exemple la thèse de B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail…*, préc.). Néanmoins, nous ne nous occuperons pas de la distinction subtile entre règle et standard. La notion de standard est certainement problématique, mais il n'est pas clair qu'elle puisse être opposée à celle de règle. Il a été par exemple montré qu'entre les deux il n'y a qu'une différence de degré. De l'avis de M. Rials, la dichotomie règle/standard « n'a pas de sens », cet auteur qualifiant la figure du standard simplement de « technique » en raison du fait que « le standard est simplement une technique particulière d'expression de la règle », S. Rials, *Le juge administratif français…*, préc., p. 33.

[422] CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, aff. C-258/08, *Rec.* p. I-04757 et CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie*, aff. C-203/08, *Rec.* p. I-04695, concl. AG Bot du 17 décembre 2009, para. 102.

[423] CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, *Rec*. p. I-04023, para. 13.

d'importation doivent être limitées à ce qui est effectivement nécessaire pour assurer la sauvegarde de la santé publique[424].

323. On trouve dans cette citation plusieurs éléments qui nous amènent à conclure que la Cour conçoit elle-même la proportionnalité comme un principe de fond. Tout d'abord, la référence à une disposition du droit primaire, et plus précisément à un article spécifique du texte. Ensuite, l'emploi du terme « déduction » : la Cour prétend « déduire » de la norme contenue dans cet article la solution concrète du litige. Enfin, l'interprétation de la règle contenue dans cet article : la Cour interprète que le principe de proportionnalité implique une prohibition des interdictions à la commercialisation de certains produits lorsque ceci ne serait pas nécessaire pour sauvegarder la santé publique. Ce principe agit donc comme la majeure du syllogisme, dans un raisonnement d'apparence classiquement syllogistique.

324. Dans les analyses doctrinales, le principe de proportionnalité apparaît régulièrement parmi d'autres principes du droit communautaire[425]. Takis Tridimas, distinguant entre les principes « dérivés de l'État de droit » et ceux de nature « systémique », fait figurer la proportionnalité parmi les premiers, avec le respect des droits fondamentaux, l'égalité ou la sécurité juridique[426]. M. Bengoetxea qualifie également la proportionnalité de principe fondamental assurant la protection des citoyens face aux autorités publiques, au même titre que l'égalité ou la protection de la confiance légitime[427].

325. Il convient de préciser quelque peu le sens du terme « principe général », tel qu'il est employé par la doctrine analysée. Bien qu'elle soit certainement polysémique[428], cette notion ne signifie, pour les juristes modernes, qu'une « *proposition générale* induite *de règles particulières (source de nouvelles déductions), le pur produit d'un raisonnement inductif, souvent confondu avec la ratio juris qui décide l'analogie* »[429]. Voici la définition qu'en donne Mme Papadopoulou dans son ouvrage sur les principes généraux en droit communautaire, lequel est représentatif de la position orthodoxe sur la proportionnalité :

---

[424] CJCE, 12 mars 1987, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. 178/84, *Rec*. p. 01227, para. 44.

[425] R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit…*, préc., p. 243 et s.

[426] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 4.

[427] J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford : Clarendon Press, 1993, pp. 76-77.

[428] *Ibid.*, p. 72.

[429] P. Morvan, « Principes », préc., p. 1201.

Les principes généraux du droit se distinguent des règles juridiques. Si celles-ci ont un caractère de généralité, puisqu'elles sont appelées à régir un nombre indéterminé d'actes ou de situations, elles sont spéciales en ce sens qu'elles sont édictées en vue d'une situation juridique déterminée. Au contraire, la généralité des principes consiste au fait qu'ils comportent une série indéfinie d'applications.

Ceci dit, les principes sont « des règles juridiques authentiques, susceptibles d'être appliquées de façon immédiate comme toute autre règle ». Ni leur généralité, ni leur caractère non-écrit ne sauraient être des obstacles à leur reconnaissance en tant que sources du droit. […] Le droit écrit, par définition statique et d'évolution lente, pouvant s'avérer insuffisant ou dépassé par l'évolution économique, politique ou sociale, les principes viennent l'éclairer, le compléter et, le cas échéant, y suppléer ; ils apportent ainsi au droit l'élément de continuité et de perspective nécessaire à son accomplissement[430].

326. De l'avis donc de Mme Papadopoulou, les principes généraux du droit, parmi lesquels figurerait le principe de proportionnalité, sont des normes juridiques « immédiatement applicables » au même titre que les règles. Leur spécificité dériverait de leur contenu plus vague et de leur vocation à combler les lacunes et les insuffisances des règles écrites. Néanmoins, les principes généraux, exactement comme les règles, possèderaient un certain contenu ou substance abstraite, à dégager par l'interprète malgré leur imprécision. Pour le dire autrement, la proportionnalité compte parmi les principes généraux parce qu'elle constitue un principe « de fond » susceptible de constituer la « majeure » dans le syllogisme conduisant à la solution du litige, même si elle ne mériterait pas le qualificatif de règle en raison de son contenu trop imprécis.

327. En outre, la doctrine soutient que le caractère vague du principe de proportionnalité est progressivement réduit par l'intervention de la jurisprudence. Ainsi, malgré l'imprécision de la notion de « proportionnalité », celle-ci est levée au fur et à mesure que la Cour de justice est amenée à l'appliquer à des cas concrets.

328. C'est par exemple la position de l'éminent professeur Robert Alexy. Certes, admet-il, la proportionnalité serait source d'une grande imprévisibilité en raison du caractère flou de ses contours. Toutefois, cette imprévisibilité serait progressivement corrigée par l'intervention du juge[431]. A l'aide du principe de proportionnalité le juge ne parvient pas seulement à donner une issue au litige : il élabore aussi une règle de contenu plus précis, laquelle pourra être appliquée dans des cas futurs en tant que précédent jurisprudentiel. C'est aussi la position d'auteurs comme Thomas Franck, qui estime que la précision du sens et contenu du principe de proportionnalité augmente au fur et à mesure que les juges rendent des décisions se fondant sur ce principe. Comme il l'affirme

[430] R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit…*, préc., p. 7.

[431] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, préc., p. 537.

dans un article : « *ce principe général a réussi à s'implanter car, dans son application fréquente, au cas par cas, il a perdu une partie considérable de son indétermination* »[432]. MM. Bengoetxea[433] et Muzny[434] semblent également partager cet avis.

329. Somme toute, malgré les difficultés interprétatives qu'il impliquerait, le principe de proportionnalité ferait partie des règles que les Etats membres se seraient engagées à respecter et dont le respect serait assuré par le juge communautaire. Le principe de proportionnalité demeurerait en tout état de cause une règle abstraite et hypothétique susceptible d'être appliquée par le biais d'un syllogisme judiciaire. Cet avis s'appuie en outre appui sur une position théorique sur l'essence du raisonnement juridique.

§ 2 – La tendance à concevoir le raisonnement juridique comme essentiellement syllogistique

330. Dans un certain sens, la tendance que l'on vient de décrire est liée à la thèse dite de l'« universalisabilité ». Cette thèse se situe à un niveau plus fondamental, puisqu'elle constitue une véritable théorie de la justification. A la suivre, toute décision judiciaire, que l'admette ou non le juge, présenterait une structure essentiellement syllogistique : une solution concrète ne saurait être atteinte que par la subsomption de faits concrets dans des catégories abstraites. Toute solution donnée par un juge constituerait donc l'application d'une règle. L'identité de l'auteur de la règle est indifférent : le juge peut l'extraire de la loi, ou au contraire il peut la créer au besoin du litige dont il est saisi. La conclusion demeure identique : son raisonnement est, en dernier terme, syllogistique. Que la règle soit aisément identifiable ou non dépend de la clarté de la rédaction de la décision, mais elle est nécessairement présente. Une fois identifiée, elle peut être invoquée par la suite comme « précédent » et contribuer à mettre un œuvre un nouveau raisonnement déductif. Parfois elle est cachée, d'autres fois le juge la fait apparaître explicitement. Mais *le syllogisme est toujours présent*. La décision du juge est, dans son *essence*, toujours *syllogistique*.

331. C'est la position du théoricien Sir Neil MacCormick : « *il ne peut pas y avoir de justification sans universalisation* ». Comme il l'explique, il ne faut pas confondre le

[432] T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures… », préc., p. 718 : « […] the general principle has achieved currency because, in its frequent application, case by case, it has shed much of its indeterminacy ». Voir également p. 764 : « While, so far, any formal definition of the proportionality principle has tended to the very general, its application in practice and in various contexts is amply demonstrable. That practice is generating a jurisprudence that is becoming quite specific, dispute by dispute and adjudication by adjudication. Once again, international law is developing rather like the common law, broadening precedent by precedent ».

[433] J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, préc., p. 76.

[434] P. Muzny, *La technique de proportionnalité.*…, préc., t. II, nº 732 et s., où l'auteur signale que la norme issue de la décision rendue sur le fondement de la proportionnalité « sécrète un effet généralisant ».

caractère « universalisable » de la justification d'une décision judiciaire avec la règle de *stare decisis* propre à la culture du *common law*. Dans le système français, par exemple, il ne faut pas oublier que le juge appelé à trancher un litige est toujours obligé de raisonner par syllogisme en formulant, « *pour les besoins de la cause dont il est saisi, la règle qui sert de fondement à la solution du litige, chaque fois que celle-ci ne peut pas être immédiatement déduite des termes exprès du droit écrit* »[435]. La règle formulée « *pour les besoins de la cause dont il est saisi* » est abstraite et parfaitement susceptible, d'un point de vue logique, d'être appliquée dans d'autres cas – même si, en absence d'une règle de *stare decisis*, une telle application n'est pas obligatoire. L'on pourrait dire la même chose de la jurisprudence de la CJUE dans le cadre du renvoi préjudiciel, puisque, comme le dit M. Trabucchi, la décision est dans ce cas-là inévitablement « *rendue en termes abstraits même si elle doit contribuer à une solution concrète* »[436].

332. Ainsi, la caractéristique de l'« universalisabilité » s'applique indépendamment de la valeur normative des précédents. Au contraire, c'est une caractéristique essentielle du raisonnement pratique. Toute justification est inconcevable si elle n'est pas universalisable :

> *Le « pourquoi » d'une justification est un lien universel, dans le sens suivant : pour qu'un acte soit conforme au droit en raison d'un certain élément, ou plusieurs éléments, d'une situation donnée, le même acte d'un point de vue matériel doit être conforme au droit dans toutes les situations dans lesquelles matériellement le même élément ou les mêmes éléments sont présents. Ceci est soumis à l'exception selon laquelle des éléments pertinents additionnels sont susceptibles de modifier ce qui est conforme au droit, mais l'exception n'est valide que si elle aussi a la même qualité d'universalité. […]*
>
> *Ceci ne dépend pas d'une règle ou pratique rendant obligatoire le respect des précédents. Au contraire, la rationalité d'un système de précédents dépend de cette qualité fondamentale de la justification normative au sein d'un cadre de justification quelconque, l'universalisabilité*[437].

333. Kelsen adoptait déjà cette position dans sa *Théorie pure du droit*, où il écrivait :

---

[435] V. Heuzé, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP*, 2005.I.130, pp. 671-676, nº 5.

[436] A. Trabucchi, « L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1974, pp. 56-87, p. 62.

[437] N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005, pp. 90-91 : « The 'because' of justification is a universal nexus, in this sense: for a given act to be right because of a given feature, or set of features, of a situation, materially the same act must be right in all situations in which materially the same feature or features are present. This is subject to the exception that additional relevant features may be present that alter the right result, but the exception is a valid one only if it in turn has the same universal quality. […] This does not depend on any doctrine or practice of following precedents. On the contrary, the rationality of a system of precedents depends upon this fundamental property of normative justification within any justificatory framework, its universalizability ».

> *[...] pour pouvoir juger la décision du cas concret « juste », il est indispensable de supposer cette norme générale. Car la question de savoir pourquoi une certaine décision est juste est provoquée par le besoin de justifier cette décision, de fonder la validité de la norme individuelle qu'elle pose. Et il n'y a pas d'autre moyen de donner une telle justification, de fonder la validité d'une norme individuelle, que d'établir qu'elle correspond à une norme générale supérieure que l'on suppose être juste*[438].

334. De la même manière, M. Rials critique ceux qui croiraient « qu'il est possible d'élaborer des jugements sans norme préalable »[439], tandis que Batiffol remarque qu'« il s'impose d'observer que la permanence du mouvement justificatif par la généralité exprime, qu'on le veuille ou non, la perception qu'une solution n'est proprement justifié que par ce processus »[440]. Ainsi, la possibilité d'un véritable jugement « ad hoc » est inconcevable : « [s]i le langage reçu persiste à parler d'arrêts d'espèce, ce ne devrait être que dans l'attente du commentaire qui proposera une formule justificative de l'abandon de la règle »[441].

335. Cette position se trouve reflétée aussi dans les analyses du principe de proportionnalité. Ainsi, plusieurs auteurs considèrent que les décisions fondées sur ce principe mettent en œuvre un raisonnement déductif. M. Géniaut, par exemple, estime qu'il convient de « porter l'attention sur chaque décision de justice mettant en œuvre [la proportionnalité et tenter] de dégager la règle pratique mise en œuvre pour trancher un litige particulier »[442]. Une position similaire est également présente dans les écrits de M. Alexy, ce qui pourrait paraître surprenant, car il considère la proportionnalité comme un mode de raisonnement distinct du syllogisme, de sorte que la proportionnalité serait le mode de raisonnement propre aux « principes » tandis que le syllogisme serait le mode de raisonnement propre aux règles[443]. Or, cet auteur considère aussi que, quel que soit le mode de raisonnement employé, « en vertu du principe d'universalisabilité, de chaque décision de la Cour Constitutionnelle Fédérale peut être obtenue une règle de décision plus ou moins concrète appliquée au cas d'espèce »[444]. De chaque application du principe de proportionnalité émerge une « règle sous laquelle peut être subsumé le cas

[438] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 339.

[439] S. Rials, *Le juge administratif français…*, préc., p. 289.

[440] H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, p. 232.

[441] *Ibid.*, p. 257.

[442] B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail…*, préc., nº 407.

[443] Sur cette thèse, voir *supra*, nº 221-226.

[444] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, préc., p. 537 : « En virtud del principio de universabilidad, de cada decisión del Tribunal Constitucional Federal puede obtenerse una regla de decisión más o menos concreta referida al caso decidido ».

concret »[445]. Ainsi, plus la jurisprudence se développe, moins il est nécessaire d'employer la forme de raisonnement de la proportionnalité. La méthode de la déduction occupe progressivement son espace, au fur et à mesure que le juge est appelé à trancher des litiges[446]. Ceci ne veut pas dire que le principe de proportionnalité est pour autant voué à disparaître totalement au cours du temps. Il subsiste toujours des doutes interprétatifs que les méthodes interprétatives traditionnelles ne parviennent pas à résoudre. Or, dans un système juridique consolidé, la proportionnalité apparaîtrait seulement aux marges. Ainsi, bien que M. Alexy veuille distinguer la proportionnalité des principes substantiels d'application syllogistique, il considère en dernier terme que toutes les décisions qui se fondent sur le principe de proportionnalité appliquent une règle abstraite à un cas concret par le biais d'un syllogisme. Selon lui, le principe de proportionnalité servirait en quelque sorte à créer des règles, position comparable à celle de M. Zagrebelsky, qui considère les principes (qu'il distingue aussi des règles pour des raisons qualitatives et non simplement en raison de leur caractère relativement plus vague) comme ayant pour fonction d'« indiquer le sens dont la règle devrait être posée »[447].

336. En quelque sorte, la thèse de l'universalisabilité est l'inverse de la position sceptique ou réaliste[448]. Alors que les auteurs sceptiques soutiennent depuis le début du XX^{ème} siècle que la forme syllogistique que prenaient normalement les décisions judiciaires (et prennent encore habituellement de nos jours) servait à cacher une mise en balance d'intérêts, souvent obéissant à des considérations de caractère « idéologique », la libre discrétion du juge ou tout simplement le pur arbitraire, les auteurs précités s'attachent à la thèse exactement inverse : quoi que le juge dise, quelle que soit sa « pratique rhétorique », la structure fondamentale de sa décision est syllogistique.

337. L'enseignement applicable à notre étude ne ferait pas de doute : malgré les apparences, le caractère radicalement indéterminé de la proportionnalité ou la nature technique du raisonnement suivi par la Cour, les jugements présenteraient également ici la structure du syllogisme. Nous verrons pourtant dans la Section suivante qu'il ne saurait en être de la sorte, la nature technique du principe de proportionnalité y faisant obstacle.

---

[445] *Ibid.*, p. 98 : « como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso ».

[446] *Ibid.*, p. 537.

[447] G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil…*, préc., p. 118 : « El «ser» iluminado por el principio aún no contiene en sí el «deber ser», la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio ».

[448] Dans le cas de M. Géniaut, sa position est quelque peu paradoxale car il se positionne aussi très fermement contre les théories qu'il traite de « sémantiques ». Ainsi, la proportionnalité doit être conçue comme un « standard », soit comme un « renvoi, non pas à quelque contenu sémantique, mais plutôt à l'appréciation par la raison pratique », *La proportionnalité dans les relations du travail…*, préc., n° 393.

SECTION 2. L'incompatibilité du syllogisme juridique avec le principe de proportionnalité

338. Le principe de proportionnalité implique une forme de raisonnement incompatible avec le syllogisme juridique. La nature technique de ce principe exclut en effet toute médiation par une règle abstraite entre les faits et la décision du juge. La norme technique relevant du pur monde des faits, l'appréciation de la proportionnalité se fait purement *in concreto*, sans que la solution au litige soit déduite d'une règle abstraite (§ 1). Il ne devrait donc pas surprendre que l'application de la proportionnalité ne donne pas lieu à une véritable jurisprudence, mais simplement à un très grand nombre d'arrêts d'espèce (§ 2).

§ 1 – Le caractère *in concreto* de l'appréciation de la proportionnalité

339. La position décrite ci-dessus, postulant l'« universalisabilité » comme une qualité essentielle du raisonnement pratique, est critiquable dans la mesure où elle n'aide en rien à comprendre les caractéristiques spécifiques d'une décision judiciaire face à une décision du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif, ou des jugements du juge communautaire face à ceux de la Cour de cassation ou d'un tribunal de première instance.

340. Dans notre cas, une telle compréhension ne saurait provenir que d'une analyse des textes des jugements qui nous occupent. En accord avec la méthodologie de notre étude, c'est dans les raisonnements contenus dans ces textes que nous pourrons identifier le type de raisonnement mis en œuvre par la Cour, ainsi que la façon dont elle conçoit l'ordre juridique communautaire et sa propre fonction juridictionnelle. Il ne nous sera pas possible de parvenir à des conclusions sur ce point avant de plonger dans l'analyse des décisions concrètes de la Cour et de leur motivation. En effet, une position affirmant le caractère essentiellement universalisable du raisonnement pratique ne nous permet pas de conclure que le principe de proportionnalité ne soit conçu par la Cour comme un principe alternatif à la déduction syllogistique et même radicalement incompatible avec celle-ci.

341. Nous ne prétendons pas trancher le débat impliqué par ces questions concernant l'essence du raisonnement pratique. Il est probablement déjà évident que ce débat touche à des questions d'une grande profondeur philosophique. L'argument de l'universalisabilité, prônant l'antécédence de l'abstraction, semble s'inscrire dans un courant idéaliste. Face à celui-ci s'élèvent les écoles matérialistes. Ces interrogations sont assurément trop compliquées, dépassent largement nos compétences, et d'y entrer ne bénéficierait guère à notre analyse. Ainsi, nous ne prétendons que contester l'extrapolation de ce débat à l'analyse du mode de raisonnement de la Cour de justice, puisque les positions essentialistes ne présentent pas d'utilité. Nous essaierons donc de donner une réponse à la critique que l'on vient de présenter sans prendre position sur la structure essentielle du raisonnement pratique.

342. Telle qu'elle est reflétée dans les raisonnements de la Cour, l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure nationale est une appréciation de nature essentiellement factuelle. Comme nous l'avons déjà montré dans le Chapitre précédent, la Cour se contente de constater des faits : constater les effets d'une mesure adoptée par les autorités nationales, constater la relation causale entre un moyen et un résultat, constater l'absence de moyens alternatifs moins coûteux. Elle affirme même explicitement le caractère factuel de l'examen de la proportionnalité des mesures nationales : « *[l]a question de savoir si les effets d'une réglementation nationale déterminée restent effectivement dans ce cadre [de la proportionnalité] relève de l'appréciation des faits* »[449].

343. Or, étant donnée la nature factuelle de ces constatations, la valeur des appréciations de la CJUE portant sur la proportionnalité de mesures nationales spécifiques est nécessairement limitée. En l'absence de toute médiation par une règle abstraite, ce n'est que difficilement que la décision de la Cour pourra établir une règle ou acquérir la valeur d'un précédent. Plus précisément, du caractère empirique de l'évaluation coûts-bénéfices que suppose le principe de proportionnalité s'ensuivent les conclusions suivantes, qui font toutes obstacle à que les décisions de la Cour résultent d'un syllogisme : les appréciations de la Cour sont réfutables (A), la proportionnalité d'une mesure s'apprécie au vu de ses modalités concrètes d'application (B), il appartient aux juridictions de renvoi de se prononcer sur des questions empiriques (C), le principe *iura novit curia* devient inapplicable, si bien qu'il incombe aux parties d'invoquer des motifs justificatifs ainsi que d'apporter la preuve pertinente (D), et enfin le principe de proportionnalité est présenté comme une notion objective, exclusive de tout effort interprétatif (E).

A. La réfutabilité des conclusions de la Cour

344. Il faut tout d'abord souligner que le caractère « réfutable » du raisonnement de la Cour, le corollaire logique de son caractère technique, contribue à relativiser l'importance des décisions précédentes adoptées par la Cour. En effet, la conception du contrôle de proportionnalité, comme relevant de l'appréciation de faits, ouvre aussi la porte à ce que les « indications » données par la Cour de justice aux juridictions nationales[450] soient remises en question car erronées ou tout simplement fausses.

---

[449] CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc.*, aff. C-145/88, *Rec.* p. 03851, para. 16.

[450] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779, para. 85 : « il convient de rappeler que, s'il appartient en dernier lieu au juge national, qui est seul compétent pour apprécier les faits et interpréter la législation nationale, de déterminer si et dans quelle mesure ladite action collective est conforme à ces exigences, la Cour, appelée à fournir au juge national des réponses utiles, est compétente pour donner des indications, tirées du dossier de l'affaire au principal ainsi que des observations écrites et

345. Il est commun de dire, d'après Kelsen, qu'une norme juridique n'est ni vraie ni fausse[451], et donc que la qualité de la « réfutabilité » n'est pas propre au droit. C'est pourtant le propre des normes techniques, car fondées sur les connaissances scientifiques, lesquelles se définissent justement, depuis la fameuse thèse de Karl Popper, par leur « réfutabilité »[452]. En présentant ses appréciations comme portant purement sur des faits, la Cour de justice s'expose à la « réfutabilité », soit à la possibilité qu'il soit démontré que ses constatations sont fausses d'un point de vue strictement factuel. Bien entendu, il ne faut pas penser que, simplement parce que la Cour de justice se réclame d'une légitimité technique, ses conclusions seront nécessairement ajustées de ce point de vue.

346. Nous trouvons des exemples dans la jurisprudence où les appréciations de la Cour de justice sont, d'un point de vue factuel, clairement fausses. Dans l'arrêt *Rush Portuguesa*, par exemple, il est dit que le détachement temporaire de travailleurs ne « *perturbe* » pas « *le marché de l'emploi* » de l'Etat membre d'accueil car ce type de travailleurs « *retournent dans leur pays d'origine après l'accomplissement de leur mission, sans accéder à aucun moment au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil* »[453]. Cette affirmation est bien évidemment absurde. Dans son commentaire de la décision, M. Rodière exprime ainsi sa stupéfaction :

> *On pensé rêver ! Le marché français de l'emploi est évidemment intéressé, si des activités effectuées en France lui échappent et que justement les emplois correspondant n'y entrent pas. Le marché français, comme celui des autres États membres, portant à l'heure actuelle largement sur les emplois de caractère temporaire, c'est même dans sa réalité la plus vivante, pas forcément la plus souhaitable, qu'il est affecté*[454].

347. Un autre exemple vient de l'arrêt *Gouda*. La Cour de justice a estimé ici que la politique des autorités néerlandaises visant à garantir le pluralisme dans l'audiovisuel n'était pas menacée par la concurrence provenant d'opérateurs établis dans d'autres Etats membres. Pour cette raison, est considérée disproportionnée l'application de la loi à de

---

orales qui lui ont été soumises, de nature à permettre à ce même juge de statuer dans le litige concret dont il est saisi ».

[451] M. Troper, « Normativisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 1704-1709, p. 1075.

[452] T.F. Gieryn, « Boundaries of Science », in S. Jasanoff et al., *Handbook of Science and Technology Studies*, Sage Publications, 1995, pp. 393-443, p. 395 et s.

[453] CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Ld^a^ c. Office national d'immigration*, aff. C-113/89, *Rec*. p. I-01417, para. 15.

[454] P. Rodière, note sur l'arrêt *Rush Portuguesa*, *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 635-640, pp. 637-638.

tels opérateurs[455]. Bernard Edelman se montre aussi perplexe que l'était M. Rodière à l'égard de l'arrêt *Rush Portuguesa* :

> *Aucun spécialiste de l'économie de l'audiovisuel n'oserait sérieusement soutenir qu'une politique visant à la non-commercialisation de ce secteur n'est point menacée par l'intervention d'opérateurs étrangers animés par l'esprit de lucre !*[456]

348. Un troisième exemple nous est offert par la série de décisions rendues suite à l'arrêt *Cassis de Dijon* dans laquelle la Cour estime que les réglementations imposant que des renseignements sur leur composition soient fournis dans l'étiquetage des produits est un moyen de protection des consommateurs tout aussi efficace que l'interdiction de ces produits ou la régulation de leur composition[457]. Cette conclusion est évidemment fausse d'un point de vue strictement empirique : aucune condition d'étiquetage ne saurait mieux protéger le consommateur contre des abus qu'une simple interdiction de commercialisation du produit en question. Il est évident que dans l'arrêt *Cassis de Dijon* la protection des consommateurs offerte par le droit allemand s'en est trouvée amoindrie[458].

349. Ces erreurs, toutes trois flagrantes, ouvrent la porte à ce que les décisions de la Cour de justice soient facilement remises en question, soit *réfutées*. Certes, les solutions données dans les trois exemples que l'on vient de citer semblent acquises. L'arrêt *Gouda* est tranché et il semble difficile de réexaminer l'affaire pour conclure que la mesure en cause n'est pas en réalité excessive. Néanmoins, il demeure que, dans des nouvelles affaires présentant des circonstances similaires, voire identiques, cet arrêt ne possédera aucune valeur en tant que précédent et est, en tout état de cause, susceptible de réfutation. Ainsi, les décisions fondées sur le principe de proportionnalité souffrent d'une fragilité, dérivant de leur réfutabilité.

---

[455] CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007, para. 24 : « En vue d'assurer le pluralisme dans le secteur audiovisuel, il n'est nullement indispensable, en effet, que la législation nationale impose aux organismes de radiodiffusion établis dans d'autres États membres de s'aligner sur le modèle néerlandais, s'ils entendent diffuser des programmes contenant des messages publicitaires à l'intention du public néerlandais. Pour garantir le pluralisme qu'il souhaite maintenir, le gouvernement néerlandais peut fort bien se borner à élaborer le statut de ses propres organismes de manière appropriée ».

[456] B. Edelman sur l'arrêt *Gouda*, *Recueil Dalloz*, pp. 534-540, 539-540.

[457] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec*. p. 00649, para. 13.

[458] S. Weatherill, « Recent Case Law… », préc.

B. Le contrôle de proportionnalité, réalisée au vu des modalités concrètes d'application des réglementations nationales

350. Puisque la proportionnalité consiste dans des appréciations de nature factuelle sur les effets provoqués par les mesures nationales, il s'ensuit que le contrôle exercé par la Cour ne porte pas sur une règlementation abstraite et générale mais plutôt sur une *mesure* dans chacune de ses applications *concrètes*.

351. Cela implique premièrement que la Cour ne se penche pas sur l'analyse de la proportionnalité de tout le régime en cause. Il convient au contraire « *d'examiner séparément pour chacune des restrictions imposées par la législation nationale* » si elle est conforme au principe de proportionnalité[459].

352. Deuxièmement, cela signifie aussi que le contrôle de la proportionnalité des mesures est réalisé au vu de ses modalités concrètes d'application. La Cour a pu affirmer dans ce sens qu'il :

> *[…] appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la réglementation nationale, au vu de ses modalités concrètes d'application, répond véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle impose n'apparaissent pas disproportionnées au regard de ces objectifs*[460].

353. Elle semble ainsi exiger que le contrôle de proportionnalité de la loi sur un plan abstrait ne suffit pas : il faut encore vérifier que ses « modalités concrètes d'application » soient également conformes à ce principe. Or, dans l'affaire *Ladbrokes*, la Cour a été interrogée sur le sens de l'affirmation précédente[461]. Selon la réponse tentative de l'Avocat général Bot, le contrôle de proportionnalité constitue en réalité un « *double examen* ». Le juge doit d'abord « *examiner le contenu de sa législation, telle qu'elle est écrite* ». Or :

> *[…] cet examen théorique ne suffit pas. Le juge national, en second lieu, doit également apprécier les conditions dans lesquelles sa législation nationale est appliquée concrètement. Il lui incombe ainsi de vérifier que, dans sa mise en œuvre par les autorités compétentes et, le cas échéant, par les opérateurs économiques, la législation en cause est*

[459] CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales c. Massimiliano Placanica e.a.*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Rec.* p. I-01891, para. 49.

[460] CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale c. Piergiorgio Gambelli e.a.*, aff. C-243/01, *Rec*. p. I-13031, para. 75. On trouve exactement la même affirmation dans l'affaire CJCE, 21 octobre 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec*. p. I-07289, para. 37 (nous soulignons).

[461] CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, aff. C-258/08, *Rec*. p. I-04757, para. 39 et s.

> *appliquée de manière non discriminatoire, en conformité avec ses objectifs et de manière proportionnée*[462].

354. Ainsi, ce n'est pas la loi considérée dans l'abstrait qui fait l'objet du contrôle, mais les mesures concrètes prises éventuellement en application d'une loi[463]. La Cour, pourtant, probablement consciente des problèmes pratiques que supposerait le fait d'ouvrir la possibilité de remettre en cause chaque mise en œuvre d'une législation, a voulu introduire la précision suivante :

> *Dès lors que la mesure d'exécution prescrite par la juridiction nationale n'entraîne pas, par elle-même, des restrictions supplémentaires sur le marché, l'examen de sa conformité avec le droit de l'Union est étroitement lié à celui qui a été effectué par la juridiction nationale en ce qui concerne la compatibilité de la [législation en cause] avec l'article 49 CE [liberté de prestation de services]*[464].

355. La Cour de justice nous dit donc que la déclaration par le juge de la conformité d'une loi nationale avec le droit communautaire bénéficie également à ses mesures d'application à moins qu'elles n'entraînent des « restrictions supplémentaires ».

356. La formule employée par la Cour est, pourtant, quelque peu trompeuse. La conformité d'une loi nationale avec les libertés de circulation n'aura nécessairement été évaluée qu'à travers une de ses applications concrètes. Faute d'une mesure d'application susceptible de provoquer des coûts pour les acteurs privés (et donc susceptible de constituer une restriction aux libertés de circulation), la proportionnalité n'aura par hypothèse pas pu être constatée. Ainsi, ce que la CJUE exige véritablement est de comparer une des applications de la loi avec une autre. Le juge devra donc comparer les coûts qui résultaient de l'application de la loi dans la première affaire dans laquelle sa proportionnalité a été évaluée, avec les coûts entrainés par une autre mesure d'application dans une seconde affaire concernant la même législation nationale. De cette manière, la Cour parvient à corriger les effets excessifs d'une appréciation purement *in concreto*, tout en restant dans le terrain de l'appréciation purement factuelle, puisqu'il ne s'agit que de comparer des coûts[465].

---

[462] *Ibid*., para. 45. Voir aussi CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie*, aff. C-203/08, *Rec*. p. I-04695, concl. AG Bot du 17 décembre 2009, para. 105-106.

[463] Voir pourtant E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation »… », préc., p. 578. Selon l'auteur, le principe de proportionnalité peut opérer au niveau législatif, ou au niveau de l'application des dispositions législatives (possible dans les systèmes qui disposent d'un contrôle concret de constitutionnalité).

[464] *Ibid.*, para. 45.

[465] Voir pourtant les affaires où la Cour de justice affirme que la conformité des mesures nationales de transposition au droit communautaire doit être évaluée à l'aune du droit secondaire transposé et non pas le droit primaire. CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur Ltd (C-20/00) et Hydro Seafood GSP Ltd (C-*

357. Dans la plupart des décisions, il est extrêmement difficile d'identifier la règle qu'aurait prétendument appliquée le juge, règle qu'il aurait préalablement établie à l'aide de la proportionnalité. La nature technique de l'appréciation pousse la Cour à exercer son contrôle des mesures du point de vue de leur application concrète. En effet, lorsque la Cour parvient à fournir des indications à la juridiction de renvoi sur comment apprécier la proportionnalité de la mesure en question, il est commun qu'elle le fasse en énonçant un standard de la plus grande concrétion. Voici par exemple la conclusion de la CJUE dans l'arrêt *Mazzoleni*, dont il est nécessaire de citer plusieurs paragraphes :

> *[…] il incombe donc aux autorités compétentes de l'État membre d'accueil, afin de déterminer si l'application de sa réglementation imposant un salaire minimal est nécessaire et proportionnée, d'évaluer tous les éléments pertinents.*
>
> *38 Cette évaluation implique, d'une part, qu'elles tiennent compte, notamment, de la durée des prestations de services, de leur prévisibilité, du fait que les employés ont été effectivement déplacés vers l'État membre d'accueil ou qu'ils continuent d'être rattachés à la base d'opérations de leur employeur dans son État membre d'établissement.*
>
> *39 D'autre part, afin de s'assurer que la protection dont jouissent les employés dans l'État membre d'établissement est équivalente, elles doivent en particulier prendre en considération les éléments liés au montant de la rémunération, la durée du travail à laquelle ce montant se rapporte ainsi que le montant des cotisations sociales et l'incidence de la fiscalité*[466]

358. Nous voyons donc que les indications données aux autorités nationales ne sont pas d'une grande précision. Ou plutôt, la « règle » élaborée par la Cour est tellement concrète qu'elle est dépourvue d'utilité en tant que précédent. La Cour de justice leur demande de *tout* prendre en compte afin de parvenir à la décision ultime sur la proportionnalité du régime en question. L'arrêt *Mazzoleni* ne saurait donc constituer un précédent utile, si ce n'est pour affirmer la discrétion de chaque juge dans son appréciation de la proportionnalité.

359. L'arrêt *Familiapress* est encore un exemple remarquable de la difficulté à identifier des règles claires dans les décisions de la Cour, affaire concernant les régulations de la presse alors en vigueur en Autriche, en raison du caractère technique et donc concret de l'appréciation de la proportionnalité. Il incombe aux juridictions nationales, nous dit-elle, afin de déterminer si la mesure litigieuse est conforme au principe de proportionnalité, d'examiner « *le marché autrichien de la presse* », en

---

64/00) c. The Scottish Ministers, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, *Rec*. p. I-07411 ; CJCE, 14 décembre 2004, *The Queen, à la demande de Swedish Match AB et Swedish Match UK Ltd c. Secretary of State for Health*, aff. C-210/03, *Rec*. p. I-11893.

[466] CJCE, 15 mars 2001, *Procédure pénale c. André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, aff. C-165/98, *Rec*. p. I-02189, para. 37-9.

veillant « *à délimiter le marché du produit en cause et à prendre en considération les parts de marché détenues par chaque éditeur ou groupe de presse et leur évolution* »[467]. Plus spécifiquement, elles devront établir :

> *[…] si les journaux qui offrent, au travers de jeux, d'énigmes ou de concours, la possibilité de gagner un prix sont en concurrence avec les petites entreprises de presse […], et, d'autre part, si une telle perspective de gain constitue une incitation à l'achat susceptible de provoquer un déplacement de la demande*[468].

360. Et encore :

> *[…] en fonction de tous les éléments susceptibles d'influencer la décision d'achat, tels que la présence ou non d'une publicité en première page soulignant la possibilité de gagner un prix, la probabilité du gain, le montant du prix, la liaison ou non du gain à la réussite d'une épreuve requérant un certain degré d'ingéniosité, d'adresse ou de connaissances, la juridiction nationale mesurera également le degré de substitution possible aux yeux du consommateur du produit concerné aux journaux qui n'offrent pas la possibilité de gagner un prix*[469].

361. La complexité technique d'un tel examen, dont le juge national serait désormais chargé, saute aux yeux. Il est difficile de considérer que l'arrêt *Familiapress* établit une règle applicable dans d'autres affaires. Sa valeur en tant que précédent, comme l'arrêt *Mazzoleni*, vient simplement de l'affirmation d'un contrôle *in concreto* de la proportionnalité des régulations de la presse affectant la circulation intracommunautaire des marchandises. En définitive, le fait que le contrôle du juge s'exerce à l'encontre de mesures étatiques d'application fait obstacle à l'identification de règles abstraites dans la jurisprudence.

C. L'éclatement de la division de compétences entre la CJUE et les juridictions nationales

362. Il est de tous connu que, selon un principe consolidé, la CJUE doit se borner à interpréter le droit communautaire, tandis que la juridiction nationale de renvoi demeure la seule compétente pour l'appliquer en appréciant les circonstances de fait. Telle est, nous dit la Cour, la « *nette séparation des fonctions* » sur laquelle se fonde ce « *système de coopération* » entre juridictions nationales et la Cour de justice qu'offre le mécanisme du renvoi préjudiciel :

---

[467] CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-368/95, *Rec.* p. I-03689, para. 30.

[468] *Ibid.*, para. 28.

[469] *Ibid.*, para. 31.

> *[…] il y a lieu de rappeler que le système de coopération établi par l'article 234 CE est fondé sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour. Dans le cadre d'une procédure introduite en vertu de cet article, l'interprétation des dispositions nationales appartient aux juridictions des États membres et non à la Cour, et il n'incombe pas à cette dernière de se prononcer sur la compatibilité de normes de droit interne avec les dispositions du droit communautaire. En revanche, la Cour est compétente pour fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui permettent à celle-ci d'apprécier la compatibilité de normes de droit interne avec la réglementation communautaire*[470].

363. Certes, la séparation « nette » entre faits et droit ou entre interprétation et application est en réalité des plus floues, chose amplement constatée par la doctrine[471]. La Cour insiste néanmoins sur la validité de cette distinction et celle-ci reste un élément central de l'édifice juridictionnel communautaire[472].

364. Il faut souligner que le caractère technique du raisonnement que conduit la Cour par le biais du principe de proportionnalité s'accommode extrêmement mal de cette division de principe. En effet, elle tend à s'effondrer du fait de la nature empirique que la Cour veut concéder à l'analyse coûts-bénéfices dont dépend désormais sur ce point la conformité du droit national au droit de l'Union.

365. Rappelons tout d'abord que la Cour reconnaît très fréquemment que l'appréciation de la proportionnalité consiste essentiellement en des constatations de fait. Elle l'a précisé explicitement : « *[l]a question de savoir si les effets d'une réglementation nationale déterminée restent effectivement dans ce cadre [de la proportionnalité] relève de l'appréciation des faits* »[473].

366. Cette affirmation devrait emporter d'importantes conséquences au niveau de la distribution de compétences entre la Cour de justice et les juridictions nationales. La juridiction de renvoi est la seule compétente pour apprécier les faits, la CJUE devant se borner à interpréter le droit communautaire. A suivre ce principe fidèlement, il devrait appartenir aux juridictions nationales d'apprécier la proportionnalité des mesures litigieuses : « *Le contrôle de la proportionnalité et de l'efficacité des mesures prises*

[470] Voir p.ex. CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 37.

[471] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, préc., p. 392.

[472] CJUE, 12 juillet 2012, *HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica et HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd c. Bundesminister für Finanzen*, aff. C-176/11 (à paraître dans le *Rec.*), para. 33.

[473] CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc.*, aff. C-145/88, *Rec.* p. 03851, para. 16.

repose en effet sur des appréciations de fait que la juridiction de renvoi est mieux à même d'effectuer que la Cour »[474].

367. Quel pourrait donc être le rôle de la Cour de justice dans l'appréciation de la proportionnalité ? A juger par ces dernières déclarations, insignifiant. Ayant énoncé le principe du contrôle de proportionnalité des mesures constitutives d'une entrave, il lui suffirait de renvoyer le dossier à la juridiction de renvoi afin qu'elle réalise les appréciations factuelles pertinentes. M. Davies remarque à ce propos que les principes normatifs développés par la Cour sont « véritablement très simples », se résumant « en quelques paragraphes », si bien que « *le corpus considérable et grandissant de jurisprudence concerne principalement les applications sans fin de ces principes, la résolution d'un torrent incessant d'affaires formellement similaires* »[475]. C'est aussi l'avis de M. Jarvis, qui estime que la jurisprudence la CJUE en application du principe de proportionnalité ne peut pas, en raison de son caractère « factuel », uniformiser les appréciations des juridictions nationales. Il souligne que cet aspect ne dépend pas de la force obligatoire des précédents dans le système communautaire : dans le système du *common law*, rappelle-t-il, où le respect des précédents est obligatoire, « *l'appréciation des questions factuelles appartient à chaque tribunal dans chaque cas* »[476].

368. L'arrêt *De Agostini* fournit un exemple de l'adhésion de la Cour à l'orthodoxie de la distinction interprétation-application, puisqu'elle invite la juridiction de renvoi, sans plus de précisions, à « *vérifier si ces dispositions sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant à l'intérêt général ou à l'un des objectifs énoncés à l'article 56 du traité, si elles sont proportionnées à cet effet et si ces objectifs ou exigences impératives ne pourraient être atteints par des mesures restreignant d'une manière*

[474] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, para. 38.

[475] G. Davies, « Abstractness and concreteness in the Preliminary Reference Procedure: Implications for the Division of Powers and Effective Market Regulation », in N.N. Shuibhne (éd.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 210-244, p. 218 : « The abstract principles developed by the Court in this area are really quite simple, and could be summed up in a few paragraphs, but the considerable and growing body of case-law is mainly concerned with endless specific applications of these principles, with the deciding of a repetitive stream of formally similar cases ».

[476] M. A. Jarvis, *The Application of EC Law…*, préc., p. 219 : « This is the case even in the precedent system of the common law since questions of fact are for the appreciation of the court in each individual case ».

moindre les échanges intracommunautaires »[477]. Le rôle de la Cour devient ainsi pratiquement insignifiant par rapport à celui de la juridiction de renvoi[478].

369. Pourtant, cette position semble aller à l'encontre de « *l'esprit de collaboration* » qui, déclare la Cour, imprègne la mécanisme du renvoi préjudiciel, en vertu duquel il lui incombe de fournir des réponses utiles à la résolution du litige, soit de « *contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques* »[479]. Il faut se rappeler de ce que la relation entre la CJUE et les tribunaux nationaux est une relation de « coopération », et non hiérarchique[480]. Si la Cour se limitait toujours à simplement insister sur la validité du principe de proportionnalité, le mécanisme du renvoi préjudiciel serait sur ce point dépourvu de toute utilité.

370. Ainsi, l'on observe à la lecture de la jurisprudence que la Cour ne renonce point à fournir des « indications » qui puissent être utiles à la juridiction de renvoi. Elle va parfois jusqu'à se prononcer de façon tellement détaillée sur les faits du cas d'espèce que les juridictions nationales n'ont simplement qu'à ratifier sa décision[481]. Dans l'affaire *Alfa Vita*, par exemple, la Cour déclare après quelques réflexions préalables que le régime en question contient « *plusieurs exigences qui, dans la mesure où elles sont liées au processus de fabrication de produits traditionnels de boulangerie, sont inaptes et vont au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger la santé publique lorsqu'elles s'appliquent à des produits du type «bake-off», qui sont précuits et ne font l'objet, dans leurs points de vente, que d'une décongélation, d'un réchauffement ou d'une dernière cuisson* »[482].

371. Dans maintes affaires, la Cour se prononcera ouvertement sur des questions empiriques telles que l'adéquation d'une mesure pour atteindre un certain résultat ou sur l'existence de moyens alternatifs tout aussi efficaces. D'autres fois elle préférera s'en remettre entièrement à l'appréciation des tribunaux nationaux. Il est par exemple courant

---

[477] CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) et TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 et C-36/95)*, aff. jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Rec*. p. I-03843, para. 54.

[478] Voir aussi p.ex. CJCE, 26 novembre 2002, *Ministre de l'Intérieur c. Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01, *Rec.* p. I-10981, para. 44 ; CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. Filipe Pereira Félix*, aff. C-60/03, *Rec.* p. I-09553, para. 43-4 ; CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Ld[a]*, aff. C-164/99, *Rec*. p. I-00787.

[479] CJCE, 21 janvier 2003, *Bacardi-Martini SAS et Cellier des Dauphins c. Newcastle United Football Company Ltd.*, aff. C-318/00, *Rec.* p. I-00905, para. 42.

[480] A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 2[ème] éd., 2006, p. 96.

[481] P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 712.

[482] CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, anciennement Trofo Super-Markets AE et Carrefour Marinopoulos AE c. Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04, *Rec*. p. I-08135.

que, lorsque l'affaire s'avère d'une grande complexité technique, la Cour s'en remette au jugement du tribunal national, sans lui fournir des grandes précisions. Dans l'arrêt *Tridon*, par exemple :

> *[…] l'appréciation à porter sur la proportionnalité de l'interdiction de commercialisation en cause au principal et, en particulier, sur le point de savoir si l'objectif recherché pourrait être atteint par des mesures affectant de manière moindre le commerce intracommunautaire ne saurait, en l'occurrence, être effectuée sans éléments d'information supplémentaires et qu'une telle appréciation suppose une analyse concrète, fondée notamment sur des études scientifiques et des circonstances de fait qui caractérisent la situation dans laquelle s'inscrit le litige au principal, analyse qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'opérer*[483].

372. La Cour reconnaît fréquemment que les appréciations factuelles qu'exige la proportionnalité sont d'une grande complexité technique, raison pour laquelle elle préfère les déléguer aux juridictions nationales. L'arrêt *Mac Quen*, concernant des limitations des professionnels autorisés à conduire certains examens ophtalmologiques, est à cet égard très illustratif. La Cour signale ici que la mesure litigieuse en cause est « *fondée sur une évaluation des risques pour la santé publique qui pourraient résulter de l'octroi aux opticiens de l'autorisation de procéder à certains examens de la vue* », admettant ensuite qu'une « *telle évaluation est susceptible de changer au cours des années, notamment en fonction des progrès réalisés en la matière sur le plan technique et scientifique* ». Il incombe en conséquence à la juridiction de renvoi, conclut la Cour, d'apprécier le bien-fondé de la réglementation en cause[484].

373. Quoi qu'il en soit, il apparaît impossible de continuer à soutenir la validité de la division entre appréciations de droit et appréciations de fait lors de l'application du principe de proportionnalité. La doctrine souligne à juste titre que l'opération de démarcation entre l'interprétation et l'application se montre en pratique très problématique[485], et la Cour a souvent été critiquée du fait de ne pas respecter rigoureusement la frontière de sa fonction interprétative en se prononçant sans ambages sur des questions de fait[486]. Il convient pourtant d'aller plus loin : le contrôle de proportionnalité étant de nature empirique, il faut conclure que les appréciations faites

[483] CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale c. Xavier Tridon*, aff. C-510/99, *Rec*. p. I-07777, para. 58.

[484] CJCE, 1er février 2001, *Procédure pénale c. Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun et Grandvision Belgium SA, civilement responsable, en présence de l'Union professionnelle belge des médecins spécialistes en ophtalmologie et chirurgie oculaire*, aff. C-108/96, *Rec*. p. I-00837.

[485] Voir les exemples de C. Barnard, « Derogations, Justifications and the Four Freedoms… », préc., p. 296.

[486] P. Craig, *EU Administrative Law*, préc., p. 711: « Indeed the very distinction between interpretation and application is meant to be one of the characteristic features of the division of authority between the ECJ and national courts: the former interprets the Treaty, while the latter apply that interpretation to the facts of a particular case. Theory and reality have not, however, always marched hand in hand ».

par la Cour de justice sont de même nature que celles dévolues aux juridictions de renvoi. La « séparation de fonctions » entre la Cour et les juridictions nationales éclate du fait de la nature empirique du contrôle de proportionnalité. Ainsi, la question de la répartition de responsabilités entre la Cour et la juridiction de renvoi semble n'obéir à aucun principe, mais à une approche pragmatique selon laquelle la Cour de justice décide au cas par cas des limites de sa compétence face à celle des juridictions nationales. Ainsi, le rôle de la Cour de justice dans l'appréciation de la proportionnalité ne peut pas être qualifié comme celui d'un interprète du droit communautaire. Sa fonction, nous dit-elle, dans l'esprit de coopération qui imprègne le mécanisme du renvoi préjudiciel, consiste à s'immiscer dans l'appréciation des faits pour fournir des « *indications* » aux juridictions nationales. Elle déclare dans l'arrêt *Viking* que :

> *[…] s'il appartient en dernier lieu au juge national, qui est seul compétent pour apprécier les faits et interpréter la législation nationale, de déterminer si et dans quelle mesure ladite action collective est conforme à ces exigences, la Cour, appelée à fournir au juge national des réponses utiles, est compétente pour donner des indications, tirées du dossier de l'affaire au principal ainsi que des observations écrites et orales qui lui ont été soumises, de nature à permettre à ce même juge de statuer dans le litige concret dont il est saisi*[487].

374. La nature de ces « indications » reste pourtant factuelle. Elles se limitent généralement à des appréciations vagues sur l'adéquation d'une certaine mesure ou sur l'absence ou la présence d'alternatives tout aussi efficaces. Il faut rappeler à cet égard qu'il incombe à la juridiction de renvoi de décider de la quantité et la qualité des informations qu'elle fournira à la Cour de justice. Celle-ci estime seulement « *nécessaire que le juge national définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou que, à tout le moins, il explique les hypothèses factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées* »[488]. La juridiction de renvoi décrira ainsi les éléments factuels « *en des termes génériques* »[489].

375. Ceci explique entre autres que la Cour ait tendance à s'exprimer en termes de *potentialités*. Autrement dit, il est courant que la Cour déclare qu'une certaine mesure ou action *peut* être considérée adéquate et nécessaire en fonction des circonstances. Il ne saurait en être autrement, puisque ces constatations se veulent strictement empiriques.

376. Dans l'arrêt *Viking*, par exemple, concernant la proportionnalité d'une grève entamée en réaction à la décision d'une compagnie opérant des navires de changer le

[487] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779, para. 85.

[488] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec*. p. I-07633, para. 40.

[489] *Ibid.*, para. 38.

pavillon, la Cour admet, de façon quelque peu énigmatique, que « *les actions collectives […] peuvent constituer, dans les circonstances particulières d'une affaire, l'un des moyens principaux pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres* »[490]. La valeur de cette indication est bien pauvre, car elle se veut une appréciation de type factuel. Les actions collectives *peuvent* parfois être utiles – un lien de causalité existe, estime la Cour, entre de telles actions et les intérêts des membres des syndicats. Elles ne sont pas ni licites ni illicites – la Cour n'évalue point les actions collectives d'un point de vue normatif.

377. Généralement, les indications fournies par la Cour sont de ce genre. Dans l'arrêt *Finalarte*, il est dit qu'une réglementation de l'Etat membre d'accueil imposant que certains renseignements soient fournis par l'entreprise établie dans un autre Etat membre détachant des travailleurs « *peut constituer la seule mesure appropriée de contrôle au regard de l'objectif poursuivi par ladite réglementation* »[491]. Examinons aussi la citation suivante, extraite de l'arrêt *Église de scientologie* :

> *[…] si la Cour a constaté, dans ses arrêts du 23 février 1995, Bordessa e.a. (C-358/93 et C-416/93, Rec. p. I-361), et Sanz de Lera e.a., précité, qui concernaient l'exportation de devises, que les régimes d'autorisation préalable n'étaient pas, dans les circonstances propres à ces espèces, nécessaires afin de permettre aux autorités nationales d'effectuer un contrôle pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements et que, dès lors, ces régimes constituaient des restrictions contraires à l'article 73 B du traité, elle n'a pas pour autant jugé qu'un régime d'autorisation préalable ne pourrait jamais être justifié, notamment si une telle autorisation était effectivement nécessaire pour la protection de l'ordre public ou de la sécurité publique (voir arrêt du 1er juin 1999, Konle, C-302/97, non encore publié au Recueil, points 45 et 46)*[492].

378. Nous n'avons pas supprimé dans la citation les références à d'autres arrêts car elles sont illustratives de ce que la nature même du raisonnement de la Cour empêche l'émergence d'une véritable jurisprudence. Les références sont paradoxales car elles servent à souligner la valeur relative des décisions de la Cour. Les arrêts *Bordessa* et *Sanz de Lara*, nous dit-elle, ne sauraient être invoqués comme arguments dans le sens de la

[490] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779, para. 86.

[491] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831, para. 69.

[492] CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier minister*, aff. C-54/99, *Rec*. p. I-01335, para. 19.

disproportion d'un régime d'autorisation préalable. Dans ces deux occasions, un tel régime n'était pas nécessaire – il y avait d'autres alternatives moins coûteuses. Il peut néanmoins sembler nécessaire à la vue des circonstances du cas d'espèce. Cette possibilité ne saurait être exclue sans avoir préalablement opéré une évaluation de l'efficacité et l'efficience des moyens à la disposition des autorités nationales au regard du but poursuivi. La leçon qui ressort de tous ces arrêts est donc la même : l'exigence d'autorisation préalable *peut* être un moyen proportionné, un tel régime n'étant en soi ni licite ni illicite.

379. Cet aspect explique peut être la tendance de la Cour à utiliser des arguments qui semblent contradictoires. Dans une affaire, il est dit qu'une mesure nationale est excessive et donc disproportionnée car elle ne comporte pas d'exceptions[493]. Dans une autre affaire, c'est l'inverse : la mesure nationale est condamnée car elle admet des exceptions, ce qui montrerait que la poursuite de l'objectif allégué n'est pas véritablement nécessaire[494]. Il est légitime de se montrer perplexe devant l'utilisation que fait la Cour de ces arguments, qui semble de la pure rhétorique. Or, c'est en réalité cohérent avec le caractère factuel du contrôle de proportionnalité : ni un régime caractérisé par des règles absolues ni un régime flexible et prévoyant un grand nombre d'exceptions ne sauraient être qualifiés a priori de proportionnés ou disproportionnés. Tout dépend des circonstances d'espèce, d'un jugement sur ce qui dans chaque cas concret, d'un point de vue strictement instrumental, se révèle la solution la plus efficace. Les deux types d'approches de règlementation, l'une stricte et l'autre flexible, *peuvent* s'avérer conformes à l'exigence du principe de proportionnalité.

380. Cela signifie aussi que, puisque la Cour ne fournit que des « indications » de caractère empirique, et étant donné aussi que les tribunaux nationaux sont mieux placés pour évaluer les éléments de preuve pertinents, ces indications vont pouvoir être remises en cause par le juge de renvoi. Le fait de parler en termes de potentialités ouvre effectivement la porte à ce que les indications de la Cour perdent de leur valeur. La Cour de justice admet elle-même la relativité de ses constatations dans l'arrêt *Familiapress* :

[493] Voir p.ex. CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c. État néerlandais*, aff. 352/85, *Rec*. p. 02085, para. 35 et s.

[494] Voir p.ex. CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613, para. 44 : « Le caractère disproportionné du refus opposé par les autorités belges à des demandes telles que celle de l'espèce au principal est d'autant plus apparent que, ainsi qu'il ressort du point 12 du présent arrêt et de la question préjudicielle, la pratique litigieuse admet d'ores et déjà des dérogations à l'application du régime belge en matière de transmission du nom de famille dans des situations proches de celle dans laquelle se trouvent les enfants du requérant au principal ». Voir aussi CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*. p. I-07639, para. 34 et 37.

> *[…] il ne ressort pas du dossier que l'interdiction en cause fait obstacle à la commercialisation des journaux qui auraient adopté l'une des mesures évoquées ci-dessus. Si le juge national constatait que tel est néanmoins le cas, elle serait disproportionnée*[495].

381. Et, dans l'arrêt *Gourmet* :

> *Nous estimons qu'une interdiction du type de celle en cause va au-delà de ce qui est nécessaire pour parvenir à l'objectif visé bien que la décision finale doive être laissée à la juridiction nationale susceptible de prendre en compte des facteurs spécifiques à la situation suédoise et dont la Cour n'a pas les mêmes possibilités de prendre connaissance*[496].

382. Même la constatation du but poursuivi par la mesure en cause est une question factuelle, comme nous l'avons vu auparavant, puisque la notion de but s'assimile à celle d'effet. Rappelons-le, la question de l'objectif d'une réglementation se confond avec celle de son intention, puisqu'il suffit d'identifier qu'il y a une relation de causalité entre la mesure en cause et les objectifs invoqués par l'Etat défenseur pour justifier l'entrave à la circulation qu'elle aurait provoquée. Et puisque la question de la détermination de l'objectif poursuivi, question désormais factuelle, se confond avec celle de l'évaluation de l'adéquation de la mesure, c'est également aux juridictions nationales, estime la Cour, qu'appartient son identification[497].

383. Ainsi, les appréciations de la Cour sur la proportionnalité d'une mesure ont une valeur relative, car réduite au cas d'espèce. La nature factuelle du principe de proportionnalité fait éclater la répartition de responsabilités entre la Cour de justice et les juridictions de renvoi, si bien qu'il n'est possible de distinguer par leur différente nature les appréciations de l'une et des autres. Par ce biais, dans l'égalité créée par l'identité des fonctions, les tribunaux nationaux acquièrent un grand pouvoir, puisqu'ils possèdent désormais la faculté de remettre en cause les appréciations réalisées par la Cour dans le

---

[495] CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-368/95, *Rec*. p. I-03689, para. 33.

[496] CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795, para. 48.

[497] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831, para. 41 ; CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Ldª*, aff. C-164/99, *Rec*. p. I-00787, para. 28.

cadre de la proportionnalité[498]. Il semble alors difficile de soutenir que des véritables règles de création jurisprudentielle émergent des jugements de la Cour.

D. La charge de la preuve

384. Il est entendu qu'il incombe à la Cour de se prononcer sur le droit, indépendamment des arguments soulevés par les parties, en vertu du principe *iura novit curia*. En revanche, la preuve des questions de fait incombe exclusivement aux parties impliquées dans le litige. Cette division de principe est en vigueur aussi, nous dit la doctrine, dans l'application du principe de proportionnalité[499].

385. Le contrôle de proportionnalité consistant en des appréciations de type empirique, la question de la preuve devient bien entendu fondamentale. Le fait qu'il appartienne aux parties de prouver leur prétentions à l'égard du caractère adéquat (ou inadéquat) et nécessaire (ou non) de la mesure objet du contrôle constitue une manifestation des plus visibles de la nature empirique du principe de proportionnalité.

386. En effet, en raison du caractère exclusivement factuel de l'appréciation de la proportionnalité, la valeur de toute décision de la CJUE en application de ce principe est inévitablement relative car limitée par les éléments de preuve présentés. Prenons par exemple l'arrêt *Commission/Luxembourg*, affaire C-319/06. La Cour conclut au caractère disproportionné de la mesure litigieuse tout en notant que les autorités luxembourgeoises n'ont pas apporté d'indices qui démontreraient qu'elle était nécessaire afin de poursuivre des intérêts légitimes[500]. En conséquence, si dans une nouvelle affaire un juge était appelé à statuer sur la proportionnalité d'une mesure similaire, voire identique, à celle ayant fait l'objet de cet arrêt, ce juge ne pourrait pas conclure par la négative sans conduire un nouvel examen de proportionnalité et sans offrir aux autorités impliquées par la seconde affaire l'opportunité de présenter les éléments de preuve qu'elles estiment appropriés.

387. Nous ne pouvons donc pas ignorer que toute appréciation de proportionnalité est limitée à ce qui « ressort du dossier soumis à la Cour »[501]. Plutôt que de conclure au

[498] Cela justifie les plaintes de certains auteurs, lesquels signalent le manque d'attention de la doctrine envers l'application du principe de proportionnalité par les tribunaux nationaux. Voir H. van Harten, « Proportionality in Decentralized Action… », préc., p. 218.

[499] A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights.…*, préc., p. 436.

[500] CJCE, 19 juin 2008, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-319/06, *Rec*. p. I-04323, para. 51-55.

[501] Voir p.ex. CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, aff. C-346/06, *Rec.* p. I-01989, para. 42 : « s'agissant de l'objectif de stabilité financière des régimes de sécurité sociale, également invoqué par le gouvernement allemand en soutenant que l'efficacité du régime de sécurité sociale dépend du niveau des salaires des travailleurs, il ne ressort pas du dossier soumis à la Cour qu'une mesure telle que celle en cause au principal serait nécessaire afin d'atteindre l'objectif, dont la Cour a reconnu qu'il ne saurait être exclu

caractère disproportionnée d'une mesure quelconque, la fonction de la Cour est de « *souligner qu'aucune justification visée par le traité n'a été invoquée* » [502] . L'appréciation de la Cour est ainsi limitée aux « invocations » des parties.

388. Cet aspect contribue à relativiser la valeur des « indications » fournies par la Cour de justice aux juridictions nationales, la Cour ne disposant pas habituellement de tous les éléments de preuve pertinents. Elle l'admet explicitement dans l'arrêt *Familiapress* :

> *[…] il ne ressort pas du dossier que l'interdiction en cause fait obstacle à la commercialisation des journaux qui auraient adopté l'une des mesures évoquées ci-dessus. Si le juge national constatait que tel est néanmoins le cas, elle serait disproportionnée*[503].

389. De surcroît, la valeur de la décision en appréciation de la proportionnalité est doublement limitée car elle dépend aussi des *arguments* présentés par l'Etat en question. Le choix de l'objectif prétendument poursuivi par la mesure litigieuse peut être crucial à l'égard de l'issue du litige, mais elle détermine aussi négativement la valeur de la décision en tant que précédent, car limitée à l'objectif allégué.

390. En effet, d'un côté un mauvais choix de motif de la part du gouvernement défendeur peut ruiner toutes les possibilités de sauver la mesure nationale comme proportionnée. Dans l'arrêt *Alpine Investments*, par exemple, il est incontestable que le gouvernement néerlandais fut sage d'alléguer que l'interdiction du *cold calling*, de portée extraterritoriale, visait à « *sauvegarder la réputation des marchés financiers néerlandais* »[504]. Après l'avoir accepté comme légitime, au motif que « *les marchés financiers jouent un rôle important dans le financement des agents économiques et que, eu égard à la nature spéculative et à la complexité des contrats à terme de marchandises, leur bon fonctionnement est dans une large mesure tributaire de la confiance qu'ils inspirent aux investisseurs* »[505], la Cour précise que, « *s'il est vrai que la protection des consommateurs sur le territoire des autres États membres n'incombe pas, en tant que telle, aux autorités néerlandaises, il n'en reste pas moins que la nature et l'étendue de cette protection a une incidence directe sur la bonne réputation des services financiers néerlandais* »[506]. Il faut donc comprendre que l'interdiction du *cold calling* n'aurait pas

---

qu'il puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général, d'éviter un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale ».

[502] Voir aussi CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Ldª*, aff. C-164/99, *Rec*. p. I-00787, para. 34.

[503] CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-368/95, *Rec*. p. I-03689, para. 33.

[504] CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, *Rec*. p. I-01141, para. 41.

[505] *Ibid.*, para. 42.

[506] *Ibid.*, para. 43.

été validée par la CJCE si le gouvernement néerlandais avait pris l'option stratégique de la défendre au nom de la protection des consommateurs, poursuite qui, malgré sa légitimité incontestable, n'« incombait » pas à ses autorités.

391. En revanche, d'un autre côté, le choix de la partie défenderesse limitera la valeur du jugement comme référence dans des cas futurs. En effet, la décision sur la proportionnalité de la mesure incriminée n'est fixée qu'à l'égard des objectifs qui font l'objet de la discussion devant le juge. D'autres justifications qui n'ont pas été soulevées devront faire l'objet d'un nouvel examen si dans une affaire similaire, voire pratiquement identique, l'Etat défendeur juge opportun de présenter une nouvelle ligne argumentative. Comme le dit M. Fallon à propos de l'affaire *Garcia Avello*, cet arrêt :

> *[…] montre quelle peut être la portée limitée d'un arrêt de la Cour de justice, malgré l'autorité qui peut s'attacher à la chose interprétée. Que ce soit dans le cadre d'un arrêt d'interprétation ou d'un recours en manquement, la motivation s'arrête aux justifications – aux moyens de défense – présentées par l'État dont la mesure est en cause. En d'autres termes, l'autorité de l'arrêt Garcia Avello est certaine au regard des objectifs invoqués par l'État belge – la fixité du nom et l'intégration sociale de la personne –, non d'autres objectifs qui pourraient être invoqués dans d'autres affaires*[507].

392. Dès lors, il n'incombe pas à la Cour de justice d'identifier les mesures nationales qui seraient conformes au principe de proportionnalité. Ce sont au contraire les parties défenderesses qui doivent soulever des arguments appropriés, en apportant les éléments de preuve pertinents. Ce sont les parties qui doivent avancer des arguments, alors que la Cour devrait se limiter à s'interroger sur l'efficience des mesures du point de vue des objectifs invoqués[508]. Il incombe aux parties d'indiquer dans leur motivation quel est le but d'intérêt général qui justifierait la mesure, sans que la CJUE ne puisse le présumer[509], de sorte que M. Barak préfère parler ici de « charge de la persuasion » plutôt que « charge de la preuve »[510]. En conséquence, la valeur de toute décision de la CJUE en application du contrôle de proportionnalité est inévitablement relative car limitée par les arguments et les éléments de preuve présentés.

---

[507] M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », préc., p. 59.

[508] M. Kumm, « Democracy is not Enough… », préc., p. 18. L'auteur compare ainsi la pratique de la Cour à la « pratique socratique » : « A court's activity is not focused on the active construction of elaborate theories, but on a considerably more pedestrian form assessing the reasons presented by others, in order to determine their plausibility ».

[509] A. Raclet, *Droit communautaire des affaires…*, préc., p. 445.

[510] A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights…*, préc., p. 447 : « there is no point in distinguishing between the burden of persuasion and the burden of producing evidence ».

E. L'absence d'efforts interprétatifs

393. Nos conclusions précédentes quant au caractère « objectif » et « non-discrétionnaire » que la Cour souhaite imprimer à ses décisions nous rappellent les efforts d'une partie de la doctrine du XIX^{ème} siècle afin d'« objectiver » des notions de droit civil telle que la notion de causalité. Surgit ainsi la doctrine de la « causalité objective », qui se voudrait un reflet fidèle de la notion de causalité des sciences naturelles : l'identification du responsable d'un dommage est une question strictement empirique, qui ne soulève aucun problème d'interprétation. Cette identification serait identique à celle, de type scientifique, consistant à déterminer les forces ayant conduit à un tremblement de terre.

394. Bien entendu, la doctrine a de longue date démontré l'erreur fondamentale de la théorie juridique de la causalité objective[511]. Il est aujourd'hui admis qu'en toute rigueur le juge n'identifie pas la cause d'un dommage mais plutôt se sert de cette notion pour l'imputer à un sujet[512]. La question de la définition de la relation de causalité devient ainsi capitale : plus elle est large, remontant jusqu'aux causes dites « lointaines » (au sens de l'équivalence des causes), plus facilement la victime sera dédommagée ; et à l'inverse plus la définition employée par le juge est stricte, retenant seulement les causes « immédiates » ou « adéquates », plus difficilement une indemnisation sera octroyée[513].

395. De la même manière, le fait pour la Cour d'avoir construit une notion purement technique de la proportionnalité lui permet de présenter ses décisions comme relevant de l'appréciation des faits, même si, en toute rigueur, la Cour de justice n'identifie pas les mesures efficaces mais se sert plutôt de cette notion d'apparence parfaitement objective pour écarter certaines mesures comme contraires au droit communautaire. Ceci se manifeste par l'absence de tout effort d'interprétation ou de définition de la notion de proportionnalité dans les décisions de la Cour. A ses yeux, ce qu'est l'adéquation ou la nécessité semble aller de soi. La prétendue objectivité de ces notions, car strictement techniques, permet à la Cour de se passer de tout effort de définition, voire de la reconnaissance de leur caractère éventuellement controversé. Nous ne pouvons qu'être d'accord avec Mme Georgitisi, lorsqu'elle conclut, dans le domaine du droit constitutionnel, que l'ascension de la proportionnalité se fait « *au détriment […] d'une véritable réflexion sur les problèmes de l'interprétation de la Constitution et de l'identification, classification et résolution des conflits de normes qui peuvent en résulter* »[514].

---

[511] M. Horwitz, *The Transformation of American Law…*, préc., pp. 51-63.

[512] Voir *infra*, n° 654.

[513] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, préc., t. II, p. 127 et s.

[514] E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation »… », préc., p. 584. Voir aussi T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures… », préc., p. 739: « It is a characteristic of the

396. Le contraire saperait justement la supposée empiricité du raisonnement de la Cour. En effet, si la Cour reconnaissait que la définition de ces notions était discutable, elle serait par là obligée de justifier ses choix, ce qu'elle ne pourrait plus faire par des raisonnements strictement techniques. Tomberait ainsi l'apparence d'objectivité dont se réclament essentiellement les normes techniques. Cela explique que les jugements de la Cour paraissent souvent si pauvrement motivés. L'on ne saurait expliquer autrement des décisions comme celle de l'arrêt *Dynamic Medien*, dans lequel la Cour justifie à peine le fait de répondre positivement sur l'adéquation et la nécessité d'un régime restrictif de la commercialisation de vidéogrammes. Sur l'adéquation, elle affirme simplement :

> *Il ne fait aucun doute que l'interdiction de la vente et de la cession par correspondance de vidéogrammes qui n'ont pas fait l'objet, par l'autorité compétente, d'un contrôle ainsi que d'une classification aux fins de la protection des mineurs et qui ne comportent pas d'indication, émanant de cette autorité, de l'âge à partir duquel ils peuvent être vus constitue une mesure de nature à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être*[515].

397. La Cour omet ainsi de clarifier ce qu'elle entend par le test d'adéquation, soit par ce qui constitue une « mesure de nature à protéger l'enfant ». Sur le test de nécessité le raisonnement est tout aussi pauvre :

> *Pour ce qui est de la portée matérielle de l'interdiction en cause, il convient de relever que la loi sur la protection des mineurs ne s'oppose pas à toute forme de commercialisation de vidéogrammes non contrôlés. En effet, il ressort de la décision de renvoi qu'il est loisible d'importer et de vendre aux adultes de tels vidéogrammes par des canaux de distribution impliquant un contact personnel entre le livreur et l'acheteur et permettant ainsi de veiller à ce que les enfants n'aient pas accès à ces vidéogrammes. Eu égard à ces éléments, il apparaît que la réglementation en cause au principal ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par l'État membre concerné*[516].

398. En creusant, nous avons de quoi être surpris. En quoi suffirait-il, pour établir l'absence de mesures alternatives moins restrictives du commerce, de simplement relever qu'existent des « *canaux de distribution impliquant un contact personnel entre le livreur et l'acheteur* » ? La Cour semble ici respectueuse des efforts allemands accomplis en vue

---

proportionality principle, as of all such general principles of law, that they cry out for creative efforts by those charged with rendering second opinions to seek to narrow the principle's band of indeterminacy. Instead, too often tribunals, in the face of scant evidence, fail to make a credible calculation of proportionality, settling for a defensible, but largely undefended, conclusion that a disputed action was, or was not, proportionate. Aware that majorities become harder to build as the judges seek to explain their conclusions, tribunals are tempted to write as if the thing explained itself ».

[515] CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, aff. C-244/06, *Rec*. p. I-00505, para. 47.

[516] *Ibid.*, para. 48.

d'assurer la protection des enfants, mais un test de nécessité beaucoup plus strict serait facilement imaginable. Pourtant, la Cour ne reconnaît pas la possibilité d'une variation dans la notion de nécessité, préférant ne pas dévoiler qu'elle a opéré un choix interprétatif, et gardant ainsi l'image d'un raisonnement purement technique. Elle se borne à relever un certain élément factuel, qu'elle estimera suffisant pour justifier sa décision.

399. Ceci ne signifie pas, bien entendu, que les notions d'adéquation ou de nécessité qu'elle emploie restent stables. Au contraire, une grande variabilité les caractérise dans leur utilisation par la Cour de justice. Parfois, la Cour se contente de constater, comme dans l'arrêt *Dynamic Medien* précité, que la mesure n'impose pas de restrictions absolues : ceci constituerait la preuve suffisante de l'absence de mesures alternatives tout aussi efficaces et moins entravantes à la circulation. D'autres fois, pourtant, la Cour se montre beaucoup moins circonspecte. Dans l'arrêt *CaixaBank*, par exemple, elle suggère que, au lieu d'interdire la rémunération des comptes de dépôts à vue, il serait plus convenable de « *permettre au consommateur d'opter soit pour un compte de dépôts à vue non rémunéré et le maintien de la gratuité de certains services bancaires de base, soit pour un compte de dépôts à vue rémunéré et la faculté pour l'établissement de crédit de faire payer des services bancaires fournis jusqu'alors à titre gratuit, telle l'émission des chèques* »[517]. Nous trouvons ainsi une version du test de nécessité considérablement plus difficile à satisfaire, puisque la Cour se permet elle-même de proposer des mesures alternatives à celle faisant l'objet de son contrôle.

400. Bien évidemment, le caractère plus ou moins restrictif des notions d'adéquation et de nécessité employées conditionne de façon décisive le risque qu'une mesure étatique succombe devant le contrôle de sa proportionnalité. Dépend également de la largesse de ces définitions la marge d'appréciation des Etats membres, puisqu'une notion très stricte du test de nécessité conduit pratiquement à leur enlever toute autonomie dans le choix des moyens les plus adaptés à la poursuite d'un certain objectif. Pourtant, ces considérations ne figurent pas dans le raisonnement de la Cour. Fidèle à une conception technique, elle persiste à entériner l'apparence d'objectivité du contrôle de proportionnalité. Elle se voit ainsi forcée de se refuser toute marge interprétative dans la justification de ses décisions, se bornant à débiter sans plus de précisions que « *les restrictions imposées par les États membres doivent satisfaire aux conditions qui ressortent de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne leur proportionnalité, c'est-à-dire être propres à garantir la*

[517] CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-442/02, *Rec*. p. I-08961, para. 22.

réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif »[518].

401. Somme toute, absent tout effort interprétatif, les jugements de la Cour se présentent comme dérivés directement des faits, sans l'intermédiation d'une règle abstraite et hypothétique. Cet aspect, uni aux points précédents, fait obstacle à ce que les décisions de la Cour jouent un rôle quelconque dans l'appréciation de la proportionnalité et à l'émergence d'une véritable jurisprudence dans ce domaine. Nous le constaterons dans ce qui suit.

§ 2 – Le rôle insignifiant des décisions antérieures dans l'appréciation de la proportionnalité

402. Certains pourraient opposer aux conclusions précédentes l'importance apparemment croissante des décisions antérieures de la Cour de justice. Cette apparence pourrait laisser croire que le juge se fonde sur des règles (de création jurisprudentielle). Nous constaterons pourtant qu'en réalité le rôle de ces décisions dans son raisonnement est insignifiant, si bien que l'application du principe de proportionnalité n'a engendré aucune jurisprudence qui puisse guider l'interprète dans un cas concret (B). Néanmoins, il convient de façon préliminaire de souligner que la jurisprudence, dans des domaines autres que le principe de proportionnalité, possède en tout cas une valeur très faible dans le raisonnement de la Cour (A).

A. Le faible rôle de la jurisprudence dans le raisonnement de la Cour dans des domaines autres que le principe de proportionnalité

403. Il serait à tout le moins hasardeux de conclure, comme certains l'ont fait hâtivement, qu'une règle du respect des précédents est en vigueur en droit communautaire et que la Cour de justice se comporte comme une sorte de cour anglo-saxonne.

404. Rappelons premièrement qu'il n'existe point de règle en droit communautaire de *stare decisis*. Ainsi, la CJUE n'est pas tenue de suivre ses décisions antérieures. Aussi, elle n'est pas obligée non plus de distinguer les circonstances du cas d'espèce de celles d'autres différends déjà tranchés, ni de se justifier lorsqu'elle décide de revenir sur une ligne jurisprudentielle consolidée[519]. De plus, puisque le juge communautaire n'est pas tenu de respecter ses précédents, l'existence d'un jugement antérieur aux circonstances

[518] CJUE, 12 juillet 2012, *HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica et HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd c. Bundesminister für Finanzen*, aff. C-176/11 (à paraître dans le *Rec*.), para. 22.

[519] Voir dans le contexte de la CEDH : A. McHarg, « Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », (1999) 62 *Modern Law Review*, pp. 671-696, p. 673.

similaires à l'affaire d'espèce n'interdit pas aux juges nationaux de poser une nouvelle question préjudicielle.

405. Il semblerait tout de même évident que l'importance des décisions de la CJUE dépasse la résolution du cas d'espèce[520], du moins dans des domaines autres que le principe de proportionnalité. Concernant par exemple l'obligation des juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne de porter devant la Cour de Luxembourg toute question tenant à l'interprétation du droit communautaire, celle-ci a affirmé à plusieurs reprises que même lorsque la « *question soulevée est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue […] les juridictions nationales […] conservent l'entière liberté de saisir la Cour si elles l'estiment opportun* »[521]. L'obligation des juges nationaux est, dans ces circonstances, « *privée de sa cause* » et « *vidée de son contenu* », raison pour laquelle elle devient une simple « liberté ». La notion d'une décision antérieure « matériellement identique » qui « prive de sens » l'obligation d'interposition d'un renvoi préjudiciel dans un cas ultérieur suffit à démontrer que les décisions de la CJUE possèdent une mesure d'efficacité *erga omnes*.

406. En outre, la fonction de la CJUE est de « dire le droit », soit d'harmoniser l'interprétation du droit communautaire. Selon l'article 19 du TUE, elle « *assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* ». Le « dispositif » de ses arrêts commence toujours par l'expression « *LA COUR, statuant sur les questions à elle soumises par [le juge national], dit pour droit…* », et établit après que telle ou telle autre disposition de droit communautaire « *doit être interprétée en ce sens que…* ». Comme le signale M. Boulouis, il n'est pas indifférent que l'expression « dit pour droit… » ait été préférée à celle de « la Cour arrête… »[522]. M. Trabucchi entend que cette formule exprime « *en quelque sorte que la décision ne donne pas une solution entre plusieurs thèses opposées mais pose solennellement un principe juridique* ». [523] Ainsi s'exprime un autre auteur sur cette question :

> *[…] le choix de la formule qui précède le dispositif des arrêts de la Cour, à savoir « la Cour dit pour droit […] », aide à comprendre que la décision n'est pas rendue in concreto, en ce sens qu'elle ne tend pas à résoudre un litige pendant, même si elle doit contribuer à*

[520] A. Trabucchi, « L'effet erga omnes… », préc., p. 56. Voir généralement les arguments de M. Broberg et N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, 2010, p. 441-444.

[521] CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. jointes 28-30/62, *Rec.* p. 00061, p. 75-76 ; CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, aff. 283/81, *Rec.* p. 03415, para. 15.

[522] J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, 1997, 6éme éd., p. 329-30.

[523] A. Trabucchi, « L'effet erga omnes… », préc., pp. 57-58.

> *sa solution concrète, mais a une porté plus générale, abstraction faite de tout rapport avec les parties au litige, et contraignante quant à l'interprétation de la règle soumise à l'examen de la Cour*[524].

407. A ceci s'ajoute la tendance grandissante, constatée par la totalité des auteurs, de la CJUE à se référer dans ses décisions à ses propres décisions précédentes[525]. Prenons un exemple de la jurisprudence sur la libre circulation des marchandises. L'arrêt rendu en 1985 à propos de l'affaire *Cinéthèque* ne fait aucune mention des décisions précédentes de la CJUE, malgré la parenté évidente, entre autres, de l'arrêt *Cassis de Dijon*[526]. En revanche, le texte du jugement récent du cas *Bonnarde*, concernant aussi la circulation des marchandises, est rempli de telles références[527]. Plus généralement, tous les manuels de droit communautaire partagent une fascination pour la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg.

408. L'avis donc le plus partagé semble être que les décisions de la CJUE, malgré l'absence d'une règle de *stare decisis*, possèderaient une grande valeur de persuasion, surtout lorsqu'il existerait une « jurisprudence constante »[528]. Comme le signale M. Bengoetxea :

> *En tant que précédent, une décision de la CJUE n'a pas de caractère obligatoire, elle n'a qu'une valeur d'orientation, ou une autorité de persuasion. […] Une décision précédente sur l'interprétation d'une disposition législative spécifique peut en pratique être considérée ayant force obligatoire, comme une raison provisoire guidant les activités des tribunaux […], mais elle ne constitue point une raison définitive*[529].

409. Il nous semble néanmoins que la discussion sur le principe de *stare decisis* ou sur la valeur persuasive des décisions antérieures dans des espèces analogues est un leurre. Ce qu'il importe est d'examiner concrètement le rôle joué par les références à sa jurisprudence dans le raisonnement de la Cour. Nous allons de nouveau tirer nos exemples principalement de la jurisprudence sur le détachement temporaire intracommunautaire de travailleurs, car elle est souvent citée comme exemple de

[524] S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, 2011, 5ème éd., p. 577.

[525] A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, préc., p. 622 et s.

[526] CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec*. p. 02605.

[527] CJUE, 6 octobre 2011, *Philippe Bonnarde c. Agence de Services et de Paiement*, aff. C-443/10 (à paraître dans le *Rec*.).

[528] J.J. Barceló, « Precedent in European Community Law », préc., p. 429.

[529] J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, préc., p. 69 : « As a precedent the decision of the ECJ has no formal binding authority, it has only *valeur d'orientation*, or persuasive authority. […] A previous decision on the interpretation of a specific legislative provision can in practice be treated as binding, as a prima-facie reason guiding the action of the courts […], but it is not a conclusive reason ».

jurisprudence « riche » et consolidée. Son analyse révèle qu'il ne faut pas exagérer l'importance du rôle joué par les règles jurisprudentielles. Il faut au contraire constater, indépendamment du manque formel d'une règle de *stare decisis*, l'absence d'une véritable culture juridique du précédent, du moins selon la compréhension classique des anglo-saxons de cette règle. En effet, l'utilisation des précédents se caractérise avant tout par une grande banalité et un manque de rigueur.

410. Premièrement, il faut souligner que la Cour de justice a tendance à citer seulement des arrêts précédents lorsqu'ils semblent appuyer le sens de sa décision. En revanche, la Cour ne tente que rarement de distinguer sa décision de celles prises précédemment. Et il est encore plus rare, voire véritablement exceptionnel, que la Cour admette explicitement un revirement de jurisprudence[530].

411. Cet aspect n'est pas d'importance mineure. Il est impossible de considérer que la Cour de justice respecte une certaine règle de *stare decisis* si les références à ses précédents n'apparaissent généralement que lorsqu'elles lui sont favorables. La Cour crée ainsi une image de continuité, dont le caractère illusoire, concernant une jurisprudence dont il est notoire qu'elle est en permanente évolution, saute aux yeux. Les références à ses précédents deviennent ainsi superflues, ou tout simplement d'une grande banalité.

412. Notons dans ce sens que, en ce qui concerne les affaires impliquant les libertés de circulation et le contrôle de proportionnalité, de telles références apparaissent le plus fréquemment avant la discussion sur la proportionnalité, lors de la définition de ce qui constitue une entrave à la circulation, lorsque la Cour affirme le principe du contrôle de proportionnalité, ainsi que lorsque la Cour évalue la légitimité de l'objectif allégué par les autorités nationales[531]. Elles viennent donc à l'appui d'affirmations de principe qui ne font pas véritablement objet du litige. Le principe affirmant que toutes les restrictions à la liberté de circulation ne sauraient être justifiées que si elles sont conformes au principe de proportionnalité n'est jamais véritablement remis en question, et les questions

[530] Les exemples de revirement sont bien connus, tellement ceci est un évènement exceptionnel. Voir CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67, *Rec*. p. 00211 ; CJCE, 17 octobre 1990, *SA CNL-SUCAL NV c. HAG GF AG*, aff. C-10/89, *Rec*. p. I-03711, para. 10 (« Compte tenu des considérations de l'ordonnance de renvoi et des débats devant la Cour en ce qui concerne la pertinence de l'arrêt [HAG I], en vue de la réponse à la question posée par la juridiction nationale, il convient de relever d'emblée que la Cour estime nécessaire de reconsidérer l'interprétation retenue dans cet arrêt à la lumière de la jurisprudence qui s'est établie progressivement dans le domaine des rapports entre la propriété industrielle et commerciale et les règles générales du traité, notamment dans le domaine de la libre circulation des marchandises ») ; et surtout CJCE, 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec*. p. I-06097.

[531] Voir p.ex. CJCE, 21 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec*. p. I-10191, para. 20-1 (débutant par « il est de jurisprudence constante… »), 23-4 et 29.

préjudicielles posées par les juridictions nationales ne concernent pas ce point – c'est néanmoins en son appui qu'apparaissent le plus grand nombre de références à des arrêts précédents.

413. On trouve aussi fréquemment des arrêts dans lesquels les conclusions de la Cour, malgré leur contradiction flagrante avec des solutions données précédemment, n'abordent pas ni même ne reconnaissent cette contradiction. L'arrêt *Laval* en est un bon exemple. Depuis quelques années la Cour avait, semblait-il, abandonné la distinction entre les motifs susceptibles de justifier les mesures discriminatoires et ceux permettant de justifier les mesures non-discriminatoires constitutives d'une entrave à la circulation. A l'origine, les mesures discriminatoires pouvaient seulement être justifiées par un des motifs figurant explicitement dans le Traité (soit, par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique), tandis qu'un nombre indéterminé d'objectifs d'intérêt public étaient susceptibles de justifier les mesures non-discriminatoires. Cette distinction, néanmoins, a progressivement été abandonnée par la Cour. Ainsi, dans l'arrêt de 2003 *Garcia Avello* la mesure en question, malgré le fait qu'elle a été qualifiée de discriminatoire, pouvait légitimement être justifiée par des raisons qui ne figurent pas explicitement dans le Traité – dont des motifs aussi variés que le « *principe de la fixité du nom de famille* », l'intérêt à « *favoriser l'intégration* » des immigrés dans la société belge ou celui tenant à « *prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des intéressés* »[532]. Il semble alors possible de conclure à l'abandon définitif de la distinction, les mesures discriminatoires et non-discriminatoires étant désormais susceptibles d'être justifiées par un nombre indéterminé de motifs d'intérêts général.

414. Pourtant, l'arrêt *Laval* du 18 décembre 2007 nous surprend en réintroduisant la distinction[533]. Les mesures discriminatoires, nous rappelle la Cour, ne sauraient être justifiées que par des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (ce qui rend, bien évidemment, la justification des mesures litigieuses considérablement plus difficile). Elle le déclare en donnant l'impression de n'avoir jamais abandonné la distinction, ce qui est évidemment faux. Aucun des arrêts où la distinction avait disparu n'est mentionné. En revanche, la Cour cite un arrêt où la distinction avait été appliquée[534], ce qui contribue à l'image (illusoire) de parfaite continuité. Le retour en arrière de la Cour est d'autant plus surprenant que la légitimité du motif allégué en

[532] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613, para. 40 et s. La Cour accepte ici la légitimité de motifs aussi variés que le « principe de la fixité du nom de famille », l'intérêt à « favoriser l'intégration » des immigrés dans la société belge ou celui tenant à « prévenir les risques de confusion sur l'identité ou la filiation des intéressés ».

[533] M. Fallon, « Le détachement européen des travailleurs… », préc., p. 797.

[534] CJCE, 18 juillet 2007, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-490/04, *Rec*. p. I-06095, para. 86.

l'espèce, la protection des travailleurs, semblait incontestable, tellement sa place était consolidée dans la jurisprudence communautaire sur le détachement de travailleurs[535].

415. Nous ne prétendons pas entreprendre ici une analyse de l'arrêt *Laval*. Ce qui importe est de souligner que la contradiction entre cet arrêt et les arrêts qui précèdent n'est pas reconnue par la Cour et ne fait donc pas l'objet d'un débat. Dans le même paragraphe, pourtant, la Cour fait référence à un autre arrêt allant dans le sens de sa décision. L'utilisation des précédents dans la jurisprudence de la CJUE paraît ainsi foncièrement opportuniste, de sorte qu'elle fait tout simplement figure de recours rhétorique.

416. Certes, aujourd'hui la référence à des arrêts précédents est chose commune. On est déjà loin de l'époque où la Cour s'interdisait, à la manière française, toute mention de sa propre jurisprudence[536]. Ce n'est toutefois pas pour autant que l'on peut identifier une véritable règle de *stare decisis* dans l'ordre juridique communautaire. Au contraire, la manière opportuniste et superflue dont les précédents sont utilisés est radicalement incompatible avec la règle de *stare decisis*. Nous ne sommes donc pas surpris du fait que la doctrine britannique se plaint souvent de l'utilisation que fait la Cour des précédents, radicalement différente de celle qu'en font les tribunaux d'un système de *common law*[537]. En effet, le sens du terme « précédent » n'est pas le même dans le droit communautaire que dans un système de *common law*[538]. M. Arnull, par exemple, a montré de façon convaincante que la Cour a tendance à citer des précédents seulement lorsqu'ils vont en faveur de sa décision, que les revirements sont très rarement explicites, qu'il est souvent très difficile de déterminer si la Cour distingue ou revire, et que souvent les précédents sont cités erronément[539]. Comme conclut cet auteur, « *la différence principale entre la Cour de Justice et les tribunaux de common law n'est pas […] l'absence d'une règle de*

[535] Ceci est d'autant plus surprenant au regard de la déclaration suivante de la Cour, que l'on trouve quelques paragraphes avant (!) qu'elle déclare que l'objectif de la protection des travailleurs ne saurait pas justifier la mesure litigieuse : « La Communauté ayant dès lors non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, ainsi qu'il ressort de l'article 136 CE, notamment, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social » (*Laval*, para. 105).

[536] Dans la décision *Conegate* CJCE, 11 mars 1986, *Conegate Limited c. HM Customs & Excise*, aff. 121/85, *Rec*. p. 01007), par exemple, adoptée 7 ans après *Henn et Darby* (CJCE, 14 décembre 1979, *Regina c. Maurice Donald Henn et John Frederick Ernest Darby*, aff. 34/79, *Rec*. p. 03795), la Cour ne fait aucune mention de celle-ci, malgré les similitudes évidentes et le fait que la question préjudicielle interposée par une juridiction britannique y faisait expressément référence.

[537] G. Davies, « Abstractness and concreteness… », préc., pp. 234-236.

[538] J.J. Barceló, « Precedent in European Community Law », préc., p. 415.

[539] A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, préc., p. 622 et s.

stare decisis, mais plutôt la manière dont la Cour analyse ses décisions précédentes »[540]. Dit plus simplement, comme l'observe M. Davies, pour le juriste de *common law*, la véritable question est la « *qualité de la décision* », aspect pour lequel, de l'avis des britanniques, les décisions de la CJUE laissent à désirer[541]. Ce constat semble par ailleurs aller à l'encontre de l'image, parfois répandue en France, d'une Cour de justice embrassant une conception anglo-saxonne de la fonction judiciaire[542].

417. Nous allons en outre constater que, lorsqu'il s'agit de l'application du principe de proportionnalité, le rôle de la jurisprudence est encore plus insignifiant en raison de la nature technique de ce principe.

B. Le rôle insignifiant de la jurisprudence dans l'appréciation de la proportionnalité

418. Jusqu'ici, nous avons simplement souligné que la place qu'occupent les références à sa jurisprudence dans le raisonnement de la CJUE est extrêmement limitée, en raison principalement de l'utilisation purement rhétorique, banale ou opportuniste qu'en fait la Cour. Or, dans l'application du principe de proportionnalité le rôle de la jurisprudence n'est pas seulement faible en raison de l'absence d'une véritable « culture des précédents » : le caractère technique du principe de proportionnalité fait obstacle au développement de toute jurisprudence.

419. Prenons un exemple, de nouveau de la jurisprudence sur le détachement de travailleurs, mais cette fois-ci au stade de l'appréciation de la proportionnalité des mesures litigieuses, où les références à des arrêts précédents est plus rare.

420. Dans l'affaire *Commission/Allemagne*, concernant certaines exigences applicables à des travailleurs ressortissants d'États tiers détachés par un prestataire de services établi dans un autre État membre, la Cour fait la référence suivante à une décision précédente lorsqu'elle aborde la proportionnalité des mesures allemandes :

---

[540] A. Arnull, « Owning Up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice », (1993) 30 *Common Market Law Review*, pp. 247-266, p. 252 : « The main difference between the Court of Justice and common law courts in this respect lies […] not in the absence of a doctrine of binding precedent, but in the way in which the Court deals with its previous decisions in its judgments ».

[541] G. Davies, « Abstractness and concreteness… », préc., p. 253. Voir également J.J. Barceló, « Precedent in European Community Law », in N. MacCormick et R. Summers (éds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate-Dartmouth, 1997, pp. 407-436, p. 416.

[542] En ce qui concerne la jurisprudence appliquant le principe de proportionnalité, il est possible que la croyance au caractère anglo-saxon de la Cour de justice soit due aux difficultés à identifier la « règle » sur laquelle se serait fondée la Cour. Cette intuition nous semble erronée : la casuistique propre au *common law* est incompréhensible en absence d'une *ratio decidendi* facilement identifiable. Par ailleurs, les britanniques ne s'identifient pas du tout à la forme de raisonnement de la Cour, et expliquent leur distance en notant qu'elle aurait été conçue à l'image du Conseil d'État : A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, préc., p. 622 et s. Cette question est abordée en plus grand détail *infra*, Partie II, Titre I, Chapitre 2.

> *[…] l'exigence de la part du prestataire de services d'une simple déclaration préalable attestant que les travailleurs concernés sont en situation régulière, notamment au regard des conditions de résidence, d'autorisation de travail et de couverture sociale, dans l'État membre où cette entreprise les emploie, offrirait aux autorités nationales, de manière moins restrictive et aussi efficace que le contrôle préalable au détachement, des garanties quant à la régularité de la situation de ces travailleurs et au fait que ceux-ci exercent leur activité principale dans l'État membre où est établie l'entreprise prestataire de services (voir, en ce sens, arrêt Commission/Luxembourg, précité, point 46)*[543].

421. Dans le paragraphe de l'arrêt *Commission/Luxembourg* auquel il est fait référence, concernant également des travailleurs détachés ressortissants d'Etats tiers, la Cour avait signalé ce qui suit :

> *[…] l'obligation faite à une entreprise prestataire de services de fournir aux autorités locales les indications attestant que les travailleurs concernés sont en situation régulière, notamment en termes de résidence, d'autorisation de travail et de couverture sociale, dans l'État membre où cette entreprise les emploie, offrirait auxdites autorités, de manière moins restrictive et aussi efficace que les exigences en cause, des garanties quant à la régularité de la situation de ces travailleurs et au fait que ceux-ci exercent leur activité principale dans l'État membre où est établie l'entreprise prestataire de services*[544].

422. Malgré la similitude apparente des deux paragraphes, il y a des éléments très importants de distinction qu'il faut souligner. Il faut tout d'abord mettre en relief que les « exigences en cause » de l'affaire *Commission/Luxembourg* n'étaient pas les mêmes que dans l'affaire *Commission/Allemagne* (le contrôle préalable au détachement de la régularité de la situation des travailleurs détachés), mais plutôt « *l'exigence, dans le cas d'une demande d'autorisation de travail collective, de contrats de travail à durée indéterminée liant les travailleurs concernés à leur entreprise d'origine depuis au moins six mois* »[545]. La CJUE examinait donc un *instrument* différent. Deuxièmement, il faut également prendre en compte le différent objectif allégué : tandis que dans le cas luxembourgeois le but consistait à « *s'assurer du retour des travailleurs dans l'État membre d'origine au terme de leur détachement* »[546], dans le cas allemand le gouvernement invoquait « *la nécessité de vérifier si un prestataire de services établi dans un État membre autre que la République fédérale d'Allemagne ne se sert pas de la liberté de prestation des services dans un but autre que celui pour lequel elle a été instituée, par exemple celui de faire venir son personnel aux fins de placement sur le marché national*

[543] CJCE, 19 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-244/04, *Rec*. p. I-00885, para. 41.

[544] CJCE, 21 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec*. p. I-10191, para. 46.

[545] *Ibid.*, para. 44.

[546] *Ibid.*, para. 45.

de l'emploi »[547]. Ainsi, non seulement l'instrument était différent : c'est aussi l'objectif qui change.

423. Quelle peut donc être la valeur de la référence au contrôle de proportionnalité exercé dans le précédent *Commission/Luxembourg*, alors que ni l'objectif ni la mesure n'étaient les mêmes ? Incontestablement, très limitée, voire inexistante. Les seuls points en commun sont en réalité le *champ* dans lequel s'inscrivent les décisions (la règlementation applicable au détachement de travailleurs ressortissants d'États tiers) et le *résultat* ultime du contrôle : dans les deux affaires, la Cour a estimé que les Etats défendeurs disposaient d'autres mesures aussi efficaces mais moins restrictives de la libre prestation de services. Or, aucun de ces deux conclusions ne peut être invoquée en tant que précédent. Le fait que le domaine soit le même ne constitue pas une raison, même des plus faibles, pour trancher le litige de *Commission/Allemagne* dans le même sens que la décision précédente. Seul compte assurément le fait que l'objectif soit le même et que la mesure prise pour le poursuivre soit identique ou presque. Ce n'est pourtant pas le cas. Le lien entre les deux affaires a plutôt pour but de donner l'impression que, dans ce domaine, la Cour a tendance à être stricte dans l'appréciation de la nécessité.

424. Notre analyse, serait-elle différente si la Cour avait fait montre d'une plus grande rigueur dans la comparaison entre les deux arrêts ? La réponse nous semble devoir être négative. En effet, même si le but invoqué au soutien de la mesure examinée avait été le même dans les deux cas, le premier arrêt n'aura pas contribué à préciser le « contenu » du principe de proportionnalité, qui demeure une analyse de l'efficience. Ainsi, même si la Cour avait dû examiner deux mesures exactement identiques à l'aune du même objectif et qu'elle était parvenue à deux conclusions exactement opposées, cela ne se serait pas traduit en une « évolution » ou un revirement de jurisprudence, tant que le principe d'un contrôle de la proportionnalité des mesures demeurera. Aussi semblerait-il qu'il n'y a jamais de revirements, que l'on assiste à une parfaite continuité. M. Van Drooghenbroeck a eu raison d'insister sur ce point, dans son analyse de la proportionnalité dans la jurisprudence de la CEDH. Il considère que la proportionnalité exclut la figure des revirements jurisprudentiels. A propos d'un changement de tendance qu'il observe dans la jurisprudence de la CEDH en application du principe de proportionnalité, changement qui n'avait point pourtant été reflété dans la décision de la Cour strasbourgeoise, l'auteur fait les remarques suivantes :

> *L'important est cependant d'apercevoir que cette « nouvelle tendance » n'a pas été traduite par une modification normative des principes gouvernant la matière, ni de leur méthode « multi-critères » de concrétisation. Juridiquement, le raisonnement de l'arrêt Nasri, dernier arrêt de « l'ancienne tendance », demeure identique au raisonnement de*

[547] CJCE, 19 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-244/04, *Rec*. p. I-00885, para. 39.

> *l'arrêt Boughanemi, premier arrêt de la « nouvelle tendance ». En d'autres termes, le changement d'attitude de la Cour, observable sur le plan des faits, ne fut pas traduit par un quelconque « revirement de jurisprudence » ; seul le poids des intérêts en cause a, semble-t-il, changé dans l'esprit du juge européen*[548].

425. On comprend la frustration de M. Van Drooghenbroeck. Bien que l'on soupçonne la CEDH d'avoir changé son aprréciation, ce changement n'apparaît pas dans son raisonnement. Les deux décisions apparaissent comme deux applications identiques de la proportionnalité. Le revirement de l'arrêt *Boughanemi* est seulement « observable sur le plan des faits ».

426. La conclusion de M. Van Drooghenbroeck à propos de la jurisprudence de la CEDH est tout aussi applicable à l'objet de notre étude. Puisque la CJUE présente ses appréciations sur la proportionnalité des mesures nationales comme des constatations purement factuelles, ses décisions ne refléteront jamais ses changements d'avis sur le plan normatif. Aucune règle ne s'interposant entre les faits et ses décisions, le revirement est tout simplement inconcevable. Une caricature est souvent faite, particulièrement dans les cercles de la doctrine française, des décisions judiciaires anglo-saxonnes, en signalant qu'il est impossible de trouver la règle de droit servant de fondement au jugement, se trouvant dissoute dans la multitude de circonstances de fait citées par le juge, sans que l'on puisse savoir lesquelles ont été jugés pertinentes. La « factualité » que l'on retrouve dans cette image n'est pas pourtant la même que nous sommes en train d'identifier dans la jurisprudence de la Cour de justice, où l'« *hypertrophie du fait* »[549] dérive de la nature technique du principe de proportionnalité. Ainsi, l'on ne peut que souscrire aux conclusions de M. Van Drooghenbroeck, lorsqu'il signale que la proportionnalité « *conduit à un véritable anéantissement du temps juridique* ». La proportionnalité ne conduit pas au développement de la jurisprudence mais tout au contraire :

> *Les principes qui la gouvernent […] sont à ce point abstraits et peu engageants qu'il (sic) peuvent, sans entraver l'évolution « non officielle » de la politique jurisprudentielle, demeurer éternels. Les décisions sur lesquelles débouche la balance sont quant à elles à ce point contextualisées, qu'elles n'entravent pas non plus cette évolution ni ne l'engagent, pour l'avenir, dans un sens ou dans un autre : elles sont autant d'instants juxtaposés entre lesquels n'existe, juridiquement, aucun lien*[550].

---

[548] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit…*, préc., nº 417.

[549] S. Rials, *Le juge administratif français…*, préc., p. 235 et s.

[550] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit…*, préc., nº 418. Il faut signaler que cet auteur conclut, après une analyse de la jurisprudence de la CEDH, que la proportionnalité est une méthode consistant essentiellement en une mise en balance d'intérêts. Nous sommes en désaccord sur ce point, du moins en ce qui concerne la jurisprudence communautaire, car dans le domaine de notre recherche le principe de proportionnalité, raisonnement de type essentiellement factuel, se distingue très nettement de la méthode de la mise en balance d'intérêts (voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2). Néanmoins, il demeure

427. Pas conséquent, nous ne sommes pas d'accord avec les auteurs tels que M. Alexy ou M. Franck, cités ci-dessus, pour qui l'intervention de la jurisprudence conduit progressivement à préciser le contenu de la proportionnalité et à renforcer la prévisibilité. Certes, l'évolution de la jurisprudence communautaire a contribué à préciser le sens du principe de proportionnalité en le transformant, comme nous l'avions montré dans le Titre précédent, en une évaluation coûts-bénéfices. Or, cette évaluation relevant de l'appréciation des faits, le juge communautaire ne trouvera pas d'appui dans sa jurisprudence pour trancher le cas d'espèce. Il faudrait plutôt conclure avec M. Davies de la manière suivante :

> *Les principes abstraits développés par la Cour dans ce domaine sont véritablement très simples, pouvant être résumés en quelques paragraphes. Or, le corpus considérable et grandissant de jurisprudence concerne principalement les applications sans fin de ces principes, la résolution d'un torrent incessant d'affaires formellement similaires*[551].

428. Il est significatif dans ce sens que la majorité des cas que nous avons examinés jusqu'ici sont tirés de la jurisprudence en matière de détachement de travailleurs et de jeux de hasard, deux domaines ayant fait l'objet de décisions de la Cour de justice de très longue date[552]. Dans un tel domaine, on s'attendrait donc à ce que, comme le prévoyait M. Alexy, le développement de la jurisprudence ait produit un régime relativement plus détaillé qui aurait progressivement rendu superflu le recours au contrôle de proportionnalité. La réalité le dément néanmoins. Le principe de proportionnalité étant une norme de nature technique, son appréciation par la Cour se limite à fournir aux juridictions nationales des « indications », par essence réfutables et de portée limitée.

429. Nous ne prétendons pas nier l'évidence que d'une décision quelconque, dont notamment une décision rendue sur le fondement de la proportionnalité, un interprète ultérieur peut potentiellement extraire une règle, et donc l'appliquer déductivement comme un précédent ou une disposition générale d'une origine quelconque[553]. Ainsi, la violation exceptionnelle d'un texte législatif peut donner lieu ultérieurement à une

---

que son argument sur « l'anéantissement du temps juridique » est parfaitement transposable à l'objet de notre étude.

[551] G. Davies, « Abstractness and concreteness… », préc., p. 218 : « The abstract principles developed by the Court in this area are really quite simple, and could be summed up in a few paragraphs, but the considerable and growing body of case-law is mainly concerned with endless specific applications of these principles, with the deciding of a repetitive stream of formally similar cases ».

[552] Voir p.ex. CJCE, 17 décembre 1981, *Procédure pénale c. Alfred John Webb*, aff. 279/80, *Rec*. p. 03305 ; CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-01039.

[553] Le législateur communautaire, par exemple, a « codifié » la jurisprudence en matière de détachement temporaire de travailleurs : voir *infra*, nº 559 et s.

théorisation pour l'encadrer dans une règle alternative[554]. En outre, il ne s'agit même pas d'une qualité propre aux jugements. Un simple acte non-motivé pourrait être interprété de la sorte : il suffit de penser à la coutume, cristallisée à partir d'un usage né de la répétition[555]. Il demeure néanmoins que, dans le raisonnement de la Cour, en raison de la nature technique qu'elle octroie au principe de proportionnalité, le rôle de la jurisprudence devient insignifiant.

430. En conclusion, comme le disent MM. Ost et van de Kerchove, lorsque le juge se sert de la proportionnalité, il ne disposera « *plus guère du fil conducteur du texte écrit ainsi que du secours des méthodes traditionnelles d'interprétation : entre le principe très général dont il a la garde et le cas, toujours très particulier, les médiations lui font défaut* »[556]. Se confirme ainsi le paradoxe mis en exergue par ces deux auteurs : plus le rôle du juge est renforcé par l'émergence des figures telles que la proportionnalité qui lui octroie un grand pouvoir, plus son rôle créateur est cantonné à la résolution des cas particuliers :

> *[…] on peut se demander si l'affranchissement réel qu'on peut […] reconnaître [au juge] par rapport à la loi n'est pas singulièrement compensé par une contribution moindre à la création du droit et par une dépendance renforcée par rapport aux normes techniques et à leurs interprètes autorisés, que sont les experts. Bien que l'on associe souvent le renforcement de l'Etat de droit à la possibilité d'intervention ultime d'un juge pour assurer le respect de la règle de droit, encore faut-il s'assurer, dans chaque cas de figure, que telle est bien encore la fonction qui lui est attribuée*[557].

431. En définitive, le raisonnement que conduit la CJUE sous la bannière du principe de proportionnalité ne cède pas progressivement sa place à l'application de règles jurisprudentielles. Cet argument, soutenu par Robert Alexy et d'autres auteurs, est le résultat d'une pure abstraction qui ignore l'activité réelle des tribunaux. L'activité réelle de la Cour de justice montre au contraire que la proportionnalité a tendance à se renforcer soi-même, puisque son emploi empêche largement à ce que le juge communautaire puisse élaborer des véritables règles jurisprudentielles. La proportionnalité octroie certes un grand pouvoir au juge, mais elle sape le rôle de la jurisprudence comme source de règles de droit.

---

[554] F. Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 673-678, p. 674 : l'exception qui naît « de la violation d'un texte qui n'en prévoit pas » peut, en cas de répétition, « donner lieu soit à une intégration de l'exception dans la règle sous la forme d'une alternative ou d'une dérogation, soit à une théorisation prétorienne et/ou doctrinale ».

[555] L. Assier-Andrieu, « Coutume et usage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 317-326.

[556] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, préc., p. 433.

[557] *Ibid.*, p. 105.

CHAPITRE 2. L'IMPOSSIBILITE DE CONCEVOIR LES LIBERTES DE CIRCULATION COMME DES REGLES ABSTRAITES

432. La constatation de l'incompatibilité du principe de proportionnalité avec un raisonnement de type syllogistique emporte des conséquences profondes quant à la qualification formelle des libertés de circulation ainsi qu'à leur application. Nous verrons premièrement que le principe de proportionnalité est exclusif d'une conception que l'on qualifiera de légaliste ou formelle de la sécurité juridique, laquelle est indissociable d'un raisonnement syllogistique et de l'existence de règles abstraites (Section 1). Ensuite, nous constaterons que le principe de proportionnalité rend également inutile la dogmatique du droit des conflits de lois, exemple illustratif des difficultés à concilier les analyses juridiques traditionnelles avec l'effet radicalement transformateur du principe de proportionnalité (Section 2). Enfin, nous analyserons les quelques rares cas de figure où la Cour n'applique pas le principe de proportionnalité en ayant recours à la notion de contenu essentiel des libertés de circulation : dans ces cas, il est possible de les associer à une conception légaliste de la sécurité juridique ainsi que de les identifier à des véritables règles de conflit, de sorte que ces rares hypothèses constituent l'exception qui confirme la règle (Section 3).

SECTION 1. L'exclusion d'une conception légaliste de la sécurité juridique

433. Le principe de proportionnalité s'avère incompatible avec un principe de sécurité juridique de type *légaliste* dans ses deux manifestations possibles : d'un point de vue formel, le principe de proportionnalité ne permet pas de concevoir les libertés de circulation comme des règles abstraites à partir desquelles peuvent émerger des véritables droits subjectifs définissables avec un minimum de précision avant leur application concrète (§ 1). Or, le principe de proportionnalité est également inapte à favoriser cette notion de sécurité juridique en tant que principe *substantiel*, c'est-à-dire en tant qu'intérêt à protéger [558]. Bien que la Cour prétende réguler la prévisibilité offerte par les réglementations étatiques, cet effort est inévitablement voué à l'échec (§ 2).

§ 1 – L'incompatibilité du principe de proportionnalité avec la notion de droit subjectif

434. Il est relativement commun de décrire les libertés de circulation comme des droits subjectifs, lesquels s'imposeraient aux droits des Etats membres en vertu d'un principe hiérarchique[559]. M. Fallon, par exemple, parle à cet égard d'un « *droit subjectif à la*

[558] C. Schmitt, *Théologie politique* (trad. fr. par J.-L. Schlegel), Paris : Gallimard, 1988, p. 37, où l'auteur évoque « la forme au sens substantiel ».

[559] C. Barnard et S. Deakin, « Negative and Positive Harmonization of Labor Law in the European Union », (2002) 8 *Columbia Journal of European Law*, pp. 389-413, p. 390.

*circula*tion »[560]. Cela est pourtant sans compter sur l'impact du principe de proportionnalité, qui y fait radicalement obstacle, d'un point de vue formel (B). Néanmoins, il convient de manière préliminaire d'identifier les présupposés théoriques formels dont dépend le succès des interprétations visées (A).

A. Précisions sur la notion de droit subjectif et son rapport avec une conception légaliste de la sécurité juridique

435. Les positions doctrinales qui assimilent les libertés de circulation à des véritables droits subjectifs partagent un certain nombre de présupposés théoriques de type *formel* – c'est-à-dire, concernant la forme des normes contenues dans les libertés de circulation (par opposition à leur contenu). Ces présupposés sont liés à une conception kelsenienne du droit (*lato sensu*), notamment à deux éléments que nous illustrerons par la suite : tout d'abord, le rejet de la séparation entre le droit objectif et le droit subjectif, ce dernier étant une simple projection du premier ; ensuite, la notion de droit subjectif présupposerait une conception légaliste de la sécurité juridique, en vertu de laquelle l'existence des droits subjectifs pourrait être déduite *a priori* des termes clairs de la loi. Ces deux aspects sont étroitement liés.

436. Par rapport au premier aspect, la notion de « droit subjectif », définie par la doctrine habituellement comme « prérogative individuelle »[561], est réduite à une simple émanation du droit objectif, un « effet-réflexe » de celui-ci. Dans sa *Théorie pure du droit*, Kelsen rejette le « *dualisme du droit au sens objectif et du droit au sens subjectif* »[562]. Qu'un particulier soit titulaire d'un droit subjectif n'exprime que la possibilité pour cet individu de se prévaloir d'une certaine règle, ou même simplement « *qu'une norme fait d'une conduite déterminée de cet individu la condition de certaines conséquences* ». En effet, explique Kelsen :

> *[…] cette donnée que l'on désigne du nom de « droit » ou « droit subjectif » ou « prétention », d'un individu n'est rien d'autre que l'obligation de l'autre ou des autres. On s'exprime ainsi comme si ce droit ou cette prétention de l'un était quelque chose de différent de l'obligation de l'autre ou des autres ; et l'on crée ainsi l'apparence qu'il s'agit de deux données juridiquement relevantes distinctes l'une de l'autre, alors qu'en réalité il ne s'agit que d'une seule donnée*[563].

---

[560] M. Fallon, note sur l'arrêt *Arblade*, *Revue critique de droit international privé*, 2000, pp. 728-737, p. 733.

[561] J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1990, 3ème éd., p. 122 : « Sans doute, est-il admis que l'idée de droit subjectif correspond à celle de prerogatives individuelles de l'homme (le sujet) ».

[562] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 253.

[563] *Ibid.*, pp. 172-173.

437. Dès lors, conclut-il, la notion de droit subjectif « *est parfaitement superflue du point de vue d'une description scientifiquement exacte* » de la réalité juridique[564]. L'octroi des droits subjectifs devient ainsi une simple technique dont le législateur peut se servir pour garantir l'application des lois. Ainsi :

> *L'essence du droit subjectif au sens spécifique et technique – cette figure caractéristique du droit privé – consiste donc en ceci que l'ordre juridique confère le pouvoir juridique de faire valoir, par voie d'action en justice, l'inexécution d'une obligation juridique, c'est-à-dire de mettre en mouvement la procédure qui conduira à une décision de justice prononçant une sanction concrète en réaction à la violation de l'obligation, non pas à un individu qui ait qualité d'« organe » de la collectivité, mais à un individu que la doctrine traditionnelle qualifie de « personne privée », et qui est normalement celui à l'égard duquel un autre individu était obligé à une certaine conduite*[565].

438. Par rapport au deuxième aspect, il faut convenir qu'une telle notion de droit subjectif n'est possible que si l'on peut définir leur contenu avec un minimum de précision d'avance, soit avant leur application par le juge à un cas concret. Comme le dit Celestino Pardo, « *le postulat essentiel du droit subjectif est l'existence d'un lien d'obligatoriété que l'on peut anticiper, ce qui implique un concept strict de devoir* »[566]. Et il ajoute : « *le droit subjectif est quelque chose de plus qu'un pouvoir provenant de la volonté orienté à la défense des intérêts propres : c'est un pouvoir abstrait qui fonde des prétentions précises et concrètes, donc définissables d'avance* »[567]. D'où le lien indispensable entre la notion de droit subjectif et une notion *formelle* ou légaliste de sécurité juridique, c'est-à-dire la capacité à prévoir à l'avance l'application concrète de la loi.

439. Afin d'illustrer davantage la signification de cette conception de la sécurité juridique, prenons l'exemple de l'arrêt *Owusu*, à propos de l'interprétation du Règlement Bruxelles I[568]. Parmi toutes les questions posées à la CJUE par renvoi préjudiciel, celle qui nous intéresse ici concernait l'application de la théorie du *forum non conveniens*, d'origine anglo-américaine. Cette théorie permet au juge de décliner sa compétence au motif qu'une autre juridiction, également compétente, serait naturellement un for plus

[564] *Ibid.*

[565] *Ibid.*, p. 184.

[566] C. Pardo, « Reivindicación del Concepto de Derecho Subjetivo », préc., nº 7.2 : « Es presupuesto esencial del derecho subjetivo la existencia de una vinculación previsible de antemano, lo que implica un concepto estricto de deber ».

[567] *Ibid.*, nº 8.2 : « El derecho subjetivo es algo más que un poder de la voluntad orientado a la defensa del propio interés: es un poder abstracto que fundamenta pretensiones precisas y concretas, es decir, definibles por anticipado ».

[568] Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial.

approprié pour connaître d'un litige donné. Il s'agit donc d'une exception qui octroie une certaine marge de discrétion au juge. Cette exception n'étant pas prévue dans le Règlement Bruxelles I, la juridiction de renvoi demandait si elle était pourtant bannie. La Cour répond affirmativement, se fondant en grande partie sur l'impératif du principe de sécurité juridique :

> *[…] l'application de la théorie du forum non conveniens, qui laisse une large marge d'appréciation au juge saisi quant à la question de savoir si un for étranger serait plus approprié pour trancher le fond d'un litige, est de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence posées par la convention de Bruxelles, […] et, par voie de conséquence, le principe de sécurité juridique en tant que fondement de cette convention*[569].

440. On voit donc que la sécurité juridique, selon cette conception, consiste essentiellement à rejeter les règles ou exceptions qui, en raison de leur caractère excessivement vague ou du fait d'être dépourvues d'un fondement textuel explicite, laissent une trop grande place à la discrétion judiciaire. La Cour suit ainsi l'avis de l'Avocat général Léger, qui dans ses conclusions rendues à propos de cette affaire a souligné de manière claire l'incompatibilité d'un pouvoir discrétionnaire exercé par le juge avec le principe de sécurité juridique :

> *[…] en donnant la possibilité au juge saisi de renoncer* – de manière purement discrétionnaire – *à exercer la compétence qu'il tire d'une règle posée par la convention, […] la théorie du forum non conveniens affecte sérieusement la prévisibilité des règles de compétence posées par la convention. […] cette prévisibilité des règles de compétence est seule à même de garantir le respect du principe de sécurité juridique et d'assurer le renforcement de la protection juridique des personnes établies dans la Communauté, conformément aux objectifs poursuivis par la convention*[570].

441. Ainsi, la sécurité juridique exige tout simplement des règles sûres à partir desquelles leurs destinataires pourront former des attentes légitimes et adapter leurs conduites. Sans un tel présupposé, la notion de droit subjectif est inconcevable. Batiffol a pu écrire :

> *La sécurité prise comme but, et non plus comme moyen, va au-delà. Il s'agit essentiellement de l'aspiration à un système de règles pourvu du caractère de certitude : alors, et alors seulement, chacun pourra prévoir les conséquences de ses actes, donc savoir ce qu'il peut ou doit faire ou ne pas faire ; et d'autre part chacun pourra prévoir les réactions d'autrui à ses propres initiatives, ce qui est indispensable à l'action concertée, trame de la vie en société, parce que génératrice des liens qui la constituent. La sécurité*

[569] CJCE, 1er mars 2005, *Andrew Owusu c. N. B. Jackson, agissant sous le nom commercial "Villa Holidays Bal-Inn Villas" et autres*, aff. C-281/02, *Rec.* p. I-01383, para. 41.

[570] *Ibid.*, concl. AG Léger, para. 263. En l'occurrence, l'invocation de la protection du défendeur n'a pas vraiment de sens car il a lui-même soulevé l'exception de *forum non conveniens*.

> *assure donc et les moyens de la liberté, considérée dans le choix des voies d'action efficace, et les intérêts collectifs consistant essentiellement dans le développement des relations en lesquelles s'incarnent l'existence de la société et ses effets bénéfiques. Elle ne s'identifie nullement à un conservatisme statique de droits acquis*[571].

442. En résumé : la conception du droit que l'on peut associer à la pensée de Kelsen présuppose le rejet du dualisme séparant le droit objectif du droit subjectif, ainsi qu'une notion de sécurité juridique qui équivaut à la prévisibilité dans l'application de la loi. Nous verrons pourtant que l'intervention du principe de proportionnalité est incompatible avec ces deux aspects.

B. L'impossibilité de concevoir les libertés de circulation comme des droits subjectifs

443. Est-il possible de qualifier les libertés de circulation de règles dont émaneraient des droits subjectifs comme « effet-réflexe » ? Suivant la conception que nous venons de présenter, ces droits subjectifs serviraient à garantir le respect des obligations contenues dans les libertés de circulation[572]. Ainsi, comme il apparaît dans les conclusions de l'Avocate générale Trstenjak, la libre circulation comme « droit subjectif » ne serait que le revers des obligations contenues dans le « droit objectif » communautaire :

> *La jurisprudence de la Cour a reconnu que des droits individuels pouvaient découler des dispositions de droit primaire relatives aux libertés fondamentales. Les libertés fondamentales ne donnent pas uniquement naissance à un droit objectif, mais reconnaissent également aux particuliers le pouvoir de se prévaloir des obligations normatives qu'elles contiennent auprès des sujets de droit soumis à ces obligations. Dans la mesure où les libertés fondamentales fondent cette position juridique par rapport aux pouvoirs publics, elles peuvent être qualifiées de droits publics subjectifs*[573].

444. La réponse semblerait ainsi positive. En outre, la jurisprudence laisse entendre que les libertés de circulation s'opposent aux réglementations qui ne sont pas suffisamment claires et prévisibles. La prévisibilité des règles devient ainsi une condition de l'effectivité du commerce entre les Etats membres. Par exemple, dans un arrêt *Commission/Luxembourg*, la Cour de justice signale que :

---

[571] H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, préc., p. 395.

[572] Voir dans ce sens, à propos du droit de la concurrence, L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 842-860, p. 846 : « Dès lors, les droits qui peuvent en être tirés par les particuliers (les concurrents et les tiers) ont essentiellement une fonction de protection des obligations qui pèsent sur les opérateurs économiques. Ces droits sont des effets réflexes de l'objectif de protection de l'ordre concurrentiel européen ».

[573] CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-445/06, *Rec.* p. I-02119, concl. AG Trstenjak, para. 75. Voir aussi J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford/Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, p. 98.

> *[…] il convient de souligner que la procédure de déclaration préalable que doit suivre une entreprise souhaitant effectuer un détachement sur le territoire luxembourgeois n'est pas dénuée d'ambiguïtés. […] Or, ces ambiguïtés qui caractérisent l'article 7, paragraphe 1, de la loi du 20 décembre 2002 sont susceptibles de dissuader les entreprises désirant détacher des travailleurs au Luxembourg d'exercer leur liberté de prestation de services*[574].

445. La conception de la sécurité juridique ici retenue par la Cour est encore des plus classiques – la loi qui est empreinte d'ambigüités, laissant trop de place à l'interprétation du juge et à sa discrétion, ne permet pas aux opérateurs de faire des prévisions, les décourageant ainsi d'investir dans d'autres Etats membres. La sécurité juridique devient ainsi une des conditions essentielles de la libre circulation, garantissant son « effet utile ». Ainsi, la Cour de justice affirme dans son arrêt *Hartlauer* :

> *[…] qu'un régime d'autorisation administrative préalable ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver les dispositions communautaires, notamment celles relatives à une liberté fondamentale telle que celle en cause au principal, de leur effet utile*[575].

446. Notons comment la Cour oppose un « comportement discrétionnaire » de la part des autorités étatiques à l'effectivité des libertés de circulation (en l'espèce, la liberté d'établissement). Dans l'arrêt *Commission/Luxembourg* de 2004 un argument similaire apparaît :

> *Quant au fait, allégué par le même gouvernement, que les décisions de l'administration peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, il conforte l'analyse selon laquelle l'obtention de l'autorisation de travail requise peut être source de retards préjudiciables pour le prestataire de services*[576].

447. Une intervention excessive des juges crée des retards et des insécurités qui nuisent à la libre circulation. C'est évidemment la conception formelle de la sécurité juridique qui est mobilisée, qui condamne l'arbitraire des autorités publiques et les règles qui ne se prêtent pas aisément à des lectures claires et incontestables.

448. Néanmoins, ces citations doctrinales et jurisprudentielles sont trompeuses. Comme nous le verrons par la suite, les libertés de circulation sont radicalement incompatibles avec une conception formaliste du droit. Cette inaptitude dérive tout simplement de la nature même du principe de proportionnalité, donc du raisonnement

[574] CJCE, 19 juin 2008, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-319/06, *Rec*. p. I-04323, paras. 80-1.

[575] CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec*. p. I-01721, para. 64.

[576] CJCE, 21 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec*. p. I-10191, para. 43.

suivi par la Cour. En effet, l'intervention de ce principe de proportionnalité, en raison de la forme de raisonnement qu'il suppose, nous empêche d'identifier des véritables règles de conflit (ou des règles tout court) contenues dans les libertés de circulation (et, dès lors, des droits subjectifs comme leur effet-réflexe).

449. Il s'agit d'une erreur très répandue, d'ignorer le fait que la fonction de la notion d'entrave est, avant tout, de délimiter le *domaine* des libertés de circulation. En effet, comme nous y insisterons davantage ultérieurement, le caractère non-exceptionnel du contrôle de proportionnalité fait perdre aux libertés de circulation tout contenu abstrait[577]. Dès lors, le fait pour une mesure nationale de tomber sous leur champ d'application n'a pas pour effet de la « disqualifier », comme l'affirment certains. Au contraire, l'effet principal est d'habiliter le juge pour examiner sa conformité au principe de proportionnalité. Par conséquent, dès que le juge considère que les mesures nationales visées sont constitutives d'une entrave, il ne sera pas amené automatiquement à les déclarer illicites. Au contraire, il procédera à examiner leur bien-fondé par le biais du principe de proportionnalité, analysant si l'État membre, en adoptant une telle mesure, poursuit un but légitime, et le fait de manière appropriée et nécessaire. Le fait donc d'affirmer qu'une mesure entrave la libre circulation ne nous dit rien sur sa conformité au droit communautaire, puisqu'il se peut que d'autres considérations prévalent sur l'intérêt à faciliter le commerce entre États membres. La possibilité d'identifier des véritables règles et des droits subjectifs dans les libertés de circulation dépend entièrement du principe de proportionnalité, et non pas de la simple notion d'entrave à la circulation, comme l'estiment pourtant bon nombre d'auteurs.

450. En effet, comme nous l'avons constaté auparavant, la proportionnalité n'est pas une forme de raisonnement amenant à identifier ou créer des règles générales et abstraites. Elle consiste au contraire en une analyse coûts-bénéfices où la conformité au droit communautaire de la mesure en cause dépend de son efficience selon le critère de Pareto. La notion de droit subjectif perd donc de son sens, puisqu'il s'agit d'un pouvoir de type abstrait. Rappelons que, comme le dit Celestino Pardo, « *le droit subjectif est quelque chose de plus qu'un pouvoir provenant de la volonté orienté à la défense des intérêts propres : c'est un pouvoir abstrait qui fonde des prétentions précises et concrètes, donc définissables d'avance* »[578]. Les libertés de circulation ne sauraient pourtant être qualifiées comme un tel pouvoir abstrait, puisqu'aucune définition d'avance n'est possible sur un niveau abstrait.

[577] Voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 2, Section 2.

[578] C. Pardo, « Reivindicación del Concepto de Derecho Subjetivo », préc., nº 8.2 : « El derecho subjetivo es algo más que un poder de la voluntad orientado a la defensa del propio interés: es un poder abstracto que fundamenta pretensiones precisas y concretas, es decir, definibles por anticipado ».

451. Cette constatation est cohérente avec une doctrine consolidée, signalant que les « droits » soumis au contrôle de proportionnalité ne peuvent en rigueur être conçus ni comme des droits subjectifs ni comme des droits fondamentaux. Robert Alexy qualifie les droits fondamentaux de « principes », qui, en tant que tels, ont seulement de la valeur « *prima facie* » car soumis toujours à l'examen de proportionnalité[579]. M. Kumm signale qu'un droit fondamental permet en réalité seulement que le juge examine la proportionnalité de la restriction préalablement constatée[580], de sorte que celui qui détient un droit « ne détient pas grande chose »[581]. L'incompatibilité de la proportionnalité avec la notion formelle de droit subjectif est ainsi manifeste, si bien que les partisans de ce principe tentent de s'en débarrasser : M. Muzny qualifie le droit subjectif de « mythe »[582], tandis que M. Beatty le traite de « fioriture rhétorique »[583]. Cette constatation est d'ailleurs cohérente avec la tendance plus générale de « *dissolution de la notion de droit subjectif* » que d'aucuns ont observée[584].

452. Rappelons en outre que, au bout de l'examen de proportionnalité, il n'arrive pas toujours que la Cour prenne une décision sur la conformité de la mesure. Elle choisit souvent de se limiter à donner quelques « indications » aux juridictions nationales, leur laissant le dernier mot sur la compatibilité des mesures en cause avec le droit communautaire puisque, rappelons-le également, celles-ci sont toujours mieux placées

[579] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, préc., p. 99. Voir aussi T.M. Scanlon, « Adjusting Rights and Balancing Values », (2004) 72 *Fordham Law Review*, pp. 1477-1486.

[580] M. Kumm, « Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm », in M. Poiares Maduro et L. Azoulai (éds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of Rome*, Oxford : Hart Publishing, 2009, p. 106 et s., p. 115. Voir aussi P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », préc., p. 61 : « Le prééminence du droit, de nos jours, repose davantage sur les recours que sur les textes : le droit au droit est un « droit au juge » plus encore qu'un droit à la loi ».

[581] M. Kumm, « What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », in S. Paulsen et G. Pavlakos (éds.), *Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*, Oxford : Hart Publishing, 2007, pp. 131-166, p. 139 : « a rights-holder does not have very much in virtue of having a right ».

[582] P. Muzny, *La technique de proportionnalité…*, préc., t. I, nº 92.

[583] D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, préc., p. 171 : « when judges rely on the principle of proportionality to structure their thinking the concept of rights disappears. […] They are really just rhetorical flourish ». Cette remarque rappelle celle de M. Morvan à l'égard des principes : « Les principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, asservis à la rhétorique », P. Morvan, « Principes », préc., p. 1201.

[584] D. Gutmann, « Droit subjectif », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 529-533, p. 530. L'auteur observe « une certaine dissolution de la notion de droit subjectif : à y regarder de près, on s'aperçoit que les soi-disant droits que l'on proclame se confondent souvent, soit avec des principes fondamentaux ou des principes généraux du droit, soit avec des libertés publiques ». Et il continue : « Il semble bien que ces nouveau droits subjectifs – s'il s'agit bien de droits subjectifs – ne conservent plus en commun qu'un point : leur force symbolique, celle qui s'attache à l'idée de prérogative individuelle opposable à autrui et à l'État. Que conclure de tout cela, sinon que la définition du droit subjectif est en perdition ».

pour réaliser des appréciations empiriques[585]. On trouve même des cas où la Cour se contente de constater l'existence d'une entrave, pour ensuite inviter le juge de renvoi à déterminer par lui-même si la mesure est « proportionnée » ou non, sans lui offrir aucune piste additionnelle[586]. C'est le cas par exemple, rappelons-le, de l'arrêt *De Agostini*, où le juge national fut simplement invité à « *vérifier si ces dispositions sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant à l'intérêt général ou à l'un des objectifs énoncés à l'article 56 du traité, si elles sont proportionnées à cet effet et si ces objectifs ou exigences impératives ne pourraient être atteints par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires* »[587]. Dans ces circonstances, la possibilité de qualifier les libertés de circulation de véritables « droits », ou des règles délimitant les compétences respectives des Etats membres, s'avère absurde.

453. Nous ne pouvons donc que conclure en signalant le paradoxe qui en résulte. Il semblerait que la libre circulation n'est concevable qu'en présence de règles claires et prévisibles, comme le notait la Cour dans les affaires précitées. Pourtant, une telle prévisibilité dans l'application de la loi ne saurait être assurée qu'en dehors du champ d'application des libertés de circulation. On ne devrait donc pas être étonné que les libertés de circulation ne s'appliquent pas, comme nous l'établirons ultérieurement, au cœur du droit civil, le droit de la responsabilité contractuelle, de sorte que l'autonomie privée est garantie non pas par les libertés de circulation mais à leur encontre[588].

§ 2 – L'impossibilité d'une régulation de la prévisibilité offerte par les réglementations étatiques

454. Nous avons déjà vu que la Cour de justice considère parfois l'existence de règles claires et prévisibles comme une condition indispensable de la libre circulation, situation paradoxale puisque l'application des libertés de circulation par le juge est incompatible avec de telles règles.

455. Une telle conception de la sécurité juridique fait néanmoins apparition dans la jurisprudence dans un autre contexte. La Cour considère la prévisibilité aussi dans son examen de la proportionnalité des mesures étatiques entravant la circulation. Dans ce contexte, elle semble admettre la valeur *instrumentale* d'avoir des règles claires et prévisibles, comme condition d'efficacité des mesures en question. La Cour prétend ainsi réguler le niveau de généralité des réglementations étatiques, condamnant celles qui

[585] T. Tridimas, *Principles of European Law*, préc., p. 238 et s.

[586] Par exemple, CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) et TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 et C-36/95)*, aff. jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Rec*. p. I-03843.

[587] *Ibid*., para. 54.

[588] Voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

seraient excessivement générales (A). Cet effort est pourtant voué à l'échec : la sécurité juridique ne saurait par principe être régulée (B).

A. La régulation de la sécurité juridique comme moyen pour garantir l'efficacité des mesures étatiques

456. On trouve plusieurs décisions dans la jurisprudence communautaire où le juge prend en compte l'intérêt à garantir une prévisibilité des solutions. Dans ce cadre, le juge affirme l'*utilité* d'avoir des règles générales, car prévisibles et facilement « gérées » par les autorités nationales. Cette qualité peut se révéler, admet la Cour à plusieurs reprises, indispensable pour garantir l'effectivité d'une mesure nationale. Dans l'arrêt *Josemans*, par exemple, la Cour affirme :

> *[…] il ne saurait être dénié aux États membres la possibilité de poursuivre l'objectif visant la lutte contre le tourisme de la drogue et les nuisances qu'il draine par l'introduction de règles générales qui sont facilement gérées et contrôlées par les autorités nationales*[589].

457. On le voit bien : la prévisibilité des solutions n'est pas un *objectif en soi*, mais elle peut se révéler utile en tant qu'*instrument* nécessaire pour atteindre un autre objectif. Elle n'aurait pas de valeur intrinsèque[590]. Ici, la lutte contre la drogue étant un objectif légitime, sa poursuite est plus efficacement assurée par le biais de règles générales et prévisibles que par une approche casuistique.

458. Cette considération apparaît de façon récurrente dans la jurisprudence récente. Dans l'arrêt *Mickelsson et Roos* la Cour de justice signale aussi que :

> *[…] s'il n'est pas exclu, dans le cas d'espèce, que des mesures autres que l'interdiction prévue à l'article 2 du règlement national puissent assurer un certain niveau de protection de l'environnement, il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait être dénié aux États membres la possibilité de réaliser un objectif tel que la protection de l'environnement par l'introduction des règles générales qui sont, d'une part, nécessaires du fait des particularités géographiques de l'État membre concerné et, d'autre part, facilement gérées et contrôlées par les autorités nationales*[591].

459. La leçon à extraire est la même que dans l'affaire *Josemans*. Des règles générales édictées par les autorités nationales sont susceptibles de contribuer, d'un point de vue strictement instrumental, à l'objectif de la protection de l'environnement de manière plus

[589] CJUE, 16 décembre 2010, *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, aff. C-137/09, *Rec*. p. I-13019, para. 82.

[590] CJCE, 19 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-244/04, *Rec*. p. I-00885, concl. AG Geelhoed, para. 28.

[591] CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, *Rec*. p. I-04273, para. 36.

efficace qu'un régime plus particulariste. L'effectivité du régime, soit sa capacité à atteindre l'objectif visé, dépend *instrumentalement* de la prévisibilité et généralité de ses règles, de leur plus grande facilité à être « gérées » (donc, appliquées). A l'inverse, des règles octroyant aux autorités chargées de les appliquer, en raison de leur complexité ou casuisme, une plus grande discrétion compromettraient l'efficacité du régime. En outre, une approche plus casuistique s'avère plus coûteuse en raison des « particularités géographiques » du territoire suédois, ce qui rend indispensable l'introduction de règles générales. Citons aussi l'arrêt *Commission/Italie*, dit l'affaire des *remorques* :

> *[…] d'une part, s'il n'est pas exclu, dans le cas d'espèce, que des mesures autres que l'interdiction prévue à l'article 56 du code de la route puissent assurer un certain niveau de sécurité routière pour la circulation d'un ensemble composé d'un motocycle et d'une remorque, […] il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait être dénié aux États membres la possibilité de réaliser un objectif tel que la sécurité routière par l'introduction des règles générales et simples facilement comprises et appliquées par les conducteurs ainsi qu'aisément gérées et contrôlées par les autorités compétentes*[592].

460. Encore une fois, la Cour reconnaît la valeur instrumentale des règles générales : ici, elles possèdent l'avantage – comme dans l'arrêt *Josemans*, comme dans l'arrêt *Mickelsson et Roos* – d'être plus facilement gérées et appliquées par les autorités nationales, ce qui garantit l'effectivité du régime, laquelle serait compromise par une approche excessivement particulariste. La Cour de justice note aussi que la généralité des règles se justifie aussi en raison du fait qu'elle les rend plus « facilement comprises » par les citoyens que ne le seraient des règles plus complexes et adaptées aux particularités de chaque cas.

461. Ce n'est pas pourtant le seul point de vue possible : souvent, la Cour condamne les Etats membres du fait contraire, c'est-à-dire de ne pas particulariser suffisamment leurs règlementations, en consacrant des catégories abstraites excessivement amples ou en favorisant l'application des règles générales alors qu'il conviendrait d'apprécier *in concreto* les circonstances de chaque cas d'espèce. Dans l'arrêt *Müller-Fauré et Van Riet*, par exemple, il est dit qu'un refus d'autorisation préalable de la prise en charge de certaines prestations hospitalières « *par un motif tiré de l'existence de listes d'attente sur le territoire national pour bénéficier des soins hospitaliers en cause, sans que soient prises en considération les circonstances concrètes qui caractérisent la situation médicale du patient, ne saurait constituer une entrave valablement justifiée à la libre prestation des services* »[593]. La Cour de justice semble ignorer ici l'intérêt d'avoir un

[592] CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-00519, para. 67.

[593] CJCE, 13 mai 2003, *V.G. Müller-Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA et E.E.M. van Riet c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, aff. C-385/99, *Rec.* p. I-04509, para. 92.

régime composé de règles générales, prévisibles et facilement gérées et comprises. Ceci montre que la référence à la sécurité juridique comprise dans un sens formel, bien que récurrente, est pour autant volatile. Il est en effet très difficile d'identifier le point où l'argument convaincra la Cour.

462. Voici un autre exemple, celui de l'arrêt *Douwe Egberts* :

> *Une interdiction absolue de faire figurer dans l'étiquetage des denrées alimentaires certaines indications relatives à l'amaigrissement ou à des recommandations médicales sans que, au cas par cas, on examine leur aptitude effective à induire l'acheteur en erreur, aurait pour conséquence que les denrées alimentaires portant ces indications ne pourraient pas être librement commercialisées en Belgique, même dans l'hypothèse où celles-ci ne seraient pas trompeuses.*
> *Une telle mesure excéderait ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection des consommateurs contre les tromperies […]*[594].

463. Ou, comme elle le dit dans l'arrêt *Ioannidis* :

> *30. Ainsi que la Cour l'a déjà jugé, il est légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail en cause […]*
>
> *31. Toutefois, une condition unique relative au lieu d'obtention du diplôme de fin d'études secondaires présente un caractère trop général et exclusif. Elle privilégie indûment un élément qui n'est pas nécessairement représentatif du degré réel et effectif de rattachement entre le demandeur des allocations d'attente et le marché géographique du travail, à l'exclusion de tout autre élément représentatif. Elle va ainsi au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi*[595].

464. L'approche de la Cour semblerait opérer un compromis : tout en admettant l'utilité des règles générales et abstraites, sur lesquelles les prévisions des parties pourraient être fondées, l'approche contraire peut néanmoins s'avérer également convenable. La valeur d'une ou de l'autre étant purement instrumentale, la Cour ne prend pas de position de principe. Il semblerait donc que la Cour n'ait pas véritablement opté ni pour l'un ni pour l'autre modèle, obtenant ainsi le meilleur des deux mondes. La Cour entreprend ainsi de réguler le niveau de généralité des réglementations étatiques, en fonction des buts poursuivis.

---

[594] CJCE, 15 juillet 2004, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV et Christophe Souranis, agissant sous le nom commercial "Établissements FICS" et Douwe Egberts NV c. FICS-World BVBA*, aff. C-239/02, *Rec.* p. I-07007, para. 44-5.

[595] CJCE, 15 septembre 2005, *Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis*, aff. C-258/04, *Rec.* p. I-08275, para. 30-31.

465. La « généralité » des règles prend ainsi dans le raisonnement judiciaire propre à la proportionnalité la même place que les considérations sur le champ d'application territorial des mesures constitutives d'une entrave. Ici, la Cour de justice conçoit aussi la question en termes strictement instrumentaux. Autrement dit, la seule question pertinente est la suivante : le champ d'application territorial de cette mesure, contribue-t-il à garantir son effectivité ?

466. On trouve ce genre de raisonnement dans l'arrêt *Gouda*. En cause était la législation hollandaise relative aux entreprises de radiodiffusion, dont la préoccupation principale était de garantir le pluralisme dans le secteur audiovisuel. Particulièrement contestable, aux yeux de la Cour de justice, était la prétention de ladite loi de réguler les entreprises établies à l'étranger lorsqu'elles viseraient le public néerlandais. Les Pays-Bas prétendaient donc appliquer leur régime de manière extraterritoriale. La Cour a conclu que cette prétention était inacceptable, car « *[p]our garantir le pluralisme qu'il souhaite maintenir, le gouvernement néerlandais peut fort bien se borner à élaborer le statut de ses propres organismes de manière appropriée* »[596]. Autrement dit, de l'avis de la Cour, l'objectif de la législation n'est point menacé par la concurrence des opérateurs étrangers, rendant ainsi les efforts hollandais de régulation extraterritoriale injustifiables. L'extraterritorialité ne contribuerait point à l'effectivité de la législation régissant le secteur audiovisuel hollandais. Comme la généralité des règles examinées dans les affaires *Josemans* ou *Mickelsson et Roos*, la question de la territorialité des lois constitutives d'une entrave est envisagée d'un point de vue strictement instrumental : quel champ d'application est utile, voire indispensable, pour garantir l'effectivité du régime ?

467. Dans certains arrêts, la référence à la sécurité juridique semble prendre une autre forme, qui pourrait nous faire penser qu'elle n'est pas conçue comme un *moyen* pour garantir l'effectivité de la mesure en cause mais plutôt comme *principe autonome*. Voici par exemple l'argument présenté par la partie défenderesse dans l'arrêt *Commission/Allemagne*. Après avoir soutenu que la législation se justifie par l'objectif de protection des travailleurs, le gouvernement allemand invoque aussi, comme objectif différent, ce qui suit :

> *[…] le gouvernement allemand soutient qu'un contrôle préalable au détachement permet aux entreprises prestataires de services, établies dans un autre État membre, d'avoir la garantie que ce détachement est effectué de manière légale et la certitude de pouvoir disposer de l'ensemble de leur personnel pour toute la durée de la prestation*[597].

[596] CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007, para. 24.

[597] CJCE, 19 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-244/04, *Rec*. p. I-00885.

468. Et voici la réponse de la Cour de justice, acceptant la légitimité de vouloir garantir la prévisibilité du régime applicable :

> *[…] il est certainement dans l'intérêt tant de l'État membre d'accueil que de l'entreprise prestataire d'avoir, préalablement au détachement, l'assurance que les travailleurs ressortissants d'un État tiers sont détachés dans des conditions légales*[598].

469. Le régime de contrôle préalable au détachement des travailleurs est justifié tout simplement parce qu'il est à même de garantir la prévisibilité des solutions, alors que le contrôle *ex post* serait une source d'incertitude. La sécurité juridique semble donc figurer dans le raisonnement du juge comme un *objectif en soi*, que les autorités nationales peuvent légitimement poursuivre, et à l'aune duquel sera examinée la proportionnalité de la mesure constitutive d'une entrave.

470. C'est pourtant une fausse impression. Comme dans les exemples cités ci-dessus, la prévisibilité joue ici un rôle purement instrumental – sa valeur demeure extrinsèque. L'application d'un régime de contrôle préalable au détachement des travailleurs est certes plus facile à prévoir et à gérer que si le contrôle intervenait après le détachement. Or, sa prévisibilité ne fait que contribuer en fin de compte à garantir *l'effectivité* des conditions que les autorités allemandes cherchent à imposer aux entreprises établies dans d'autres Etats membres détachant temporairement des travailleurs en territoire allemand. La légitimité de cet aspect du régime dépend donc en dernier terme de la légitimité de l'objectif poursuivi par la réglementation dont les autorités cherchent à assurer le respect – l'intérêt, possédant une valeur intrinsèque, à assurer la protection des travailleurs[599].

471. La même conclusion s'applique à l'arrêt *Église de scientologie*. La sécurité juridique semble ici également élevé au rang de principe possédant valeur intrinsèque. Dans l'arrêt, il est dit à propos de la justification d'une mesure restrictive de la libre circulation des capitaux :

> *21 […] dans l'affaire au principal, le régime en cause est caractérisé par le fait que l'autorisation préalable est exigée pour tout investissement direct étranger «de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique», sans autre précision. Ainsi, il n'est aucunement indiqué aux investisseurs concernés quelles sont les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable est nécessaire.*

[598] *Ibid.*, para. 49.

[599] *Ibid.*, para. 43 et s.

> *22 Une telle indétermination ne permet pas aux particuliers de connaître l'étendue de leurs droits et leurs obligations découlant de l'article 73 B du traité. Dans ces conditions, le régime institué est contraire au principe de sécurité juridique*[600].

472. La Cour semblerait ainsi considérer que le régime en cause est injustifiable *per se* puisqu'il souffre d'une indétermination excessive – le standard « ordre public et sécurité publique » octroierait une trop grande marge de manœuvre aux autorités publiques chargées de l'appliquer, en violation du principe de sécurité juridique formelle. Pourtant, il s'agit de nouveau d'une impression trompeuse, due au raccourci argumentatif pris par la Cour. L'imprécision des conditions d'octroi de l'autorisation en question est telle que le régime devient, aux yeux de la Cour, radicalement inefficace. C'est pourquoi il suffit à la Cour de faire référence au principe de sécurité juridique pour condamner le régime étatique. Celui-ci continue néanmoins à ne posséder qu'une valeur instrumentale.

B. L'aporie de la régulation de la sécurité juridique

473. Cet effort pour réguler la prévisibilité offerte par les réglementations étatiques nous semble néanmoins voué à l'échec.

474. Premièrement, cela s'explique par l'incapacité de la Cour à justifier *techniquement* le « niveau de prévisibilité » dont dépendrait l'efficacité d'une mesure étatique. En effet, bien que la Cour présente son examen de la justification de la généralité de la réglementation en cause comme une question technique-fonctionnelle, son raisonnement sur ce point s'avère purement rhétorique. Le point où l'on fixe la nécessité d'une règle générale ou une approche casuistique est parfaitement arbitraire.

475. L'image de la balance est ici utile : il convient selon la Cour de « *concilier le respect de la confiance légitime du cessionnaire avec les exigences impératives tenant au maintien de la stabilité du marché* »[601]. Ceci signifie, selon Mme Papadopoulou, que le principe de protection de la confiance légitime est « *une règle dont les institutions doivent tenir compte dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière économique et non d'un principe absolu* »[602]. Entre les deux il n'y aurait qu'une différence de degré. Le point juste, pourtant, serait techniquement introuvable.

476. En outre, la Cour n'opère pas une véritable mise en balance entre l'intérêt à garantir la prévisibilité dans l'application du droit et le besoin de tenir suffisamment compte des circonstances de chaque cas. Elle se contente d'invoquer, d'une façon

---

[600] CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier minister*, aff. C-54/99, *Rec*. p. I-01335, para. 21-22.

[601] CJCE, 19 mai 1993, *Tj. Twijnstra c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, aff. C-81/91, *Rec*. p. I-02455, para. 26.

[602] R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit…*, préc., p. 242.

purement rhétorique, un des deux principes, sans expliquer pourquoi le sacrifice de l'autre principe serait justifié[603]. Ainsi, la régulation que fait la Cour de la prévisibilité des réglementations étatiques nous paraît parfaitement arbitraire.

477. Deuxièmement, la prétendue régulation de la sécurité juridique opérée par la Cour de justice échoue également en raison de la forme de son raisonnement. La sécurité juridique n'est pas un objectif substantiel comme les autres : il concerne avant tout la forme du droit. Or, la forme de raisonnement que suppose la proportionnalité s'avère en réalité une source d'insécurité (comprise toujours comme une sécurité juridique formelle, comme le fait la Cour). Ainsi, un modèle de régulation comme celui que propose la Cour est incompatible avec un principe formel de sécurité juridique, qui dépend de l'existence de réglementations générales et abstraites.

478. Pour saisir à quel point les références à la sécurité juridique contenues dans les arrêts cités dans la section précédente méritent d'être qualifiées de paradoxales, il suffit d'imaginer qu'elles concernaient les jugements de la Cour en application du principe de proportionnalité.

479. Rappelons par exemple l'arrêt *Eglise de scientologie*, où la mesure en cause a été condamnée du fait que ce en quoi elle consistait, à savoir une autorisation préalable requise pour tout investissement direct étranger dont l'octroi dépendait d'une évaluation favorable de sa « *nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique sans autre précision* », nuisait gravement au « *principe de sécurité juridique* »[604]. Ou l'on peut rappeler également l'arrêt *Hartlauer*, où la Cour condamne les « *comportements discrétionnaires de la part des autorités nationales* »[605]. Ou encore l'affaire *des remorques italiennes*, donnant lieu à un arrêt qui bénit « *l'introduction des règles générales et simples facilement comprises et appliquées* »[606].

480. Ces trois appréciations, si elles étaient applicables à l'activité de la Cour de justice, conduiraient inévitablement à la disqualifier car contraire, dans son essence même, à la sécurité juridique formelle. En effet, le standard examiné dans l'affaire *Eglise*

[603] D. Kennedy, « A Transnational Genealogy… », préc., p. 197 : « When one thing goes up (security of transaction), something else must go down (static security). This means that it never makes sense, when justifying a rule, to say that it is good because it promotes security of transaction. To make sense, one must add: at an acceptable cost to static security. Likewise for Jhering, it never makes sense to justify a rule by appeal to its administrability—one must always add: and its acceptable cost in over- or underinclusiveness ».

[604] CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier minister*, aff. C-54/99, *Rec*. p. I-01335, para. 21-22.

[605] CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec*. p. I-01721, para. 64.

[606] CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-00519, para. 67.

de scientologie, faisant référence à l'ordre public et la sécurité publique, est d'une indétermination identique à celle qui caractérise pratiquement toute la jurisprudence en matière de libertés de circulation, puisque par ce biais la CJUE est amenée à déterminer si les mesures nationales constitutives d'une entrave « poursuivent un objectif légitime de manière conforme au principe de proportionnalité ». Personne ne nierait que l'appréciation de la Cour de justice peut être décrite comme « *discrétionnaire* »[607], et en tout cas qu'elle est très loin de consister en une application de règles « *générales et simples facilement comprises* ».

481. Ces remarques sont tout aussi transposables à la tâche dont serait chargée le juge national par la Cour de justice. Reprenons par exemple l'arrêt *De Agostini*, très illustratif à cet égard. La CJUE demande à la juridiction de renvoi de décider par elle-même, sans d'autres précisions, si les dispositions en cause interdisant certaines formes de publicités par radiodiffusion « *sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant à l'intérêt général ou à l'un des objectifs énoncés à l'article 56 du traité, si elles sont proportionnées à cet effet et si ces objectifs ou exigences impératives ne pourraient être atteints par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires* »[608]. Comment qualifier la décision que devra prendre le juge de renvoi dans l'affaire *De Agostini*, si ce n'est que d'*extrêmement discrétionnaire*, voire de *radicalement incompatible* avec une conception formelle de la sécurité juridique ?[609]

482. Soulignons de nouveau que cette conception de la « discrétion » judiciaire n'est pas nécessairement la nôtre : elle dérive tout simplement des décisions de la CJUE, attachée à une conception formelle de la sécurité juridique, lorsqu'elle déclare, par exemple dans l'arrêt *Arblade et Leloup*, que « *pour que la violation desdites dispositions justifie des poursuites pénales à l'encontre d'un employeur établi dans un autre État membre, il importe qu'elles soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un tel*

[607] Nous sommes conscients du fait que les termes « discrétion » ou « discrétionnaire » sont à tout le moins équivoques et méritent d'être précisés. Or, nous nous remettons ici à l'usage qu'en fait la Cour de justice dans sa jurisprudence. Dans un arrêt, elle oppose le « comportement discrétionnaire » à celui qui est « fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire » (CJCE, 13 mai 2003, *V.G. Müller-Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA et E.E.M. van Riet c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, aff. C-385/99, *Rec*. p. I-04509, para. 85).

[608] CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) et TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 et C-36/95)*, aff. jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Rec*. p. I-03843, para. 54.

[609] M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2012, nº 471, où l'auteur estime incompatible « l'impératif de prévisibilité du droit » avec « la casuistique inhérente à la mise en œuvre du contrôle des entraves ».

employeur, des obligations qu'il devrait respecter »[610]. La Cour semble pourtant ignorer que sa propre intervention, habilitée par l'existence d'une entrave, rend justement la prévision de l'application desdites dispositions « excessivement difficile ».

483. Il faut donc conclure que l'impératif de la sécurité juridique, conçue comme le fait la Cour comme principe contraire à la discrétion dans l'application du droit, n'est pas applicable à sa propre production normative. Il n'y aucune trace de ce principe, dans aucune de ses formes, puisque les décisions de la Cour ne passent jamais par ce crible. Aucun indice ne nous permet de conclure qu'il joue un rôle comme principe ou valeur que la Cour mettrait en balance avec l'impératif de la flexibilité (rappelons que, dans sa conception formelle, la sécurité juridique s'oppose à la flexibilité) – ce serait une pure spéculation, puisque la Cour n'a jamais parlé en ces termes à l'égard de ses propres décisions. Et la sécurité juridique n'apparaît pas non plus comme un principe interprétatif : à la différence de la jurisprudence précitée *Owusu* et *Gasser*, où la référence à la sécurité juridique a servi pour justifier une interprétation littérale du Règlement Bruxelles I, il n'y pas d'exemples où l'interprétation des libertés de circulation soit guidée par un tel souci.

484. Ainsi, faut-il conclure, bien que la Cour prétende réguler la prévisibilité offerte par les réglementations étatiques, elle se montre incapable d'une « autorégulation »[611]. Cette situation paradoxale, où la Cour continue à se montrer fidèle à une conception formelle de la sécurité juridique tandis que sa propre activité le démentirait, explique probablement la frustration d'une grande part de la doctrine face à l'essor de ce principe dans le droit de l'Union. Certains estiment que, tellement le principe est employé par la Cour, il aurait perdu de son sens jusqu'à justifier pratiquement tout. Un auteur qualifie la sécurité juridique de notion « *vague et non dépourvue d'un certain verbalisme* », si bien

[610] CJCE, 23 novembre 1999, *Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)* aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec.* p. I-08453, para. 43.

[611] L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris : Economica, 2008, p. 12, où l'auteur distingue entre l'autorégulation ou la « régulation endogène » par rapport à la « régulation exogène ou « exo-régulation », « issue d'une source extérieure au phénomène régulé », pour conclure que la régulation de la compétence juridictionnelle est soumise à un régime d'autorégulation car « l'auteur de la régulation » est chaque juridiction, chaque Etat étant exclusivement compétent pour délimiter la compétence internationale de ses juridictions » (p. 26). D'autres auteurs se montrent néanmoins sceptiques quant à la possibilité meme de l'autorégulation en tant que telle : G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *Actualité juridique droit administatif*, 2006, pp. 347-353, p. 349 : « nous ne pouvons pas considérer l'« autorégulation » comme un mode de régulation. […] l'entente entre des entreprises ne peut surmonter l'antinomie entre la logique concurrentielle du marché et divers objectifs et valeurs non économiques, et elle ne peut assurer la compensation des coûts correspondants ». Voir aussi G. Bermann, « Taking subsidiarity seriously », (1994) 94 *Columbia Law Review*, pp. 331-456, spéc. pp. 400-403. L'auteur suggère que la Cour de justice devrait non seulement imposer le respect du principe de subsidiarité aux institutions communautaires mais également à sa proper production normative : « Unless the Court of Justice gives evidence that it takes both subsidiarity and proportionality seriously in its own conduct of business, it may not readily persuade the political institutions to do the same » (p. 403).

qu'elle « *peut être invoquée dans des sens contradictoires* »[612]. M. Tridimas admet aussi que l'argument de la sécurité juridique permet tout[613]. M. Boulouis considère que l'expression sécurité juridique est « *par essence tautologique* » et ne revêt donc « *de signification particulière* »[614]. Il écrit également ailleurs :

> *[…] la sécurité juridique est inhérente à tout système de droit de sorte que son évocation est toujours possible et ne revêt d'utilité ou de signification particulières que par l'usage que décide d'en faire le juge. […] On doit donc admettre que, plus fonctionnelle que conceptuelle, la sécurité juridique n'est rien d'autre que le nom donné par le juge aux manifestations de son équité ou de sa discretionnarité et espérer qu'il en fasse un usage moins étendu s'il souhaite que ce principe conserve un minimum de signification propre*[615].

485. Ainsi, le principe de proportionnalité rend vain tout effort pour réguler la prévisibilité offerte par les réglementations étatiques. En effet, la nature du principe de proportionnalité et la forme de raisonnement de la Cour y feraient obstacle.

SECTION 2. L'exclusion de la dogmatique du droit des conflits de lois

486. La doctrine de droit international privé s'est beaucoup intéressée à la question, des plus complexes, de l'articulation des libertés de circulation avec les règles de conflits de lois étatiques. Depuis le début des années 90 – époque de l'expansion de la jurisprudence *Cassis de Dijon* aux libertés de prestation de services (arrêt *Säger*) et d'établissement (arrêt *Gebhard*)[616] – sont apparues des interprétations très diverses, allant de ceux qui refusent de reconnaître aux libertés de circulation un impact quelconque sur les règles de conflit, jusqu'à ceux qui conçoivent les libertés de circulation comme une véritable réglementation désignant, en toutes circonstances, la loi applicable et remplaçant ainsi les règles de conflit étatiques. Bien qu'aujourd'hui le débat se soit apaisé quelque peu, la question demeure problématique[617].

487. Dans la présente Section on se propose de contribuer à ce débat à partir de nos conclusions précédentes sur le principe de proportionnalité et les libertés de circulation.

---

[612] F. Pollaud-Dulian, « A propos de la sécurité juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, pp. 487-504, p. 491.

[613] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 243 : « The cynic may argue that the principle is devoid of legal content because it can be sued to support contradictory results. In the seminal *van Duyn*, for example, the Court invoked legal certainty to support the direct effect of directives. That principle however can also be invoked to support the opposite conclusion ».

[614] J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 236.

[615] J. Boulouis et R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Dalloz, 1991, 5ème éd., t. 1, p. 82.

[616] Voir *infra*, nº 801 et s.

[617] Voir p.ex. M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine…*, préc.

Cette contribution semble justifiée, dans la mesure où l'impact de la proportionnalité, bien que radical, n'est pas généralement pris en compte par la doctrine. Comme nous le verrons par la suite, prendre la proportionnalité comme point de départ de l'analyse nous permettra d'apporter des clarifications essentielles à la question du rapport entre les libertés de circulation et les règles de conflit.

488. Ainsi, nous montrerons tout d'abord que les interprétations qui se fondent sur la dogmatique traditionnelle du droit des conflits de lois (dont notamment la dichotomie substantiel-conflictuel et la notion même de règle de conflit) sont vouées à l'échec (§ 1). En réalité, les libertés de circulation font seulement obstacle à l'application des réglementations étatiques de droit des conflits de lois, sans pourtant s'imposer à celles-ci en vertu d'un principe hiérarchique (§ 2).

§ 1 – Les interprétations des libertés de circulation fondées sur la dogmatique du droit des conflits de lois

489. Dans un premier temps, nous présenterons les interprétations qui tentent de saisir l'articulation des libertés de circulation à travers la dogmatique habituelle du droit des conflits de lois. Ces interprétations conçoivent les libertés de circulation comme des règles ou exceptions au fonctionnement normal des règlementations étatiques, s'imposant aux réglementations étatiques par application du principe hiérarchique. Nous nous limiterons à présenter les deux thèses principales (A).

490. En effet, bien qu'il soit indéniable que les libertés de circulation ont un impact sur les règles de conflit étatiques, la nature technique du principe de proportionnalité nous empêche d'identifier de véritables règles dans les libertés de circulation. Ainsi, nous soulignerons que la dogmatique du droit des conflits de lois conduit à se méprendre sur la véritable articulation des libertés de circulation et les règles de conflit étatiques (B).

A. Présentation des thèses

491. Deux thèses principales ont été avancées par la doctrine spécialiste de droit international privé pour saisir l'articulation des libertés de circulation dans le domaine du droit des conflits de lois. La première, plus « modeste »[618], concevrait les libertés de circulation comme une exception au fonctionnement « normal » des règles de conflit étatiques, portant exclusivement sur le contenu du droit substantiel applicable. Ainsi, cette thèse postulerait que les règles de conflit ne se trouvent qu'indirectement affectées par l'application des libertés de circulation, en partant de la dichotomie propre à la dogmatique du droit des conflits de lois séparant les dispositions du droit substantiel des règles définissant leur champ d'application (1).

[618] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Paris : PUF, 2007, t. I, nº 534.

492. La deuxième thèse entend défendre plus ambitieusement que les libertés de circulation contiennent des véritables règles de conflit qui s'imposent à celles des Etats membres. Cette position, que l'on qualifiera de « maximaliste », est connue comme la thèse de la règle de conflit « cachée » (2).

1. La thèse du manque d'impact des libertés de circulation sur les règles de conflit étatiques

493. Il est parfois soutenu que l'influence des libertés de circulation sur les systèmes étatiques de droit des conflits de lois est négligeable, en prenant appui sur la distinction droit privé-droit public. De l'avis de certains auteurs, seules les « règles nationales de droit public » seraient concernées par les libertés de circulation, les règles de droit privé (parmi lesquelles figurent les règles de conflit de lois) se trouvant exclues de leur champ d'application par leur propre nature[619]. On ne peut raisonner, explique Vincent Heuzé, en termes d'équivalence que par rapport au seul droit public, qui peut s'exprimer *« sous la forme d'une alternative entre l'action et l'abstention* », de manière « *qu'une action exercée par un État rend éventuellement surabondante l'action d'un autre État* ». Pourtant, c'est la situation inverse pour le droit privé : « *parce qu'il s'agit de réaliser un arbitrage entre des intérêts antagonistes, et qu'il est donc impossible de donner ou de garantir à l'un sans retirer ou imposer à l'autre, la comparaison entre ces deux règles ne peut conduire qu'à l'établissement d'une relation de parfaite identité ou de totale contradiction* »[620].

494. Pourtant, cette thèse peut être rapidement écartée, dans la mesure où la définition de la notion d'entrave ne reflète décidément pas cette dichotomie. En effet, les réglementations d'un Etat membre applicables aux travailleurs détachés sur son territoire par une entreprise établie dans un autre Etat membre devraient être comprises comme relevant du droit privé, dans la mesure où elles réalisent « un arbitrage entre des intérêts antagonistes », comme par exemple les dispositions applicables à la détermination du salaire minimal. Pourtant, ces dispositions ont été jugées par la Cour de justice comme constitutives d'une entrave, dans la mesure où elles ont pour effet de faire obstacle à l'accès au marché de l'Etat membre d'accueil[621].

[619] *Ibid.*, nº 536.

[620] V. Heuzé, « De la compétence de la loi… », préc., pp. 412-413. Voir aussi l'article antérieur de M. Wilderspin et X. Lewis, « Les relations entre le droit… », préc., p. 34.

[621] Voir p.ex. CJCE, 23 novembre 1999, *Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)* aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec.* p. I-08453 ; CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779. Néanmoins, comme nous le montrerons ultérieurement, la dichotomie public-privé demeure essentielle pour la

495. Cette thèse n'est pas pour autant la seule à soutenir que les libertés de circulation n'ont pas d'impact sur le droit international privé. Une autre est proposée, laquelle fera l'objet des développements qui suivent. De l'avis d'une grande partie de la doctrine, la CJUE n'examine pas la conformité aux libertés de circulation des règles de conflit étatiques, mais plutôt le contenu des dispositions substantielles applicables. Plusieurs auteurs estiment en effet que l'influence exercée par les libertés de circulation communautaires est limitée au *droit substantiel* et ne concerne qu'*indirectement* la règle de conflit, à travers une exception dite de reconnaissance mutuelle[622] ou d'entrave[623]. Comme l'expliquent MM. Wilderspin et Lewis :

> *[…] étant donné que les règles de conflit de lois sélectionnent la loi applicable de manière abstraite, il est impossible de déterminer au stade de cette sélection si les règles de cette loi constituent une entrave au commerce intra-communautaire et, dans l'affirmative, si la règle ne peut pas être justifiée par des exigences impératives ou, le cas échéant, des raisons impérieuses. C'est donc au stade – ultérieur – de l'application de la loi désignée que le juge doit examiner si certaines dispositions de celle-ci constituent des entraves de sorte qu'elles doivent, en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, être modifiées ou écartées*[624].

496. Autrement dit : l'opération abstraite de désignation de la loi applicable n'a aucun effet sur le commerce intracommunautaire, car le droit national n'aurait d'effet sur la circulation qu'après l'application de ses dispositions substantielles. En conséquence, seules les dispositions de ce type peuvent entraver la circulation et être donc susceptibles d'être justifiées par le biais du principe de proportionnalité. Les libertés de circulation s'imposeraient ainsi, par le biais du principe hiérarchique (dit « primauté » en droit communautaire), au droit national substantiel. Aucun « contact » direct n'existerait entre les libertés de circulation et les normes définissant le champ d'application territorial des règlementations nationales. Comme le dit M. Bergé, la CJUE ne contrôlerait pas la conformité de la règle de conflit en soi, mais « *les effets produits sur les échanges dans*

---

compréhension de la jurisprudence sur la notion d'entrave à la circulation, voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

[622] Voir p.ex. F. Viangalli, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, nº 183.

[623] L. Idot, « Les produits », in M. Audit, H. Muir Watt et É. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris : LGDJ, 2008, pp. 37-56, p. 48 : « peu importe pour le droit communautaire que la loi de l'État A et celle de l'État B soient différentes […] plus que l'expression d'exception de reconnaissance mutuelle, qui semble inadaptée dans ce cas de figure, il faudrait plutôt parler d'exception d'entrave au marché ».

[624] M. Wilderspin et X. Lewis, « Les relations entre le droit… », préc., p. 24.

chaque contexte particulier par les dispositions matérielles » de la loi désignée comme applicable[625].

497. Alex Mills défend une thèse similaire, la présentant d'une manière quelque peu différente. A son avis, les libertés de circulation viendraient corriger l'application « normale » des règles de conflit. Dans une première phase, celles-ci désigneraient le droit normalement applicable. Dans une seconde phase, le « principe du pays d'origine » interviendrait pour « *modifier le contenu du droit applicable* ». Il faudrait ainsi exclure que ce principe ait la nature d'une véritable règle de conflit, n'intervenant qu'après une comparaison du droit normalement applicable et le droit du pays d'origine par le biais des examens d'équivalence et de proportionnalité[626].

498. Ainsi, à l'encontre donc de ceux qui avaient, sans grand succès mais avec un retentissement notable, identifié « une règle de conflit cachée » en faveur de la loi d'origine par l'effet des libertés de circulation[627], se serait imposée une majorité de voix pour concevoir l'influence des libertés communautaires sur les conflits de lois sous la forme d'une « exception » portant exclusivement sur le *contenu* du droit matériel applicable [628] . Son fonctionnement serait similaire en droit international privé à

[625] J.-S. Bergé, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », in J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles : Bruylant, 2003, pp. 206-33, p. 212.

[626] A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 204 : « Perhaps the most useful approach is to view private international law and the country of origin principle as separate stages in the determination of the applicable law. After choice of law rules have selected the applicable law, the country of origin principle operates in a separate 'second stage' to affect the application or modify the content of the applicable law. […] Under this approach, the country or origin principle may prevent a state from applying the law which would normally be selected by its choice of law rules. This suggests that there might be an important analogy between the country of origin principle and the idea of an analogy between the country of origin principle and the idea of a Europeanised public policy ». Voir aussi note 465 : « The test for equivalence or proportionality […] must be applied between the law selected by the forum choice of law rules and the law selected by the choice of law rules of the country or origin […]. It would thus be extremely difficult to express the country of origin principle as a choice of law rule in its own right ».

[627] L'article plus commenté par la doctrine française est celui de L. G. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Revue critique de droit international privé*, 1993, pp. 401-424.

[628] H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », préc., nº 156 : « la doctrine européenne tend majoritairement à délaisser la thèse maximaliste de l'applicabilité — systématique ou au choix du fournisseur — de la loi d'origine à tous les aspects des activités économiques transfrontières, en faveur de l'idée selon laquelle l'entrave aux libertés communautaires serait plutôt à rechercher dans le droit substantiel mis en œuvre par application des règles de conflit du for — généralement celles du pays d'accueil — qui serait à comparer in concreto et point par point avec les exigences de la loi d'origine ». Voir aussi M. Fallon, « Les conflits de lois… », préc., nº 78 : « le contrôle de proportionnalité conduit à consulter le contenu matériel de diverses lois en présence, à des fins de comparaison, pour servir une politique déterminée de droit matériel ».

l'exception d'ordre public[629], par le biais de laquelle peut être écartée l'application de la loi étrangère lorsque son *contenu* est manifestement choquant au regard des valeurs du for[630]. En outre, l'exception de reconnaissance mutuelle se caractériserait, comme celle d'ordre public, par le fait qu'elle « *peut se définir le cas échéant par ses modalités d'intervention mais ne se laisse jamais qu'imparfaitement saisir par son contenu* »[631]. C'est pourquoi Mme Muir Watt est amenée à conclure que « *l'analyse théorique des modes d'interférence des libertés économiques sur les conflits de lois importe bien moins que le point de savoir dans quels cas le droit substantiel applicable en vertu des règles de conflit du for saisi doit être disqualifié comme restrictif des libertés économiques* »[632].

499. Une partie considérable de la doctrine de droit international privé se rallie à cette compréhension. Le droit international privé ne serait qu'indirectement concerné par les libertés de circulation, l'expansion de celles-ci se traduisant dans une simple exception portant sur le contenu du droit normalement applicable. En outre, la nature des règles de droit privé les rendrait généralement inaptes à entraver la circulation intracommunautaire. Paradoxalement, cette position laisse le droit des conflits de lois dans la triste position du simple spectateur, assistant impuissant au télescopage entre libertés communautaires et le droit des États membres. Le prix de l'immunité du droit des conflits de lois face aux libertés communautaires serait sa perte d'importance dans l'ensemble du droit, son exclusion d'un des grands débats juridiques d'aujourd'hui[633].

2. La thèse de la règle de conflit « cachée »

500. En opposition à la thèse précédente un avis est relativement répandu selon lequel les règles de conflit des Etats membres peuvent constituer un obstacle à la circulation. Le législateur communautaire estime dans ce sens que les libertés de circulation exigent des règles de conflit claires et d'application prévisible – elles seraient une condition indispensable pour garantir le « bon fonctionnement du marché intérieur ». Il est dit par exemple dans le préambule au Règlement Rome I harmonisant les règles de conflits de lois en matière contractuelle :

> *Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des*

[629] M. Audit, « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *Journal de Droit International* 2006, pp. 1333-1363, nº 38.

[630] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., nº 199 et s.

[631] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., t. I, nº 470.

[632] H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », préc., nº 156 (nous soulignons).

[633] R. Michaels, « EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory », (2006) 2 *Journal of Private International Law*, pp. 195-242.

> *jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite*[634].

501. Savatier semblait déjà apercevoir une telle exigence dans les libertés de circulation. Comme il l'écrit en 1959 :

> *Dire qu'une marchandise circule librement n'a aucun sens utile si cela ne signifie pas que les droits de celui qui la fait circuler seront reconnus, sans altération, dans le pays où elle accède. […] Ainsi la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux inclut un appel inévitable à une règle favorable de conflits de lois, celle qui, dans les rapports internationaux, respectera, sur les marchandises, les services, les capitaux circulant de pays à pays, toute la plénitude des droits qui s'exerçaient initialement sur eux*[635].

502. La doctrine se fait régulièrement écho de cette idée apparemment élémentaire, la liant souvent au paradigme du marché des droits, qui aurait ainsi été consacré au sein de l'Union par le biais des libertés de circulation. M. Garcimartín Alférez écrit, par exemple, qu'un système entérinant la diversité législative, lequel présente certes des avantages, ne peut pourtant opérer correctement sans des « *règles communes* » qui garantiraient « *une libre concurrence entre les législateurs nationaux* »[636]. Des telles règles communes seraient, naturellement, des règles de conflit appropriées[637].

503. A partir du début des années 1990, certains auteurs ont estimé que l'exigence de règles de conflit prévisibles et favorables aux échanges intracommunautaires, dérivée des libertés de circulation, ne s'adressait pas seulement au législateur mais aussi au juge communautaire. Ainsi, l'intervention législative ne serait pas indispensable pour identifier de telles règles de conflit, puisqu'elles dériveraient immédiatement des libertés de circulation. Il est peu surprenant que cette interprétation ait surgi au même moment où la Cour a décidé d'étendre le champ d'application des libertés de circulation pour

---

[634] Règlement (CE) Nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), 6ème considérant. Nous trouvons exactement le même paragraphe dans le préambule du Règlement Rome II : 6ème considérant, Règlement (CE) Nº 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»).

[635] R. Savatier, « Le Marché commun au regard du droit international privé », *Revue critique de droit international privé*, 1959, pp. 237-258, p. 253 (nous soulignons).

[636] F.J. Garcimartín Alférez, « Harmonization, State of Origin or State of Destination: an Outline of the EU Legislator's Dilemma from an Economic Standpoint », in *Conflits de lois et régulation économique*, préc., pp. 253-260, p. 254 : « Where legal diversity is the option, the coordination of the different legal systems must be centralized […] legal diversity has several advantages, but it cannot work without a set of common rules that ensure *the free and fair competition among national legislators* ».

[637] Sur le lien entre les règles de droit international privé et le paradigme du marché des droits, voir généralement H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », préc.

englober toute mesure constituant de fait un obstacle au commerce intracommunautaire[638].

504. Ainsi, de l'avis d'une partie considérable de la doctrine, les exigences du marché commun imposeraient des règles de conflit particulières. Les dispositions du TFUE sur les libertés de circulation, nous disent les auteurs, « *commandent de disqualifier toute disposition nationale dont l'application aurait pour effet de rendre la circulation sur le marché intérieur d'un produit ou d'un service plus contraignante que sur le marché interne* ». Emergerait ainsi une « *répartition territoriale de compétences* », une sorte de « *règle de conflit cachée* »[639], justifiée par « *le maintien de l'avantage concurrentiel des produits et services circulant sur le marché intérieur* »[640].

505. Il est ainsi entendu que certaines règles de conflit font obstacle à la construction du marché commun, en coordonnant les différentes règlementations des Etats membres d'une manière inapte à garantir la circulation intracommunautaire. Les règles de conflit doivent désormais prendre en compte leur dimension économique, en facilitant les échanges dans la mesure du possible[641].

---

[638] Voir *supra*, nº 801 et s.

[639] En réalité, l'expression règle « cachée » n'a aucun sens, c'est une pure banalité. Un auteur, souligne que, vu le « lien indéfectible qui unit la règle à sa source », « la notion de « règle cachée » est une parfaite incongruité : à partir du moment où l'adhésion au système démocratique, même empreint de toute la relativité que rendent nécessaires les modalités pratiques de sa concrétisation, oblige à considérer que le traité CE ne tire sa valeur normative que de la volonté des peuples qui ont autorisé sa ratification, il est radicalement impossible d'admettre qu'il contiendrait des règles que la clairvoyance des plus perspicaces des professeurs de droit n'a permis de discerner que plusieurs décennies après leur adoption prétendue », V. Heuzé, « De la compétence de la loi… », préc., p. 394. Pourtant, ce n'est pas véritablement pour les raisons offertes par cet auteur, puisqu'elles amèneraient à rejeter la possibilité même d'une interprétation évolutive et adaptative du droit (comme celle par exemple qui a caractérisé le développement du droit de la responsabilité extracontractuelle ou bien d'autres exemples connus). Le terme « caché » ne cherche qu'à souligner que l'interprétation des libertés de circulation préconisée ne se dégage pas de la teneur littérale des dispositions du Traité (et donc discréditer une telle interprétation). Il faudrait donc rapprocher ce terme de celui de compétence « implicite », qui devrait plutôt être traduit de l'anglais « implied powers » comme compétence « impliquée » (E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, vol. 294, p. 59). M. Bergé a ainsi bien raison de se moquer de l'expression en parlant à ce propos d'un droit international privé « fantasmagorique » (J.-S. Bergé, « L'avenir communautaire… », préc., p. 212).

[640] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., t. I, nº 534.

[641] M. Audit, « Régulation du marché intérieur… », préc., nº 64 et 66 : « On ne retrouve dans le principe de la loi du pays d'origine aucun des soubassements théoriques véhiculés par les grandes théories qui se sont succédées en matières de règles de conflit de lois ». Selon cet auteur, la loi du pays d'origine « introduit, en réalité, une donnée nouvelle au regard de la théorie générale du droit international privé, en ce qu'elle fonde une règle de conflit de lois sur une logique purement économique. Il ne s'agit pas ici de recherche le siège du rapport de droit, et moins encore de respecter les souverainetés nationales, mais de faciliter la régulation du marché intérieur ».

506. Malgré l'intuition relativement partagée selon laquelle les libertés de circulation imposeraient un régime de droit des conflits de lois, les avis sont plus divers quant au régime concret qui devrait émerger. Comme il serait possible de le constater à la lecture de la jurisprudence, les libertés de circulation, de l'avis de M. Radicati di Brozolo et d'autres auteurs, opéreraient comme des véritables règles de conflit pour désigner comme applicable la loi de l'Etat d'origine de la marchandise, service, établissement ou capital. Des libertés de circulation dériveraient des règles de conflit qui rendraient « *systématiquement applicable la loi du pays d'origine aux rapports intracommunautaires* »[642]. L'applicabilité du droit du pays d'accueil serait ainsi « *écartée au nom de l'intangibilité du droit – celui d'accéder au marché – conféré par la loi d'origine* »[643]. M. Fallon précise néanmoins que la règle de conflit devrait prendre la forme d'une règle alternative, désignant comme applicable entre la loi du pays d'origine et la loi du pays d'accueil celle qui soit plus favorable à la circulation, donc plus libérale[644]. Parfois la règle de conflit identifiée par la doctrine se résumerait en une simple exigence de non-duplication, de sorte l'application de la loi du pays d'accueil ne serait écartée que lorsqu'elle s'avèrerait surabondante par rapport à celle du pays d'origine. Cela entrainerait « *une comparaison des lois en présence, au point que si la loi d'origine est aussi protectrice que la loi d'accueil, l'application de cette dernière serait inutile et contraire aux objectifs du Traité* »[645].

507. En tout cas, l'idée selon laquelle il serait possible d'identifier des véritables règles de conflit dans les libertés de circulation a joui d'un retentissement notable, auprès même du législateur communautaire[646]. Ainsi, nous retrouvons souvent l'idée que des libertés de circulation émergerait un principe du pays d'origine que l'on saurait traduire en une règle de conflit désignant comme applicable la loi de ce pays[647].

---

[642] L. G. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois… », préc., p. 408.

[643] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., t. I, nº 582.

[644] M. Fallon, « Les conflits de lois… », préc., nº 119 et s.

[645] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., t. I, nº 566.

[646] Voir la Proposition de Directive du 13 janvier 2004 relative aux services dans le marché intérieur. En réponse aux protestations sociales auxquelles cette proposition a donné lieu, la Directive ayant finalement été adoptée ne contient pourtant plus de référence explicite au principe du pays d'origine (Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006). Notons néanmoins que l'article 16(1) de la Directive actuellement en vigueur impose aux Etats membres, dans le respect de la liberté de prestation de services, de ne pas « subordonner l'accès à une activité de service ou son exercice sur leur territoire à des exigences qui ne satisfont pas » aux principes de nécessité et proportionnalité.

[647] Voir les précisions quant à la signification de l'expression la « loi du pays d'origine » de M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine…*, préc., nº 5-8. Selon l'auteur, « l'expression de « loi du pays d'origine » correspond plutôt à un ensemble de techniques permettant ou facilitant la circulation des relations juridiques au sein de l'espace européen ». Ces techniques « permettent en effet d'imposer, à certaines conditions, aux autorités nationales de l'Etat d'accueil, une référence à une norme de l'Etat de provenance, ou à une situations juridique concrétisée dans cet ordre juridique ». L'auteur identifie trois déclinaisons principales : 1) le

508. Somme toute, une position doctrinale émerge, estimant que le marché commun exigerait des règles de conflit claires et communes, de sorte à permettre la circulation sans obstacles entre les Etats membres. Les libertés de circulation s'identifieraient à des véritables règles, permettant aux particuliers d'y adapter leurs comportements.

B. La réfutation des thèses

509. Comme l'étude des décisions de la Cour de justice le révèle, l'impact des libertés de circulation sur les règles de conflit des Etats membres est indéniablement direct : la Cour examine directement la justification des règles de conflit et généralement du champ d'application territorial des règlementations étatiques. Dès lors, la dichotomie règle conflictuelle-règle substantielle, bien qu'essentielle dans la dogmatique du droit des conflits de lois, s'avère inutile pour comprendre l'articulation des libertés de circulation (1).

510. La constatation de cet impact direct semblerait nous amener à nous rallier à la thèse « maximaliste », qui identifie dans les libertés de circulation des véritables règles de conflit. Nous montrerons, pourtant, que la nature du principe de proportionnalité développé par la Cour de justice y fait obstacle. Ce principe étant de nature technique, il n'est pas susceptible d'une application syllogistique, mais purement concrète. La notion même de règle de conflit s'avère ainsi pareillement inutile dans la compréhension des libertés de circulation (2).

1. La réalité de l'application du principe de proportionnalité au champ d'application territorial des réglementations étatiques

511. Malgré l'apparente indifférence des libertés communautaires de circulation à l'égard des normes définissant le champ d'application du droit interne, les premières ont en réalité une influence directe sur les secondes. Nous contestons donc la prétendue indifférence du droit international privé à l'égard des libertés de circulation. L'influence des ces dernières peut facilement être perçue à l'étude de la jurisprudence. En effet, au stade de l'examen des justifications apportées par les Etats membres dans le cadre du principe de proportionnalité au soutien d'une mesure constitutive d'une entrave à la circulation, est souvent examinée la raison d'être de son champ d'application territorial.

512. Nous nous appuierons sur la jurisprudence de deux juridictions différentes, afin de mieux illustrer nos propos. Nous examinerons tout d'abord un exemple tiré de la jurisprudence de la CEDH, l'arrêt *Wagner* (a), pour après se pencher sur l'analyse de plusieurs arrêts de la Cour de justice où est examinée la justification de mesures étatiques

principe de reconnaissance mutuelle ; 2) le principe du contrôle par l'Etat d'origine (le « home country control ») ; et 3) le principe du pays d'origine, présent principalement dans le droit dérivé.

du point de vue de leur champ d'application territorial (b). Cette analyse nous permettra de conclure que la dichotomie substantiel-conflictuel s'avère inutile pour comprendre l'impact des libertés de circulation sur les règles de conflit étatiques.

a. L'exemple de la jurisprudence de la CEDH : l'arrêt Wagner

513. La thèse que nous critiquons, caractérisant l'intervention des libertés de circulation du point de vue du droit international privé comme une simple « exception » qui ne porterait que sur le contenu des réglementations impliquées, se fonde principalement sur des arguments de type logique, au lieu de se fonder sur une analyse concrète de la jurisprudence communautaire ou plus généralement du droit positif de l'Union. Cette thèse se veut logique, car fondée sur la « structure » du droit des conflits de lois : une restriction aux libertés fondamentales ne saurait dériver que du droit substantiel interne, puisque seul celui-ci impose des restrictions et des obligations aux opérateurs économiques. Au contraire, les règles de conflit ou les normes définissant unilatéralement le champ d'application territorial des réglementations étatiques sont dépourvues de substance, de sorte qu'elles ne sauraient par elles-mêmes contribuer à empêcher ou au contraire à faciliter le commerce entre les Etats membres.

514. Par conséquent, cette thèse devrait pouvoir être vérifiée à l'étude de la jurisprudence de n'importe quelle juridiction appliquant des droits fondamentaux. La CEDH nous offre un tel exemple. Pourtant, comme nous le verrons par la suite, son arrêt *Wagner* [648] montrerait en réalité que les droits fondamentaux peuvent remettre directement en cause le champ d'application territorial d'une réglementation étatique, indépendamment de sa substance sur le fond.

515. Dans cet arrêt, était en cause le refus de reconnaissance par les autorités luxembourgeoises d'une adoption plénière prononcée au Pérou au profit d'une citoyenne luxembourgeoise. Cette mesure était en conformité avec les règles de conflit luxembourgeoises en matière d'adoption, qui désignaient comme applicable la loi luxembourgeoise, loi interdisant l'adoption plénière aux femmes célibataires. La Cour strasbourgeoise a conclu que les autorités luxembourgeoises violaient par ce refus de reconnaissance le droit au respect de la vie familiale, ouvrant ainsi la voie à l'examen de la proportionnalité des mesures.

516. L'interprétation de cet arrêt est particulièrement délicate car la discussion semble porter sur la réglementation applicable au fond, nous invitant à penser que la Cour serait en train de déduire un droit fondamental à l'adoption de l'article 8 de la Convention

[648] CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 Juin 2007, req. 76240/01.

européenne des droits de l'homme[649]. Plusieurs éléments semblent aller dans ce sens. En effet, la Cour fonde l'application de l'article 8 sur les liens familiaux tissés « *de facto* » entre les requérantes[650]. Elle concède qu'elle ne souhaite point se substituer aux autorités nationales parce qu'il s'agit de la réglementation d'adoption d'enfants[651]. Elle remarque que la possibilité d'adoption par les femmes célibataires est à un stade avancé d'harmonisation[652], argument qui normalement préluderait la proclamation d'un droit fondamental. La tentation serait donc grande de mépriser l'apport de cet arrêt au droit international privé, et de considérer les mentions aux règles de conflit luxembourgeoises comme une simple confusion de la part de la Cour.

517. Or, cette interprétation est insoutenable. La condamnation finale de Luxembourg ne remet point en cause la législation luxembourgeoise sur l'adoption, et notamment l'interdiction d'adoption plénière pour les femmes célibataires. Ce ne pourrait pas être le cas, tout simplement puisqu'aucun droit fondamental à l'adoption n'a jamais été consacré par la CEDH[653]. Ce serait donc absurde de le faire pour les seules femmes célibataires. La Cour elle-même affirme que la violation de l'article 8 de la Convention résulte de l'application de la règle de conflit luxembourgeoise en matière d'adoption, et non pas de la disposition de fond en elle-même, interdisant l'adoption aux femmes célibataires[654].

518. On constate également que les arguments présentés par le gouvernement luxembourgeois se concentrent principalement sur la défense du régime luxembourgeois de droit international privé. C'est en effet un vieux argument de conflits de lois qui est invoqué, le vice de circularité de la théorie des droits acquis : « *dans la mesure où aucune vie de famille ne préexistait à la demande en adoption de l'enfant, faite en contrariété avec l'ordre public luxembourgeois, il ne pesait sur l'Etat aucune obligation positive de protéger la création d'un lien de famille avant même que celui-ci n'ait pu être reconnu* ». De plus, les règles de conflit luxembourgeoises servent à prévenir que les particuliers citoyens luxembourgeois puissent contourner les dispositions impératives du droit national, fonction que l'article 8 ne saurait pas compromettre[655]. Tout de même, le

[649] L'article 8 définit le droit au respect « de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Ce droit est toutefois sujet à des restrictions « prévues par la loi » et « nécessaires, dans une société démocratique ».

[650] CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 Juin 2007, req. 76240/01, para. 117.

[651] *Ibid.*, para. 128.

[652] *Ibid.*, para. 129.

[653] Comme le rappelle la Cour, *ibid.*, para. 121.

[654] *Ibid.*, para. 133.

[655] *Ibid.*, para. 116 : « l'article 8 ne saurait ouvrir la possibilité de frauder la législation d'un pays en imposant de facto la protection d'une vie familiale avant que l'Etat en question n'ait pu se prononcer de jure sur la reconnaissance d'un lien de famille en conformité avec sa législation nationale ».

gouvernement luxembourgeois s'aventure aussi, bien que très timidement, à défendre son interdiction d'adoption plénière par les femmes célibataires, en invoquant l'intérêt supérieur de l'enfant, qui militerait en faveur d'une telle restriction[656]. Cette timidité s'explique peut-être par le fait que le gouvernement luxembourgeois ne jugeait guère en cause ses dispositions de droit matériel sur l'adoption.

519. Les justifications du refus de reconnaissance de la décision péruvienne sont donc mélangées. L'arrêt *Wagner* se montre aussi particulièrement symptomatique des difficultés, voire la confusion, pour identifier le véritable objet du contrôle du juge, lorsqu'il implique des considérations tenant au champ d'application dans l'espace de la règlementation en cause. En effet, l'appréciation de la Cour reflète cette ambigüité : bien qu'elle se limite à condamner l'application des règles de conflit luxembourgeoises, elle ne peut pas éviter de s'engager, dans une certaine mesure, dans un débat de fond sur la réglementation de l'adoption.

520. En tout cas, l'arrêt *Wagner* illustre parfaitement dément la thèse selon laquelle les règles de conflit ne seraient pas affectées par les droits fondamentaux parce qu'une restriction à un droit fondamental ne peut pas se constituer avant l'application du droit matériel.

b. La jurisprudence de la CJUE

521. L'exemple de l'arrêt *Wagner* montre que l'exclusion des considérations de droit international privé ne peut pas se fonder sur un argument de type logique. Or, nous montrerons par la suite, à l'aide d'une étude de quelques décisions de la Cour de justice, que l'argument ne rend pas compte non plus de la jurisprudence communautaire d'un point de vue positif.

522. En effet, si, comme le suggèrent certains auteurs, les libertés communautaires affectent seulement les dispositions matérielles du droit national applicable, il faudrait s'attendre à ce que l'analyse de la proportionnalité desdites dispositions ne porte que sur leur *contenu*. Il s'ensuivrait aussi que les arguments présentés devant le juge pour justifier une mesure nationale chercheront à justifier un tel *contenu*. Au contraire, des considérations de justice conflictuelle ou sur la portée territoriale des dispositions incriminées resteront hors du débat. En conséquence, la réponse à la question de si le droit des conflits de lois est ou non concerné par les libertés communautaires doit plutôt ressortir de l'examen que le juge communautaire conduit au cas par cas, et notamment par la nature des arguments qui passent par le crible du contrôle de proportionnalité.

[656] *Ibid*., para 115 : « le législateur aurait érigé des limites à l'adoption plénière, afin que celle-ci, emportant une césure définitive avec la famille d'origine de l'adopté et une entrée pleine et entière dans la nouvelle famille, ne porte pas préjudice à l'enfant adopté, ni d'ailleurs aux enfants (éventuels) de la famille adoptante ».

523. Pourtant, nous constaterons qu'au stade de l'examen de la proportionnalité d'une mesure étatique en entrave à la circulation sont soulevés des arguments justificatifs concernant son champ d'application territorial, et donc indépendants de la substance de la règlementation. La Cour de justice applique le principe de proportionnalité directement à des règles de conflit étatiques. Il suffit de parcourir la jurisprudence de manière sommaire pour s'en convaincre. En conséquence, il est impossible de soutenir qu'il n'existe pas de contact direct entre les libertés de circulation et le droit international privé.

524. Prenons tout d'abord l'arrêt *Alpine Investments*. Était en jeu l'interdiction aux établissements hollandais de pratiquer la technique de commercialisation dite du « cold calling », consistant à prendre contact par téléphone avec des clients potentiels se trouvant dans un autre État membre sans leur consentement préalable. L'entrave à la libre prestation de services résultait du caractère restrictif de la mesure, puisqu'elle privait « *les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres États membres* »[657], de sorte que se trouve conditionné « *directement l'accès au marché des services dans les autres États membres* »[658].

525. Afin de sauver l'interdiction, le gouvernement hollandais est amené à apporter des arguments qui justifieraient une telle entrave. La mesure prohibitive viserait, allègue-t-il, à « *sauvegarder la réputation des marchés financiers néerlandais et, d'autre part, à protéger le public investisseur* »[659]. L'invocation de ces objectifs peut prêter à des confusions. Ils sont certes de nature substantielle, et non pas conflictuelle. Or, ceci ne signifie point que ces raisons ne puissent servir qu'à justifier le *contenu* de la loi hollandaise. L'effectivité de la réglementation du « cold calling », dans la poursuite de ces objectifs dépend non seulement de son contenu mais aussi de sa portée territoriale. Comme la Cour elle-même le reconnaît : « *s'il est vrai que la protection des consommateurs sur le territoire des autres États membres n'incombe pas, en tant que telle, aux autorités néerlandaises, il n'en reste pas moins que la nature et l'étendue de cette protection a une incidence directe sur la bonne réputation des services financiers néerlandais* »[660].

526. En effet, lors de l'examen de la nécessité de l'interdiction hollandaise, ces deux aspects, le contenu et la portée extraterritoriale, sont analysés séparément. Par rapport à la substance de l'interdiction, l'entreprise Alpine Investments BV soulève que l'interdiction

[657] CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, *Rec.* p. I-01141, para. 28.

[658] *Ibid.*, para. 38.

[659] *Ibid.*, para. 41.

[660] *Ibid.*, para. 43 (nous soulignons).

est disproportionnée car trop générale[661], et que d'autres moyens moins restrictifs sont aussi aptes à protéger les consommateurs, notamment l'imposition d'un enregistrement obligatoire par les sociétés de courtage de leurs appels téléphoniques non sollicités[662]. En revanche, concernant la portée extraterritoriale de l'interdiction, elle soutient que la mesure n'est pas nécessaire car le contrôle exercé par l'État membre du destinataire suffit à garantir une protection adéquate.

527. L'entreprise Alpine Investments BV remettait donc en cause la proportionnalité de la mesure entravant sa liberté de prestation de services, autant du point de vue de da substance que de sa portée territoriale. Pour la sauver, le gouvernement hollandais était donc contraint de faire face aux deux volets de l'argument. L'interdiction aurait été déclarée disproportionnée si la Cour considérait que l'imposition d'un enregistrement obligatoire était une mesure aussi apte à réaliser les objectifs visés par l'interdiction de « cold calling », même si elle trouvait au même temps que sa portée extraterritoriale était justifiée. À l'inverse, la Cour aurait également donné la raison à l'entreprise si la portée extraterritoriale de la mesure restrictive lui semblait excessive, sans que pourtant elle soit convaincue par les arguments sur l'inutilité d'une interdiction générale. Et c'est précisément parce que la Cour a jugé que et sa substance et son champ d'application territorial étaient pleinement justifiés que le gouvernement hollandais a obtenu à la fin gain de cause.

528. L'arrêt *Alpine Investments* ne s'accommode donc pas de la thèse qui conçoit les libertés de circulation comme une exception portant exclusivement sur le contenu du droit substantiel étatique. L'examen de la proportionnalité montre qu'elle est fausse puisque le juge a été amené à aborder la justification de la mesure d'un point de vue substantiel et d'un point de vue territorial.

529. Prenons un autre exemple, de nouveau à propos de la circulation des services, mais cette fois-ci dans le domaine des jeux de hasard, dont la régulation par les États membres a donné lieu à un contentieux interminable devant la CJUE[663]. Dans l'affaire *Liga Portuguesa*, Bwin, entreprise de jeux en ligne ne possédant aucun établissement au Portugal, a été infligée une amende considérable en raison d'avoir violé, en offrant des paris sur internet accessibles depuis le territoire portugais, la règlementation concédant à Santa Casa, personne morale d'utilité publique administrative, le monopole des loteries et jeux de hasard. Après avoir jugé que ce régime était constitutif d'une entrave à la liberté de prestation de services de l'entreprise Bwin, les autorités portugaises ont cherché à se

[661] *Ibid.*, para. 52.

[662] *Ibid.*, para. 50.

[663] N. O'Connor, « The Road to Nowhere - European Gambling Law from Schindler to Bwin Liga and Beyond », bettingmarket.com 2009, disponible sur : http://www.bettingmarket.com/eurolaw222428.htm.

justifier par un double canal. Le but unique du régime étant de lutter contre la criminalité et fraudes qui sont souvent liées aux jeux de hasard[664], elles ont avancé d'abord que l'octroi de droits exclusifs à une seule entité serait le seul moyen apte à « *garantir le fonctionnement d'un système contrôlé et sûr* »[665]. Deuxièmement, concernant la portée extraterritoriale de la régulation, le Portugal a invoqué les difficultés pour contrôler les activités des opérateurs établis à l'étranger, ce qui justifierait qu'il ne se remette pas au contrôle des autorités compétences de l'États membre du lieu d'établissement de Bwin[666]. De nouveau, partant d'un but unique (ici, la lutte contre la criminalité associé aux jeux de hasard), l'État membre défendeur se voit contraint de justifier la substance du régime (un régime de droits exclusifs en faveur d'un seul opérateur) ainsi que sa portée territoriale (couvrant les opérateurs établis dans d'autres États membres, offrant leurs services par internet).

530. Ce schéma est aussi applicable lorsque la CJUE ne se montre pas aussi généreuse dans l'appréciation de la proportionnalité de la mesure en cause, à la différence des deux derniers arrêts analysés. Ceci a été par exemple le cas dans l'arrêt *Vander Elst*. Les faits étaient les suivants : une entreprise établie en Belgique, détachant ses travailleurs temporairement en France, comptait parmi la force détachée des ressortissants des pays tiers. L'inspection de travail française exigeait que ces travailleurs obtiennent des autorisations de travail délivrées par les autorités françaises correspondantes, indépendamment du fait qu'ils résidaient et travaillaient légalement en Belgique. La CJUE, ayant déterminé que cette exigence constituait une restriction à la liberté de prestation de services de l'entreprise belge, a considéré ensuite que la restriction était disproportionnée car la France – à la différence des Pays-Bas dans l'arrêt *Alpine Investments* – n'avait pas d'intérêt réel à imposer un tel contrôle de la part de ses autorités. En effet, bien que la mesure en cause « *vise à régler l'accès des travailleurs des pays tiers au marché de l'emploi français* »[667], les travailleurs détachés « *ne prétendent aucunement accéder au marché de l'emploi de ce second État, dès lors qu'ils retournent dans leur pays d'origine ou de résidence après l'accomplissement de leur mission* »[668]. Ce n'est pas donc à cause de sa substance que la mesure française est disproportionnée ; c'est au contraire sa portée extraterritoriale qui est problématique aux yeux de la Cour, puisque ses effets éventuels ne se feront sentir que sur le marché de l'emploi belge. En

[664] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 62.

[665] *Ibid.*, para. 65.

[666] *Ibid.*, para. 68.

[667] CJCE, 9 août 1994, *Raymond Vander Elst c. Office des migrations internationales*, aff. C-43/93, *Rec*. p. I-03803, para. 20.

[668] *Ibid.*, para. 21.

conséquence, on pourrait peut-être imaginer, comme le fait M. Betlem[669], que si dans l'arrêt *Alpine Investments* le gouvernement néerlandais avait soutenu que la raison d'être de la législation interdisant la pratique du « *cold calling* » était la défense des consommateurs, au lieu de la protection de la réputation des services financiers aux Pays-Bas, la Cour aurait probablement déclaré que l'extension extraterritoriale de la mesure était disproportionnée[670].

531. Un autre exemple est offert par l'arrêt *Gouda*[671]. Etait en cause la législation hollandaise relative aux entreprises de radiodiffusion, dont la préoccupation principale était de garantir le pluralisme dans le secteur audiovisuel. Particulièrement contestable, estime la Cour, était la prétention de ladite loi de réguler aussi les entreprises établies à l'étranger qui viserait le public néerlandais. Cette prétention est jugée inacceptable, car, nous dit-elle, « *[p]our garantir le pluralisme qu'il souhaite maintenir, le gouvernement néerlandais peut fort bien se borner à élaborer le statut de ses propres organismes de manière appropriée* »[672]. Il faut donc conclure que l'objectif de la législation n'est point menacé par la concurrence des opérateurs étrangers, rendant ainsi les efforts hollandais de régulation extraterritoriale injustifiables.

532. Dans toutes ces décisions, la stratégie des Etats défendeurs a été de défendre la proportionnalité de la portée territoriale des règlementations en cause en adoptant le point de vue de l'unilatéralisme. En effet, le champ d'application dans l'espace de la règle dérive du but poursuivi par les autorités l'ayant adopté. La règle de conflit ne possède donc pas de finalité autonome par rapport au droit substantiel. Tel serait pourtant le cas des règles de conflit bilatérales, lesquelles définissent le champ d'application de toutes les lois potentiellement applicables en fonction d'objectifs de nature conflictuelle. Et bien que l'unilatéralisme imprègne plus communément les arguments devant la Cour de justice, nous trouvons également des affaires où des objectifs de nature proprement conflictuelle ont été invoqués.

533. L'arrêt *Grunkin-Paul* nous fournit probablement le meilleur exemple. Etait en cause le refus allemand de reconnaître le nom attribué à un enfant de nationalité allemande, tel qu'il avait été déterminé et enregistré par les autorités danoises en

[669] G. Betlem, « Cross-Border Private Enforcement of Community Law », in J.A.E. Vervaele et al. (éds.), *Compliance and Enforcement of European Community Law*, La Haye : Kluwer Law International, 1999, pp. 391-418.

[670] Voir les conclusions jointes de l'AG Jacobs dans les affaires *Leifer* (CJCE, 17 octobre 1995, *Procédure pénale c. Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, aff. C-83/94, *Rec*. p. I-03231) et *Werner* (CJCE, 17 octobre 1995, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-70/94, *Rec*. p. I-03189).

[671] CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007.

[672] *Ibid.*, para. 24.

application de la loi danoise. Cette mesure, estimait la Cour, violait la liberté de circulation de l'enfant, puisque la « *diversité de noms de famille est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre tant professionnel que privé* »[673]. A l'appui de son refus, le premier argument présenté par le gouvernement allemand est bien connu de tous les internationalistes[674] : le rattachement du statut personnel à la nationalité « *vise à garantir que le nom d'une personne puisse être déterminé de manière continue et stable* »[675]. On cherchait ainsi à justifier la règle de conflit bilatérale désignant comme applicable la loi de la nationalité. Or, l'argument suivant concerne plutôt la réglementation allemande de fond des noms patronymiques : la possibilité d'attribuer des noms combinés, comme l'avaient pourtant fait les autorités danoises, doit être limitée « *pour des raisons d'ordre pratique* »[676]. On peut donc constater comment dans l'arrêt *Grunkin Paul* étaient simultanément en cause deux dispositions, dont le but ne serait pas le même : la règle de conflit bilatérale désignant comme applicable la loi de la nationalité (justifiée par l'objectif visant à garantir la stabilité du statut personnel), et la loi allemande sur l'attribution des noms (peu favorable aux noms doubles pour des raisons pratiques).

534. L'arrêt *Boukhalfa*[677] semble confirmer définitivement notre interprétation. La seule question posée devant la CJUE était celle de savoir si une ressortissante belge, Mme Boukhalfa, pouvait se prévaloir du principe de non-discrimination, en tant que employée de l'ambassade allemande en Algérie. Parmi la batterie d'arguments présentés au soutien de la non-applicabilité du droit communautaire, le gouvernement allemand argua que le droit applicable aux conditions du contrat de travail était le droit algérien. La CJUE a rejeté cet argument sans hésitation : « *si le droit algérien détermine les conditions de travail de Mme Boukhalfa, c'est par application de l'article 33 du GAD [loi allemande relative au personnel employé par le ministère des Affaires étrangères], dont la compatibilité avec le droit communautaire est précisément contestée dans le cadre du litige au principal* »[678]. La Cour confirme ainsi que les règles de conflit sont tout aussi redevables des principes fondamentaux du droit communautaire que les réglementations applicables au fond.

---

[673] CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec.* p. I-07639, para. 23.

[674] Voir p.ex. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., nº 509.

[675] CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec.* p. I-07639, para. 32.

[676] *Ibid.*, para. 35 : « Le législateur allemand aurait pris des dispositions afin que la génération suivante ne soit pas contrainte de renoncer à une partie du nom familial. Ce qu'une génération gagnerait en liberté si les noms doubles étaient admis, la génération suivante le perdrait ».

[677] CJCE, 30 avril 1996, *Ingrid Boukhalfa c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-214/94, *Rec*. p. I-02253.

[678] *Ibid.*, para. 19.

535. La leçon à tirer de tous ces arrêts est la même. Les libertés de circulation ne mettent pas seulement en cause le contenu des règlementations étatiques. Leur champ d'application territorial, qu'il soit déterminé à l'aide d'une règle de conflit bilatérale ou au contraire par le biais d'une méthodologie unilatéraliste, s'en trouve aussi directement affecté. Il est donc erroné de prétendre caractériser l'intervention des libertés de circulation comme celle d'une exception qui ne concernerait que le contenu du droit substantiel applicable.

536. Ayant constaté l'impact direct de la libre circulation sur les règles de conflit, nous serions tentés de nous rallier à ceux qui croient pouvoir identifier dans les libertés économiques de l'Union une véritable réglementation du droit des conflits de lois. Par la suite, nous constaterons pourtant qu'elles ne sauraient être conçues de la sorte.

2. L'impossibilité d'interpréter les libertés de circulation comme des règles de conflit

537. Malgré nos constatations précédentes, il n'est pas non plus possible de concevoir les libertés de circulation comme des règles de conflit, car le principe de proportionnalité serait radicalement incompatible avec ce mécanisme qui dépend de la possibilité d'une règle abstraite.

538. La critique que nous allons développer des interprétations qui identifient une véritable réglementation de droit des conflits de lois dans les libertés de circulation ne se fonde pas sur des considérations matérielles. Autrement dit, nous laisserons de côté les discussions qui portent sur le contenu concret des règles de conflit « cachées » dans les Traités. Ainsi, nous ignorerons par exemple la difficulté considérable à identifier le pays d'« origine »[679] ainsi que le refus explicite par la Cour de justice d'identifier un « principe du pays d'origine » comme principe établi par le Traité[680]. La critique qui suit se concentre exclusivement sur des aspects *formels* des interprétations que nous venons de présenter : les libertés de circulation, peuvent-elles prendre la *forme* d'une règle de conflit, voire d'une règle tout court ?

539. Nous connaissons déjà la réponse. Comme il a été montré auparavant, la forme de raisonnement que suppose le principe de proportionnalité est exclusive des règles abstraites, y compris des règles de conflits de lois. Elle est également incompatible avec une notion légaliste de la sécurité juridique, dont dépend pourtant le mécanisme de la règle de conflit. M. Radicati di Brozolo semble conscient du fait que sa thèse sur la règle de conflit cachée dépend d'un minimum de certitude, lorsqu'il prône que l'appréciation

[679] R. Michaels, « EU Law as Private International Law?... », préc., p. 230.

[680] CJCE, 13 mai 1997, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-233/94, *Rec*. p. I-02405, para. 64.

des effets restrictifs de la règle de conflit sur la libre circulation intracommunautaire soit faite de façon abstraite, « *une fois pour toutes* »[681]. Or, la CJUE ne se prononce pas « une fois pour toutes », ni détermine dans l'abstrait quelles mesures sont incompatibles avec les libertés de circulation. Le principe de proportionnalité opère, par sa propre nature, *in concreto*. À la question de savoir si une entrave entraîne ou non la disqualification d'une certaine mesure nationale, la Cour répond « *on verra* »[682]. Ainsi, comme le signale M. Remien, l'approche du droit international privé, abstraite et dogmatique, contraste avec celle que suit habituellement la CJUE, concrète et technique, en opérant un contrôle d'efficience[683]. C'est pour cela que, partant d'une telle conception formelle de la sécurité juridique, MM. Mayer et Heuzé qualifient l'intervention des libertés de circulation de « *désastreuse pour la sécurité juridique* »[684].

540. Ainsi, Il n'est pas donc possible de voir dans les libertés de circulation des règles de conflit ou répartissant des compétences « horizontalement » entre les Etats membres. En effet, le principe de proportionnalité n'est pas non plus compatible avec la notion de « compétence » (laquelle, dans la théorie de Kelsen, constitue également l'effet-réflexe d'une règle abstraite[685]), puisque d'un point de vue abstrait tous les Etats membres demeurent « compétents » pour édicter des mesures concrètes au regard d'une certaine question, sous réserve seulement que de telles mesures soient aptes à surmonter un examen d'efficacité selon le critère de Pareto que suppose le principe de proportionnalité. Et puisqu'il n'existe donc de répartition de compétences à proprement parler, la notion de « compétence » perd de son sens. On peut également citer à cet égard les propos de M. Mayer :

> *Il faut s'entendre sur la notion de répartition. Elle n'implique pas nécessairement une distribution des activités entre les divers organes sans cumul ni lacune. Il est fréquent que deux ou plusieurs tribunaux, par exemple, soient cumulativement compétents […]. Mais on ne peut parler de compétence que s'il y a exclusion au moins d'un organe, ou du moins si on l'envisage : il est licite de dire que dans un domaine déterminé tous les organes sont*

[681] L. G. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois… », préc., p. 413.

[682] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit…*, préc., nº 8.

[683] O. Remien, « European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice » (2001) 38 *Common Market Law Review*, pp. 53-86, p. 65.

[684] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., nº 126-1 : « Au plan des principes, elle mène à l'instauration, contraire à l'idéal démocratique, et désastreuse pour la sécurité juridique, d'un gouvernement des juges puisque le Traité de Rome ne contient aucun critère qui puisse ne fût-ce que guider leur appréciation de la légitimité et la proportionnalité des règles nationales ».

[685] H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 198.

> *compétents si l'on entend signifier par là que dans ce domaine il n'y a pas en fait répartition des compétences*[686].

541. Mieux vaut-il alors parler des « prérogatives » des Etats membres. Comme le note M. Beaud, lorsqu'une compétence se fonde sur sa finalité et non pas sur des normes de répartition de compétence, elle devient une « *prérogative* »[687]. L'attribution d'une compétence présuppose que des règles déterminent « *les actes qu'un organe peut accomplir dans l'exercice de ses fonctions* », tandis que « *reconnaître la prérogative à un organe, c'est lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice est avant tout dicté par des exigences politiques* »[688]. Notion proche de l'« équité », la prérogative :

> *[…] apparaît comme une « réserve d'autorité » reconnue à un organe d'Etat, c'est-à-dire un pouvoir propre, au contenu entièrement indéterminé, exercé en fonction d'un principe extérieur au droit, donc à la constitution, et en vue d'accomplir une certaine fin. La prérogative échappe en ce cas à toute répartition de fonctions opérée par le texte constitutionnel entre les organes d'Etat. Elle est un pur pouvoir discrétionnaire*[689].

542. La thèse de la règle de conflit cachée dérive probablement d'une croyance en la nécessité logique de la méthode conflictuelle, ce qui, comme le montre le principe de proportionnalité, est une croyance infondée[690]. En effet, nous constaterons que le principe de proportionnalité constitue une méthode alternative à la méthode conflictuelle pour résoudre le problème des limites territoriales du droit.

§ 2 – Les libertés de circulation, intervenant au stade de l'application des règles étatiques

543. Du Chapitre précédent semble émerger un problème insoluble : après avoir réfuté les thèses qui estiment que les libertés de circulation n'auraient pas d'impact direct sur les règles de conflit étatiques, nous avons pourtant refusé d'identifier dans la libre circulation une réglementation du droit des conflits de lois.

---

[686] P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Revue critique de droit international privé*, pp. 1-30, p. 11.

[687] O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris : PUF, 2007, p. 275.

[688] C. Combe, « Prérogative », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 1187-1190, p. 1190.

[689] *Ibid.*, p. 1187.

[690] V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux - étude critique des méthodes*, Paris : GLN Ed., 1990, p. 188 : « Si la méthode des conflits de lois est au contraire celle qui apparaît la plus répandue, c'est, non pas en raison de ce qu'elle s'imposerait d'elle-même, mais parce qu'elle se révèle la plus satisfaisante ». Voir pourtant L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 1-42, p. 20, pour qui la primauté du droit communautaire « aboutit à retirer d'une certaine manière au droit international privé le traitement de questions qui lui sont naturellement dévolues ».

544. Comment comprendre donc l'impact des libertés de circulation sur les réglementations étatiques ? Il ne nous semble pas possible de renoncer à toute explication théorique sur ce point[691]. En réalité, la libre circulation intervient au stade de *l'application* des règlementations étatiques, sans pourtant les remplacer. Cet aspect sera éclairé à l'aide notamment de la distinction entre règles et décisions. Le principe de proportionnalité, de nature technique, et une règle abstraite, d'application syllogistique, étant deux manières alternatives de justifier une décision, nous serons amenés à conclure que les libertés de circulation conduisent non pas à ce que les règles de conflit étatiques soient modifiées ou invalidées mais à ce qu'elles soient ignorées au niveau concret de leur application (A).

545. Enfin, nous ferons référence aux « codifications » de la jurisprudence communautaire par des Directives comme exemple illustratif de l'articulation des libertés de circulation et des réglementations étatiques. En effet, malgré les efforts du législateur pour transformer la jurisprudence en des règles abstraites, cela ne fait pas obstacle à ce que la Cour de justice continue à se fonder sur le principe de proportionnalité, de sorte que cohabitent ces deux formes de raisonnement alternatives (B).

A. Les libertés de circulation, intervenant au stade de l'application des règles étatiques

546. Portées par le principe d'« effet utile », répandue partout dans l'ordre juridique communautaire comme principe-clé d'interprétation[692], les libertés de circulation ont été amenées par l'évolution jurisprudentielle à s'opposer aux *effets* restrictifs du commerce, soit à des mesures *concrètes* imputables aux Etats membres. Traduit à l'anglais comme principe d'« effectivité »[693], la doctrine de l'effet utile exige donc de déplacer le curseur vers le droit *appliqué*.

---

[691] M. Remien soutient que la question de savoir si c'est la règle de conflit en soi qui constitue une entrave ou si c'est forcément la règle matérielle applicable n'est qu'une « question théorique », le point décisif étant « le résultat pratique » : O. Remien, « European Private International Law… », préc., p. 82. Nous montrerons par la suite que des clarifications autour de cette question « théorique » sont pourtant indispensables.

[692] L'invocation de ce principe acquiert ainsi une grande banalité, servant à tout justifier. Voir p.ex. l'utilisation qu'en font K. Lenaerts et T. Corthaut, « Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law », (2006) 31 *European Law Review*, pp. 287-315, pp. 288-289 : « A legal order stuffed with legal norms which promise a reality the citizen cannot enjoy in practice, eventually loses all credibility. In these times of uncertainty about the way forward for the European Union, a more effective and result-oriented application of EU law may well help to restore faith in the reason d'être of the Union. A more uniform approach towards invoking EU norms may thus be a welcome step in strengthening the output legitimacy of the Union ».

[693] N. Fennelly, « Legal Interpretation at the European Court of Justice », (1996) 20 *Fordham International Law Journal*, pp. 656-679, p. 674.

547. Ainsi, les libertés de circulation n'interviennent qu'au niveau *de l'application du droit étatique* pour sanctionner des *mesures* entravant *concrètement* le commerce intracommunautaire [694]. Rappelons que, depuis le grand arrêt *Dassonville*, « *toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives* »[695]. Plus récemment, il est dit que l'entrave est constituée dès qu'une mesure étatique fait obstacle à « l'accès au marché »[696].

548. Le terme de « mesure » employé par la Cour pour caractériser tout acte donnant lieu à une entrave évoque en lui même un acte concret d'exécution, au lieu d'une règle législative de nature générale et abstraite. Le concept de « mesure » est ainsi défini comme englobant toutes les « *activités […] de nature à affecter le niveau des échanges intracommunautaires* »[697]. La Cour se contente de relever « *d'actes […] susceptibles d'influencer le commerce entre États membres* »[698]. Elle accepte même qu'une simple pratique administrative soit une mesure susceptible d'entraver la circulation même si elle est formellement illicite selon le droit de l'Etat membre en question : « *La conformité formelle d'un texte réglementaire […] avec l'article 30 du Traité CEE ne suffit pas pour mettre un État membre en règle avec les obligations qui découlent de cette disposition* »[699]. Ce qui compte, donc, c'est *l'effet concret* des actes des autorités étatiques sur les échanges, éventuellement en application d'un texte législatif ou d'une réglementation administration, quel que soit leur fondement. Comme le dit M. Fallon, l'approche est résolument « *fonctionnelle* », et non « *dogmatique* » puisque « *la matière au sens propre du terme importe moins que la réalité de l'affectation de l'une des libertés*

[694] Voir à cet égard la question de la nature concrète de l'appréciation de la conformité à l'ordre public en droit international privé français : « c'est surtout le résultat de l'application concrète de la loi étrangère à un litige déterminé qui doit être pris en considération. C'est ainsi que les tribunaux français peuvent appliquer des lois étrangères contraires à certaines conceptions de l'ordre juridique français, s'ils constatent que dans l'espèce considérée, l'application de cette loi étrangère aboutira à un résultat pratiquement équivalent à celui qui serait résulté de l'application de la loi française », D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., nº 457. MM. Mayer et Heuzé, tout en s'accordant sur le principe, admettent néanmoins qu'en « pratique, le plus souvent, c'est donc sur la seule constatation de son caractère contraire à l'ordre public, in abstracto, que la loi étrangère est écartée », P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., nº 205.

[695] CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec*. p. 00837, para. 5.

[696] Voir p.ex. CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, *Rec*. p. I-04273, para. 24.

[697] CJCE, 24 novembre 1982, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, aff. 249/81, *Rec.* p. 04005, para. 25.

[698] CJCE, 18 mai 1989, *The Queen c. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers et autres*, aff. jointes 266 et 267/87, *Rec*. p. 01295, para. 15.

[699] CJCE, 9 mai 1985, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. 21/84, *Rec*. p. 01355, para. 11.

de circulation », comme en attesterait le glissement de la définition de la matière couverte par les libertés communautaires vers le critère de l'entrave[700].

549. Or, ce qu'il convient de noter avant tout est qu'il est parfaitement indifférent, du point de vue de l'application des libertés de circulation, le fondement sur lequel l'acte étatique ayant causé l'entrave s'est produit. Quel que soit son fondement, l'acte sera qualifié de « mesure » (ce qui évoque un ordre concret provenant du pouvoir exécutif) est soumis à une évaluation coûts-bénéfices. Le fait que la mesure en question soit le résultat de l'application de la loi est indifférent : comme le disait Schmitt à propos de la notion de « réserve de la loi », « *la loi est le fondement de l'empiètement, c'est-à-dire sa condition générale, et non pas son instrument* »[701]. Peu importe donc que l'entrave résulte de l'application d'une disposition législative[702], de son interprétation par le pouvoir judiciaire[703], voire d'un principe d'origine constitutionnelle[704] ou encore d'une action collective de nature purement privée[705]. Il en serait la même chose si la mesure constitutive d'une entrave à la circulation n'avait pas pour d'autre fondement que les circonstances exceptionnelles du cas d'espèce et dérogeait ainsi au droit commun[706].

550. Ainsi, lorsque la présence d'une entrave est constatée, les Etats membres sont appelés à la justifier en montrant qu'elle est conforme au principe de proportionnalité. Il est donc exclu qu'une entrave puisse être justifiée du fait simplement d'être le résultat de l'application d'une règle législative quelconque. Or, il faut surtout que souligner que les deux formes de justification, le principe de proportionnalité et l'application syllogistique des règlementations étatiques, constituent deux méthodes alternatives qui peuvent

[700] M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », préc., pp. 39-44. Sur l'évolution de la notion d'entrave à la circulation, voir *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1.

[701] C. Schmitt, *Théorie de la constitution* (*Verfassungslehre*, trad. fr. par L. Deroche), Paris : PUF, 2008, p. 289 : « C'est sur la distinction entre réglementation générale par les lois et application de ces règles par le juge ou une autorité administrative que repose la construction spécifique de la protection accordée par l'Etat de droit. L'empiètement sur la liberté et la propriété ne se fait pas par une loi, mais sur le fondement d'une loi. […] La loi est le fondement de l'empiètement, c'est-à-dire sa condition générale, et non pas son instrument ».

[702] Voir p.ex. CJCE, 4 décembre 1986, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. 205/84, *Rec*. p. 03755.

[703] CJCE, 12 novembre 2009, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, aff. C-154/08, *Rec*. p. I-00187.

[704] CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec.* p. I-13693.

[705] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779.

[706] P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris : Dalloz, 1973, p. 54 : « [i]l n'y a pas de différence de structure entre une décision administrative d'expulsion, prise pour des motifs de pure opportunité (insalubrité de l'immeuble, par exemple) et une décision judiciaire d'expulsion conforme à la législation sur les baux d'habitation ».

cohabiter et mener aux mêmes résultats. Ainsi, il se peut parfaitement que d'un côté une mesure constitutive d'une entrave soit justifiée au niveau étatique comme étant le résultat de l'application d'une loi nationale, tandis que d'un autre côté cette même mesure est jugée justifiée par la Cour de justice car conforme au principe de proportionnalité.

551. Les paradigmes juridiques des règles, d'application syllogistique, et du principe de proportionnalité, de nature technique, agissent ainsi en parallèle et en totale indépendance l'un de l'autre, de sorte que la validité de l'un ne saurait pas être remise en cause par l'autre[707]. Comme l'explique Thomas Kuhn, le dialogue entre paradigmes est un dialogue vain[708]. Ceci explique la difficulté à comprendre le rapport des libertés de circulation non seulement avec les règles de conflit des Etats membres mais plus généralement avec toutes les règlementations étatiques : la Cour, en jugeant de la conformité aux libertés de circulation, ne parle le même « langage » que le droit des Etats membres.

552. Cela rend compte du rapport entre les libertés de circulation et les règles de conflit. Etant donné que l'interprétation des libertés de circulation a amené la Cour à qualifier d'entrave toutes les *mesures* ayant pour *effet* de faire obstacle à la circulation, la question de savoir si les règles de conflit peuvent causer une telle entrave ou si au contraire seules les règles substantielles peuvent être disqualifiées à ce titre tout simplement ne se pose pas. Une telle décision de la part des autorités étatiques peut certes

[707] Schmitt soulignait la différence fondamentale de nature qualitative entre l'opération consistant à appliquer une règle à un cas concret et le jugement (typiquement constitutionnel) de la compatibilité entre deux règles : C. Schmitt, « El defensor de la Constitución », in *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional* (*Der Hüter der Verfassung*, trad. espagnole par M. Sánchez Sarto et R.J. Brie), Madrid : Tecnos, 2009, pp. 76-77 : « La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real, y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado bajo su regla. Si se comprueba la existencia de una contradicción entre la ley ordinaria y la Constitución, y se declara inválida la primera, no puede decirse que realizamos una aplicación de la Constitución a la ley ordinaria, en el mismo sentido en que diríamos que existe aplicación judicial de la ley al caso concreto. En el primer caso, se comparan las normas unas con otras, y cuando se producen colisiones y contradicciones, que son posibles por causas muy distintas, una de las normas elimina a la otra. En el segundo caso, cuando la ley se aplica judicialmente a un contenido real determinado, se subsume un caso concreto bajo los conceptos generales (y bajo el «hecho» legal) ».

[708] T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 1996, 3ème éd., p. 109 : « To the extent, as significant as it is incomplete, that two scientific schools disagree about what is a problem and what a solution, they will inevitably talk through each other when debating the relative merits of their respective paradigms. In the partially circular arguments that regularly result, each paradigm will be shown to satisfy more or less the criteria that it dictates for itself and to fall short of a few of those dictated by its opponent. There are other reasons, too, for the incompleteness of logical contact that consistently characterizes paradigm debates. For example, since no paradigm ever solves all the problems it defines since no two paradigms leave all the same problems unsolved, paradigm debates always involve the question: Which problems is it more significant to have solved? Like the issue of competing standards, that question of values can be answered only in terms of criteria that lie outside of normal science altogether, and it is that recourse to external criteria that most obviously makes paradigm debates revolutionary ».

avoir été *fondée* sur des règles générales, y compris et des règles substantielles et des règles de conflit de lois. Or, la question de son fondement ne joue aucun rôle lors de l'identification de l'entrave, tandis que, au stade de l'examen de la justification de la mesure en cause, compte seulement une évaluation coûts-bénéfices.

553. Plusieurs auteurs sont parvenus à cette conclusion, qui semblerait paradoxale. Comme conclut M. Fallon, par exemple, les libertés de circulation « *n'agissent pas à l'encontre du droit substantiel des Etats membres en tant que tel, mais plutôt à l'encontre de l'application de ce droit dans un cas particulier* » [709]. Elles affectent « *l'application* » d'une règle de conflit et non pas la règle en elle même, n'intervenant que lorsque ladite application provoque des « *résultats* » incompatibles avec le droit communautaire[710], raison pour laquelle il ne saurait pas y avoir de règle de conflit « cachée » sous les libertés de circulation[711]. Ralf Michaels, de sa part, estime que le principe du pays d'origine, dérivé des libertés communautaires, « *ne détermine pas la loi applicable. Il opère séparément de la désignation du droit applicable, intervenant seulement après la détermination du droit applicable par une méthodologie traditionnelle du droit des conflits de lois* »[712]. M. Pataut remarque également que les libertés de circulation se caractériseraient par le fait qu'elles « *ne passent pas uniquement, ni même principalement par les mécanismes de détermination de la loi applicable* »[713]. De sa part, Mme Ho-Dac conclut que : « *la sanction d'une disposition au titre du test de compatibilité communautaire et la proposition d'une règle de substitution présumée plus favorable à la mobilité transfrontière sont deux questions distinctes. Si le droit primaire a effectivement sanctionné, ponctuellement, la mise en œuvre de règles de droit international privé, il ne contient pas pour autant une nouvelle règle de rattachement à la « loi du pays d'origine* »[714]. Enfin, les conclusions de l'AG Sharpston rendues à propos de l'affaire *Grunkin Paul* semblent aller dans cette même direction, puisqu'elle, tout en

[709] M. Fallon et J. Meeusen, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », (2002) *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, pp. 37-66, p. 65 : « the mutual recognition exception is not directed against the applicable substantive rules as such, but against the application of these rules in a particular case ». Voir aussi L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve… », préc., note 27, pour qui une approche *in concreto* permet aux tribunaux de « s'affranchir des dispositions conventionnelles »[709].

[710] M. Fallon et J. Meeusen, « Private International Law… », préc., pp. 64-66.

[711] *Ibid.*, p. 40.

[712] R. Michaels, « EU Law as Private International Law?... », préc., p. 222 : « the country-of-origin principle is more like the vested-rights theory than a Savignyan system. The country-of-origin principle does not determine an applicable law. It operates separately from the designation of the applicable law, intervening only after the applicable law has been determined through a traditional choice-of-law analysis ».

[713] E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2006-2008, pp. 71-114, p. 73.

[714] M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine…*, préc., nº 272.

admettant « *la préoccupation, largement exprimée, que l'édifice délicat du droit international privé concernant le statut des personnes au sein de l'Union européenne ne soit frappé de complète confusion* »[715], souligne néanmoins que la décision de la Cour « *ne requerrait aucune modification importante des règles de fond et des règles de conflit allemandes en matière de noms, mais exigerait seulement qu'elles admettent plus libéralement la reconnaissance du choix antérieur d'un nom effectué conformément aux lois d'un autre État membre* »[716].

554. A partir d'un paradigme « pyramidal », où le droit est composé de règles ordonnées hiérarchiquement[717], ce paradoxe doit demeurer effectivement insoluble. La contradiction est pourtant levée si l'on conçoit le conflit entre les libertés de circulation et les règlementations étatiques non pas comme un conflit entre règles mais, plus foncièrement, entre paradigmes ou simplement forme de raisonnement alternatifs. En effet, tandis que les règles de conflits de lois présupposent un raisonnement syllogistique, le principe de proportionnalité développé par la Cour s'insère dans une conception qui est réfractaire à toute opération d'abstraction.

555. Nous pourrions être tentés de se servir de la distinction classique entre règles et décisions, laquelle occupe toujours une place fondamentale dans la doctrine du droit international privé[718], de sorte que le principe de proportionnalité agirait à l'encontre des décisions et non pas des règles. Cette dichotomie semble d'autant plus appropriée que, comme l'explique M. Mayer, il ne saurait avoir de concurrence entre règles et decisions, les deux se situant sur des plans différents[719]. En effet, les règles possèdent trois caractéristiques fondamentales : leur généralité », laquelle se définit de façon négative, par son « impersonnalité », de sorte que, même si « *le ou les sujets peuvent toujours être identifiés au stade de l'application de la règle, par la vérification de la conformité de leurs caractères avec ceux qui ont été retenus par elle, en revanche, dans le texte même d'une règle, les sujets ne sont pas individuellement désignés* »[720] ; leur « abstraction »,

[715] CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*. p. I-07639, concl. AG Sharpston, para. 90.

[716] *Ibid.*, para. 91.

[717] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, préc.

[718] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., t. I, nº 42.

[719] P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions…*, préc., p. 96 : « Il ne peut jamais y avoir concurrence (dans le sens de : vocation commune à régir une même question de droit) entre une règle quelconque et une décision quelconque. La meilleure preuve en est fournie par le fait que la règle et la décision peuvent appartenir au même ordre juridique sans que la présence de l'une modifie en quoi que ce soit la portée ou la signification de l'autre. […] Ainsi le juge n'est confronté ni à un problème de choix entre plusieurs décisions, ni à un problème de choix entre une décision et des règles. Une norme particulière lui est soumise et aucune autre norme, abstraite ou concrète, n'existe sur le même point ».

[720] *Ibid.*, pp. 37-38.

car l'ordre qu'énonce la règle « se rattache au caractère retenu »[721] ; et enfin le caractère « hypothétique » : « *[p]uisque l'ordre contenu dans la règle est rattaché à un caractère présenté par un personne, une chose ou un événement, il ne devient effectif que dans l'hypothèse où une personne, une chose ou un événement déterminés présentent ce caractère* »[722]. En revanche, les décisions se caractérisent par les éléments suivants : leur caractère *concret*, ce qui s'oppose au caractère abstrait des règles, car « *l'ordre contenu dans la décision vise parfois un ou plusieurs individus nommément désignés, parfois une catégorie d'individus, mais il ne définit jamais un type de sujets ou de situations à régir* » ; leur caractère *catégorique*, ce qui s'oppose à hypothétique, car une décision constitue « *l'ordre à l'état pur, celui qui a pour effet de modifier immédiatement la situation juridique des particuliers* », de sorte que « *[l]a décision ne pose pas un cadre dans lequel les événements peuvent entrer, déclenchant l'effet juridique ; c'est dans sa propre promulgation que réside l'événement déterminant* » ; et enfin la décision est *non-permanente*, car « *elle ne produira pas un nombre indéterminé d'effets nouveaux dans le futur* »[723].

556. Est-il pourtant juste de se servir de cette dichotomie pour analyser le rapport entre les réglementations étatiques et les libertés de circulation ? Nous ne sommes pas convaincus. En réalité, la distinction est critiquable dans la mesure où *toute norme est règle et décision à la fois*. Ainsi, un jugement est certes une « décision » étant donné qu'il suppose la « réalisation concrète » du droit. Or, le jugement présente également la nature d'une norme susceptible de fonder des décisions ultérieures[724]. A l'inverse, la même chose peut être dite d'une disposition législative. Certes, en tant que composée de règles abstraites, la loi se présente comme une raison susceptible de fonder des décisions concrètes. Or, la loi résulte aussi d'un acte de volonté qui suppose une « réalisation concrète » du droit, si bien, que comme M. Mayer le reconnaît, la loi contient un « *aspect impératif* » tout autant qu'un « *élément rationnel que tout juge peut prendre en considération dans le raisonnement qu'il effectue pour trouver la solution du litige* »[725].

[721] *Ibid.*, p. 41. Comme le précise l'auteur, il ne faut confondre avec la notion d'abstraction avec celle de généralité, car « il ne suffit pas que le caractère ait été choisi indépendamment de la personnalité du sujet (exigence négative relative à la généralité), il faut aussi qu'il l'ait été en fonction de certains effets à produire, qui lui sont rattachés (exigence positive relative à l'abstraction) ». Néanmoins, il est vrai qu'une « norme ne peut être abstraite que si elle est générale ». Le caractère de généralité est donc inclus dans l'abstraction.

[722] *Ibid.*, p. 42.

[723] *Ibid.*, p. 51.

[724] P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *L'architecture du droit. Mélanges en l-honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, pp. 679-691.

[725] P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions.…*, préc., p. 26. L'objet de la remarque de l'auteur est en réalité le contraire, en soulignant la dimension abstraite des lois à l'encontre des ceux (appartenant à l'école unilatéraliste du droit international privé) qui conçoivent la norme comme un commandement : « il existe dans la loi non seulement un aspect impératif […] mais aussi un élément rationnel que tout juge peut

Seul varie la proportion de chaque aspect : tandis que les règles générales prime leur dimension « rationnelle », chez les normes individuelles l'aspect « décisionnel » est normalement plus manifeste[726]. Or, ce n'est forcément ainsi : le contenu d'une règle générale peut présenter un tel niveau de précision que des conséquences concrètes s'ensuivent sans nécessité d'une décision individuelle d'application (comme c'est le cas par exemple d'une disposition générale fixant une condition de séjour de 5 ans[727]), tandis qu'à l'inverse des décisions individuelles d'un juge peuvent requérir des précisions ultérieures

557. Dès lors, le point décisif n'est pas la « structure » de la norme, mais la question de savoir si elle est susceptible d'entraver, dans sa *dimension décisionnelle*, la circulation intracommunautaire. Certes, il est moins probable qu'une règle générale aura cet effet dans la pratique, mais cette possibilité n'est pas inenvisageable : une règle peut, dès son adoption et avant toute application à des circonstances concrètes, avoir un impact matériel sur la circulation communautaire.

558. Somme toute, faut-il conclure, la compréhension du rapport entre les libertés de circulation et les réglementations étatiques, dont les règles de conflit de lois, exige de distinguer entre les deux dimensions de la norme. En tant que *décision*, le droit étatique est simplement susceptible d'entraver la circulation intracommunautaire et, dès lors, de déclencher l'examen de sa proportionnalité. En tant que *fondement*, le droit étatique est simplement ignoré, la Cour de justice se fiant à une évaluation *in concreto* coûts-bénéfices qui n'a par pourtant par effet de le remplacer, l'invalider ou s'y imposer par un principe de hiérarchie de normes. Ainsi, le conflit entre les libertés de circulation et les réglementations étatiques n'est pas un conflit entre normes mais entre paradigmes ou formes de raisonnements.

B. L'incapacité des codifications législatives à éradiquer l'application du principe de proportionnalité

559. Il est parfois allégué que les exemples de codification des solutions jurisprudentielles de la CJUE en matière de libertés de circulation par le législateur communautaire prouvent que des règles générales émergent de la jurisprudence communautaire. Les deux exemples souvent cités sont la Directive 96/71 sur le

prendre en considération dans le raisonnement qu'il effectue pour trouver la solution du litige ». Ce qu'il importe de souligner dans notre démonstration est que les deux dimensions sont indéniables.

[726] C. Schmitt, *Théologie politique*, préc., p. 23 : « De même que dans le cas normal, le moment d'autonomie de la décision peut être ramené à un minimum, dans le cas d'exception, la norme est réduite à néant. Malgré tout, même le cas d'exception reste accessible à la connaissance juridique, car les deux éléments, norme et décision, demeurent dans le cadre du juridique ».

[727] Voir p.ex. CJCE, 18 novembre 2008, *Jacqueline Förster c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, aff. C-158/07, *Rec*. p. I-08507, dont il est question *infra*, nº 566 et s.

détachement des travailleurs[728] et la Directive 2004/38 sur les droits attachés à la citoyenneté européenne (intégrant dans un seul texte plusieurs Directives)[729], lesquelles « codifieraient » la jurisprudence de la CJUE en ces domaines.

560. En réalité, ces deux exemples ne font que confirmer nos analyses précédentes sur le dialogue impossible entre le principe de proportionnalité et les règles abstraites d'application syllogistique. En effet, rien n'empêche le législateur communautaire (ou n'importe quel autre interprète) de « traduire » la jurisprudence de la Cour de justice en des règles d'application syllogistique. Pourtant, cela ne veut pas dire que la Cour est amenée à renoncer à sa conception technique du principe de proportionnalité. Comme le montrent nos analyses d'abord de la jurisprudence appliquant la Directive 2004/38 (1) et ensuite de celle relative à la Directive 96/71 (2), l'approche de la CJUE demeure la même après l'intervention législative, de sorte que cohabitent les règles contenues dans les Directives avec l'analyse technique du principe de proportionnalité conduite par la Cour.

1. La Directive citoyenneté 2004/38

561. La contribution principale des Directives 90/364, 90/365 et 93/96 fut de conférer aux citoyens des Etats membres un droit de séjour dans le territoire entier de l'Union. Or, comme l'explique M. Dougan[730], à la suite de l'adoption de l'ancien article 18 TCE (aujourd'hui article 21 TFUE) dans le Traité de Maastricht, la nature de ces directives se transforma. Au lieu de consacrer des droits, les directives étaient désormais conçues comme des mesures d'application d'un droit fondamental de séjour de rang constitutionnel, car extrait directement du Traité. La Cour proclame en toute solennité dans l'arrêt *Grzelczyk*, utilisant une formule reprise dans toutes les affaires qui ont suivi, que « *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres* »[731].

562. La question qui se pose aussitôt est la suivante : les conditions aux droits de circulation et séjour fixées par les directives (par exemple, l'article 1 de l'ancienne Directive 93/96, soumettant le droit de séjour d'études à la preuve de disposer de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour l'assistance sociale de l'Etat

[728] Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

[729] Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) nº 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CE, 90/364/CE, 90/365/CEE et 93/96/CE.

[730] M. Dougan, « The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship » (2006) 31 *European Law Review*, pp. 613-641, p. 615 et s.

[731] CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, *Rec*. p. I-06193, para. 31.

membre d'accueil), doivent-elles être conçues comme définissant les contours de ces droits ou au contraire comme des restrictions de droits dont le contenu dériverait directement du Traité ? Certes, le texte de l'article 21 TFUE ne se prête pas à une interprétation claire. Il proclame ce qui suit : « *Tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application* » (nous soulignons). Le texte semble ainsi suggérer que les contours du droit de circulation et libre séjour seront définis par voie législative. Or, l'interprétation de la Cour est différente : en imposant des conditions au droit de séjour, le législateur communautaire ne définit pas le droit mais le restreint. Et puisque toute restriction à un droit fondamental est, comme dans le cas des libertés de circulation, soumise au contrôle de proportionnalité, les mesures introduites par les Directives doivent également être justifiées au cas par cas.

563. Le grand arrêt *Baumbast* est très clair à cet égard. Les gouvernements allemand et britannique faisaient valoir que « *l'on ne peut pas tirer un droit de séjour directement de l'article 18, paragraphe 1, CE* », car « *[l]es limitations et conditions visées par ce paragraphe démontreraient qu'il n'est pas conçu comme une disposition autonome* »[732]. La Cour répond néanmoins que le « *droit de séjourner sur le territoire des États membres* » est « *reconnu directement à tout citoyen* » par le Traité. Bien que ce droit soit soumis par le Traité à des « conditions et limitations » telles que celles imposées par la Directive 90/364 relative au droit de séjour[733], ceci ne signifie pas qu'elles échappent au « *contrôle juridictionnel* »[734]. En conséquence, « *l'application desdites limitations et conditions doit être faite dans le respect des limites imposées par le droit communautaire et conformément aux principes généraux de ce droit, notamment, le principe de proportionnalité* »[735]. Le droit secondaire ne fait pas ainsi obstacle à l'examen de proportionnalité[736].

---

[732] CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec*. p. I-07091, para. 78.

[733] En l'espèce, la condition concernée était celle de l'article 1, qui disposait : « Les États membres accordent le droit de séjour aux ressortissants des États membres qui ne bénéficient pas de ce droit en vertu d'autres dispositions du droit communautaire, ainsi qu'aux membres de leur famille tels qu'ils sont définis au paragraphe 2, à condition qu'ils disposent, pour eux-mêmes et pour les membres de leur famille, d'une assurance-maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil et de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'État membre d'accueil ».

[734] CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec*. p. I-07091, para. 84-86.

[735] *Ibid.*, para. 91.

[736] Certains auteurs sont très critiques de l'approche de la Cour de justice. Voir p.ex. K. Hailbronner, « Union Citizenship and Access to Social Benefits », (2005) 42 *Common Market Law Review*, pp. 1245-1267, p. 1251 : « […] the most worrying feature of the Court's recent jurisprudence on Union citizenship

564. Ayant établi la soumission des conditions imposées par les Directives au contrôle de proportionnalité en raison du rang « constitutionnel »[737] des droits de séjour et libre circulation, les auteurs se montrent très sceptiques sur la possibilité que la Directive 2004/38, consolidant les textes antérieurs, puisse « modifier », « abroger » ou même, à proprement parler, « codifier » la jurisprudence de la CJUE qui, en ce domaine, applique directement le Traité[738]. La Directive elle-même ne remet pas en question l'approche de la jurisprudence. Les droits attachés à la citoyenneté européenne sont considérés dans le préambule comme dérivant des dispositions de rang « constitutionnel » contenues dans le Traité[739]. La Directive se fonde explicitement sur les articles 12, 18, 40, 44 et 52 du Traité, les considérants proclamant que « *[l]e droit fondamental et personnel de séjour dans un autre État membre est conféré directement aux citoyens de l'Union par le traité* »[740] et que « *[l]a citoyenneté de l'Union devrait constituer le statut de base des ressortissants des États membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement* »[741]. Le principe de proportionnalité est même reconnu explicitement dans plusieurs articles et considérants. L'article 35, par exemple, exige que toute mesure adoptée par un Etat membre pour éviter « *l'abus de droit ou la fraude* » soit conforme audit principe, ce qui semble également conforme à la jurisprudence générale de la CJUE sur l'abus des libertés de circulation, soumettant au contrôle de proportionnalité les mesures destinées à combattre les comportements abusifs[742].

565. Dans ce cadre, l'on avait soulevé la question de la validité de la condition imposée par son article 24(2). Selon ledit article, les Etats membres peuvent soumettre l'octroi d'aides d'entretien aux études à la preuve d'une période de résidence de 5 ans dans le territoire de l'Etat membre d'accueil[743]. Or, dans l'arrêt *Bidar*, rendu avant l'entrée en vigueur de la Directive 2004/38, la CJUE avait déclaré que l'octroi de telles

---

from *Sala* to *Bidar* is the absence of a convincing methodology and the tendency to interpret secondary Community law against its wording and purpose. Even if under secondary Community legislation there are fairly clear provision making residence rights dependent on fulfillment of certain conditions or excluding a specific type of social benefits from the entitlement under Community law, the Court has little scruple in attributing to Community law quite a different meaning from what would follow from an unbiased interpretation on the basis of the objective wording of its provision, its systematic context and its purpose. Union citizenship and the principle of proportionality are used to rewrite the rules laid down in secondary Community law ».

[737] M. Dougan, « The Constitutional Dimension… », préc., p. 613.

[738] *Ibid*., p. 614 ; Y. Borgmann-Prebil, « The Rule of Reason… », préc., p. 328.

[739] P. Craig et G. de Búrca, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, 4ème éd., 2008, p. 870.

[740] Directive 2004/38, considérant nº 11.

[741] *Ibid.*, considérant nº 3.

[742] Voir *infra*, nº 875 et s.

[743] Directive 2004/38, article 24(2).

aides pouvait légitimement être réservé par un Etat membre aux étudiants ayant établi un « lien réel » avec la société dudit Etat. A cet effet, une exigence de résidence ininterrompue pendant 3 ans suffirait à garantir un « degré suffisant d'intégration »[744]. Certains se demandaient donc si la condition de 5 ans de résidence allait être déclarée disproportionnée[745].

566. La Cour a pourtant fait montre de prudence dans l'arrêt *Förster*, en déclarant la condition de l'article 24(2) de la Directive conforme au principe de proportionnalité, car « *justifiée par le but, pour l'État membre d'accueil, de s'assurer de l'existence d'un certain degré d'intégration sur son territoire des étudiants ressortissants des autres États membres* »[746]. La CJUE approuve en outre ladite condition car fondée « *sur la base de critères clairs et connus à l'avance* », ce qui permet de garantir « *un niveau élevé de sécurité juridique et de transparence dans le cadre de l'octroi de bourses d'entretien aux étudiants* »[747].

567. Il serait pourtant erroné de conclure que la CJUE dans l'arrêt *Förster* abandonne la conception des limitations des Directives comme des restrictions d'une liberté fondamentale, permettant ainsi que la législation secondaire puisse abroger une jurisprudence fondée directement sur le Traité. Il faut rappeler à cet égard que la CJUE ne renonce point au contrôle de proportionnalité de l'article 24(2). La condition des 5 ans continue donc à être une restriction d'un droit fondamental et non pas un critère de définition du droit à l'octroi d'aides d'entretien aux études. La simple existence du contrôle de proportionnalité dans la décision suffit à le démontrer. L'arrêt *Förster* constitue plutôt un exemple de la possibilité exceptionnelle de l'émergence d'une règle générale de la solution à un contrôle de proportionnalité. Ceci semble par ailleurs cohérent avec le contexte politique de la décision : il est possible que la CJUE ait voulu tout simplement éviter une confrontation directe avec le législateur communautaire tout en maintenant son pouvoir de contrôler la proportionnalité de la Directive[748].

---

[744] CJCE, 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar c. London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills*, aff. C-209/03, *Rec.* p. I-02119, para. 59-62.

[745] P. Craig et G. de Búrca, *EU Law…*, préc., p. 872.

[746] CJCE, 18 novembre 2008, *Jacqueline Förster c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, aff. C-158/07, *Rec*. p. I-08507, para. 51.

[747] *Ibid.*, para. 56-57.

[748] C. Barnard, comm. sous l'arrêt *Bidar*, (2005) 42 *Common Market Law Review*, pp. 1465-1489, pp. 1481-1482. Rappellons aussi que la marge d'appréciation octroyée par la Cour aux autorités communautaires et considérablement plus ample que celle dont disposent les autorités étatiques (voir T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 137-138). Il faut néanmoins admettre que la Cour semble moins respectueuse de la marge d'appréciation des autorités communautaires lorsque les droits attachés à la citoyenneté européenne sont concernés au lieu des libertés de circulation économiques : M. Dougan, « The Constitutional Dimension… », préc., p. 616 et s.

568. En conclusion, même si on ne saurait nier l'influence de la CJUE dans l'élaboration de la Directive 2004/38, en raison du rang constitutionnel des droits de séjour et circulation dérivés des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté européenne son application reste soumise au contrôle de proportionnalité, la « clé magique » permettant à la Cour de s'affranchir des contraintes interprétatives habituelles[749]. La transcription législative des principes élaborés par la jurisprudence n'altère pas l'approche du juge, consistant à examiner *in concreto* la nécessité et l'aptitude des mesures restrictives de la circulation, à l'exception d'affaires comme Förster.

2. La Directive sur le détachement des travailleurs 96/71

569. La Directive 96/71 semble reprendre fidèlement la jurisprudence de la CJUE en matière de détachement temporaire de travailleurs d'un Etat membre à un autre, construite à partir de la libre prestation de services. L'approche de la Cour en ce domaine se résume depuis le début des années 1980 en deux principes fondamentaux : d'un côté, le fait pour des entreprises établies dans d'autres Etats membres de devoir respecter les réglementations sociales de l'Etat d'exécution applicables aux travailleurs temporairement détachés constitue une « charge supplémentaire » contraire à la liberté de prestation de services[750] ; de l'autre côté, l'extension de ces réglementations peut être justifiée pour garantir des intérêts légitimes, notamment pour éviter que le détachement transfrontière de travailleurs « *ne porte préjudice aux bonnes relations sur le marché de l'emploi, ou que les intérêts des travailleurs dont il s'agit ne soient pas suffisamment garantis* »[751].

570. La Directive 96/71 reprend les « *lignes directrices tracées par la CJUE* »[752]. Son point de départ est également l'abolition des obstacles à la libre circulation[753]. Il est admis néanmoins que, comme l'affirmait déjà la Cour dans l'arrêt *Webb*, la libre prestation intracommunautaire de services « *nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs* »[754]. Il est donc légitime que

[749] K. Hailbronner, « Union Citizenship and Access to Social Benefits », préc., p. 1253.

[750] CJCE, 3 février 1982, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. jointes 62 et 63/81, *Rec*. p. 00223, para. 9.

[751] CJCE, 17 décembre 1981, *Procédure pénale c. Alfred John Webb*, aff. 279/80, *Rec*. p. 03305, para. 19.

[752] M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs… », préc., p. 891.

[753] Directive 96/71, considérant nº 1.

[754] *Ibid.*, considérant nº 5. Déjà dans l'arrêt *Webb* de 1981 la Cour affirmait qu'il est loisible aux Etats de garantir que le détachement transfrontière de travailleurs « ne porte préjudice aux bonnes relations sur le marché de l'emploi, ou que les intérêts des travailleurs dont il s'agit ne soient pas suffisamment garantis » (CJCE, 17 décembre 1981, *Procédure pénale c. Alfred John Webb*, aff. 279/80, *Rec*. p. 03305, para. 19).

les travailleurs détachés soient soumis à la loi applicable dans l'Etat où le travail est exécuté. Ce principe avait été affirmé explicitement dans l'arrêt *Rush Portuguesa*, où la Cour avait affirmé que :

> *[…] le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres étendent leur législation, ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux, à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d' établissement de l'employeur ; le droit communautaire n'interdit pas davantage aux États membres d'imposer le respect de ces règles par les moyens appropriés […]*[755].

571. Le principe est repris pratiquement tel quel dans les considérants de la Directive :

> *[…] considérant que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres étendent le champ d'application de leur législation ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux à toute personne effectuant un travail salarié, y compris temporaire, sur leur territoire, même si l'employeur est établi dans un autre État membre; que le droit communautaire n'interdit pas aux États membres de garantir le respect de ces règles par les moyens appropriés*[756].

572. En application de ce principe, l'article 3 de la Directive impose le respect, avec quelques dérogations, d'un « *noyau dur de mesures impératives sélectionnées* », en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel le travail est exécuté[757]. La méthode choisie est ainsi celle d'une règle de conflit de type unilatérale, par laquelle chaque Etat membre définit les normes applicables aux travailleurs détachés sur leur territoire, au lieu d'une harmonisation du contenu matériel des régimes applicables aux travailleurs détachés. Il semblerait ainsi que la Directive codifie et concrétise l'articulation des droits nationaux élaborée par la CJUE au fil des années.

573. Toutefois, la même question se pose maintenant que l'on se posait à l'égard de la Directive citoyenneté. La Directive 96/71, a-t-elle pour effet de remplacer l'approche de la CJUE, examinant au cas par cas la proportionnalité des mesures étatiques imposées aux entreprises détachant des travailleurs, par une approche systématique où le domaine de compétence de chaque Etat membre est abstraitement défini ?

574. La réponse nous semble négative. Comme le signale Mme Moreau, le contrôle de proportionnalité des mesures imposées par les Etats d'accueil continuera à devoir se faire

[755] CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Ld^a c. Office national d'immigration*, aff. C-113/89, *Rec*. p. I-01417, para. 18.

[756] Directive 96/71, considérant n^o 12.

[757] M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs… », préc., p. 895 et s.

« *dans chaque cas* »[758]. Examinons la jurisprudence récente afin de valider cette thèse. Dans l'arrêt *Wolff* une question préjudicielle a été posée portant sur l'interprétation de l'article 5 de la Directive, selon lequel les Etats membres prendront des mesures adéquates afin de garantir le respect des dispositions de la Directive, en veillant notamment à ce que les travailleurs disposent de procédures appropriées pour ce faire. Or, dit la Cour, bien que les Etats disposent d'une « *large marge d'appréciation quant à la définition de la forme et des modalités des procédures adéquates […] ils doivent cependant à tout moment respecter les libertés fondamentales garanties par le traité* »[759]. La Cour se penche ensuite sur le contrôle de proportionnalité de la mesure étatique, pour conclure qu'elle est justifiée. L'application de la Directive n'empêche donc pas un examen *in concreto* de la proportionnalité. Il peut dès lors paraître surprenant que la CJUE réponde à la question préjudicielle en faisant valoir que le régime litigieux est conforme à « *l'article 5 de la directive 96/71, interprété à la lumière de l'article 49 CE* »[760].

575. La même approche est adoptée dans les affaires *Rüffert* et *Laval*. Comme dans l'arrêt *Wolff*, la CJUE prétend donner une réponse à la question préjudicielle « *au regard des dispositions de ladite directive interprétées à la lumière de l'article 49 CE* »[761]. Or, l'affirmation est trompeuse : plutôt qu'interpréter les dispositions de la Directive 96/71 à la lumière de la libre prestation de services, la CJUE en réalité procède à l'application directe de la libre prestation de services, dans le cadre à peine contraignant du droit secondaire. En effet, non seulement l'applicabilité des dispositions de la Directive n'empêche pas la Cour de contrôler la proportionnalité du droit national : lorsque les dispositions que l'Etat d'accueil prétend étendre aux travailleurs détachés ne sont pas applicables en vertu des règles de conflit de la Directive, la Cour admet néanmoins qu'elles peuvent néanmoins l'être si l'Etat réussit à démontrer qu'elles poursuivent un but d'intérêt général de manière conforme au principe de proportionnalité.

576. Les affaires *Laval* et *Rüffert* le montrent : bien que la CJUE ait considéré que la Directive ne permettait pas l'application des dispositions faisant l'objet objet du litige, elle a examiné toutefois si elles sauraient être justifiées par le biais du principe de proportionnalité[762]. C'est pour cela que l'on ne saurait qu'être d'accord avec Mme

[758] *Ibid.*, p. 905.

[759] CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. Filipe Pereira Félix*, aff. C-60/03, *Rec.* p. I-09553, para. 30.

[760] *Ibid.*, para. 45.

[761] CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 61.

[762] *Ibid.*, para. 85 et s. ; CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, aff. C-346/06, *Rec.* p. I-01989, para. 36 et s.

Moreau lorsque, relativisant l'importance de la contribution de la Directive, elle conclut que sa fonction est en réalité simplement « *pédagogique* »[763].

577. Il faut noter que, à la différence de la Directive 2004/38, celle relative au détachement transfrontalier de travailleurs n'a pas « *harmonisé le contenu matériel* » des règles impératives applicables[764], se limitant à garantir leur coordination par le biais de règles de conflit. A strictement parler, les libertés de circulation n'ont pas pour effet de « réécrire » les règles du droit secondaire (comme M. Hailbronner l'estimait à l'égard de la Directive citoyenneté[765]), puisque l'objet du contrôle n'est pas véritablement les règles de conflit contenues dans la Directive détachement mais plutôt les dispositions matérielles applicables des Etats membres. Cet aspect entraîne une conséquence capitale, par rapport à l'intensité du contrôle exercé. En effet, à l'occasion de cet examen, les autorités nationales ne sauraient bénéficier de la plus grande marge d'appréciation que la Cour octroie normalement aux autorités communautaires[766].

578. Quoi qu'il en soit, ce qu'il importe de souligner est que l'application de la Directive et des réglementations étatiques applicables aux travailleurs détachés continuent à être soumises à un contrôle *in concreto* de proportionnalité, sans que la « codification » réalisée par le législateur communautaire y fasse obstacle.

SECTION 3. L'exception du contenu essentiel des libertés de circulation

579. Il convient de conclure en comparant nos conclusions précédentes aux rares hypothèses où la Cour, en faisant appel à la doctrine du contenu essentiel des libertés de

[763] M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs… », préc., p. 907 : « Cette directive ne bouleverse donc pas les mécanismes ou les concepts utilisés dans les relations internationales du travail : elle les précise, en particulier pour la notion de détachement, les concrétise, pour celles des lois de police : elle simplifie la protection des salariés détachés, et montre l'importance de la régulation de la concurrence par la préoccupation du coût social du travail. On pourrait donc dire que sa vertu est essentiellement pédagogique ».

[764] CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 60.

[765] K. Hailbronner, « Union Citizenship and Access to Social Benefits », préc., p. 1251.

[766] Voir p.ex. K. Mortelmans, « The Relationship between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule », (2002) 39 *Common Market Law Review*, pp. 1303-1346, spéc. p. 1334. L'auteur cite à cet égard l'arrêt *Pinna* (CJCE, 15 janvier 1986, *Pietro Pinna c. Caisse d'allocations familiales de la Savoie*, aff. 41/84, *Rec.* p. 00001), concernant le principe de non-discrimination dans l'application du Règlement 1408/71, lequel prévoit une « coordination » et non pas une « harmonisation » des régimes des Etats membres en matière de sécurité sociale. Le Conseil soutenait qu'il « ne serait pas possible de déceler une discrimination entre le traitement accordé aux travailleurs migrants dans deux ou plusieurs Etats membres différents parce que les législations nationales en matière de sécurité sociale sont uniquement coordonnées », les Etats membres ayant « gardé en matière de sécurité sociale le pouvoir de déterminer la nature des prestations et le niveau des paiements » (para. 16). La Cour a pourtant refusé cet argument et n'a pas octroyé aux autorités étatiques une marge d'appréciation quelconque.

circulation, n'applique pas le principe de proportionnalité (§ 1). En son absence, il devient possible d'identifier des véritables règles de conflit (et des droits subjectifs) dans les libertés de circulation (§ 2). Ainsi, le contraste avec le contenu essentiel des libertés de circulation, seul espace où le principe de proportionnalité n'est pas déployée, sert à illustrer davantage l'incompatibilité de ce principe avec le syllogisme judiciaire et la conception des libertés de circulation comme des règles abstraites.

§ 1 – Le contenu essentiel des libertés de circulation, exception à l'application du principe de proportionnalité

580. Conformément à la doctrine du contenu essentiel des droits fondamentaux, le champ d'application de ceux-ci peut être divisé en deux catégories : un noyau « dur » (le contenu essentiel) et une périphérie « molle » (le contenu soumis à des exceptions). Tandis que le premier offre une garantie infranchissable contre toute intervention restrictive, la partie périphérique ne jouit d'une protection que face aux restrictions « injustifiées », « excessives » ou « disproportionnées ». Pour le dire autrement, la protection des droits fondamentaux est *absolue* en ce qui concerne leur contenu essentiel et *relative* pour le reste. Comme le signale M. Van Drooghenbroeck, la doctrine de la « substance » ou « contenu essentiel » des droits fondamentaux constitue un domaine où la proportionnalité est nécessairement « exclue », tandis que là où s'applique la proportionnalité est exclue l'idée d'un droit protégé de façon absolue en toute éventualité[767].

581. La doctrine du contenu essentiel est surtout utilisée en droit constitutionnel[768], et la CEDH y fait aussi référence[769]. En droit communautaire, on trouve aussi des exemples dans la jurisprudence de la CJUE dans d'autres domaines que celui des libertés de circulation, particulièrement en matière de droits fondamentaux, même si la doctrine s'y trouve encore peu développée. Dans l'arrêt *Booker Aquacultur*, par exemple, il est dit que les interventions restrictives des droits fondamentaux ne doivent pas porter « *atteinte à la substance même de ces droits* »[770] – une référence, semblerait-il, à la doctrine du contenu essentiel.

---

[767] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit…*, préc., nº 476 et s.

[768] L.M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid : Thomson/Civitas, 2003, p. 106 et s. Dans le contexte du droit constitutionnel français, voir P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2006, n° 765 et s.

[769] La CEDH parle à ce propos de la « substance même » des droits fondamentaux, laquelle est protégée de façon absolue face à toute limitation. Voir p.ex. CEDH, 12 août 1991, *Philis c. Grèce*, req. 12750/87, 13780/88 et 14003/88, para. 59.

[770] CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur Ltd (C-20/00) et Hydro Seafood GSP Ltd (C-64/00) c. The Scottish Ministers*, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, *Rec.* p. I-07411, para. 68.

582. Dans le domaine qui nous intéresse, celui des libertés de circulation, on y trouve aussi des exemples, même si la référence est encore plus obscure et apparaît seulement dans quelques rares occasions. Prenons l'arrêt le plus connu dans ce sens, *Centros*. Il faut tout d'abord rappeler les circonstances du litige : les autorités danoises avaient refusé l'immatriculation au Danemark d'une succursale d'une société constituée au Royaume-Uni, car elle avait été créée par des citoyens danois à la seule finalité de contourner la législation nationale en matière de droit des sociétés. La Cour fut appelée à examiner la compatibilité de ce refus avec la liberté d'établissement. Sa réponse fut catégorique : la mesure était non seulement attentatoire de la liberté d'établissement de la société constituée au Royaume-Uni, elle était en tout état de cause *injustifiable*. Il est utile de citer plusieurs paragraphes de la décision :

> *26 […] les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement visent précisément à permettre aux sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, d'exercer par l'intermédiaire d'une agence, d'une succursale ou d'une filiale, des activités dans d'autres États membres.*
>
> *27 Dans ces conditions, le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité. […]*
>
> *30 Dans ces conditions, le refus, par un État membre, d'immatriculer la succursale d'une société constituée conformément au droit d'un autre État membre dans lequel elle a son siège au motif que la succursale est destinée à lui permettre d'exercer l'ensemble de son activité économique dans l'État d'accueil, avec pour conséquence que l'établissement secondaire échapperait aux règles nationales relatives à la constitution et à la libération d'un capital minimal, est incompatible avec les articles 52 et 58 du traité, dans la mesure où il empêche toute mise en œuvre du droit au libre établissement secondaire dont les articles 52 et 58 visent précisément à assurer le respect*[771].

583. Le raisonnement suivi par la Cour suit bien celui de la doctrine du contenu essentiel. A partir d'une interprétation finaliste des dispositions du Traité (notons que la Cour souligne ce qu'elles « *visent précisément* » à permettre), il est dit que le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est « *inhérent* » à la liberté d'établissement. En conséquence, il n'est pas nécessaire d'examiner des éventuelles justifications du refus

[771] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 26-30.

d'immatriculation, puisque cette mesure « *empêche toute mise en œuvre du droit au libre établissement* ». Il a suffi au juge communautaire d'*interpréter* les dispositions du Traité d'un point de vue abstrait et de les appliquer aux circonstances du cas d'espèce pour justifier, par le biais d'un syllogisme, sa décision déclarant l'incompatibilité des mesures adoptées par les autorités danoises avec le droit primaire communautaire.

584. La Cour a insisté par la suite sur ce raisonnement. Dans l'arrêt *Überseering*, dans la partie de sa décision intitulée : « *Sur l'éventuelle justification de la restriction à la liberté d'établissement* », elle refuse pourtant d'examiner s'il existait des motifs susceptibles de justifier le refus de reconnaissance d'une société constituée dans un autre Etat membre. En effet, malgré la légitimité des objectifs allégués :

> *Pareils objectifs ne peuvent toutefois justifier que soient déniées la capacité juridique et, partant, la capacité d'ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre État membre où elle a son siège statutaire. En effet, une telle mesure équivaut à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 CE et 48 CE*[772].

585. Ainsi, lorsque la mesure incriminée suppose la « négation même » de la liberté de circulation, le juge est dispensé de réfléchir sur sa proportionnalité. L'interprétation des dispositions du Traité et leur application aux faits suffisent à justifier la décision. Par le biais des techniques interprétatives, le juge définit le domaine dans lequel est exclue toute restriction, quelle que soit la justification apportée, et partant « *le champ des facultés reconnues au sujet qui en est le titulaire* »[773]. Ceci lui permettra ensuite de qualifier les circonstances du cas d'espèce comme tombant à l'intérieur ou en dehors de ce domaine privilégié, et de parvenir ainsi à la solution du litige, en suivant une structure de raisonnement syllogistique. Cette opération est certainement très complexe, étant donné que le domaine couvert par le contenu essentiel demeurera souvent empreint d'une grande incertitude. Le juge invoquera à l'appui de sa démarche une grande variété de techniques interprétatives bien connues des juristes[774]. Malgré ceci, la décision ultime du juge dans un cas concret se fondant sur la doctrine du contenu essentiel prendra nécessairement la forme d'un syllogisme.

---

[772] CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, *Rec*. p. I-09919, para. 93. Voir aussi CJCE, 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, *Rec*. p. I-10155, para. 138 : « le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer ensuite des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité ».

[773] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, concl. AG La Pergola, présentées le 16 juillet 1998, para. 20.

[774] Voir p.ex. L.M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, préc., p. 106 et s.

586. En revanche, la décision prise par le juge en application du domaine « relatif » des droits fondamentaux prend une forme radicalement distincte. Son raisonnement se divise nécessairement en deux parties. Tout d'abord, le juge détermine si la mesure faisant l'objet du litige est couverte par le champ *potentiellement* garanti par le droit fondamental en cause ; ensuite, il sera question d'évaluer (ou de *réévaluer*) si la mesure est apte et nécessaire et partant conforme au principe de proportionnalité. Dans la première phase, le raisonnement est identique à celui dont se sert le juge pour appliquer le contenu essentiel du droit fondamental, de sorte que le juge appliquera les techniques interprétatives habituelles, en cherchant par exemple à identifier l'intention des parties contractantes[775]. Mais la seconde phase du raisonnement est d'une nature complètement distincte, puisque le juge ne parviendra pas à sa décision finale sur la justification de la mesure à l'aide des techniques interprétatives, mais fera dépendre la conformité au droit communautaire de la mesure en question d'une évaluation coûts-bénéfices. On voit ainsi que la forme de raisonnement à laquelle conduit la doctrine du contenu essentiel est essentiellement opposée à celle qui est déployée par le biais du principe de proportionnalité[776]. L'application du contenu essentiel des libertés de circulation exclut donc le contrôle de proportionnalité.

§ 2 – La possibilité de concevoir les libertés de circulation comme des règles abstraites à partir de leur contenu essentiel

587. Nous venons d'évoquer la jurisprudence *Centros* où la Cour a considéré que le refus de reconnaître l'existence d'une société telle que constituée dans un autre Etat membre était *injustifiable* en toutes circonstances. L'examen de la proportionnalité de la mesure en cause devient ainsi superflu : il suffit de constater qu'une atteinte est portée contre le *nucleus* de la liberté d'établissement, lorsque la mesure en cause « *empêche toute mise en œuvre du droit au libre établissement* »[777] suppose la « *négation même* » de

[775] Voir p.ex., à propos de la détermination du champ couvert par la liberté d'établissement, la Cour s'oppose à une interprétation qui « aboutirait à soustraire entièrement une activité économique au régime de la liberté d'établissement établi par les accords d'association Communautés/Pologne et Communautés/République tchèque », car « un tel résultat ne serait pas conforme à la volonté des parties contractantes desdits accords », CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-268/99, *Rec*. p. I-08615, para. 69.

[776] J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », préc., p. 184 : « If the notion of essences or cores is to be any use, it must be definable independently of proportionality and perform a distinct role in preventing certain forms of state action ».

[777] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 30.

la liberté de circulation en question[778], ou enfreint une faculté « inhérente » à son exercice[779].

588. Dans ces circonstances, il est possible d'identifier des véritables règles dans les libertés de circulation, telles qu'elles sont interprétées par la Cour de justice. En matière de sociétés, les Etats membres sont contraints d'abandonner la théorie du siège car son application enfreint justement le « contenu essentiel » de la liberté d'établissement. Il est également possible de qualifier celle-ci de véritable droit subjectif, soit de domaine réservé à la volonté individuelle des individus, car ceux-ci jouissent grâce à cette jurisprudence d'un pouvoir abstrait dont le contenu concret serait dans une certaine mesure définissable d'avance.

589. La jurisprudence *Centros* n'est pas pourtant le seul exemple. D'autres cas l'illustrent aussi, concernant typiquement des restrictions à l'importation ou à l'exportation qui visent à agir indirectement sur une pratique plus tolérée dans un autre État membre. La réponse de la Cour a été, généralement, *d'interdire* ces restrictions, sans avoir recours au principe de proportionnalité, considérant qu'il n'appartient pas aux Etats membres de protéger des intérêts « localisés » entièrement dans d'autres pays de l'Union[780].

590. Dans l'arrêt *Hedley Lomas*[781], par exemple, l'Etat britannique avait interdit l'exportation d'animaux vivants vers l'Espagne, soupçonnant que les standards suivis par les abattoirs espagnols n'étaient pas conformes à la directive relative à l'étourdissement des animaux avant leur abattage. De façon très similaire, l'arrêt *Compassion in World Farming*[782] concernait la demande faite par une association de protection des animaux aux autorités britanniques de limiter l'exportation de bovins envers d'autres États membres susceptibles d'utiliser un système d'élevage dans des cages à veaux, système interdit au Royaume Uni. Finalement, dans l'arrêt *Gourmetterie Van den Burg*[783], les autorités hollandaises avaient interdit l'importation et commercialisation d'une espèce d'oiseau sauvage en vue de sa protection, malgré le fait que l'espèce ne vivait pas en

[778] CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, *Rec*. p. I-09919, para. 93.

[779] CJCE, 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, *Rec*. p. I-10155, para. 138.

[780] J. Israël, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerpen et Oxford : Intersentia, 2005, p. 122.

[781] CJCE, 23 mai 1996, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, aff. C-5/94, *Rec*. p. I-02553.

[782] CJCE 19 mars 1998, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd.*, aff. C-1/96, *Rec*. I-01251.

[783] CJCE, 23 mai 1990, *Procédure pénale c. Gourmetterie Van den Burg*, aff. C-169/89, *Rec*. p. I-02143.

territoire néerlandais et était licitement commercialisé sur le territoire britannique, en l'espèce l'Etat membre exportateur. Dans les trois cas, la Cour a conclu que les mesures étaient contraires au droit communautaire. Il est indéniable que la circonstance décisive ne fut pas le contenu des réglementations nationales, mais au contraire leur champ d'application, s'étendant bien au-delà du territoire national, pour se déployer presque exclusivement sur le territoire d'un autre État membre. Certes la Cour ne s'est pas montrée très explicite sur ce point, se concentrant au contraire sur la circonstance que, dans les trois cas, des Directives avaient procédé à une harmonisation partielle des domaines respectifs, limitant la marge de manœuvre des États membres.

591. Or, le laconisme de la Cour à l'égard de la question de l'extraterritorialité fut amplement compensé dans les conclusions des Avocats généraux, les trois riches en enseignements sur la relation entre l'extraterritorialité et les libertés économiques fondamentales. Ainsi, l'AG Van Gerven affirma à propos de l'affaire *Van de Burg* qu'« *une mesure adoptée unilatéralement par un État membre relativement à la chasse dans un autre État membre ne semble guère compatible à première vue avec le principe de la confiance mutuelle* »[784]. De sa part, dans l'arrêt *Hedley Lomas*, à la question : « *[l]'article 36 du traité peut-il faire l'objet d'une application extraterritoriale ?* »[785], l'AG Léger offre comme réponse : « *un État membre ne peut se prévaloir de l'article 36 du traité que pour assurer la sauvegarde d'un intérêt protégé par cet article sur son territoire national* »[786], conclusion qu'il a reproduit dans ses conclusions rendues à propos de l'affaire *Compassion in World Farming*[787]. D'autres arrêts, comme *Gouda*[788], *Vander Elst*[789] et *Rush Portuguesa*[790], semblent aller dans le même sens, en matière de circulation de services. Dans le dernier arrêt, par exemple, la Cour a estimé que les mesures de l'Etat d'accueil ne sauraient se justifier par l'objectif de protéger le marché

[784] *Ibid.*, concl. AG Van Gerven, para. 7.

[785] CJCE, 23 mai 1996, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, aff. C-5/94, *Rec*. p. I-02553, concl. AG Léger, para. 31.

[786] *Ibid.*

[787] CJCE 19 mars 1998, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd.*, aff. C-1/96, *Rec*. I-01251, concl. AG. Léger, para. 87 et s.

[788] CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007.

[789] CJCE, 9 août 1994, *Raymond Vander Elst c. Office des migrations internationales*, aff. C-43/93, *Rec*. p. I-03803, para.

[790] CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Ld[a] c. Office national d'immigration*, aff. C-113/89, *Rec*. p. I-01417.

national de l'emploi, car ce marché n'était pas affecté par le détachement temporaire des travailleurs[791].

592. A l'inverse, il faut également souligner que la Cour s'est clairement prononcée à la faveur de la compétence des États à réglementer les activités ayant lieu sur leur territoire. Pour se limiter à quelques exemples précis, dans l'arrêt *Van Schaik* il est dit que les autorités néerlandaises peuvent exercer leur contrôle seulement à l'égard des établissements situés en territoire hollandais[792], et la Cour précise que « *l'octroi par l'État néerlandais, à des garages établis dans d'autres États membres, d'une reconnaissance […] concerne l'extension d'une prérogative de puissance publique en dehors du territoire national* »[793]. Dans l'arrêt *Bond van Adverteerders*, la Cour affirme que « *chaque État membre a compétence pour réglementer, restreindre ou même interdire totalement sur son territoire, pour des raisons d'intérêt général, la publicité télévisée* »[794]. En matière fiscale, le principe de « *territorialité* » a reçu la bénédiction de la Cour, comme « *principe reconnu par le droit communautaire* »[795]. Les mesures exclues du domaine de la libre circulation des marchandises par l'arrêt *Keck et Mithouard* doivent réguler seulement des activités ayant lieu sur le « territoire national »[796], et dans l'arrêt *Cassis de Dijon* la CJUE affirme qu'il « *appartient aux États membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation de l'alcool et des boissons spiritueuses* »[797]. Enfin à *Gebhard* elle souligne de nouveau le droit des États Membres de réguler l'exercice des professions sur leur territoire[798].

593. Quoi qu'il en soit, il importe ici de souligner que dans ces arrêts des véritables règles (malgré leur caractère certes très flou) semblent avoir été dégagées par la Cour de justice, délimitant le domaine spatial où les Etats membres sauraient légitimement exercer leurs prérogatives publiques, le point décisif étant *l'absence de tout recours au*

[791] *Ibid.*, para. 15. Cette constatation est, par ailleurs, contestatable : P. Rodière, note sur l'arrêt *Rush Portuguesa*, préc., p. 637-638.

[792] CJCE, 5 octobre 1994, *Procédure pénale c. Johannes Gerrit Cornelis van Schaik*, aff. C-55/93, *Rec*. p. I-04837, para. 20.

[793] *Ibid.*, para. 16

[794] CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c. État néerlandais*, aff. 352/85, *Rec*. p. 02085, para. 38.

[795] CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03, *Rec*. p. I-10837, para. 39.

[796] CJCE, 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec*. p. I-06097, para. 16.

[797] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec*. p. 00649, para. 8.

[798] CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, *Rec*. p. I-04165, para. 36.

principe de proportionnalité. Autrement dit, c'est parce que la Cour a considéré que les restrictions examinées dans des arrêts tels que *Compassion in World Farming* étaient injustifiables *per se* qu'il est possible d'identifier des véritables règles (ici, des règles de conflit ou de répartition « horizontale » de compétences entre les Etats membres). Ainsi, la doctrine du contenu essentiel, dans les rares cas où elle est appliquée par la Cour de justice, est l'exception qui confirme la règle : le principe de proportionnalité rend radicalement impossible d'identifier des règles et des droits subjectifs dans les libertés de circulation, en accord avec une conception formelle de la sécurité juridique.

DEUXIÈME PARTIE : UN CONTENU SUBSTANTIEL

Même si la doctrine tend à reconnaître que le principe de proportionnalité constitue une forme de raisonnement spécifique, il est relativement commun de soutenir qu'il serait dépourvu de contenu substantiel. Ainsi, le principe de proportionnalité ne favoriserait aucun principe ou valeur en particulier. Deux auteurs par exemple écrivent qu'il « *convient de souligner que le contrôle de proportionnalité est une procédure analytique – il ne produit pas par lui même des résultats substantiels* »[799].

Dans la Partie qui suit, nous allons remettre en cause cette interprétation pour montrer, au contraire, que le principe de proportionnalité mérite bien d'être analysé en tant que principe substantiel. Même s'il est possible d'envisager ce principe séparément à partir d'une perspective formelle (comme nous l'avons fait dans la Partie précédente) et à partir d'une perspective substantielle (comme nous allons le faire maintenant), les deux sont interdépendantes, de sorte que l'utilisation d'une certaine forme implique un contenu substantiel et, à l'inverse, le choix d'un certain contenu impose une forme de raisonnement spécifique[800].

Il convient de faire une précision préliminaire. Quand on s'enquiert sur le principe de proportionnalité d'un point de vue substantiel, la question ne porte pas sur les stratégies de la Cour pour justifier la poursuite d'un principe occulte. Cette interrogation est certes légitime : ainsi, à l'instar de ceux qui ont dénoncé l'instrumentalisation de la déduction formelle au service d'une certaine idéologie[801] (souvent conservatrice), nous pourrions également spéculer sur les véritables motifs des juges de la Cour de justice inspirant le développement de la jurisprudence sur le principe de proportionnalité. Or, une telle démarche n'est pas la nôtre, qui laisse de côté toute dimension stratégique pour se concentrer dans l'analyse des discours jurisprudentiels. Ainsi, nous aspirons à identifier le contenu substantiel de ce principe tel qu'il se dégage de ces discours, en identifiant les choix et postulats matériels impliqués par l'utilisation de cette norme qu'est le principe de proportionnalité.

Ainsi, loin d'être une forme sans contenu, nous constaterons que le principe de proportionnalité, pour le dire de façon sommaire, impose un principe *d'efficience* économique, ce qui conduit à concevoir comme des simples *instruments* autant le droit étatique soumis a l'examen de la Cour que les libertés de circulation (Titre I).

---

[799] A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, pp. 72-164, p. 76 : « it is important to emphasize that PA is an analytical procedure-it does not, in itself, produce substantive outcomes ».

[800] Voir à cet égard D. Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication », (1976) 89 *Harvard Law Review*, pp. 1685-1778.

[801] J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, thèse, 2012, pp. 321-324.

En outre, ce principe d'efficience n'est pas un mécanisme correcteur, une simple exception à la règle. C'est un contraire *emblématique* de toute la jurisprudence sur la libre circulation. Le principe de proportionnalité n'apparaît pas aux marges des libertés de circulation mais se confond avec celles-ci, de sorte que la notion d'entrave à la circulation a pour seule vertu de définir le champ d'application du principe de proportionnalité, en créant une présomption de disproportion. Le principe de proportionnalité devient, en définitive, un principe paradigmatique (Titre II).

TITRE I. UN PRINCIPE D'EFFICIENCE

594. Dans le présent Titre, nous nous proposons identifier la *raison* pour laquelle la Cour de justice réalise une évaluation coûts-bénéfices des mesures étatiques faisant obstacle à la circulation, la fonction substantielle accomplie par une telle forme de raisonnement[802]. Comme nous la verrons, la réponse se trouve dans un principe de type économique : l'application du principe de proportionnalité sert à garantir l'efficience des réglementations étatiques.

595. L'assimilation du principe de proportionnalité à un principe d'efficience se manifeste de deux manières principales. Tout d'abord, nous mettrons en exergue la nature particulière du principe de proportionnalité en tant que norme de nature *technique* : à partir d'une conception du droit étatique comme un pur instrument, la Cour se contente de sanctionner l'incompétence technique en disqualifiant les mesures qui s'avèrent inefficientes (Chapitre 1).

596. Ensuite, il s'agira de montrer que la protection accordée aux citoyens par le principe de proportionnalité est de nature instrumentale. En effet, en réponse à ceux qui conçoivent les libertés de circulation comme des véritables droits et affirment que leur protection posséderait une valeur intrinsèque, nous insisterons sur la nature proprement *instrumentale* de ces dernières, comme outil asservi à l'efficience économique, en raison de l'intervention du principe de proportionnalité. La fonction des libertés de circulation reflète ainsi l'effet transformateur de ce principe (Chapitre 2).

[802] *Ibid.*, pp. 24-5 : « […] this alternative approach asks *why this particular court and its audience* see the need to balance – whether it is because they feel that this is what the protection of a particular fundamental right or perhaps the task of judges in a democracy is *fundamentally about*, or whether it is because judges *cannot agree on anything more* than that some sort of accommodation between individual and societal interest is important, *etc. etc.* - , and analyses the answer in the context of locally prevalent ideals of legitimacy ».

CHAPITRE 1. UNE NORME DE NATURE TECHNIQUE

597. Dans le Chapitre précédent, nous avons constaté que les notions de nécessité et d'adéquation ont été interprétées par la Cour comme des notions essentiellement empiriques. Il importe maintenant de mettre en relief, à partir des conclusions précédentes, que le principe de proportionnalité a été interprété par la Cour comme une norme de nature technique.

598. Que signifie-t-il pourtant le fait d'affirmer que le principe de proportionnalité est une norme *technique* ? En quoi se distinguerait-elle des normes *juridiques* ? Après avoir apporté quelques précisions quant à la notion de norme technique, en démontrant qu'elle se caractérise par le fait de se situer à mi-chemin entre l'être et le devoir-être et par le fait de s'appuyer sur une légitimité de type technocratique (Section 1), nous constaterons que le principe de proportionnalité mérite bien ce qualificatif dans la mesure où il impose un contrôle de la *qualité technique* des mesures étatiques, les envisageant comme des simples instruments (Section 2).

SECTION 1. Précisions sur la notion de norme technique

599. La norme technique, bien qu'incontestablement une norme, se situe néanmoins à mi-chemin entre l'être et le devoir-être, ce qui la distingue de manière essentielle des normes juridiques (§ 1). Les deux types de normes se distinguent également au niveau de la légitimation dont elles se réclament, les normes techniques s'appuyant sur une légitimation de type technocratique (§ 2).

§ 1 – La norme technique, à mi-chemin entre l'être et le devoir-être

600. La doctrine juridique s'interroge encore aujourd'hui sur la nature des normes techniques, notamment sur la question de savoir si elles relèvent de l'être ou du devoir-être[803]. Dans le passé, les auteurs avaient généralement tendance à les considérer comme relevant du pur fait, tandis qu'aujourd'hui leur juridicité est plus couramment admise[804].

601. La normativité des normes techniques ne nous semble pas contestable. Il est indifférent à cet égard que les normes techniques en question soient contraignantes ou contiennent simplement des recommandations. Peu importe également qu'elles émanent d'une institution étatique ou au contraire d'une association de normalisation privée. L'essentiel réside dans le fait qu'elles imposent un « modèle à observer »[805], ayant pour

[803] F. Violet, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 29 et s.

[804] L. Boy, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, 2007.

[805] *Ibid.*

vocation d'orienter les comportements de leurs destinataires, comme par exemple les spécifications techniques de jouets destinées à garantir la sécurité des enfants[806]. Ainsi, la norme technique est susceptible de *justifier* une décision concrète (par exemple, la décision des fabricants de jouets de produire ces derniers en conformité avec les spécifications techniques ou la décision de l'autorité publique constatant cette conformité ou imposant des sanctions du fait de l'inobservance desdites spécifications techniques).

602. Il convient dès lors de distinguer les normes techniques des « lois scientifiques », qui relèvent exclusivement de l'être. La proposition « *le métal se dilate lorsqu'il est chauffé* » se limite à décrire une relation causale entre deux faits : le fait de chauffer le métal et le fait de sa dilatation. En revanche, l'affirmation « *afin de dilater le métal, tu dois le chauffer* » constitue un exemple de norme technique, commandant un certain comportement tout en se fondant sur une loi scientifique. La distinction devient plus subtile entre les normes techniques et les propositions dites anancastiques (suivant la terminologie de Von Wright), affirmant « *que quelque chose est (ou n'est pas) condition nécessaire d'une autre chose* » (d'un point de vue causal)[807]. Pourtant, la différence est la même : « pour dilater le métal, il faut le chauffer » constitue un exemple d'une proposition anancastique, qui se veut purement descriptive. Une norme technique, en revanche, prescrit un certain comportement en vue d'atteindre un résultat : « Si tu veux dilater le métal, tu dois le chauffer »[808].

603. En définitive, les normes techniques méritent bien d'être qualifiées de *normes*. Pour autant, cela ne signifie pas qu'elles ne présentent pas de spécificités fondamentales, ces dernières faisant obstacle à ce qu'elles soient assimilées aux normes juridiques. Premièrement, les normes techniques n'ont lieu d'être que si l'on postule un certain résultat comme souhaitable. Elles n'interviennent donc que dans une perspective instrumentale, prescrivant les moyens à employer en vue d'atteindre un résultat, sans pourtant établir les buts qui devraient être poursuivis. Une norme juridique ou sociale, en revanche, prescrit un certain comportement lorsqu'une situation précise est donnée. Ainsi, l'obligation de garantir la sécurité des enfants procède d'une norme juridique, tandis que, dans la fabrication des jouets, les spécifications à respecter en vue de garantir ce résultat sont l'apanage des normes techniques.

604. Cet aspect de la distinction entre normes techniques et normes juridiques peut être illustré à l'aide des analyses de Kelsen, dont la *Théorie générale des normes* débute par la distinction entre « *règles normatives* » et « *règles de fait* ». Tandis que les dernières

[806] F. Violet, *Articulation entre la norme technique…*, préc., pp. 29-30.

[807] J. Aglo, *Norme et symbole : les fondements philosophiques de l'obligation*, Ed. L'Harmattan, 1998, note 126.

[808] *Ibid.*

établissent une « *nécessité causale* », les premières fondent une « *nécessité normative* ». Ainsi, Kelsen souhaite employer deux termes différents, qui dans la langue commune sont souvent utilisés comme des synonymes : « le falloir-être » (fait) et « le devoir-être » (norme). Le premier répond à la question « *Que faut-il que je fasse afin de réaliser une certaine fin ?* », question donc de type factuel « *relative à l'adéquation de moyens à une fin* », car elle se rapporte à « *une relation entre deux faits dont l'un, en tant que moyen, est la cause de l'autre qui, en tant que fin est son effet* ». Le second, en revanche, répond à l'interrogation « *Que dois-je faire ?* », par force « *relative à la validité d'une norme* ». Ainsi le falloir-être se distingue du devoir-être dans la mesure où celui-ci « *n'est pas une relation entre deux éléments : ni une relation entre une norme et le comportement qui lui est conforme, ni une relation entre l'acte posant la norme et le comportement conforme à la norme. Le devoir-être est la norme, c'est-à-dire qu'il est la signification de l'acte* »[809].

605. Cela entraîne une caractéristique additionnelle résidant dans la sanction des normes techniques. Tandis qu'au non-respect d'une norme juridique est attachée une sanction, le non-respect de la norme technique compromettra la poursuite du résultat visé. Ainsi, le comportement en violation de la norme technique comporte sa propre sanction. Comme le dit J. Habermas : « *Un comportement incompétent, enfreignant des règles techniques éprouvées ou des stratégies justes, est condamné de lui-même à la faillite par l'échec : la « punition » fait, pour ainsi dire, partie intégrante de l'échec devant la réalité* »[810].

606. Enfin, la norme technique se distingue de la norme juridique par son fondement, la connaissance des lois scientifiques. Elle se différencie ainsi des normes juridiques, qui se fondent sur la volonté de l'homme ou sur certaines valeurs[811]. Comme l'affirment souvent les auteurs normativistes, une norme juridique ne peut pas être vraie ou fausse, mais simplement valide ou invalide[812]. C'est le contraire pour les normes techniques, qui se caractérisent par leur réfutabilité. Comme l'explique M. Violet : « *La norme technique*

[809] H. Kelsen, *Théorie générale des normes* (*Allgemeine Theorie der Normen*, trad. fr. par O. Beaud et F. Malkani), PUF, 1996, p. 11 et s.

[810] J. Habermas, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris : Gallimard, 1973, p. 22. Voir aussi F. Violet, *Articulation entre la norme technique…*, préc., p. 42 : « […] en matière de norme technique, la sanction n'a pas lieu d'être car la norme édicte un comportement naturel, logique. L'homme ne peut qu'être enclin à la suivre. Le non-respect de celle-ci n'engendre pas une sanction. La violation d'une telle règle constitue une confrontation avec les éléments naturels. Ceci se traduit par un décalage entre le naturel et la réalité effective. Ainsi, la personne ne respectant pas ce type de norme rencontrera immanquablement des difficultés dans son œuvre ».

[811] F. Violet, *Articulation entre la norme technique…*, préc., pp. 40-41.

[812] M. Troper, « Normativisme », in D. Alland et S. Rials (éds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., p. 1075 : « […] les propositions, mais non les prescriptions, sont logiquement susceptibles d'être vraies ou fausses ». Voir surtout H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (*Reine Rechtslehre*, trad. fr. par Ch. Eisenman), Paris : Dalloz, 1962, p. 13 et s.

aurait pour justification, non pas une conception des choses, mais la réalité, une science théorique fiable. Ce type de normes pourrait, alors, être vrai ou faux, à la différence des normes du devoir être qui ne sont que respectées ou violées »[813]. En effet, la norme technique qui commande aux fabricants de jouets de respecter certaines spécifications afin d'éviter que les jouets puissent constituer un danger pour la sécurité des enfants peut être *réfutée*, si l'on découvre par le biais de nouvelles recherches scientifiques que le supposé danger pour les enfants n'est pas réel, ou au contraire que les spécifications s'avèrent inaptes à garantir le résultat visé. Dans ces hypothèses, pour reprendre l'expression d'un auteur, « *les normes techniques contiendraient une vérité extérieure à celle énoncée par la norme elle-même* »[814].

607. Somme toute, les normes techniques, bien que se distinguant des lois scientifiques qui relèvent exclusivement de l'être, reprennent néanmoins ces dernières pour les élever au rang de normes en postulant la recherche d'un certain résultat. Alain Supiot résume ainsi la différence entre les normes techniques et les normes juridiques :

> *La norme technique est unidimensionnelle (elle appartient au seul monde des faits) et donc concrète (elle doit correspondre à la diversité de ces faits), évolutive (elle doit pouvoir changer avec la progression des connaissances) et réfutable (elle doit permettre le démenti ou l'alternative technique). Sa validité dépend entièrement de son efficacité. La norme juridique, au contraire, est bidimensionnelle (elle vise à rendre le monde tel qu'il est conforme à un monde tel qu'il devrait être). Elle est donc générale et abstraite (la diversité des faits doit pouvoir lui être subsumée), permanente et obligatoire (elle échappe aux critères de la vérité). Elle ne tire pas sa légitimité de la connaissance scientifique du monde, mais de son inscription dans un système de règles lui-même référé à des valeurs posées idéalement*[815].

608. Nous allons maintenant montrer que l'application des normes techniques s'appuie sur une légitimité de nature technocratique.

§ 2 – Une légitimation technocratique

609. On évoquera les deux traits de la légitimation technocratique qui nous paraissent les plus pertinents : l'objectivité des normes appliquées et l'extériorisation de la source ultime de légitimité.

---

[813] F. Violet, *Articulation entre la norme technique…*, préc., p. 31. Voir aussi J. Habermas, *La technique et la science…*, préc., p. 23 : « Alors que la validité des règles techniques et des stratégies dépend de la validité de propositions empiriquement ou analytiquement vraies, celle des normes sociales est fondée sur la seule intersubjectivité de la compréhension des intentions et elle est assurée par la reconnaissance des obligations par tous ».

[814] *Ibid.*, p. 30, citant D. Voinot, *La norme technique en droit comparé et en droit communautaire*, Thèse, Grenoble, 1993, p. 35.

[815] *Ibid.*

610. Comme nous venons de le voir, les normes techniques se situent à mi-chemin entre l'être et le devoir-être car, bien qu'incontestablement normatives, elles s'appuient sur des connaissances scientifiques, de sorte qu'elles se présentent comme étant d'application objective. Cette apparence d'objectivité constitue justement la qualité première des appréciations émises par celui qui est chargé d'appliquer la norme technique : le fait de se fonder sur une légitimité de type technique lui permet de « s'effacer » derrière des constatations purement factuelles et exclusives de tout choix discrétionnaire. Sa décision sera ainsi revêtue de la neutralité de l'expert, évoqué par Carl Schmitt[816]. Dans ce sens, M. Encinas de Munagorri distingue, à propos du rôle des experts dans le droit, entre leur fonction visant à établir l'authenticité de la preuve et nécessitant des connaissances spécialisées, et celle consistant à justifier une décision :

> *[…] la vérité est envisagée dans nos sociétés occidentales comme une vérité impartiale, neutre et objective. Or, le rôle de l'expert consiste précisément à produire une vérité de cet ordre en apportant des éléments de preuve par voie de mesure, d'authentification, d'évaluation. […] Se dévoile ici une finalité de l'expertise qui apparaît seconde mais qui est parfois première : justifier une décision*[817].

611. Il se peut que l'expert commette des erreurs, ou même que les connaissances scientifiques sur lesquelles il se fonde s'avèrent par la suite fausses (d'où le caractère essentiel de la réfutabilité, signalé par M. Supiot). Or, l'idée même d'une norme technique ne reconnaît pas que la volonté de l'homme puisse jouer un rôle quelconque, que ce soit dans son édiction ou dans son application. Comme le dit M. Edelman, « *quand on reproduit la nature telle qu'elle est, telle qu'elle se présente objectivement, on ne la « crée » pas, on ne la « représente » pas, on l'expose ; de ce fait même,*

[816] C. Schmitt, « El defensor de la Constitución » (*Der Hüter der Verfassung*, trad. espagnole par M. Sánchez Sarto et R.J. Brie), in *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid : Tecnos, 2009, p. 201 et s. Selon l'auteur allemand, il faut distinguer la neutralité négative, celle qui ne donne pas lieu à une décision politique, de la neutralité positive, celle qui engendre au contraire une décision de ce type. Constituent des exemples de neutralité négative la neutralité comme égalité des armes dans la formation de la volonté politique, la neutralité comme non-intervention ou laissez-passer, la neutralité dans le sens des conceptions strictement instrumentales de l'Etat, et la neutralité comme parité. Constituent en revanche exemples de neutralité positive la neutralité basée sur l'application de normes (la neutralité du juge), la neutralité des connaissances techniques d'un expert (comme dans notre cas), la neutralité comme l'expression d'une unité comprenant des groupes disparates, et la neutralité du tiers extérieur.

[817] R. Encinas de Munagorri, « Expert et expertise », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 686-690, p. 687. Néanmoins, comme le montre Sheila Jasanoff, la distinction entre les deux est souvent parfaitement artificielle, de sorte qu'elle s'écroule à la moindre analyse : S. Jasanoff, « Contested Boundaries in Policy-Relevant Science », (1987) 17.2 *Social Studies of Science*, pp. 195-230, p. 212, à propos de la distinction entre la « gestion des risques » (« risk management ») et l'« évaluation des risques » (« risk assessment ») : « agency officials saw some advantages in treating risk assessment as a wholly scientific enterprise, at least for rhetorical purposes. Emphasizing the objectivity of the procedure offered a means of persuading the public that regulatory decisions are based on a core of rational analysis and of enhancing public confidence in the impartiality of agency decisions ».

l'« artiste » disparaît »[818]. La spécificité se trouve donc dans le fait que la légitimité de la décision se fondant sur des normes techniques prétende dériver non pas de la volonté de l'homme, que ce soit par le biais du juge, du législateur, des parties contractantes aux Traités ou même du juge « artiste », mais de la connaissance scientifique du monde, fondée sur des appréciations strictement empiriques et donc objectives[819]. Comme le dit Schmitt, « *il n'y a rien de plus neutre que la technique* » :

> *La force d'évidence de la foi en la technique communément répondue de nos jours vient simplement de ce qu'on a pu croire avoir trouvé en elle le terrain absolument et définitivement neutre. Car il n'y a rien de plus neutre, en apparence, que la technique. Elle est au service de chacun de la même manière que la radio s'utilise pour transmettre des nouvelles de toutes sortes et de toute teneur ou que la poste transmet ses envois sans tenir compte de leur contenu, sans que la technique des relations postales puisse fournir un critère d'appréciation et de jugement de l'envoi transmis. Comparés aux questions théologiques, métaphysiques, morales et même économiques, dont on peut disputer éternellement, les problèmes purement techniques ont un aspect d'objectivité qui est réconfortant*[820].

612. Ensuite, les normes techniques se justifient par la poursuite (et l'atteinte) de certains résultats. Comme mentionné antérieurement, la norme technique n'opère que si un certain but est postulé comme désirable par une source extérieure. Dès lors, la légitimité de la norme technique dépend entièrement de celle du but qui lui est assigné. On peut citer à cet égard François Ost, qui décrit comme suit la « légitimation par la performance ou l'efficience », propre au discours technocratique :

> *[…] le discours de légitimation n'invoque plus des valeurs matérielles déterminées, ni même la régularité des procédures suivies, mais adopte une logique instrumentale ou technique ; on parlera de « légitimation technocratique », […]. L'idéologie technocratique repose en fait sur une légitimation par la performance ou l'efficience : une chose est bonne si elle s'avère adéquate au but poursuivi et ce but lui-même est désirable s'il produit des résultats satisfaisants eu égard à une finalité plus générale*[821].

---

[818] B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, Paris : Hermann Éditeurs, 2007, p. 185.

[819] D. Kennedy, « Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance » (2005) 27.1 *Sydney Law Review*, pp. 1-24, p. 5.

[820] C. Schmitt, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, pp. 144-145.

[821] F. Ost, « Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur : trois modèles de justice », in P. Gérard, M. van de Kerchove et F. Ost (éds.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacements*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 1-70, p. 17. Voir aussi J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue de droit public*, 1998, pp. 659-714, p. 662, où l'auteur évoque « l'éclipse des fins », produit par la primauté de la « Raison instrumentale », « le seul étalon qui prévaut désormais étant celui de l'efficacité maximale ».

613. Or, il importe de souligner que, une fois le but postulé comme désirable, la norme technique s'impose inévitablement, par la force des choses, avec une puissance irrésistible. Bien que les normes techniques soient incontestablement des normes (comme nous l'avons déjà souligné), le fait de s'imposer de manière aussi indiscutable à partir d'une vision instrumentale du droit peut facilement conduire à refuser d'admettre leur normativité. En effet, l'on ne pourra refuser d'admettre que le métal se dilate lorsqu'il est chauffé. Si la convenance de dilater le métal est préalablement établie, il est difficilement contestable qu'il convient de le chauffer – la puissance de cet argument est telle qu'il semble faire perdre à la norme technique sa normativité. Il en ressort la légitimité de la décision prononcée en son application.

614. Une conception technocratique du droit se veut muette sur les objectifs à poursuivre. Si elle est accusée de contribuer à des politiques injustes, elle peut se défendre en alléguant qu'elle se limite à « *suivre* ». Comme l'explique Pierre Legendre à propos du « Management », « *[o]n peut d'abord constater que les savoirs et pratiques gestionnaires considèrent les fondements de la légitimité comme relevant d'un autre niveau, d'une autre sphère que la leur. A ce titre, le Management ne peut être accusé d'imposture, car il ne prétendra jamais fonder une pensée : il suit* »[822]. Ainsi, « *[a]yant pour critère l'action, le Management ne se pose pas de questions générales et n'a pas de vues stratégiques ; c'est une machine qui tourne* »[823]. Il a donc le fonctionnement d'un « *mécanisme de refoulement portant non pas tant sur les formulations juridiques classiques que sur l'idée même de normativité* »[824].

615. En outre, il se peut que, par une référence à la logique de la performance, l'on parvienne à évacuer complètement toute interrogation normative sur les fins. C'est ce qu'un auteur décrit comme « l'éclipse des fins »[825]. Comme l'explique M. Ost, dans un système technocratique, bien que la question des finalités à poursuivre soit reconnue comme pertinente, « *la logique de la performance risque bien de prendre le pas sur la désirabilité en elle-même de l'objectif poursuivi* ». Ainsi, « *une relation instrumentale ou causale (la relation moyen-fin) finit par se substituer à une relation évaluative ou normative. La connaissance des rapports entre éléments du système et la technique de manipulation efficiente tiennent lieu d'éthique* »[826].

[822] P. Legendre, *Leçons VII. Le désir politique de Dieu : Etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, Fayard, 1988, p. 83.

[823] *Ibid.*, p. 96.

[824] *Ibid.*, p. 84.

[825] J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ?... », préc., 662 (citant C. Taylor, *Le malaise de la modernité*, Paris : Ed. du Cerf, 1992).

[826] F. Ost, « Juge pacificateur… », préc., p. 17.

616. Ayant apporté quelques précisions quant à la notion de norme technique et la légitimité sur laquelle elle s'appuie, il convient à présent de démontrer que le principe de proportionnalité, tel qu'interprété par la Cour de justice, est conforme à ce modèle.

SECTION 2. La constatation de la nature technique du principe de proportionnalité

617. A partir d'une conception du droit des Etats membres comme un pur instrument, le principe de proportionnalité impose, à l'instar des normes techniques, un contrôle de son efficience, aboutissant à une condamnation des Etats membres du fait de leur *incompétence technique* (§ 1). La légitimité des jugements de la Cour provient ainsi de la notion d'efficience, laquelle se présente comme objective et s'impose sans qu'il soit besoin de le justifier (§ 2). Dès lors, d'autres conceptions du principe de proportionnalité, dont notamment la conception axiologique, se trouvent nécessairement écartées (§ 3).

§ 1 – Le principe de proportionnalité comme principe d'efficience

618. Le principe de proportionnalité est incontestablement une norme. Certes, la Cour déclare souvent que l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure étatique entravant la circulation est un examen de type empirique. Dans une des affaires relative à la législation britannique sur le repos dominical, elle affirme que « *[l]a question de savoir si les effets d'une réglementation nationale déterminée restent effectivement dans ce cadre [de la proportionnalité] relève de l'appréciation des faits* »[827]. Et dans l'arrêt *Ahokainen*, rendu plus récemment : « *Le contrôle de la proportionnalité et de l'efficacité des mesures prises repose en effet sur des appréciations de fait* »[828]. Pourtant, l'analyse coûts-bénéfices développée par la Cour par le biais du principe de proportionnalité n'est pas une simple *heuristique*, mais une véritable *norme* qui impose un certain modèle aux Etats membres (les obligeant à adopter des mesures efficientes) et qui sert à justifier des décisions concrètes. Comme le montre un auteur, nous devons distinguer l'analyse coûts-bénéfices en tant qu'heuristique (c'est-à-dire en tant qu'outil permettant d'établir les effets des alternatives possibles en termes de coûts et bénéfices, lesquels seront éventuellement pris en considération pour parvenir à une décision) de son emploi en tant que norme (à savoir, « *standard of public choice* », imposant la décision entraînant le plus grand nombre de bénéfices ou le moins de coûts agrégés)[829]. De la même manière, l'efficience peut être une notion purement descriptive (pour décrire un état dans lequel

[827] CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc.*, aff. C-145/88, *Rec.* p. 03851, para. 16.

[828] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, para. 38.

[829] H.S. Richardson, « The Stupidity of the Cost-Benefit Standard », in M.D. Adler et E.A. Posner (éds.), *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, Chicago et Londres : The University of Chicago Press, 2001, pp. 135-167.

tout changement entraînerait plus de coûts que de bénéfices) ou normative (pour ériger un tel état en modèle à respecter). Le principe de proportionnalité rentre incontestablement dans la dernière catégorie, puisqu'il conduit à disqualifier les mesures étatiques inefficientes selon le critère de Pareto (A). Ainsi les Etats membres sont condamnés du fait de leur incompétence technique, la Cour s'érigeant en garant de la qualité technique des réglementations étatiques (B). Ne fait pas obstacle à ces conclusions, il convient enfin de noter, la faible la qualité technique des appréciations de la Cour (C).

A. Une norme unitaire imposant une évaluation de l'efficience selon le critère de Pareto

619. Le principe de proportionnalité est souvent présenté comme une liste de conditions cumulatives, dont la racine commune n'apparaîtrait pas à première vue. Il n'y aurait donc pas de principe unitaire de proportionnalité doté d'un contenu propre, mais plutôt une pluralité d'exigences hétéroclites, rassemblées par la doctrine dans la notion « proportionnalité » qui serait en soi parfaitement vide de contenu. Le fait même de parler du principe de proportionnalité paraît ainsi quelque peu arbitraire : autant parler des tests individuels qui l'intégreraient prétendument.

620. Ainsi, comme nous l'avons déjà signalé, la liste de « conditions », « pas », « volets » ou « tests » est généralement présentée de la manière suivante : la mesure en question doit (i) poursuivre un but légitime (« test de légitimité ») ; (ii) être appropriée à le faire (« test d'appropriation ») ; et (iii) être la moins coûteuse parmi toutes les alternatives d'efficacité égale (« test de nécessité »)[830]. Pourquoi alors présenter ces conditions comme émanant d'un principe unique, quitte à ce qu'il s'agisse d'un simple principe du contrôle judiciaire ? Au lieu de parler, comme le font MM. Stone Sweet et Mathews, de la « globalisation » du principe de proportionnalité, mieux vaudrait-il signaler le retentissement de certains de ses « volets » individuels. Le manque de vision unitaire de ce qu'est la proportionnalité explique probablement la tendance à « démultiplier » les tests dont serait composé le contrôle exercé par le juge communautaire[831].

[830] Voir p.ex. A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing… », préc., p. 75. Selon ces auteurs et d'autres, la liste inclut un dernier test dit de « proportionnalité stricto sensu », selon lequel la restriction provoquée par la mesure en cause ne doit pas être disproportionnée par rapport au gain attendu. Ils décrivent cette liste comme la version « la plus développée » du principe de proportionnalité : comme nous l'avons déjà vu, ce dernier test de proportionnalité *stricto sensu* ne fait pas partie de la version du principe de proportionnalité appliqué par la Cour de justice (Partie I, Titre I, Chapitre 2) et, en tout état de cause, il ne nous semble pas judicieux, comme le font ces auteurs, d'extraire le contenu de ce principe de façon aprioristique (voir *infra*, nº 664 et s.).

[831] M. Fallon par exemple estime que le contrôle de proportionnalité est composé de trois tests : le test d'aptitude, le test d'interchangeabilité et le test d'équivalence : M. Fallon, « Le détachement européen des

621. Il faudrait cependant mettre un terme à cette confusion. En réalité, décrire la proportionnalité comme un ensemble d'exigences autonomes conduit à se méprendre sur la véritable nature de ce principe. La proportionnalité est un principe *unitaire,* imposant un principe d'efficience. Quelques précisions à propos de la notion générale d'efficience, et en particulier de celle qui est présente dans la jurisprudence, méritent néanmoins d'être apportées.

622. Signalons préalablement que, dans le langage courant, la notion d'« efficacité » est extrêmement équivoque, d'autant plus que dans la langue française ce terme possède deux significations qu'il conviendrait de distinguer dans l'analyse du principe de proportionnalité. Tout d'abord est dite « efficace » l'action qui produit l'effet attendu (ce qui doit être traduit en anglais par « *effective* » et en espagnol par « *eficaz* »). Cette utilisation du terme correspond au test d'appropriation par lequel le juge s'interroge sur la relation causale entre la mesure étatique examinée et l'objectif d'intérêt général prétendument poursuivi[832]. Pourtant, le terme « efficace » dans la langue française correspond également à la notion anglaise d'« *efficiency* » (traduite en espagnol par « *eficiencia* »). Cette utilisation, dans laquelle le terme correspond à l'utilisation optimale des ressources, est plus habituelle dans l'analyse économique du droit. Afin d'éviter toute ambigüité, nous préférerons par la suite utiliser le terme *efficience* pour décrire l'utilisation optimale des ressources. Ce terme figure également dans le vocabulaire français, bien qu'il ne soit guère employé dans le langage courant et n'apparaisse pas habituellement dans les décisions étudiées. En revanche, nous nous bornerons à employer le terme « efficace » dans le sens d'« instrumentalement approprié ».

623. Cette précision faite, il faut également signaler que le sens de la notion d'efficience souffre, elle aussi, d'une grande imprécision[833]. Deux critères principaux sont proposés : celui dit de Kaldor-Hicks, et celui de Pareto.

624. Voici la définition que donne Lewis Kornhauser, spécialiste d'outre-Atlantique de l'analyse économique du droit, de l'efficience au sens de Pareto :

> *L'[efficience] de Pareto est définie en termes de préférences (subjectives) des individus dans la société. Un état x est dit être « supérieur selon le critère de Pareto » à un état y lorsque chaque individu est, de son point de vue propre, au moins aussi bien dans l'état x*

---

travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 781-818, p. 788.

[832] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, t. I, nº 158.

[833] L. Kornhauser, « A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law », (1979-1980) 8 *Hofstra Law Review*, pp. 591-639, p. 591.

> *qu'il l'est dans l'état y et qu'au moins une personne se trouve (en termes de ses préférences) mieux dans l'état x*[834].

625. Nous retrouvons pratiquement la même définition dans la thèse de Muriel Fabre-Magnan, un des premiers travaux en France à se servir de l'analyse économique du droit :

> *Pour rechercher si la société a atteint un niveau de bien-être optimal, les économistes se servent du critère dit de Pareto. Selon ce critère, un état de l'économie Q' est jugé préférable à un autre état Q s'il permet l'amélioration de la situation de certains individus sans nuire à celle d'autres. Dès lors, une répartition est dite optimale au sens de Pareto si elle est telle que toute amélioration de la situation de certains entraînerait une détérioration de la situation d'autres personnes*[835].

626. Ainsi, est optimal selon le critère de Pareto l'état qui ne saurait être modifié sans entraîner de coûts à l'égard d'au moins un individu. En revanche, tout état qui pourrait être modifié en créant seulement des gagnants est sous-optimal au sens de Pareto. Il en va autrement selon le critère de Kaldor-Hicks, très répandu dans la science économique[836] car créé pour venir combler les insuffisances du critère de Pareto, « *l'état social X est supérieur à l'état social Y si ceux qui gagnent avec le changement peuvent compenser à ceux qui perdent* »[837]. Ainsi, selon ce dernier critère, « *une distribution des bien X est supérieur à une distribution de bien Y seulement s'il existe une troisième distribution de biens Z où (a) Z est une redistribution de X ; et (b) Z est supérieur à Y selon le critère de Pareto* »[838]. Ceci explique que le critère de Kaldor-Hicks soit parfois appelé « Pareto potentiel »[839]. Son application permet d'imposer à certains des sacrifices pour faire gagner à d'autres davantage.

627. C'est le critère de Pareto qui est reflété indubitablement dans le principe de proportionnalité utilisé par le juge communautaire. La doctrine assimile souvent la notion

---

[834] L. Kornhauser, « L'analyse économique du droit », *Revue de synthèse*, 1985, vol. 106, pp. 313-329, p. 321.

[835] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris : LGDJ, 1992, p. 52.

[836] R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York : Aspen Publishers, 2011, 8ème éd., p. 18. Comme le souligne l'auteur à propos du retentissement du critère de Kaldor-Hicks : « The fact that the conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency, means that the operating definition of efficiency in economics cannot be Pareto superiority. And in fact when an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient ».

[837] A. Calsamiglia Blancafort, « Eficiencia y derecho », (1987) 4 *Doxa*, pp. 267-287, p. 272.

[838] L. Kornhauser, « The Economic Analysis of Law », in E.N. Zalta (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, éd. automne 2011, disponible sur : http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/legal-econanalysis/.

[839] R.A. Posner, « The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication », (1980) 8 *Hostra Law Revi*ew, pp. 487–507, p. 491.

de nécessité à ce modèle d'efficience[840]. L'évaluation coûts-bénéfices conduite par la Cour permet à cette dernière d'identifier les mesures optimales du point de vue de Pareto, ou à l'inverse de condamner les mesures sous-optimales. Ce n'est donc pas le seul test de nécessité qui reflète un principe d'efficience, mais le principe de proportionnalité dans son entier, le test d'appropriation étant englobé dans l'évaluation de l'efficience.

628. En conclusion, insistons sur le fait que le principe de proportionnalité constitue un véritable principe unitaire (et non pas un rassemblement de conditions disparates) et que son unité réside dans un principe d'efficience économique, interprété selon le sens de Pareto. Par le biais du principe de proportionnalité, la Cour soumet les mesures faisant obstacle à la circulation à une évaluation coûts-bénéfices, afin d'identifier les mesures qui seraient optimales du point de vue de Pareto.

B. Une norme imposant aux autorités étatiques de « mieux légiférer »

629. Le principe de proportionnalité implique d'examiner les mesures entravant la libre circulation du point de vue de leur efficience en tant qu'instruments. Dès lors, le principe de proportionnalité constitue une norme technique, dans la mesure où il conduit à envisager les mesures étatiques soumises à son examen comme des *instruments* pour atteindre un certain résultat et à écarter celles qui s'avèrent inaptes à l'atteindre (test d'appropriation) ou qui gaspillent inutilement des ressources (test de nécessité). Comme nous l'avons déjà constaté, le juge ne prend pas position quant à la question de savoir si un résultat mérite ou non d'être poursuivi, à l'exception des buts de nature économique, qui par hypothèse sont contraires au principe de la libre circulation économique et de l'efficience[841].

630. L'Etat qui est condamné pour avoir adopté une mesure disproportionnée l'est du fait de son *incompétence technique*, puisqu'il aura voulu poursuivre un objectif par un biais inapproprié. En quelque sorte, le véritable objet du contrôle du juge communautaire est la « qualité » des mesures des Etats membres. Autrement dit, la présence d'une entrave à la circulation justifie que la CJUE vérifie que les autorités étatiques aient légiféré le « mieux possible ». La Cour impose ainsi le principe de « mieux légiférer », parallèlement à la mise en place de l'agenda de la Commission de même nom qui aspire à « *l'amélioration de la législation* »[842].

---

[840] Voir p.ex. A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 320 ; J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », (2006) 65(1) *Cambridge Law Journal*, pp. 174-207, p. 198 ; R. Alexy, « Balancing, Constitutional Review, and Representation » (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law*, pp. 572-581, pp. 572-573.

[841] Voir *supra*, nº 147 et s.

[842] Voir le site web de la Commission « Mieux légiferer » : http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_fr.htm.

631. Il peut être utile d'examiner brièvement ce programme afin d'illustrer davantage la signification acquise par le principe de proportionnalité. L'objectif d'améliorer la qualité de la législation est présent dans un grand nombre d'instruments communautaires. Déjà, la déclaration n° 18 du traité de Maastricht disposait :

> *[…] la Commission s'engage en se basant, le cas échéant, sur les consultations qu'elle estime nécessaires et en renforçant son système d'évaluation de la législation communautaire, à tenir compte, en ce qui concerne les propositions législatives, des coûts et des bénéfices pour les autorités publiques des États membres et pour l'ensemble des intéressés*[843].

632. Pourtant, le point de départ du programme « Mieux légiférer » se situe probablement dans la publication en 2001 du fameux livre blanc sur la gouvernance. Ici la Commission a déclaré : « *Afin d'améliorer la qualité de ses politiques, l'Union doit tout d'abord examiner si une action est nécessaire et, dans l'affirmative, si cette action doit intervenir au niveau de l'Union* »[844]. Le lien est ainsi fait entre la « nécessité » et la « qualité » de la législation communautaire.

633. En 2003 le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission ont conclu un Accord interinstitutionnel par lequel ils « *conviennent d'améliorer la qualité de la législation par une série d'initiatives et de procédures* »[845]. Les trois institutions s'engagent à veiller « *à la qualité de la législation, à savoir à sa clarté, à sa simplicité et à son efficacité* »[846], en prévoyant l'élaboration d'« *analyses d'impact* »[847]. A la suite de cet accord, la Commission a adopté une communication en 2005 dans laquelle elle déclare comme suit :

> *Dans le cadre de sa politique visant à mieux légiférer, l'UE a pour objectif d'améliorer la réglementation, de mieux la concevoir afin d'accroître les avantages pour les citoyens, de renforcer le respect et l'efficacité des règles et de réduire les coûts économiques, conformément aux principes de proportionnalité et de subsidiarité de l'UE*[848].

634. Il est également affirmé qu' « afin de faciliter l'élaboration de mesures destinées à l'amélioration de la réglementation aux niveaux national et communautaire, la Commission établira au cours de l'année 2005 un groupe d'experts nationaux de haut

[843] Traité de l'Union européenne (Traité de Maastricht) du 7 février 1992, déclaration nº 18.

[844] Livre blanc « Gouvernance européenne » COM(2001) 428 final, p. 5.

[845] Accord interinstitutionnel « mieux légiférer » du. 16 décembre 2003, *JOCE* nº C-321 du 31 décembre 2003, article 1.

[846] *Ibid.*, article 25.

[847] *Ibid.*, articles 27-30.

[848] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne », COM(2005) 97 final.

niveau en réglementation ». Ce « groupe d'experts en réglementation » sera, entre autres, chargé d'étudier :

> *[…] la mise au point d'un ensemble cohérent d'indicateurs communs afin de suivre les progrès relatifs à la qualité de l'environnement réglementaire tant au niveau de l'UE que des États membres, et de fournir les bases d'une évaluation comparative*[849].

635. Dans le même temps, la Commission a publié une autre Communication, laquelle prévoit le retrait des nouvelles propositions législatives dont la nécessité ne serait pas démontrée par le biais d'une évaluation d'impact[850]. Présentant cette Communication, le vice-président du Parlement européen a expliqué que la Commission avait commencé à élaborer des « *normes pour la nouvelle législation et l'évaluation des coûts induits* ». Ces « *normes* » seront élaborées selon une « *méthodologie* » basée sur « *l'analyse et les connaissances scientifiques qui alimentent les études d'impact grâce à un réseau d'experts externe* »[851].

636. Encore plus récemment, dans une nouvelle Communication intitulée « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », la Commission signale que « *[l]a crise a mis en lumière la nécessité de remédier à certaines mesures incomplètes, inefficaces et sous- performantes, et ce, dans de nombreux cas, de toute urgence* », raison pour laquelle elle propose d'« *évaluer les coûts et avantages de la législation existante* » et « *veiller à ce que la nouvelle législation soit la meilleure possible* »[852].

637. Il n'est pas besoin d'apporter ici davantage de développements sur le programme européen « Mieux légiférer ». Aux fins de la présente étude, il suffit de relever que la terminologie employée dans ces instruments communautaires (« qualité de la législation », « mieux légiférer », « experts en réglementation », « nécessité de l'action législative », « analyse d'impact », « performance », « réglementation intelligente ») cherche à légitimer l'action publique par une amélioration de son *efficacité* et de son *efficience*. La qualité de la législation communautaire dépend de sa perfection en tant qu'instrument. Sera jugée bonne la mesure atteignant son objectif à moindre coût. Comme le décrit Alain Supiot, les initiatives de l'agenda « Mieux légiférer » ont pour but d'introduire des « métanormes », un « filtre » supplémentaire en amont des autorités publiques, en soumettant l'action de ces dernières à un contrôle de nature prétendument

[849] *Ibid.*

[850] Communication de la Commission « Résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur », COM(2005) 462 final.

[851] Parlement européen. Discours de Günter Verheugen (Speech/05/541) du 27 septembre 2005.

[852] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne » COM(2010) 543 final.

technique ou scientifique[853]. Le principe de proportionnalité se situe dans la même lignée, cherchant à imposer aux mesures étatiques entravant la libre circulation un « contrôle de qualité » afin que soient écartées les mesures inefficientes. Nous constaterons par la suite que son application se fonde sur une légitimation de type technocratique.

C. La pauvreté technique des évaluations coûts-bénéfices réalisées par la Cour de justice

638. Nous devons tout d'abord préciser que, malgré le terme « optimum », lequel semble indiquer une solution unique, un très grand nombre d'états peuvent être optimaux au sens de Pareto. L'optimum de Pareto admet plusieurs configurations : « *[e]n réalité, il y a non pas un mais des optimums de Pareto* »[854]. Citons de nouveau Lewis Kornhauser :

> *[…] en règle générale et quelle que soit l'interprétation qu'on donne au terme « efficacité », la thèse normative ne définit pas un choix unique de règle juridique. Plus d'une règle suscitera des comportements efficaces selon le critère de Pareto et les parties seront en désaccord quant à la règle à adopter pour la répartition des responsabilités*[855].

639. Ceci s'explique facilement : puisqu'il est extrêmement difficile de trouver une action qui ne provoquerait pas d'effets nuisibles sur au moins un individu, la plupart des états doivent être qualifiés d'optimaux au sens de Pareto. Même un contrat de vente, librement conclu entre deux parties sur la base d'une égalité parfaite, entraîne normalement des effets adverses à l'égard des tiers puisqu'il modifie le prix du bien vendu sur le marché. Nous devrions donc conclure que le contrat est inefficient selon le critère de Pareto[856].

640. Afin d'illustrer davantage cet aspect, il nous paraît utile de nous référer à la dichotomie établie par Anthony Ogus entre les règles « homogènes » et les règles « hétérogènes », dont il se sert au cours de son analyse relative à la concurrence entre les ordres juridiques[857]. Les règles homogènes seraient celles dans lesquelles les intérêts de tous les acteurs iraient dans le même sens. Ces règles sont susceptibles d'être

---

[853] A. Supiot, « Justicia social y liberalización del comercio internacional », in *Actualidad de la justicia social : liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, Barcelone : J.M. Bosch, 2008, pp. 421-446, pp. 428-9.

[854] M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information…*, préc., p. 56.

[855] L. Kornhauser, « L'analyse économique du droit », préc., p. 322.

[856] R. Dworkin, « Is Wealth a Value? », (1980) 9 *Journal of Legal Studies*, pp. 191–226, p. 193 : « It has often been pointed out that almost any widespread distribution of resources meets that test. Even willing trades that improve the position of both parties may adversely affect some third party by, for example, changing prices ».

[857] A. Ogus, « Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law », (1999) 48.2 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 405-418, spéc. p. 410 et s.

« améliorées » puisqu'il est possible de les modifier sans nuire à personne, en générant uniquement des bénéfices à l'égard de toutes les personnes impliquées (et, à l'inverse, une « mauvaise » modification ne générera que des coûts). M. Ogus considère ainsi que la concurrence entre les ordres juridiques peut être profitable à l'égard de ce type de règlementations, puisqu'elle aidera le législateur à identifier les préférences (homogènes) des acteurs concernés. Les règles hétérogènes, en revanche, interviennent pour imposer des arbitrages dans le cas d'intérêts divergents. Les équilibres qu'elles consacrent ne sauraient donc être modifiés sans créer de perdants et des gagnants. La concurrence entre ordres juridiques, explique M. Ogus, n'a pas ici lieu d'être : elle impliquera des modifications de l'équilibre existant entre les différents intérêts, dans un sens favorable aux personnes capables d'exercer une pression sur le législateur national en le menaçant de se déplacer dans d'autres juridictions, mais défavorable à celles qui ne possèdent pas ce pouvoir. La plupart du droit privé, par exemple, tombe dans cette catégorie, puisqu'il établit entre les parties des équilibres qui ne sauraient être modifiées sans nuire au moins à l'une d'entre elles[858].

641. Pourtant, il est pratiquement impossible de trouver des domaines où, selon les termes utilisés par M. Ogus, les préférences des différents acteurs impliqués seraient « homogènes ». C'est pourquoi la doctrine est sceptique quant à l'utilité réelle du critère de Pareto. En effet, M. Posner estime que lorsque l'on parle d'efficience économique, l'on se réfère par là, pratiquement toujours, au critère Kaldor-Hicks[859]. Selon M. Dworkin, il serait « absurde » d'exiger des juges qu'ils n'interviennent que dans le respect du critère de Pareto. D'une part, cela leur imposerait une contrainte excessive : ils ne pourraient pratiquement jamais condamner un certain état de choses, puisqu'il existe un nombre extrêmement réduit d'états inefficients au sens de Pareto. D'autre part, la contrainte serait trop faible : lorsqu'un état s'avèrerait inefficient, le juge ne disposerait pourtant pas d'un critère lui permettant de choisir entre toutes les solutions possibles considérées comme efficientes selon le critère de Pareto[860].

[858] Voir aussi B. Rudden, « Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, pp. 91–103 ; V. Heuzé, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, pp. 393-415, spéc. pp. 413-414.

[859] R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, préc., p. 18 : « The fact that the conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency, means that the operating definition of efficiency in economics cannot be Pareto superiority. And in fact when an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient ».

[860] R. Dworkin, « Is Wealth a Value? », préc., p. 193 : « It would be absurd to say that judges should make no decision save those that move society from a Pareto-inefficient to a Pareto-efficient state. That constraint is too strong, because there are few Pareto-inefficient states; but it is also too weak because, if a Pareto-inefficient situation does exist, any number of different changes would reach a Pareto-efficient situation and the constraint would not choose among these ».

642. Ces remarques, dont la véracité ne saurait être remise en cause, nous posent problème. Si la conformité au droit communautaire des mesures restrictives de la circulation dépend véritablement, comme nous l'entendons, de leur efficience économique déterminée à l'aide du critère de Pareto, nous devrions nous attendre à ce que les jugements de condamnation soient exceptionnels. Il en va pourtant autrement : de telles condamnations sont fréquentes. La proportionnalité dont se sert la Cour est indéniablement un instrument *opératoire* et même *redoutable*.

643. En effet, il semblerait que l'application que fait la Cour de la notion de l'efficience de Pareto est extrêmement peu rigoureuse. Elle conclut notamment beaucoup trop aisément à l'égale efficacité entre une mesure alternative à celle qui est en cause, sans jamais s'engager dans une analyse rigoureuse des effets de l'une et l'autre. Prenons par exemple l'arrêt *Gysbrechts*, portant sur une réglementation, dans le cadre des ventes à distance, interdisant aux vendeurs d'exiger aux acheteurs un acompte ou un paiement quelconque avant l'expiration du délai de rétractation, et de leur demander d'indiquer le numéro de leur carte de paiement pendant ce même délai. Les deux interdictions, admet la Cour, constituent des mesures efficaces afin de garantir « *une protection élevée des consommateurs dans le cadre des ventes à distance* »[861]. Elle indique pourtant, à propos de la deuxième interdiction, qu'elle « *ne présente une utilité que pour écarter le risque que le fournisseur procède à l'encaissement du prix avant l'expiration du délai de rétractation. Or, si ce risque se réalise, le comportement du fournisseur enfreint, en soi* », la première interdiction. C'est pourquoi la mesure est jugée excessive. Dit autrement, l'interdiction de demander aux acheteurs d'indiquer le numéro de leur carte de paiement est contraire au droit communautaire car elle gaspille inutilement des ressources.

644. Soulignons néanmoins que ce raisonnement n'est accompagné d'aucune analyse rigoureuse. L'intuition de la Cour pourrait certes s'avérer correcte. Pour autant, il s'agit d'une simple intuition, qui n'est confirmée par aucune étude concernant l'efficience de ladite interdiction et les conséquences dans le cas où une telle interdiction n'existerait pas. Puisqu'il n'existe pas de telle étude, il est impossible de conclure que l'absence ou l'existence de ladite d'interdiction aboutissent aux mêmes conséquences du point de vue de la protection des consommateurs. Une évaluation coûts-bénéfices rigoureuse exige d'être prise au sérieux, ce que la Cour ne semble jamais faire. Thomas Franck nous avertissait déjà de la tendance des juges à appliquer la proportionnalité sans rigueur suffisante, présentant leurs conclusions comme si elles allaient de soi[862].

[861] CJCE, 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA*, aff. C-205/07, *Rec*. p. I-09947, para. 52.

[862] T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », (2008) 102 *American Journal of International Law*, pp. 715-767, p. 739 : « It is a characteristic of the proportionality principle, as of all such general principles of law, that they cry out for creative efforts by those charged with

645. Certains seraient dès lors tentés de remettre en cause nos conclusions précédentes, puisqu'il semblerait que la Cour ne se limiterait point, *de fait*, à condamner les seules mesures s'avérant inefficientes selon le critère de Pareto. Il n'est cependant pas nécessaire d'aboutir à une solution aussi drastique. Nous aspirons à d'identifier la norme émergeant des décisions de la Cour de justice. Pour ce faire, l'étude des discours de la Cour et du langage employé est décisive. Ce langage, nous l'avons constaté, nous montre que la Cour ne prétend juger de la conformité au droit communautaire des mesures restrictives de la libre circulation qu'à l'aune du critère d'efficience de Pareto. Il peut certes s'avérer utile de comparer les solutions consacrées par la Cour avec celles qui auraient pu être consacrées sur la base d'un raisonnement que nous jugeons plus rigoureux. Néanmoins, la constatation du manque de rigueur de la Cour nous oblige simplement à conclure à la relative inaptitude des juges à réaliser des calculs économiques, chose qui est régulièrement affirmée par la doctrine[863].

646. En conclusion, nous ne pouvons que conclure au manque de rigueur[864] de la Cour lors de l'emploi de ce critère économique. Or, cette constatation semble contredire les auteurs qui s'accordent souvent pour dire que le principe de proportionnalité, du fait qu'il conduit à examiner le bien-fondé des règlementations émanant des pouvoirs législatif et exécutif, fait obstacle à l'utilisation injustifiée du pouvoir[865], si bien que M. Philippe proclame que : « *[l]e concept de proportionnalité est le gage de l'utilisation rationnelle du pouvoir* »[866]. La réalité semble le contredire, puisque, comme nous venons de le voir,

---

rendering second opinions to seek to narrow the principle's band of indeterminacy. Instead, too often tribunals, in the face of scant evidence, fail to make a credible calculation of proportionality, settling for a defensible, but largely undefended, conclusion that a disputed action was, or was not, proportionate. Aware that majorities become harder to build as the judges seek to explain their conclusions, tribunals are tempted to write as if the thing explained itself ».

[863] Voir p.ex. L. Kornhauser, « A Guide to the Perplexed… », préc., p. 606 : « Judges are poorly placed to promote economic efficiency, since they examine the past behavior of the pleaders, instead of weighing « the marginal benefits of a variety of rules against the respective marginal costs and then choose on economic grounds ».

[864] D'autres auteurs le conçoivent plutôt comme le résultat d'un manque d'« honnêteté » de la part des juges. A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights…*, préc., pp. 338-339 : « Judges should be honest with themselves. They must speak the truth and the truth is that in many cases the judge reveals that an alternative means that limits the right in question to a lesser extent does exist; but upon further examination it turns out that these means may not achieve the law's purpose in full or that in order to achieve those purposes in full the state has to change its national priorities or limit other rights. In those cases, the judge should rule that the law is necessary, and that the less limiting means cannot achieve the intended legislative purpose ».

[865] Voir généralement M. Kumm, « Democracy is not Enough : Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review », *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 118 (2009), pp. 1-38.

[866] X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1990, p. 496.

le fait d'appliquer le principe de proportionnalité ne garantit pas qu'il soit appliqué de manière correcte ou même rationnelle.

647. En tout état de cause, quelle que soit l'utilité réelle du critère de Pareto, le principe de proportionnalité, tel qu'articulé par la Cour de justice, reflète, incontestablement, le critère d'efficience de Pareto. La même conclusion s'applique à l'agenda « mieux légiférer ». Comme le soulève la doctrine, cet agenda, bien qu'il prétende s'appuyer sur des connaissances techniques et qu'il ait pour seul objectif de réduire les coûts, fait preuve d'un grand manque de rigueur si important que les différentes initiatives qui ont été adoptées sur sa base sont truffées d'erreurs[867]. Cette constatation amène certains auteurs à conclure que la légitimité technique sur laquelle se fonde l'agenda « mieux légiférer » n'est qu'un « écran de fumée », le véritable fondement étant une politique d'ultra-libéralisation[868], soupçon dont la Cour n'est pas d'ailleurs à l'abri. Néanmoins, la conclusion principale demeure : malgré la pauvreté des évaluations coûts-bénéfices réalisées par la Cour et le manque de rigueur avec lequel elle fait application d'un principe d'efficience, le principe de proportionnalité constitue une norme technique qui s'appuie sur une légitimation de ce type.

§ 2 – La légitimation par l'efficience

648. Comme le signale M. Bomhoff, l'utilisation d'un certain principe reflète nécessairement une certaine vision de la fonction du juge et de la légitimité sur laquelle il s'appuie[869]. Concernant le cas qui nous occupe, nous montrerons que l'application du principe de proportionnalité se fonde la « force légitimatrice » de la notion d'efficience, laquelle s'impose d'elle-même, sans qu'il soit besoin de justifier son application en tant que norme.

649. En réalité, en faisant dépendre la conformité des mesures étatiques d'une évaluation de leur efficience, la Cour bénéficie d'une double légitimité. Tout d'abord, celle qui provient de l'objectivité de la nature technique de la notion d'efficience ; celle ensuite qui résulte du caractère apparemment indiscutable de ce principe, dont le bien-fondé s'imposerait de lui-même.

650. Nous avons déjà souligné que, malgré le caractère exclusivement empirique de l'appréciation du principe de proportionnalité, celui-ci constitue sans doute une norme.

[867] Voir généralement L. Vogel et E. Van den Abeele, *Better Regulation: a critical assessment*, European Trade Union Institute, 2010.

[868] *Ibid.*, p. 5.

[869] J. Bomhoff, *Two Discourses…*, préc., p. 44 : « The meaning of all arguments used by judges in their decisions […] can be understood not only in terms of their role in, for example, upholding a particular interpretation of a specific legal rule in a specific case, but ultimately also as reflective of a particular underlying conception of the appropriate roles for law and judges ».

Ainsi, plutôt que parler de négation de la normativité en réduisant l'analyse de la conformité des mesures étatiques à une question d'appréciation factuelle, il est préférable de signaler que *la nature technique du principe de proportionnalité est exclusive de tout choix discrétionnaire de la part de la Cour de justice*[870].

651. En effet, nous venons de voir que la conformité du droit national aux libertés de circulation dépend entièrement, par le biais du principe de proportionnalité, d'une analyse coûts-bénéfices, analyse de type technique car portant exclusivement sur des constatations empiriques. Le corollaire qui s'ensuit logiquement est l'objectivité de l'appréciation de la proportionnalité et, dès lors, l'absence de toute marge d'appréciation dans la prise de décisions par la Cour de justice[871]. Se limitant à prendre acte de coûts et bénéfices, la volonté de la Cour et son appréciation prudentielle ne jouent aucun rôle. La décision sur la proportionnalité de la mesure découle automatiquement de cette analyse : là où la mesure s'avère sous-optimale selon le critère de Pareto, le juge sera amené par la force des choses à l'estimer disproportionnée ; là il existe des mesures alternatives moins coûteuses, l'Etat devra renoncer à la mesure adoptée. Entre les faits et la décision, il n'existe aucune marge ou médiation.

652. La doctrine se montre souvent convaincue de l'objectivité des tests d'appropriation et de nécessité[872]. M. Lavender affirme par exemple qu'« *une restriction est nécessaire ou ne l'est pas. Une restriction qui autrement ne serait pas nécessaire ne devient pas nécessaire lorsqu'un Tribunal ou législateur national la considère ainsi* »[873]. M. Muzny déclare dans le même sens : « *L'exercice de la proportionnalité semble impliquer un rapport de convenance si strict, si univoque, que l'on pourrait à juste titre s'interroger sur la logique même de l'existence d'une possible variabilité de l'intensité de ce rapport. Dit prosaïquement, en matière de nécessité il ne devrait pas y avoir de*

[870] D. Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication », préc., p. 1711 : « So long as we regard the debate about form as a debate only about means, it is a debate about facts, and reality can be conceived as an ultimate arbiter to whose final decision we must submit if we are rational. But if the question is whether "real" equality is equality of opportunity or equality of enjoyment of the good things of life, then the situation is different. Likewise if the question is whether human nature "is" good or bad, or whether people "do" act as rational maximizers of their interests. For this kind of question, whether phrased in terms of what is or what ought to be, we accept that there is no arbiter ».

[871] P.W. Kahn, « The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell », (1987) 97 *Yale Law Journal*, pp. 1-60, pp. 24-25.

[872] A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris : Dalloz, 2002, nº 453-457.

[873] N. Lavender, « The Problem of the Margin of Appreciation », (1997) 4 *European Human Rights Law Review*, pp. 380-390, p. 381 : « it is said [that] the question whether an interference was "necessary in a democratic society" is an objective one. An interference is either necessary or it is not. An interference which would otherwise be unnecessary is not made necessary by a domestic court or legislature deeming it to be so ».

demi-mesure »[874]. M. Alexy considère également que les tests d'appropriation et de nécessité constituent les volets « empiriques » de la proportionnalité, de sorte que la marge d'appréciation du juge lors du test de nécessité est due exclusivement à des incertitudes relatives à l'appréciation de la réalité empirique[875]. M. Beatty, quant à lui, déclare que le principe de proportionnalité est parfaitement « neutre » dans la mesure où par ce biais sont transformées des « *questions qui dans la philosophie morale constituent des questions axiologiques dans des questions de fait* »[876].

653. Pourtant, il convient de souligner, contrairement à ce que ces auteurs affirment, que l'objectivité du principe de proportionnalité n'est qu'une *image*. En effet, ce principe n'est pas exclusif du pouvoir discrétionnaire du juge. Tout d'abord, c'est un choix de concevoir les mesures étatiques en tant que simples instruments. Bien évidemment, ce choix ne va pas de soi : il suffit de rappeler qu'une « mesure » étatique peut par exemple provenir de la décision d'un juge ou de l'application d'un principe constitutionnel[877], ce qui en droit interne résiste à être conçu en termes instrumentaux. Concernant ensuite le choix d'imposer un principe d'efficience selon le critère de Pareto : non seulement ce critère pourrait être différent (comme par exemple le critère Kaldor-Hicks) mais le principe d'efficience est également contestable puisque d'autres mesures de contrôle de conformité aux libertés économiques sont parfaitement concevables (ainsi, la Cour Suprême des Etats-Unis soumet les réglementations économiques au standard de « *rational basis review* », se limitant à vérifier de manière superficielle que la réglementation en cause poursuive un but d'intérêt général[878]). Troisièmement, il est également faux d'affirmer que les notions d'adéquation et nécessité ne présentent pas de problèmes interprétatifs : comme nous l'avons déjà constaté[879], la jurisprudence de la Cour de justice a évolué considérablement dans l'interprétation de ces notions avant de parvenir à les concevoir comme des notions techniques et, comme nous le montrerons ultérieurement en plus grand détail, les tests d'adéquation et de nécessité nécessitent en tout état de cause d'une décision sur l'intensité du contrôle du juge (par exemple, par

[874] P. Muzny, *La technique de proportionnalité…*, préc., t. I, nº 175

[875] R. Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid : Colegio de Registradores, 2004, p. 93 et s. L'auteur oppose cette marge à celle de type « normatif », qui répondrait aux incertitudes lors de l'identification des « poids » des valeurs mises en balance dans le cadre du test de proportionnalité *stricto sensu* (qui ne fait pas partie, rappelons-le, du principe de proportionnalité appliqué par la Cour de justice).

[876] D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 170-171 : « With its focus on the particulars of each act of government, proportionality transforms questions that in moral philosophy are questions of value into questions of fact ».

[877] Voir *supra*, nº 548-549.

[878] Pour un exposé critique des différents degrés de contrôle exercé par la Cour Suprême américaine, voir A. Stone Sweet et J. Mathews, « All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing », (2011) 60 *Emory Law Journal*, pp. 101-179.

[879] Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 1.

rapport à la charge de la preuve sur l'existence de mesures alternatives moins coûteuses)[880]. Enfin, la jurisprudence communautaire, dont notamment le principe de proportionnalité, se fonde sur un certain modèle économique libéral [881] qui ne va certainement pas de soi et se montre très problématique.

654. En réalité, la conception du principe de proportionnalité en tant que notion objective que l'on trouve dans la jurisprudence et la doctrine nous rappelle les tendances doctrinales de jadis. Les auteurs du début du XX[ème] siècle ont déjà démontré que les notions juridiques ne peuvent jamais être comprises comme purement objectives, la cible principale de leur démonstration étant à l'époque la notion de causalité objective, à laquelle était particulièrement attachée la doctrine civiliste en matière de responsabilité extracontractuelle[882]. Selon certains de ces auteurs, l'identification du responsable du dommage n'impliquait aucune interprétation possible, la notion de causalité relevant strictement des faits. Néanmoins, il est aujourd'hui admis que le juge n'identifie pas la cause d'un dommage mais se sert plutôt de cette notion pour l'imputer à un sujet, la notion de causalité se prêtant à des interprétations multiples[883]. La même conclusion est parfaitement applicable aux tests d'adéquation et de nécessité, dont l'objectivité n'est qu'apparente[884].

655. Néanmoins, les citations mentionnées antérieurement et dans lesquelles est affirmée l'objectivité du principe de proportionnalité montrent que cette image d'objectivité continue à séduire. Cela nous amène au deuxième aspect de la légitimité sur laquelle se fonde le juge communautaire : l'incontestable bien-fondé du principe d'efficience.

---

[880] Voir *infra*, Partie III, Titre 1, Chapitre 2, Section 1.

[881] Voir *infra*, nº 827 et s.

[882] M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford et New York : Oxford University Press, 1992, pp. 51-63.

[883] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, PUF, 2010, 2[ème] éd., t. II, p. 131, où l'auteur décrit comment la Cour de cassation contrôle l'appréciation du lien de causalité réalisée par les juridictions inférieures, sans pour autant donner d'explications, de sorte qu'elle se sert de cette notion « comme instrument d'une politique jurisprudentielle, et aussi apprécier équitablement les intérêts et les responsabilités en présence ». Sur la problématique liée au rapport entre la notion de cause des sciences naturelles et la condition de causalité dans le droit de la responsabilité extracontractuelle, voir Ph. Brun, « Causalité juridique et causalité scientifique », *Revue Lamy de droit civil* 2007/40, n° 2630 ; G. Canselier, « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », *Revue trimestrielle de droit civile* 2010, pp. 41-54.

[884] V. Jackson, « Being Proportional about Proportionality », (2004) 21 *Constitutional Commentary*, pp. 803-859, p. 825 et s., critiquant ceux qui, comme David Beatty, considèrent que l'analyse de proportionnalité oblige seulement à examiner des « faits ». Voir aussi H. van Harten, « Proportionality in Decentralized Action; the Dutch Court Experience in Free Movement of Services and Freedom of Establishment Cases », (2008) 35.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 217-230, p. 221.

656. Le principe d'efficience ne trouve pas sa source dans les Traités. Il ne résulte pas non plus d'un éventuel consensus social. Il s'impose au juge par la simple force des choses, car qui s'opposerait à ce que les Etats soient tenus d'adopter des mesures qui ne gaspillent pas sans motif des ressources ? Une telle remarque s'applique également à l'agenda « mieux légiférer ». Comme se demandent MM. Vogel et Van den Abeele, qui signalent que les initiatives provenant de l'agenda ont pour seul but est d'économiser de l'argent : « *mieux légiférer ? qui pourrait être contre ?* »[885]. En effet, une fois que l'on accepte de concevoir le droit comme un simple instrument, l'on ne saurait faire objection à ce que son efficience soit l'objet de contrôle.

657. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'un argument fondé sur le critère d'efficience de Pareto est difficile à rejeter de façon intuitive. Comme le dit M. Kornhauser :

> *L'argument contre [l'efficience] de Pareto est plus complexe. Il semble qu'on ne peut raisonnablement faire objection à ce que la société s'organise de manière à ne pas gaspiller les ressources. Le critère de Pareto apparaît donc, à première vue, raisonnable en tant qu'élément d'une philosophie politique*[886].

658. Selon le critère de Pareto, accepter un état sous-optimal équivaut à accepter le gaspillage inutile de ressources. Comme le signale l'éminent professeur et juge Guido Calabresi, nous serions tous d'accord pour conclure qu'un système admettant ouvertement le gaspillage de ressources est évidemment injuste[887].

659. C'est pourquoi il est possible de redéfinir l'optimum de Pareto sur le fondement du consentement : l'optimum serait l'état où il y aurait au moins un individu qui ne consentirait pas à sa modification. Autrement dit, l'état que l'ensemble des individus consentiraient à modifier de façon unanime est sous-optimal au sens de Pareto[888]. En

---

[885] L. Vogel et E. Van den Abeele, *Better Regulation.…*, préc., pp. 5 et 7.

[886] L. Kornhauser, « L'analyse économique du droit », préc., pp. 323-4.

[887] G. Calabresi, « Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho », *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, t. II, pp. 219-228, p. 227 : « La eficiencia forma parte de nuestra noción de justicia debido a que nos resultaría muy difícil sostener que un sistema, que admitiera, abiertamente, el despilfarro, fuese justo. Todos estaríamos de acuerdo en que un sistema de este género sería, en cierto modo, inútil ». Voir aussi A. Calsamiglia Blancafort, « Eficiencia y derecho »,préc., p. 279.

[888] A. Calsamiglia Blancafort, « Eficiencia y derecho », préc., p. 273 : « Según Pareto *una decisión social es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente* ». Voir aussi R.A. Posner, « The Ethical and Political… », préc., pp. 488-489 : « Because of the impossibility of measuring utility directly, the only way to demonstrate that a change in the allocation of resources is Pareto superior is to show that everyone affected by the change consented to it ». Par conséquent, p. 490 : « consent is the operational basis of the concept of Pareto superiority. It is not the theoretical basis, at least if Pareto superiority is viewed as a tool of utilitarian ethics, because if the utilitarian could devise a practical utility-metric he could dispense with the consensual or transactional method of determining whether an allocation of resources was Pareto superior; indeed, he could dispense with the concept of Pareto superiority itself ».

revanche, le critère de Kaldor-Hicks suscite beaucoup plus de controverses, dans la mesure où il impose des sacrifices à certains pour faire gagner à d'autres davantage. Par conséquent, à la différence du critère de Pareto, celui de Kaldor-Hicks est incompatible avec le fondement du consentement des agents impliqués[889].

660. En définitive, la légitimité des décisions de la Cour semble difficilement discutable, puisqu'elle se limite à condamner les Etats ou entités privées qui gaspillent inutilement des ressources.

661. Certains auteurs, comme M. Martens, affirment cependant que lorsque le juge se sert du principe de proportionnalité, « *[c]e qui fait [sa] légitimité […] c'est moins sa majesté ou son mode de recrutement que la manière dont il s'acquitte de sa tâche, sa préoccupation de rendre des décisions acceptables par ceux qui s'adressent à lui* ». Ainsi, il poursuit :

> *Pour être accepté, il ne peut plus compter sur un prestige irraisonné. La rationalité qui ne lui est plus donnée a priori dans la loi, il doit la mettre dans les motifs de ses jugements. C'est lui qui doit assumer le risque de la création juridique puisque c'est la lecture de ses décisions qui livrera le nouveau discours normatif. Il en est presque contraint d'ignorer la vieille prohibition des arrêts de règlement : s'il n'est pas dans ses jugements, le normatif ne sera plus nulle part*[890].

662. Cette conclusion ne nous semble pas être applicable aux jugements de la Cour de justice. Ce qui « fait leur légitimité » est la référence à un principe incontestable et objectif d'efficience. En quelque sorte, le principe d'efficience s'impose sans qu'il soit

[889] A titre illustratif, la libéralisation du marché du travail est souvent justifiée par la logique Kaldor-Hicks : la perte des droits de certains travailleurs est compensée par le gain des chômeurs qui auront plus de chances de trouver un emploi.

[890] P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, 1992, t. I, pp. 49-68, p. 63. Franck partage cette position : « Thus, although the principle of proportionality has created the occasion for the exercise of broad powers of judicial review, the legitimacy of any particular exercise of the second-opinion power depends upon the formulation by the judiciary itself of reasoned secondary rules that effectively narrow the discretion of the panel or tribunal charged with rendering those opinions. Any tribunal will therefore enhance not only its own credibility, but especially that of those who follow in its wake if, in addition to deciding the matter at hand, it clarifies the applicable contending legal norms and makes manifest the process it employs to weigh and compare the parties' respective normative claims », T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures… », préc., p. 755. Voir aussi pp. 717-718 : « The second opinion would examine whether the initial provocation was, indeed, unlawful and, if so, whether the response to it was proportionate. What effect the prospect of such a review is likely to have on the conduct of disputing parties will depend, at least in part, on the perceived gravitas of the authority with the jurisdiction to deliver it. That, in turn, will depend on the eminence of those (often, but not invariably, judges) charged with rendering the opinion. It will also depend on the quality of the second opinion's reasoning: its coherence with and adherence to principles established in resolving other disputes. Finally, it will depend on the legitimacy of the institutional setting (often, but not invariably, a court) in which the dispute is resolved by the rendering of a second opinion and on that opinion's ability to pull the disputants toward compliance and engage the sympathy and support of bystanders to the dispute ».

nécessaire de justifier son application. Pierre Legendre souligne, dans ce sens, la puissance du principe d'efficience comme référence dogmatique, le décrivant comme un mot « fétiche » :

> *Ce terme anglais, traduit ou non, a d'abord valeur d'imago, au sens latin de l'objet-simulacre ou de l'effigie, imago chargée de faire valoir les droits de la Référence et la capacité d'agir de celle-ci. Efficiency n'est pas un terme fabriqué pour être commenté par le dogmaticien-interprète, c'est un mot fétiche, l'argument emblématique par excellence, qui n'a pas à être compris, mais si j'ose dire, vécu corporellement*[891].

663. En conclusion, l'efficience agit comme une référence permettant de légitimer les décisions de la Cour. Comme nous le verrons par la suite, cela suppose le rejet d'autres formes de légitimation communément associées au principe de proportionnalité.

§ 3 – L'exclusion d'une conception axiologique du principe de proportionnalité

664. Dans le modèle alexyen de la proportionnalité, une distinction fondamentale est établie par l'auteur allemand entre les différentes « étapes » ou « volets » du principe. Les tests d'adéquation et de nécessité sont qualifiés par cet auteur d'« empiriques », tandis que les tests de la légitimité du but poursuivi et de proportionnalité *stricto sensu* sont de nature « normative » [892]. Cette distinction est reprise par bon nombre d'auteurs, dont notamment M. Van Drooghenbroeck, qui qualifie les premiers tests d'exigences « instrumentales » et la proportionnalité au sens strict d'exigence « axiologique »[893]. Il convient ici de citer les propres explications de Robert Alexy :

> *Le principe de proportionnalité est composé de trois sous-principes : les principes d'adéquation, de nécessité, et de proportionnalité dans le sens strict. Tous ces principes expriment l'idée d'optimisation. L'interprétation des droits fondamentaux sous la lumière du principe de proportionnalité exige de traiter les droits fondamentaux comme des commandements d'optimisation, c'est-à-dire comme des principes au lieu de simplement comme des règles. En tant que commandements d'optimisation, les principes sont des normes qui obligent à ce que quelque chose soit accomplie dans la plus grande mesure possible, au vu des circonstances de fait et de droit.*
>
> *Les principes d'adéquation et de nécessité concernent une optimisation relative à ce qui est de fait possible. Ils expriment ainsi l'idée de l'optimum de Pareto. Le troisième sous-principe, le principe de proportionnalité au sens strict, concerne une optimisation relative*

[891] P. Legendre, *Leçons VII.…*, préc., p. 101.

[892] M. Kumm, « What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », in S. Paulsen et G. Pavlakos (éds.), *Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*, Oxford : Hart Publishing, 2007, pp. 131-166, p. 137.

[893] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : Bruylant, 2001, nº 219.

aux possibilités normatives. Les possibilités normatives sont essentiellement déterminées par les principes concurrents[894].

665. A le suivre, les tests intégrant le principe de proportionnalité expriment tous « l'idée d'optimisation ». Chaque étape du principe cherche à « optimiser ». Or, M. Alexy admet que l'idée d'optimisation peut au moins avoir deux sens : au sein du principe de proportionnalité, cohabite l'idée d'optimisation de l'efficience de Pareto, propre à l'économie et de nature empirique, avec celle d'une optimisation « normative », le corollaire logique de la métaphore dworkinnienne du « poids » des principes juridiques. L'optimisation « empirique » concerne la manière la plus efficiente d'atteindre un résultat, l'optimisation « normative » (qu'il conviendrait plutôt de qualifier de « axiologique », puisque le principe d'efficience de Pareto est indéniablement une norme[895]) exige de trouver le meilleur compromis possible entre principes juridiques ou valeurs antagoniques. Tandis que les tests d'adéquation et de nécessité poursuivent la première idée, c'est le test de proportionnalité *stricto sensu* qui est chargé du second type d'optimisation.

666. A partir de cette idée, il serait tentant de banaliser nos conclusions précédentes sur l'absence du test de proportionnalité *stricto sensu*, en concluant que la nature technique du principe de proportionnalité dans le contexte communautaire n'est due qu'à l'absence de ce dernier volet. Ainsi, puisque la Cour de justice ne va pas au-delà du test de nécessité, faudrait-il conclure, elle se limite à garantir une optimisation purement factuelle, car « *relative à ce qui est de fait possible* », et non « normative ».

667. Cette position est erronée. Nos conclusions sur la nature technique du principe de proportionnalité résultent d'une analyse circonstanciée de la jurisprudence communautaire, tandis que le modèle alexyen du principe de proportionnalité est fondamentalement contradictoire. Car, comment est-il possible de concevoir ce principe comme ayant pour fonction de poursuivre deux buts différents en même temps ? En effet, soit le principe de proportionnalité cherche à garantir l'optimisation de « *ce qui est de fait*

[894] R. Alexy, « Balancing, Constitutional Review… », préc., pp. 572-573 : « The principle of proportionality consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity, and of proportionality in its narrow sense. All these principles give expression to the idea of optimization. Interpreting constitutional rights in light of the principle of proportionality is to treat constitutional rights as optimization requirements, that is, as principles, not simply as rules. As optimization requirements, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities.
The principles of suitability and necessity concern optimization relative to what is factually possible. They thereby express the idea of Pareto-optimality. The third sub-principle, the principle of proportionality in its narrow sense, concerns optimization relative to the legal possibilities. The legal possibilities are essentially defined by competing principles. Balancing consists in nothing other than optimization relative to competing principles ».

[895] Voir *supra*, nº 618 et s.

possible », soit le principe de proportionnalité cherche à optimiser en relation aux « *possibilités normatives* ». Comme nous le verrons, les conceptions technique et axiologique du principe de proportionnalité s'excluent mutuellement (A). Qui plus est, la nature technique du principe de proportionnalité n'est pas le simple fruit de l'absence d'un test de proportionnalité *stricto sensu*, puisqu'en réalité toutes composantes de ce principe peuvent être envisagées à l'aide et d'une conception technique et d'une conception axiologique (B).

A. L'incompatibilité des conceptions technique et axiologique du principe de proportionnalité

668. Arrêtons-nous momentanément sur la signification d'une « *optimisation relative aux possibilités normatives* ». Ces possibilités normatives dépendent, nous dit M. Alexy, des « principes concurrents », lesquels peuvent être assimilés à la notion de valeur[896]. Ainsi, la possibilité d'identifier un « optimum axiologique » dérive d'une conception du droit comme lieu d'affrontement de principes ou valeurs valides dans une société donnée. Un des premiers à développer cette conception du droit a été le grand constitutionnaliste allemand Rudolf Smend, qui voyait dans la Constitution Fédérale de Weimar un véritable ordre axiologique (*Wertordnung*), imprégnant l'ordre juridique allemand entier[897]. Selon M. Böckenförde :

> *La proposition centrale de la fondation axiologique du droit, en tant que position philosophique, est que le droit positif trouve sa base matérielle dans des valeurs qui sont à réaliser par le droit ; l'ordre juridique lui-même serait un ordre axiologique (un ordre de valeurs) et devrait se présenter comme tel ; ce n'est qu'ainsi qu'il serait véritablement du droit et non du simple ordre arbitraire de contrainte*[898].

669. L'éminent juriste explique ensuite le lien entre la fondation axiologique du droit et la méthodologie de la mise en balance :

> *À la différence de l'ancien concept de nature, les valeurs ne trouvent aucune mesure interne, ni à partir de ni au-dedans de la réalité effective vécue : d'elles-mêmes elles visent à chaque fois au tout, c'est-à-dire à la liberté, la sécurité, l'auto-détermination etc. en*

[896] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (*Theorie der Grundrechte*, trad. espagnole par E. Garzón Valdés), Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 138 et s.

[897] J. Brage Camazano, « La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra », disponible sur : http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf. Voir la fameuse critique de C. Schmitt, *La tiranía de los valores* (*Die Tyrannei der Werte*, trad. espagnole par S. Abad), Buenos Aires : Hydra, 2010, ainsi que d'E.-W. Böckenförde, « Pour une critique de la fondation axiologique du droit », in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 77-97.

[898] E.-W. Böckenförde, « Pour une critique… », préc., pp. 77-78.

totalité. Si malgré cela, elles doivent pouvoir être mises en œuvre dans leur validité normative en tant qu'exigences comportementales en vue d'un agir éthico-moral, leur conversion n'est possible qu'au prix d'une hiérarchie et d'une gradation des valeurs. Il doit y avoir, parmi elles, des valeurs plus ou moins hautes qui se trouvent, l'une envers l'autre, dans un rapport de supériorité et d'infériorité[899].

670. Robert Alexy, héritier de cette tradition de pensée, considère la notion de principe – dont il affirme qu'elle est pratiquement impossible à distinguer de la notion de valeur – « structurellement » unie à une forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts[900]. Ainsi, chaque principe posséderait une certaine valeur dans l'abstrait, quelques principes ayant plus de poids que d'autres, formant donc une hiérarchie de valeurs. Or, il importe de vérifier l'importance de chaque principe dans le cas concret, si bien qu'un principe de moindre valeur dans l'abstrait peut néanmoins prévaloir dans un cas concret sur un autre principe mieux valorisé abstraitement. Chaque litige exige de trouver un point d'équilibre entre tous les principes en jeu. Le point exact où se situe ledit équilibre dépend des préférences de la société dans un moment concret – ce qui amène M. Böckenförde à accuser la fondation axiologique du droit de s'adonner « *à un nouveau positivisme, à savoir le positivisme des valorisations du jour* », raison pour laquelle il vaudrait mieux, selon lui, de la qualifier de « *fondation sociologique ou socio-culturelle du droit* »[901].

671. La conception axiologique du principe de proportionnalité présente certes des points communs avec la conception technique. Les deux font l'économie de l'interprétation de la volonté du législateur : la conception axiologique se méfie de la volonté législative car passe souvent outre le consensus axiologique du jour, en particulier à l'égard des réclamations des minorités, tandis que la perspective technique ne saurait envisager la délibération législative que comme un obstacle à la découverte des connaissances scientifiques[902]. Remarquons également que, dans un certain sens, les deux conceptions remettent en cause la distinction entre l'être et le devoir être : selon la perspective axiologique le devoir être émerge directement de l'être, car il dépend des

[899] *Ibid.*, p. 85.

[900] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, préc., pp. 138-139.

[901] E.-W. Böckenförde, « Pour une critique… », préc., p. 96.

[902] G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (*Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, trad. espagnole par M. Gascón), Madrid : Trotta, 2008, 8ème éd., p. 110.

conceptions en vigueur dans la société[903], tandis que la perspective technique fait dépendre le devoir être de l'étude scientifique de la réalité du monde[904].

672. Néanmoins, malgré les points communs, les deux conceptions sont essentiellement incompatibles. Il est donc impossible de soutenir qu'un même principe (le principe de proportionnalité) saurait articuler à la fois une conception axiologique et une conception technique du droit, ou que l'on pourrait qualifier la proportionnalité simultanément de norme axiologique et technique. Soit l'une, soit l'autre : la proportionnalité est une forme de raisonnement de nature technique ou au contraire de nature axiologique, mais elle ne saurait être les deux à la fois[905].

673. Les éléments suivants illustrent davantage l'incompatibilité des paradigmes :

(a) Du point de vue de leur légitimité, la conception axiologique du droit ne tire la sienne de sa conformité à un certain ordre axiologique en vigueur dans une société donnée à un moment donné de l'histoire – d'où le qualificatif déjà relevé de « *nouveau positivisme des valorisations du jour* ». La découverte de la « conscience axiologique » d'une certaine société exigerait, du moins théoriquement, des études sociologiques. Au contraire, la conception technique, que l'on croit pouvoir déceler dans la jurisprudence de la Cour de justice, opère en totale indépendance des valeurs sociales du moment. En effet, comme le note Alain Supiot, l'application des normes techniques procède en trois étapes : « *d'abord, rechercher les mécanismes d'ajustement mutuel censés gouverner le comportement des hommes […] ; exprimer ensuite la connaissance de ces mécanismes sous forme de normes de comportement ; œuvrer enfin à ce que le comportement humain ne s'écarte pas de ces normes* »[906]. Les normes n'émergent donc pas de la société, mais plutôt de la réalité physique et biologique.

---

[903] *Ibid.*, p. 119 : « En presencia de los principios, la realidad expresa valores y el derecho funciona *como si* rigiese un derecho natural ». Et aussi p. 121 : « […] puede decirse con fundamento que la ciencia del derecho positivo en un ordenamiento jurídico «por principios» debe considerarse una «ciencia práctica», porque del ser – iluminado por los principios – nace el deber ser ».

[904] A. Supiot, « Critique de la régulation, ou le droit du travail saisi par la mondialisation », Préface de *Critique du droit du travail*, Paris : Quadrige/PUF, 2002, p. XI et s.

[905] Voir la distinction proposée par M. Kahn entre « administrative balance » (qui correspondrait lato sensu à une conception technique du principe de proportionnalité) et « representative balance » (à rapprocher d'une conception axiologique) : « The representative balance views each controversy as raising a unique cluster of competitive interests. Its aim is to accommodate qualitatively incommensurable interests. Each variation in circumstances changes the nature or strength of the competing interests and thus presents a new occasion for rule creation. Balancing remains a metaphor for an intuitive adjustment of interests. The administrative balance, on the other hand, seeks a method of accommodating interests that substitutes technique for intuition. Each new occasion for adjudication is understood not as an opportunity for adjustment of a rule but rather as an opportunity for the rule's application », P.W. Kahn, « The Court, the Community… », préc., p. 18.

[906] A. Supiot, « Critique de la régulation… », préc., p. XII.

(b) La conception axiologique postule des affrontements idéologiques ou d'intérêts, que le juge sera chargé de résoudre en identifiant les compromis dictés par l'ordre axiologique en vigueur. En revanche, les normes techniques ignorent ces conflits, voire les « transcendent »[907]. Quelles que soient les disputes politiques ou conflits d'intérêts, les lois scientifiques ou « mécanismes d'ajustement » que la conception technique s'efforce de dévoiler restent immuables.

(c) Le matériel dont peut se servir le juge-technicien pour justifier sa décision se réduit à l'empirique : toute interprétation ou appréciation politique lui est interdite. La décision ultime doit s'ensuivre « automatiquement », sans l'intervention d'un pouvoir discrétionnaire, des constatations factuelles. La conception axiologique, au contraire, façonne ses jugements à partir des « valeurs », notion qui s'inscrit décidément dans le second volet de la dichotomie être-devoir être[908]. Pour citer de nouveau M. Böckenförde :

> *Les valeurs ne sauraient – en tant que catégorie normative qui ne se laisse d'aucune façon dériver de données ayant le caractère de l`être – être obtenues à partir de positions d'être comme, par exemple l'essence ou la destination de l'être humain. Elles sont complètement séparées de cela et constituent un monde nomo-éidétique à part. La forme de leur « exister » (die Form ihres Bestehens) est le mode du valoir (des Modus des Geltens)*[909].

(d) Dans la perspective axiologique du droit, tout est question de déterminer les objectifs qu'il est légitime de poursuivre – ceci étant le produit d'une mise en balance *in concreto* des valeurs en vigueur. Ainsi, ce problème n'est pas évité : au contraire, il constitue la préoccupation centrale de cette conception du droit. En revanche, les normes techniques se caractérisent justement par le contraire, par le fait d'éviter de porter jugement sur la détermination des objectifs à poursuivre. Devant cette question, l'expert technicien ne peut que rester muet, ou trouver une manière « d'externaliser » ce choix (comme le fait la Cour de justice)[910].

(e) La conception axiologique du droit, qui prend pour fondement les « valeurs » en vigueur dans une société donnée, exclut qu'il y ait une finalité ultime dans un système juridique. Comme le soutient M. Böckenförde, si l'on tient à une conception axiologique du droit, il n'est plus possible d'avoir recours au « *telos* » du droit comme outil interprétatif. Tout dépend d'une mise en balance des valeurs en jeu, à réaliser *in concreto*. Qu'il nous soit permis de citer le passage suivant malgré sa longueur :

> *Dans le règne des valeurs coexistent de nombreuses valeurs – la vie, la liberté, l'égalité, la justice, la performance, la sécurité, etc. Leur niveau hiérarchique ainsi que le système de*

[907] *Ibid.*, p. XI et s.

[908] A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights.…*, préc., p. 357.

[909] E.-W. Böckenförde, « Pour une critique… », préc., p. 80.

[910] Voir *supra*, nº 137 et s.

> *priorité qui doit être appliqué en cas de conflits entre ces valeurs ne se déterminent jamais, quelle que soit la manière dont naissent ces conflits, en fonction des tâches et des exigences spécifiques du droit. Si toutefois l'on argumente en partant de la fonction et du* telos *propres du droit, et que l'on détermine en fonction de cela la signification, le rang et la force d'une valeur, alors celle-ci n'est plus la base (légitimatrice) du droit ; tout à l'inverse, la pertinence de la valeur pour le droit serait ici dégagée à partir de la tâche et des exigences propres à ce dernier. On abandonnerait, ce faisant, toute* fondation *axiologique du droit*[911].

La conception technique, en revanche, se caractérise par une finalité ultime, un *telos* – l'efficience économique – à l'aune duquel seront prises toutes les décisions, au bout d'un calcul des coûts et bénéfices impliqués. Ceci lui est permis car la perspective adoptée est strictement instrumentale : jugeant exclusivement des moyens à adopter, la question de la finalité se réduit au seul problème d'efficience.

(f) Notons également que l'objet du contrôle judiciaire exercé selon une des deux conceptions est différent. Lorsqu'une autorité est contrôlée par le juge en prenant une perspective axiologique, ladite autorité sera censurée du fait de s'être écarté des valorisations du moment – sa décision sera ainsi jugée *injuste*. La perspective technique, pour autant, conduira à la condamnation de l'autorité s'étant conduit *de manière incompétente*, car ayant choisi des moyens inutiles ou excessifs. Autrement dit, le juge imposera alors des standards de rationalité, et non pas de justice.

(g) Les deux conceptions présentent des attitudes radicalement différentes à l'égard du problème de l'intensité du contrôle judiciaire, soit de son revers le problème de la marge d'appréciation des autorités faisant l'objet de ce contrôle. Dans l'une, la marge accordée obéit à des incertitudes axiologiques : le juge ne saurait imposer en toute sécurité une certaine conception de qui est juste, de ce qui est imposé par la conscience axiologique du moment. Dans l'autre, les incertitudes ne sauraient être que de type factuel : une marge doit être accordée lorsque le juge hésite légitimement quant à la réalité physique et biologique, face à une question à propos de laquelle les experts entretiennent toujours des doutes.

674. Bien que la conception axiologique et la conception technique soient opposées, admettons néanmoins que certains auteurs ont bien raison de signaler que le passage de l'une à l'autre peut se produire facilement. Carl Schmitt avait déjà montré le lien existant entre la philosophie des valeurs et « *l'économique* » :

> *La notion de valeur possède aujourd'hui dans son sens commun un lien tellement fort avec l'économique et le commercial qu'il ne saurait plus en être autrement […]. Economie, marché et Bourse sont devenus ainsi le terrain sur lequel est bâti tout ce qu'est considéré*

[911] E.-W. Böckenförde, « Pour une critique… », préc., p. 90.

> *spécifiquement comme valeur. Sur ce terrain économique, les « valeurs » extra-économiques, peu important qu'elles soient élevées, ne sont valides que comme superstructure intelligible à partir de la loi du terrain.* Superficies solo cedit[912].

675. Sur ce même fil, l'éminent juriste M. Zagrebelsky, grand défenseur d'une conception de la constitution comme « *déclaration de valeurs* », nous avertit du danger de la « *marchandisation* » des valeurs juridiques, par laquelle à chaque valeur lui serait attribuée son « *juste prix* », phénomène similaire à « *l'extension illimitée de la notion de dommage indemnisable* ». Ceci « *conduirait simplement à la tyrannie d'une seule valeur, la valeur de l'économie, capable de soumettre à son joug à toutes les autres, originairement non-économiques* ». La mise en balance des intérêts devrait donc être réalisée, prône-t-il, « *sans l'intervention du médium homologateur et dénaturalisant de l'argent* »[913].

676. De sa part, M. Perju signale que « *le besoin pour une stabilité et une cohérence internes peut amener la proportionnalité dans le sens d'une dépendance toujours grandissante sur les connaissance des experts et sur une formalisation aseptique du raisonnement juridique* »[914].

677. Il n'est pas possible dans le cadre de notre étude d'explorer l'origine de la forme de raisonnement pratiquée par la Cour de justice par le biais de la proportionnalité, pour déterminer si elle se situe dans une vision axiologique qui se serait progressivement « technifiée ». Il suffit pour conclure de souligner les voies de communication existant entre ces deux conceptions de la norme, nonobstant leur inconciliabilité foncière.

678. La conclusion est obligée : le principe de proportionnalité que l'on retrouve dans la jurisprudence communautaire tire son contenu du paradigme axiologique ou au contraire il se veut une projection de connaissances scientifiques. Il est bien évidemment impossible de soutenir qu'il est à la fois l'expression d'une conception technique et d'une

---

[912] C. Schmitt, *La tiranía de los valores*, préc., p. 98 : « Valor tiene hoy para el sentido común un vínculo tan fuerte con lo económico y lo comercial que esta impregnación ya no puede revertirse […]. Economía, mercado y Bolsa se han convertido de ese modo en el suelo de todo aquello que se denomina específicamente un valor. Sobre ese suelo económico, los «valores» extraeconómicos, por elevados que fueren, únicamente tienen validez como superestructura inteligible a partir de la ley del suelo. *Superficies solo cedit* ».

[913] G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil…*, préc., p. 126 : « conduciría pura y simplemente a la tiranía de un solo valor, el valor de la economía, capaz de someter a su yugo a todos los demás, originariamente de naturaleza no económica ». La ponderación de principios-valores debe pues realizarse « sin la participación del médium homologador y desnaturalizador del dinero ».

[914] V. Perju, « Proportionality and Freedom – An Essay on Method in Constitutional Law », (2012) 1.2 *Journal of Global Constitutionalism*, pp.334-367, p. 367 : « The need for internal stability and consistency can take proportionality in the direction of ever-greater reliance on expertise and an aseptic formalization of legal reasons ».

conception axiologique[915]. Le paradigme axiologique est incompatible avec la notion des sciences économiques d'efficience ou de l'optimum de Pareto. Une théorie qui conçoit le principe de proportionnalité comme asservi simultanément aux deux modèles est fondamentalement vouée à l'échec. Car soit ce principe sert à identifier le moyen d'identifier la solution la plus efficace d'un point de vue économique, soit il est au contraire un outil de résolution de conflits entre valeurs.

B. La possibilité d'interpréter les différents tests du principe de proportionnalité à partir de paradigmes différents

679. Comme nous l'avons vu jusqu'ici, la doctrine a tendance à analyser la proportionnalité de façon aprioristique, en dehors de tout contexte d'application concrète. Ainsi, l'analyse la plus répandue reste celle de M. Alexy, laquelle prétend être une analyse de droit positif de la jurisprudence allemande mais se présente en réalité comme une théorie générale du principe de proportionnalité, le présentant comme le mode de raisonnement propre aux principes. Cela amène les auteurs par exemple à concevoir le principe de proportionnalité comme impliquant plusieurs « étapes », dont la proportionnalité *stricto sensu*, malgré le fait que, comme nous l'avons déjà constaté, cette composante est absente dans les jugements de la Cour de justice[916]. Il ne faut pas insister davantage sur cette erreur.

680. Une approche aprioristique conduit également à se méprendre sur la conception de la norme qui est sous-jacente au principe de proportionnalité. Au lieu d'analyser ce principe dans un contexte spécifique comme nous venons de le faire, la doctrine tend à concevoir ses différentes composantes à l'aide de paradigmes distincts. Ainsi, comme nous l'avions relevé *supra*, il est commun dans la doctrine de diviser les composantes du principe de proportionnalité en composantes « normatives » (la légitimité des buts, la proportionnalité *stricto sensu*) et « empiriques » (les tests d'appropriation et de nécessité), ou plutôt en « techniques » et « axiologiques » (selon la terminologie que nous avons employée jusqu'ici). Dès lors, le caractère technique du principe de proportionnalité dans le contexte qui nous occupe dériverait simplement de l'absence de l'examen de la proportionnalité *stricto sensu*.

681. Cette position, nous le verrons par la suite, s'avère simpliste et erronée. La nature technique du principe de proportionnalité dans la jurisprudence sur la libre circulation ne

[915] L. Kornhauser, « L'analyse économique du droit », préc., p. 320 : « On pourrait rejeter la thèse behavioriste pour différents motifs. On pourrait nier que les règles juridiques doivent être choisies pour fournir des modèles de comportement. Le droit pourrait, au contraire, servir à rendre la justice entre les parties d'un litige, ou à exprimer diverses valeurs sociales sans nécessairement faire passer ces valeurs dans la pratique ».

[916] Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2.

dérive pas de la simple absence d'un examen de proportionnalité *stricto sensu*. Au contraire, c'est la manière dont la Cour conçoit son examen qui nous permet de conclure à sa nature technique. Nous montrerons par la suite qu'il est erroné d'associer chaque volet du principe à un paradigme différent. Au contraire, il est possible de concevoir chaque étape du raisonnement en partant d'une perspective axiologique et d'une perspective technique.

682. Prenons d'abord le test de nécessité, si communément identifié à un principe d'efficience de type technique. Or, il est parfaitement possible de concevoir ce test à partir d'une perspective axiologique. Dans ce cas, sa définition ou sa mise en œuvre résulterait tout simplement d'une concrétisation des valeurs du jour et de leur intensité dans les circonstances du cas d'espèce, telles qu'identifiées par le juge. Rappelons que les notions de nécessité ou de causalité sont dépourvues de contenu objectif – soutenir le contraire équivaut à tomber dans l'erreur « scientiste » que la doctrine du droit civil avait déjà commise à la fin du XIX^{ème} siècle à l'égard de la notion de causalité objective. Nécessitant donc une interprétation, la conception axiologique du droit postule qu'elle devrait être accomplie à l'aide d'une pondération des valeurs en jeu.

683. En effet, la notion de nécessité admet de nombreuses interprétations. Son application peut, comme nous l'avons déjà souligné, conduire à anéantir toute marge d'appréciation des autorités nationales ou au contraire réduire le contrôle du juge à une analyse superficielle. Prenons par exemple la question de la charge de la preuve : dans quelles circonstances devrait la Cour suggérer elle-même des mesures alternatives à la mesure examinée qui seraient moins coûteuses ? La réponse qui part d'une conception axiologique est toujours la même : cette question doit être résolue à l'aide d'une mise en balance des intérêts. En réalité, le test de nécessité devient ainsi une projection du dernier volet, la proportionnalité *stricto sensu*.

684. Ainsi, si l'on suit la version axiologique du principe de proportionnalité, comme un outil de résolution de conflits entre valeurs, les auteurs ont bien raison d'affirmer que les tests d'adéquation et de nécessité ont une importance secondaire par rapport à la dernière étape du raisonnement, consacrée à la pondération ou « proportionnalité au sens strict »[917]. Ces tests perdent ainsi toute autonomie, puisqu'ils constituent également le reflet de la mise en balance des intérêts en présence. Le principe de proportionnalité devient ainsi le synonyme d'une opération de balance d'intérêts tout court, sans qu'il soit besoin de le diviser en « sous-principes » ou « tests ». La systématisation du principe de

[917] E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation » des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, pp. 559-584, p. 571 ; D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, préc., p. 163 : « Although it is commonly broken down into three distinct principles, testing the 'rationality' (suitability), 'necessity', and 'proportionality' in the 'strictest' or 'narrowest' sense, the first two are really just clear and easy applications of the third ».

proportionnalité en différents « volets » ou étapes ne fait que cacher cette vérité, s'avérant ainsi parfaitement inutile et trompeuse.

685. A l'inverse, si l'on comprend le principe de proportionnalité comme un outil de garantie d'efficience suivant un modèle technique, la définition de l'adéquation et la nécessité de la mesure contrôlée seront présentées par le juge comme allant de soit car, la finalité ultime étant déjà précisée, il n'est question que d'une évaluation factuelle. Ou plutôt : le juge ne reconnaîtra pas la nécessité d'une opération interprétative. Ce n'est donc qu'en partant de cette conception que les tests d'adéquation et nécessité peuvent être compris comme « empiriques ». Pourtant, il serait plus correct d'un point de vue scientifique de ne pas se laisser guider par l'apparence factuelle du raisonnement du juge et opter pour les qualifier d'« empiricisantes ». C'est en ce sens, et seulement en ce sens, que l'on peut comprendre l'analyse de David Beatty, qui aurait alors bien raison de soutenir que la proportionnalité « *transforme des questions qui dans la philosophie morale seraient de nature axiologique en questions factuelles* »[918].

686. Notons également qu'une conception technique n'exclut pas forcément le déploiement du dernier volet du principe de proportionnalité, la test dit de proportionnalité *stricto sensu*. En effet, certaines conceptions de l'efficacité économique exigent également de « mettre en balance » les intérêts en présence. Le critère de Kaldor-Hicks, très répandu dans la science économique[919], ressemble dans ce sens à la mise en balance que l'on associe communément à des conceptions axiologiques du droit. Rappelons que, selon ce critère, « *l'état social X est supérieur à l'état social Y si ceux qui gagnent avec le changement peuvent compenser à ceux qui perdent* »[920]. Dit autrement, « *une distribution des biens X est supérieur à une distribution des biens Y seulement s'il existe une troisième distribution des biens Z où (a) Z est une redistribution de X ; et (b) Z est supérieur à Y selon le critère de Pareto* »[921]. Ceci explique que Kaldor-Hicks soit parfois appelé « Pareto potentiel »[922].

687. Le critère de Kaldor-Hicks justifie ainsi des actions nuisibles pour certains individus (ce que le critère de Pareto ne permettrait pas), lorsqu'elles contribuent à augmenter l'utilité totale agrégée de la société. La compensation des perdants demeure

[918] D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, préc., pp. 170-171.

[919] R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, préc., p. 18 : « The fact that the conditions for Pareto superiority are almost never satisfied in the real world, yet economists talk quite a bit about efficiency, means that the operating definition of efficiency in economics cannot be Pareto superiority. And in fact when an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient ».

[920] A. Calsamiglia Blancafort, « Eficiencia y derecho », préc., p. 272.

[921] L. Kornhauser, « The Economic Analysis of Law », préc.

[922] R.A. Posner, « The Ethical and Political… », préc., p. 491.

toujours, pourtant, purement hypothétique. Un état social où A possède 50 euros et B possède 50 euros est donc inférieur selon le critère de Kaldor-Hicks à l'état où A possède 100 et B possède seulement 10, même si B subirait des pertes du fait du changement.

688. Kaldor-Hicks exige donc de comparer des utilités économiques agrégées, ce qui nécessite bien évidemment d'un critère de comparaison. Tandis qu'à l'aune du critère de Pareto il suffit de vérifier qu'aucun individu n'est affecté négativement par une action, Kaldor-Hicks exige d'examiner si le gain de A vaut plus que la perte de B. Dit autrement, ce dernier critère suppose de mesurer le coût « social » d'une action, tandis qu'à l'égard du critère de Pareto la seule question pertinente est le coût « privé »[923]. C'est l'avantage du critère Kaldor-Hicks (rappelons que l'utilité pratique réelle du critère de Pareto est limitée, puisque très peu d'actions existent qui ne soient pas nuisibles à au moins une personne) ainsi que sa faiblesse principale, car ceci l'expose à une critique classique de la philosophie utilitariste – le manque d'un critère raisonnable permettant de telles comparaisons interpersonnelles d'utilité[924].

689. Quoi qu'il en soit, il faut ici souligner que le test de proportionnalité *stricto sensu* peut s'accommoder d'un raisonnement de type technique, qui ne cherche qu'à identifier le point optimal d'efficacité économique[925]. Le critère Kaldor-Hicks, pourtant étranger à la jurisprudence communautaire, en offre un excellent exemple, puisqu'il fait dépendre la recherche de l'optimum économique d'une mise en balance de coûts et bénéfices. La différence est que, dans ce cas, le test de proportionnalité se transforme tout simplement en une analyse coûts-bénéfices, qui, à la différence de la mise en balance d'intérêts, dispose d'une mesure commune de comparaison des différentes options offertes – leur prix économique, exprimé en termes monétaires[926].

690. En définitive, le principe de proportionnalité, tel qu'interprété par de la Cour de justice, se présente comme une norme nature technique, mais ceci n'est pas dû à

[923] R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, préc., p. 9.

[924] A. Calsamiglia Blancafort, « Eficiencia y derecho », préc., p. 272 ; J.L. Coleman, *Markets, morals, and the law*, Cambridge et New York : Cambridge University Press, 1988, p. 104. Comme le signale ce dernier auteur, le caractère problématique de ce dernier aspect explique pourquoi l'application du critère Kaldor-Hicks se trouve justifiée dans des circonstances où il semble raisonnable de refuser à un individu un bénéfice obtenu injustement, p. 93 : « the notion of Kaldor–Hicks efficiency derives from some deeper noneconomic theory of desert and entitlement. Its application is thought justified, after all, precisely in those cases in which parties who have gained, but did not deserve to gain, from impediments to competition are denied compensation when the impediments are removed ».

[925] P.W. Kahn, « The Court, the Community… », préc., p. 18 et s., où l'auteur parle d'une mise en balance « administrative ».

[926] G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil…*, préc., p. 126.

l'absence de la « dernière étape » du principe de proportionnalité (le test de proportionnalité *stricto sensu*) mais à la manière dont la Cour conçoit cet examen[927].

[927] J. Bomhoff, « Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law », (2008) 31 *Hastings International & Comparative Law Review*, pp. 555-586, pp. 562-563.

CHAPITRE 2. LA NATURE INSTRUMENTALE DES LIBERTES DE CIRCULATION

691. A partir des constations précédentes, il sera possible de montrer que l'application du principe de proportionnalité emporte une conséquence importante par rapport à la protection offerte par les libertés de circulation aux citoyens de l'Union. En effet, la libre circulation présente un caractère *instrumental*, la faculté octroyée aux individus d'en réclamer l'application ne possédant pas de valeur intrinsèque. La Cour de justice les conçoit comme des outils pour garantir l'efficience dans le marché unique de l'Union européenne, à l'instar des facultés octroyées aux individus pour garantir l'application du droit de la concurrence.

692. Afin de l'illustrer, nous ferons référence à une conception *matérielle* des droits individuels. Dans la Partie précédente, nous avions considéré que les libertés de circulation ne pouvaient être conçues comme des droits subjectifs, étant donné le principe de proportionnalité fait obstacle à ce qu'elles constituent des véritables règles abstraites d'où dériveraient des prérogatives individuelles définissables à l'avance avec un minimum de précision. Dès lors, il convient d'examiner la libre circulation à l'aune du modèle alternatif de droits individuels, que l'on qualifiera de modèle *matériel* ou *non-légaliste*. A maints égards, ce modèle semble s'accommoder fort bien des libertés de circulation. Comme nous le préciserons d'abord, une telle conception, plus proche de la culture juridique anglo-saxonne, permet aux individus de revendiquer des prétentions légitimes sans qu'elles soient définies à l'avance dans la loi, se fiant ainsi à la prudence du juge et à l'équité (Section 1).

693. Or, bien que ces traits puissent sembler présents dans la jurisprudence communautaire, nous constaterons qu'elle ne s'accommode pas non plus de ce modèle, faute de culture prudentielle et parce que les prétentions des individus ne sont pas protégées en tant que telles mais seulement en tant que moyen pour garantir l'efficience du marché unique européen (Section 2).

SECTION 1. La tentation d'une conception non-légaliste des droits individuels

694. En décrivant les deux conceptions antagoniques de la notion de prévisibilité, il sera possible de constater que la notion de droit individuel (et de sécurité juridique) peut être conçue à l'encontre de la loi (§ 1). Une telle conception est sous-jacente au récent renouveau de la théorie des droits acquis en droit international privé (§ 2).

§ 1 – Les deux conceptions antagoniques de la prévisibilité

695. Une conception *matérielle* des droits individuels se caractérise par l'exacte inverse de ce que nous avions constaté précédemment à propos de la notion de droit

subjectif[928] : une dualité marquée entre le droit « objectif » et le droit « subjectif », ainsi qu'une conception anti-légaliste de la sécurité juridique (soit comme un principe opposable à l'application stricte des termes de la loi).

696. Afin de mieux illustrer l'opposition entre les deux modèles, nous allons reprendre l'exemple de la jurisprudence sur le Règlement Bruxelles I, pour ensuite remonter vers des considérations plus abstraites. Nous avons vu auparavant que la notion de sécurité juridique était conçue par la Cour de justice et par l'Avocat général Léger comme principe contraire à la discrétion dans l'application du droit. Ainsi, dans l'affaire *Owusu* il avait été jugé que la théorie du *forum non conveniens* « *affecte sérieusement la prévisibilité des règles de compétence* » dans la mesure où elle introduit une subjectivité excessive dans leur application par le juge.

697. S'agit-il pourtant de la seule signification possible du principe de sécurité juridique ? Paradoxalement, c'est de nouveau dans les conclusions de l'Avocat général Léger que l'on trouve une conception alternative, totalement opposée à celle qu'il prônait à propos de l'affaire *Owusu* comme la seule compatible avec l'« *économie générale* » du Règlement Bruxelles I. Dans ses conclusions rendues préalablement à l'arrêt *Gasser*, il estime que le principe de sécurité juridique garantit avant tout *le respect de la volonté des parties*, selon les usages du commerce international.

698. Les faits de l'affaire étaient les suivants. Malgré l'existence d'une clause de choix de for désignant comme compétents les tribunaux autrichiens, compétence que l'article 17 du Règlement élevait au rang d'exclusive, une des parties au contrat avait pris le devant en saisissant un tribunal italien avant que l'autre ne puisse profiter de la clause d'élection de for. Par cette manœuvre dilatoire, motivée par la lenteur chronique de l'administration de la justice italienne à décider sur sa propre compétence (d'où son surnom « torpédo italien »)[929], on prétendait se prévaloir de la règle de la priorité chronologique de l'article 21 du Règlement régissant la litispendance : tout autre tribunal doit surseoir à statuer jusqu'à que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent. Le juge autrichien, pourtant, a préféré interposer une question préjudicielle, se demandant si la règle de la priorité chronologique ne pourrait pas céder devant un accord des parties et la mauvaise foi évidente du responsable du « torpédo ». L'Avocat général Léger a estimé que :

> *[…] l'article 17 consacre l'autonomie de la volonté des parties en conférant une compétence exclusive aux juridictions ainsi désignées par celles-ci […]. L'article 17 vise*

[928] Voir *supra*, nº 435 et s.

[929] T.C. Hartley, « The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws », (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 813-828, p. 815.

> *ainsi à garantir la sécurité juridique en permettant aux parties de déterminer le for compétent*[930].

699. En conséquence, une lecture littérale de l'article 21, obligeant au juge du for choisi par l'accord des parties à surseoir à statuer jusqu'à que le juge saisi en premier lieu se prononce sur sa compétence, compromettrait « *sérieusement […] l'effet utile de l'article 17 et, partant, la sécurité juridique à laquelle il contribue* »[931]. L'Avocat général Léger semble ainsi réaliser une interprétation de la notion de sécurité juridique exactement inverse à celle qu'il a prônée à propos de l'affaire *Owusu*.

700. Pourtant, la Cour a préféré ne se pas suivre l'avis de son Avocat général. Selon la Cour, ce qui est véritablement générateur d'insécurité serait une interprétation excessivement flexible de l'article 21 de façon à permettre des exceptions et donc relativiser la règle de la priorité chronologique en matière de litispendance. Autrement dit, la sécurité juridique exige des règles *absolues*, qui n'admettent pas des exceptions ou une mise en balance avec d'autres impératifs[932] :

> *[…] eu égard aux contestations qui peuvent surgir quant à l'existence même d'un accord de volonté des parties, exprimé suivant les conditions de forme strictes énoncées à l'article 17 de la convention de Bruxelles, il est conforme à la sécurité juridique voulue par celle-ci que, en cas de litispendance, il soit déterminé de manière claire et précise lequel des deux juges nationaux établira s'il est compétent selon les règles de ladite convention. Il découle clairement du libellé de l'article 21 de cette dernière qu'il appartient au juge saisi en premier lieu de se prononcer sur sa compétence*[933].

701. L'opposition émerge de manière très claire. La sécurité juridique n'apparaît pas ici comme un concept « infiniment malléable », que la Cour ou l'Avocat général peuvent décliner à leur gré. Au contraire, nous apercevons deux conceptions antagoniques, voire deux principes essentiellement contradictoires, se réclamant les deux d'un terme – la sécurité juridique – dont l'univocité n'est qu'apparente. De deux choses l'une : soit la sécurité juridique protège contre la discrétion et des juges et de l'administration, en garantissant une lecture claire et précise des textes législatifs, soit la sécurité juridique cherche à aligner les textes (ainsi que plus généralement toute intervention étatique) autant que possible sur les attentes des parties. Dans la première conception, il n'y a

---

[930] CJCE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, aff. C-116/02, *Rec.* p. I-14693, concl. AG Léger, para. 65.

[931] *Ibid.*, para. 67.

[932] Voir à l'égard du principe de confiance mutuelle, dont le maniement par la Cour dans ces affaires est pratiquement identique : F. Blöbel and P. Spath, « The Tale of Multilateral Trust and the European Law of Civil Procedure » (2005) 30(4) *European Law Review*, pp. 528-547.

[933] CJCE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, aff. C-116/02, *Rec.* p. I-14693, para. 51. Voir aussi para. 72.

d'attente légitime que celle qui émane d'une lecture raisonnable de la loi ; dans la seconde, le fondement de la légitimité des attentes des parties se trouve dans une source extrinsèque à la loi.

702. Il est permis d'y voir un problème de type sémantique. On retrouve ici la distinction entre sécurité juridique *formelle* et *matérielle*, que le Professeur García Manrique développe dans un de ses articles[934]. Cette distinction est proche également de celle employée par M. Raimbault entre la « *sécurité juridique par le droit* » et la « *sécurité du droit* », soit entre la sécurité « *exogène* » au droit et celle qui lui est « *endogène* »[935]. Dans sa seconde version « matérielle », la sécurité juridique demande aussi que les lois possèdent un certain contenu, car toute réglementation ne peut être considérée, d'un point de vue matériel ou substantiel, comme étant conforme à ce principe. La sécurité juridique deviendrait ainsi proche de la figure de l'équité[936]. Souvent présentée comme un principe de protection de la confiance légitime, celui-ci « *entraîne la reconnaissance de la possibilité de sauvegarder juridiquement des situations concrètes, même au-delà et à l'encontre du droit écrit* »[937].

703. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la jurisprudence concernant le Règlement Bruxelles I, tandis que la conception formelle de la sécurité juridique (soutenue par la

[934] R. García Manrique, « Acerca del valor moral de la seguridad juridical », (2003) *Doxa* vol. 26, pp. 477-515, p. 482 et s. Il ne faut pas confondre la notion ici employée de sécurité juridique matérielle (par opposition à formelle) avec la notion de sécurité juridique *substantielle*, évoquée par un auteur par opposition à la notion de sécurité juridique procédurale : G.P. Romano, « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », in A. Bonomi, E. Cashin Ritaine et G.P. Paolo Romano (éds.), *La Convention de Lugano : passé, présent et devenir : actes de la 19e Journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, Genève : Schulthess, 2007, pp. 165-210. Selon la dichotomie de cet auteur, la sécurité juridique substantielle concerne la prévisibilité dans l'application des règles sur le fond tandis que la sécurité juridique procédurale se réfère aux règles de procédure. Dans les deux cas, pourtant, l'auteur se sert d'une notion de sécurité juridique que nous qualifierions selon notre terminologie de *formelle*.

[935] P. Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 2009, p. 9-10 : « La première recouvre avant tout la protection physique et matérielle de la personne et fait simplement apparaître le système juridique comme un mode de régulation des conduites apte à limiter les tensions sociales. L'existence même de la règle est alors une sécurité […]. Bien qu'étant exogène par rapport à l'ordre juridique, cette sécurité demeure cependant qualifiable de juridique en tant que moyen ou mécanisme. […] Ainsi, entendue comme la possibilité de mobiliser des règles de droit pour la défense de ses intérêts, la sécurité juridique semble généralement satisfaite dans la mesure où les sociétés contemporaines connaissent presque toutes des systèmes juridiques fortement institutionnalisés qui offrent des moyen contentieux aux individus ». Or, l'existence de l'ordre juridique n'est pas assez, il faut encore que ce droit possède une certaine qualité (sécurité donc « interne », soit « endogène par rapport au droit »).

[936] J. Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 53 et s., p. 57.

[937] P. Mengozzi, « Evolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : De la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *Revue du marché unique européen*, 1997, vol. 4, pp. 13-29, p. 13.

Cour) exige seulement que les règles générales (adoptées normalement par le législateur) soient suffisamment claires afin de permettre aux personnes privées de prévoir raisonnablement ce qui est conforme au texte communautaire, la conception matérielle (soutenue par l'Avocat général Léger dans l'affaire *Gasser*) demande au juge d'interpréter le Règlement de manière à l'adapter aux attentes des parties et à en rapprocher son contenu autant que possible. Pour ainsi dire, dans le premier, ce sont les personnes privées qui s'adaptent, tandis que dans le second c'est l'inverse : c'est le texte de la loi qui est adapté par le juge aux attentes des parties privées[938].

704. De façon très approximative[939], cette distinction correspond également à la distinction entre la notion britannique du *Rule of law* et celle d'origine allemande de l'Etat de droit (*Rechstaat*). Même si les deux notions sont souvent utilisées à tort comme des simples traductions l'une de l'autre[940], elles sont en réalité profondément antithétiques. Dans l'une, c'est la loi qui garantit l'« *émancipation* » des citoyens ; dans l'autre, elle constitue au contraire son principal « *obstacle à surmonter* »[941]. Le professeur Raynaud oppose aussi le *Rule of Law* à l'Etat de droit en se servant de la dichotomie forme-substance :

> *Plus qu'à la cohérence formelle d'un système de normes étatiques, la notion de* Rule of Law *renvoie à des critères* substantiels *et* procéduraux *de légitimité des gouvernants et des normes juridiques : elle signifie, d'une part que, dans l'organisation du «* government *», la loi doit être mise au-dessus des hommes […] et, d'autre part, que la législation et le processus juridictionnel doivent présenter certaines qualités* procédurales *[…] ; ainsi, là où l'Etat de droit préconise surtout un* moyen *(la hiérarchie des normes) supposé propre à atteindre un certain résultat (la liberté), le* Rule of Law *définit beaucoup plus précisément le résultat, mais n'indique aucun moyen pour y parvenir*[942].

705. Gustavo Zagrebelsky présente aussi les deux grandes traditions juridiques comme foncièrement opposées : tandis que dans le *Rule of law* la justice s'obtient à travers un « *processus dialectique* » toujours « *inachevé* » en partant de « *situations sociales*

---

[938] A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 182.

[939] Voir la caution préconisée par le constitutionnaliste F. Rubio Llorente, « Ley y juez desde el punto de vista del principio de igualdad », in *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 633-652, spéc. pp. 636-638.

[940] Comme le note M. Raynaud, en toute rigueur *Rechstaat* devrait être traduit en anglais par *constitutional government* : P. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Paris : Armand Colin, 2009, p. 72.

[941] *Ibid.*, p. 195.

[942] *Ibid.*, p. 71. Ainsi, pour Kelsen, le principe de sécurité juridique, opposé à celui de « flexibilité » et à la création libre du droit par les tribunaux, exige que la création des normes générales soit entièrement « centralisée » au niveau du législateur, de sorte que les décisions des juges puissent être « prévues », cette situation représentant « le principe de l'Etat de droit, qui est pour l'essentiel le principe de la sécurité juridique », H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc.

concrètes », la notion de l'Etat de droit s'inspire d'une conception « *abstraite* », « *intemporelle* » et « *universelle* » de la justice, posant des « *prémisses* » d'où dérivent par voie déductive des « *conséquences* »[943].

706. En ce sens, il n'est peut être pas surprenant que, dans ses conclusions à propos de l'affaire *Owusu*, l'Avocat général Léger ait associé la conception « formelle » de la sécurité juridique (retenue par la Cour) avec la culture juridique du « *civil law* », favorable à l'« intangibilité » des règles et opposée à l'approche « au cas par cas » des anglo-saxons :

> *[…] il importe d'avoir présent à l'esprit que la convention est largement inspirée du système juridique de «civil law», lequel attache une importance particulière à la prévisibilité et à l'intangibilité des règles de compétence. Cette dimension est moins présente dans le système de «common law», puisque l'application des règles en vigueur est plutôt appréhendée de manière souple et au cas par cas*[944].

707. Le lien établi par l'Avocat général Léger entre une certaine culture juridique (appelée ici le « *système juridique de « civil law »*) et une conception de la sécurité juridique qui serait incompatible avec la discrétion judiciaire est très éclairant. Ceci expliquerait aussi la virulence des critiques des auteurs anglo-saxons à l'égard de cette jurisprudence, en accusant la Cour de justice de « démanteler systématiquement » les institutions propres au *common law* du droit des conflits de lois[945]. Les *common lawyers* ne se reconnaitront assurément pas comme une culture juridique qui sous-estime l'importance de la prévisibilité[946] : c'est tout simplement que leur conception de celle-ci,

---

[943] G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*..., préc., p. 26 : « El *rule of law* […] se orienta originariamente por la dialéctica del proceso judicial, aun cuando se desarrolle en el Parlamento; la idea del *Rechstaat*, en cambio, se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el *rule of law*, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. El *Rechstaat*, por cuanto concebido desde un punto de vista iusnaturalista, tiene en mente un derecho universal y atemporal. Para el *rule of law*, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el *Rechtaat*, por el contrario, el derecho tiene la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, *ex principiis derivationes*. Para el *rule of law*, el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del derecho que subyace al *Rechstaat* tiene su punto de partida en el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia da concreción y vida al *rule of law*. La tendencia a la justicia aleja al Estado de derecho de los casos ».

[944] CJCE, 1er mars 2005, *Andrew Owusu c. N. B. Jackson, agissant sous le nom commercial "Villa Holidays Bal-Inn Villas" et autres*, aff. C-281/02, *Rec.* p. I-01383, concl. AG Léger, para. 263-264. Nous trouvons le même paradoxe dans l'arrêt *Gasser*, où le gouvernement du Royaume-Uni prônait une interprétation flexible du Règlement sur le fondement du principe de sécurité juridique (para. 31), alors que la Cour a finalement préféré de retenir une interprétation très stricte, s'appuyant pourtant sur ce même principe (para. 72). Voir aussi CJCE, 10 février 2009, *Allianz SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, aff. C-185/07, *Rec.* p. I-00663.

[945] T.C. Hartley, « The European Union… », préc., p. 815.

[946] Ainsi, la théorie controversée dite des « *legal origins* » développé par un groupe d'économistes estime que la tradition civiliste est moins protectrice de la sécurité juridique. Ils concluent ainsi à la supériorité du

en partant de postulats étrangers, possède une signification opposée à celle qui prévaut dans la culture juridique continentale.

708. Quoi qu'il en soit, il est donc acquis que dans la jurisprudence sur le Règlement Bruxelles I prévaut une conception « formelle » ou « civiliste » de la sécurité juridique. Celle-ci serait le véritable fondement du Règlement, conçue comme une garantie face à la subjectivité excessive des juges. Pourtant, il y a d'autres domaines où semble prévaloir une conception matérielle de la sécurité juridique.

709. Ceci est illustré par l'image de la balance. Dans un vieil arrêt qui date de 1961, la CJUE concevait la sécurité juridique déjà explicitement comme un objectif certes légitime qu'il fallait pourtant mettre en balance avec d'autres intérêts[947]. En outre, la Cour estime que la sécurité juridique doit être contrebalancée avec le principe de *légalité* :

> *Cette allégation méconnaît que le principe du respect de la sécurité juridique, tout important qu'il soit, ne saurait s'appliquer de façon absolue, mais que son application doit être combinée avec celle du principe de la légalité ; que la question de savoir lequel de ces principes doit l'emporter dans chaque cas d'espèce dépend de la confrontation de l'intérêt public avec les intérêts privés en cause*[948].

710. Visiblement, la position de la Cour ici est contraire à celle qu'elle adopte en interprétant le Règlement Bruxelles I. En présentant la sécurité juridique comme opposée à l'impératif du principe de légalité, la Cour opte pour une conception matérielle, où la sécurité est conçue comme garantie face à l'application stricte de la loi. La contraposition de la sécurité juridique, présentée souvent comme « principe de protection de la confiance légitime », face au principe de légalité est chose fréquente dans le droit communautaire[949].

---

common law d'un point de vue économique. Voir p.ex. R. La Porta, F. López-de-Silanes et A. Shleifer, « The Economic Consequences of Legal Origins », (2008) 46.2 *Journal of Economic Literature*, pp. 285-332.

[947] On retrouve cette image très fréquemment dans la doctrine. Voir p.ex. J. Mertens de Wilmars et J. Steenbergen, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 449 : « A certains égards le droit peut se décrire comme une recherché permanente d'équilibre entre les exigences fondamentales, mais parfois antinomiques, de la liberté et de la justice et les nécessités non moins impérieuses de la sécurité juridique et de l'efficacité, dans la régulation inévitable d'un certain nombre de rapports entre être humains ».

[948] CJCE, 22 mars 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. jointes 42 et 49/59, *Rec.* p. 00101, para. 159.

[949] Voir p.ex. D. Triantafyllou, « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », *Revue française de droit administratif*, 2000, pp. 246-253, p. 246 : « le principe de confiance légitime est un principe essentiellement conservateur, puisqu'il permet à celui qui a obtenu

711. Contrastons cette position avec une opposition commune, laquelle remonte au moins jusqu'à Ihering, qui distinguait entre la « *réalisabilité formelle* » du droit (définie comme la « *facilité et sécurité de l'application du droit abstrait aux espèces concrètes, la façon dont la règle abstraite se transforme en droit concret dans chaque cas particulier* ») de sa « *réalisabilité matérielle* » (« *l'utilité ou opportunité avec laquelle les dispositions du droit satisfont aux exigences d'une époque, reflètent le caractère du peuple et les conditions de sa vie* »)[950]. Ainsi, Batiffol présentait la justice et la sécurité juridique comme des « extrêmes opposés »[951]. En ce même sens, pour se situer dans le contexte qui nous occupe, selon M. Pollaud-Dulian, pour qui la sécurité juridique est « *l'un des intérêts et objectifs sociologiques légitimes que le législateur doit avoir en tête, […] mais qu'il peut écarter parce que d'autres intérêts sont, dans tel ou tel cas, plus importants* »[952], ce principe doit être contrebalancée avec l'impératif de la « *flexibilité juridique* »[953]. M. Boulouis, pour sa part, en critiquant la jurisprudence de la CJUE qui met en balance la sécurité juridique face au respect de la légalité, nous offre un excellent exemple de la conception « légaliste » de la sécurité juridique :

> *La mise en échec des conséquences normales du respect de la légalité lorsqu'elle ne se fonde pas sur une disposition expresse du traité, résulte alors du caractère »impérieux« des exigences de la sécurité juridique. Pour justifiée que puisse être cette solution dans la plupart de ses différentes applications il reste que, subordonnée à la discrétion du juge, elle constitue, paradoxalement par rapport à la sécurité juridique, un nouveau facteur d'aléa*[954].

712. M. Pollaud-Dulian formule la même critique, en soulignant la contradiction qui résulte de l'application de pareille conception de la sécurité juridique :

---

quelque chose de la maintenir, même si son acquisition a été faite de manière contraire à la loi générale. Il importe, en conséquence de savoir si dans certaines hypothèses ledit principe recule devant la légalité ».

[950] R. von Ihering, *El espíritu del Derecho romano*, Madrid : Marcial Pons, 2005, pp. 43-44 (« Distingamos entre la *realizabilidad material* de la *formal*. Aquélla […] es la utilidad u oportunidad con que las disposiciones de derecho satisfacen las exigencias de una época, responden al carácter del pueblo y a las condiciones de su vida. Realizabilidad formal es la facilidad y seguridad con que se aplica el derecho abstracto a las especies concretas, el modo como se convierte la regla abstracta en derecho concreto en cada caso particular »).

[951] H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979, p. 394.

[952] F. Pollaud-Dulian, « A propos de la sécurité juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, pp. 487-504, p. 491.

[953] *Ibid.*, p. 488 et s.

[954] J. Boulouis, « Quelques observations… », préc., p. 55.

> *Si principe il y a, il est si vague et si malléable entre les mains du juge européen, que son contenu et son application sont largement imprévisibles, ce qui crée une nouvelle forme d'incertitude, voire d'insécurité juridique !*[955]

713. Ces deux auteurs soulignent donc un paradoxe : au nom de la sécurité juridique, le juge communautaire aurait créé une nouvelle source d'insécurité, en octroyant un pouvoir excessif au juge. Or, le paradoxe n'est qu'apparent. Il n'y a point de contradiction dans la mesure où l'on assiste, en réalité, à un basculement de la notion de sécurité juridique : d'une conception formelle, à laquelle ces auteurs sont attachés, où la sécurité juridique s'oppose à la flexibilité ou à la recherche de la solution juste concrètement au cas par cas, on bascule vers une conception matérielle, où la sécurité s'oppose au respect scrupuleux de la légalité et à l'interprétation excessivement littérale de la loi.

714. Il faut donc conclure que, conçues d'un point de vue matériel, les libertés de circulation seraient des véritables « droits individuels » autonomes par rapport aux règles, et favoriseraient la discrétion dans l'application du droit. Etant donné que nous avons refusé de concevoir les libertés de circulation comme des droits subjectifs, nous serions tentés de conclure qu'elles signifient basculement vers des conceptions matérielles. Cela explique par ailleurs le renouveau de la théorie des droits acquis, qui peut être compris comme l'expression d'une conception non-légaliste des droits individuels.

§ 2 – Le renouveau de la théorie des droits acquis comme expression d'une conception non-légaliste des droits individuels

715. Un courant considérable de la doctrine estime que les libertés de circulation obligeraient les Etats membres à « reconnaître les situations » créées dans d'autres Etats membres. De manière quelque peu imprécise, la doctrine de droit international privé évoque un « *lien fait par le droit communautaire entre la reconnaissance des situations et le respect des libertés garanties par le traité CE* »[956]. Ces « situations » constitueraient ainsi la base matérielle des prévisions des parties dont le respect serait garanti par une « méthode de reconnaissance ».

716. Cette thèse signifie un retour sur le thème de la « disparité législative », que les libertés de circulation viseraient à éviter car elle supposerait le cloisonnement du marché commun. A l'instar du principe de reconnaissance mutuelle qui aurait émergé de la jurisprudence *Cassis de Dijon* concernant les marchandises, les auteurs pensent que, à défaut de règles substantielles ou de conflit communes, les libertés de circulation imposeraient l'unité de traitement partout dans l'Union à travers une « méthode de

[955] F. Pollaud-Dulian, « A propos de la sécurité juridique », préc., p. 504.

[956] P. Lagarde, « Reconnaissance, mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 479-502, nº 9.

reconnaissance de situations », y compris dans des domaines aussi peu « économiques » que le droit de famille. Selon M. Baratta, des libertés de circulation émerge une règle de reconnaissance mutuelle évitant l'existence de situations « *boiteuses* », c'est-à-dire « *situations valides dans un Etat membre mais pas dans un autre* »[957].

717. Cette thèse s'expose pourtant à la critique de la vieille doctrine des droits acquis, que l'on croyait définitivement enterrée. M. Heuzé rappelle ainsi cette critique, de caractère essentiel puisqu'attaquant son illogisme prétendument foncier. Alors que ces auteurs prétendent opposer ladite « méthode de reconnaissance » à une véritable règle de conflit[958], M. Heuzé souligne qu'il s'agit en réalité de la même thèse « reformulée » :

> *[…] ils croient pouvoir surmonter l'obstacle par le moyen d'une reformulation de celle-ci : c'est un principe de reconnaissance, ou de libre circulation, des droits subjectifs qu'imposerait le droit communautaire […]. Dans la mesure cependant où les droits subjectifs n'ont aucune existence indépendamment de la loi qui les consacre, cette approche n'a de sens qu'en tant qu'elle postule que la loi en question est celle du pays d'origine*[959].

718. La critique est certainement puissante et mérite d'être prise en compte. Elle ne saurait pourtant être parfaitement efficace que si l'on part du même postulat, une conception formaliste des droits subjectifs et de la sécurité juridique[960]. Pourtant, la doctrine des droits acquis part d'une conception alternative : *les « droits » peuvent justement avoir une existence indépendante de la loi*. Ou plutôt : un *intérêt* peut être protégé sans besoin d'un droit subjectif formellement défini dans la loi. Comme le dit M. Samuel, faute de règles générales abstraites qui puissent fonder les attentes des particuliers, surgit l'alternative de les fonder « *non pas sur la structure rationnelle des concepts juridiques en tant que tels mais sur le niveau empirique des « intérêts*

[957] R. Baratta, « Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC », *IPRax*, 2007, pp. 4-11. L'auteur qualifie, de façon quelque peu alambiquée, les dispositions du droit primaire consacrant les libertés de circulation de « theoretical gateway » qui permettrait d'induire un « principe de reconnaissance de droit international privé ».

[958] S'opposant ainsi notamment à la thèse analysée *supra* de la règle de conflit « cachée ». Voir *supra*, nº 500.

[959] V. Heuzé, « De la compétence de la loi… », préc., note 5.

[960] Kelsen estime que la notion des droits comme notion séparée des obligations est un vestige de la doctrine du droit naturel : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., p. 175.

sociaux »[961]. M. Muzny oppose à ce propos une conception « normative » de la prévisibilité[962] à une notion de « *prévisibilité réaliste* »[963].

719. Il n'est pas donc surprenant que la théorie des droits acquis, servant à justifier l'application des lois étrangères par le juge du for, soit d'origine anglo-américaine[964]. Elle ne signifierait que « *l'accueil d'un droit subjectif déjà constitué, dont il convient, de ce fait même, d'ordonner l'exécution* ». Ainsi, « *la compétence d'une loi étrangère [est présentée] non comme résultant d'un choix délibéré de la part du juge du for, mais comme une réalité déjà imprimée aux faits litigieux, et s'imposant par conséquent à celui-ci* »[965]. La théorie n'a pas été accueillie favorablement sur le Continent européen, puisqu'on lui reproche de longue date le vice logique de sa circularité[966] : comme le signale M. Heuzé dans la citation précédente, comment en effet déterminer qu'un droit a été véritablement acquis sans avoir préalablement déterminé la loi qui permettrait justement de le déterminer ? La simple notion d'un droit subjectif comme un *fait*, une *réalité empirique* dont le juge se limiterait à prendre acte, semble effectivement absurde. Il nous est néanmoins permis de spéculer que l'explication à ce débat se trouve au niveau de la *culture* juridique, plus profond que la simple logique formelle. Tandis que dans la conception formelle décrite auparavant il n'y a des droits subjectifs que ceux qui peuvent être déduits de la lettre de la loi, dans une conception matérielle, plus proche de la culture du *common law*, des droits peuvent être opposés devant le juge à *l'encontre* de la loi[967].

720. Par conséquent, il nous est également permis de soupçonner que le « renouveau » de la théorie des droits acquis correspond non pas à la fragilisation de la puissance logique des juristes, mais plutôt à leur ralliement progressive à une conception des droits

[961] G. Samuel, « "Le Droit Subjectif" and English Law », (1987) 46.2 *Cambridge Law Journal*, pp. 264-286, pp. 270-271 : « to locate the concept of a right not in the rational structure of legal thought as such but at the empirical level of social "interests." What kinds of interests will the judges habitually protect in family, property, obligations and public law? ».

[962] P. Muzny, *La technique de proportionnalité*, préc., t. II, nº 708.

[963] *Ibid.*, nº 723 et s. La proportionnalité faciliterait une telle prévisibilité : « L'application de la logique persuasive oblige les parties, pour vaincre dans l'arène strasbourgeoise, à coller au plus près de la réalité des circonstances factuelles en même temps qu'elle amène la Cour EDH à puiser dans ce vivier factuel les moyens qui déterminent le sens de sa solution », nº 727.

[964] H. Muir Watt, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Revue critique de droit international privé*, 1986, pp. 425-455.

[965] *Ibid.*, p. 431.

[966] Voir p.ex. R. Michaels, « EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory », (2006) 2 *Journal of Private International Law*, pp. 195-242, p. 228 et s.

[967] Ceci suppose bien évidemment des problèmes de type théorique sur lesquels nous n'entrerons pas. Ainsi, comme s'interroge un auteur, « merely because the courts will predictably protect certain identifiable social interests, does this mean that the interest itself can be seen as a source of legal authority? », G. Samuel, « "Le Droit Subjectif"… », préc., p. 271.

comme des « faits » opposables à la loi, selon une conception matérielle de la sécurité juridique. En effet, comment comprendre sinon des affirmations telles que celle de M. Lagarde, signalant que « *[c]ette obligation de reconnaître ce qui s'est passé à l'étranger conformément à la loi locale, c'est, d'une certaine façon, l'obligation de reconnaître la réalité* »[968], ou celle de M. Mayer, lorsqu'il souligne qu'un des traits caractéristiques de la méthode de reconnaissance est qu'elle « *favorise la validité des actes, et plus généralement l'alignement de la réalité juridique sur la situation de fait* »[969] ?

721. Ceci dit, une conception matérielle de la sécurité juridique n'a jamais été complètement évacuée de la doctrine française du droit international privé. M. Ancel, par exemple, écrivait que « *l'harmonie internationale des solutions n'est qu'une fin intermédiaire ordonnée à un objectif ultérieure : la* sécurité juridique ». Ordonnée à ce principe, la règle de conflit protégerait « *les* attentes raisonnables », s'opposant à « la détérioration des conditions de l'action et à la dénaturation du droit au plan international ». Somme toute, « *elle conserve au particulier une sécurité juridique de niveau comparable à celui dont il bénéficie lorsqu'il cantonne son existence dans le périmètre d'un ordre juridique national* »[970]. Pourtant, la notion de sécurité juridique utilisée par M. Ancel est nécessairement de type matériel, puisque dans les règles de conflit, comme le signalait Pierre Mayer à juste titre dans sa thèse, le principe du respect des légitimes prévisions des parties, compris formellement, ne joue qu'un rôle exceptionnel dans la solution des problèmes de conflit de lois[971]. En effet, lorsque la question de droit est « *intrinsèquement internationale* » ce principe s'avère potentiellement « *utile* » mais, puisqu'il « *n'est guère facile de savoir quelle est celle à laquelle les parties – éventuellement les tiers intéressés – ont songé* », le principe devient « *impossible à mettre en œuvre* ». En effet, « *la diversité des systèmes de droit international privé à travers le monde prouve que plusieurs rattachements sont en général susceptibles de paraître raisonnables. De plus, dans les rares cas où un rattachement s'impose […] sa valeur ne dérive pas de ce qu'il correspond aux prévisions des parties* »[972].

---

[968] P. Lagarde, « Rapport de synthèse », in A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 283-295, p. 288.

[969] P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'Honneur de Paul Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, pp. 547-573, nº 26 (nous soulignons).

[970] B. Ancel, « Droit international privé », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 491-497, p. 493.

[971] P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris : Dalloz, 1973, p. 156.

[972] *Ibid.*, p. 157. Voir aussi M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2012, nº 470, pour qui le principe de sécurité juridique joue un rôle différent selon s'il s'agit d'un procédé de nature conflictuelle (le principe favorise alors « la prévisibilité des solutions »), ou

722. Quoi qu'il en soit, le simple fait de resituer cette thèse dans son « contexte dogmatique », pour ainsi dire, ne nous permet point de résoudre les difficultés qu'elle présente. Une toute autre question est de déterminer si la théorie des droits acquis peut véritablement être associée à la jurisprudence communautaire dans le domaine qui nous occupe. Comme nous le verrons, la réponse doit être négative.

SECTION 2. L'incompatibilité des libertés de circulation avec une conception non-légaliste des droits individuels

723. Bien que les libertés de circulation ne s'accommodent pas d'un modèle formel de droits subjectifs, comme nous l'avions constaté auparavant, le modèle non-légaliste des droits individuels n'est pas plus apte à rendre compte de leur fonction. En effet, le modèle de prévisibilité qui est véhiculé par la libre circulation n'est pas du même type que celui qui est propre aux théories des droits acquis et à une culture juridique prudentielle (§ 1). En outre, les libertés de circulation ne possèdent pas de valeur intrinsèque, car elles ont pour but de garantir l'efficience dans le marché européen (§ 2).

§ 1 – Un modèle *sui generis* de sécurité juridique

724. Les développements de l'éminent constitutionnaliste espagnol Francisco Rubio Llorente à propos du principe d'égalité et son évolution nous fournissent un excellent point de départ pour la démonstration qui suit. Comme l'explique cet auteur, d'emblée ce principe pouvait se confondre au principe de légalité, la loi étant conçue comme « *l'expression de la volonté générale de sorte que, après avoir garanti que tous [les citoyens] sont égaux devant la loi et que la loi est égale pour tous, le principe d'égalité n'implique plus aucune limite face au législateur* »[973]. Pourtant, à partir du moment où la loi peut être déclarée contraire à ce principe, « *les choses ou les hommes ne sont plus, dès lors, égaux ou inégaux parce que le législateur le dit, mais plutôt parce qu'ils sont égaux ou inégaux, à la marge de ce que dit le législateur et, éventuellement, à l'encontre de ce que puisse dire le législateur* »[974]. En conséquence, le principe d'égalité se trouvant émancipée du principe de légalité, le juge est obligé d'identifier un « critère matériel », par hypothèse *extérieur* à la loi, lui permettant de définir en chaque cas ce qui est acceptable ou pas.

---

d'une règle de reconnaissance (il favorise alors « la permanence de l'état droit acquis dans l'Etat d'origine »).

[973] F. Rubio Llorente, « Ley y juez… », préc., p. 642 : « La ley es expresión de la voluntad general y, una vez que se ha conseguido asegurar que todos sean iguales ante la ley y que la ley sea igual para todos, el principio de igualdad ya no implica límite alguno frente al legislador ».

[974] *Ibid*., p. 646 : « Las cosas, o los hombres, no son ya, en consecuencia, iguales o desiguales porque el legislador lo diga, sino porque son iguales o desiguales, al margen de que lo diga o no el legislador y, eventualmente, en contra de lo que el legislador pueda decir ».

725. L'analyse de M. Rubio Llorente à propos du principe d'égalité est parfaitement transposable à l'objet de notre étude, sur les libertés de circulation. Le juge communautaire ayant renoncé à dégager des règles générales des dispositions du TFUE sur les libertés de circulation qui pourraient légitimement fonder les attentes de ses titulaires, il devient impératif d'identifier une source matérielle, extérieure à la lettre des Traités, permettant de qualifier une attente de véritablement « légitime ».

726. En effet, malgré l'essor de la dite méthode de reconnaissance de situations, demeure la question de savoir comment identifier cette « réalité factuelle » qu'il appartiendrait au juge d'aligner sur la « réalité juridique », celle de la consistance même de la notion de « situation » et, surtout, la question de savoir si une telle méthode est favorisée par les libertés de circulation. C'est une chose de s'émanciper de la notion formelle de droits subjectifs, c'est une toute autre de prétendre que l'identification de cette prétendue « réalité factuelle » irait de soi.

727. Prenons la jurisprudence sur laquelle se fondent principalement ces auteurs. D'un côté, les arrêts sur la reconnaissance des noms, notamment les arrêts *Grunkin Paul*[975], *Garcia Avello*[976] ou *Konstantinidis*[977], où la libre circulation a fait fléchir l'application « normale » des règles de conflit, obligeant les autorités étatiques à « reconnaître » les noms des particuliers dans la forme « acquise » dans d'autres Etats membres. D'un autre côté, la jurisprudence débutant dans l'arrêt *Centros,* par laquelle la Cour de justice a jugé que la liberté d'établissement interdit aux Etats de refuser de reconnaître des sociétés constituées ailleurs dans l'Union.

728. A la lumière de ces exemples, où se trouvent donc les « situations » « reconnues » par la Cour, susceptibles de fonder « matériellement » les attentes des parties ? Si « réalité factuelle » il y a dans cette jurisprudence, elle ne saurait pas être assimilée à un certain « principe de proximité », selon lequel serait reconnue la « situation » présentant des « liens étroits » avec l'ordre juridique où elle aurait été « créée »[978]. Pareilles considérations sont bien évidemment absentes dans les décisions de la Cour de justice, puisqu'elle exige que soient validées des « situations » « créées » en conformité avec des droits dont les liens étaient les plus ténus : les arrêts *Centros* ou *Garcia Avello*, pour ne prendre que deux exemples, suffisent à le démontrer, puisque dans les deux cas les particuliers ont réussi à bénéficier de l'application de la loi d'un Etat membre rattachée artificiellement aux circonstances des cas d'espèce. Plus généralement, comme le

[975] CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*. p. I-07639.

[976] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613.

[977] CJCE, 30 mars 1993, *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig*, aff. C-168/91, *Rec*. p. I-01191.

[978] Voir généralement P. Lagarde, « Le principe de proximité en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1986, vol. 196.

remarque M. Fallon, un tel principe de proximité « *repose sur un postulat de neutralité de la règle de conflit de lois qui pourrait […] ne pas être décisif au regard des libertés communautaires, centrées sur la perspective postmoderne de la satisfaction des intérêts des opérateurs économiques et des personnes en déplacement international* »[979].

729. A cela on ne saurait opposer la jurisprudence par laquelle la Cour de justice accepte que les autorités étatiques exigent un certain lien de proximité à des ressortissants d'autres Etats membres pour bénéficier d'une certaine prestation sociale[980]. Ainsi, il est par exemple affirmé dans l'arrêt *Vatsouras* qu'il est légitime « *qu'un État membre n'octroie une [prestation d'assistance sociale] qu'après que l'existence d'un lien réel du demandeur d'emploi avec le marché du travail de cet État a pu être établie* »[981]. Pourtant, la condition du « lien réel » n'est qu'un moyen, dont l'efficacité a été reconnue par la Cour, pour atteindre des buts de nature sociale, susceptibles de justifier des inégalités de traitement qui seraient autrement contraires au Traité. Dans ce même arrêt il est ainsi précisé que « *l'objectif de la prestation doit être examiné en fonction des résultats de celle-ci et non de sa structure formelle* »[982]. Aussi, dans l'arrêt *D'Hoop* :

> *Les allocations d'attente prévues par la réglementation belge, qui ouvrent à leurs bénéficiaires l'accès à des programmes spéciaux de mise au travail, ont pour objectif de faciliter, pour les jeunes, le passage de l'enseignement au marché du travail. Dans un tel contexte, il est légitime pour le législateur national de vouloir s'assurer de l'existence d'un lien réel entre le demandeur desdites allocations et le marché géographique du travail concerné*[983].

730. Il n'y a point donc de « principe de proximité » possédant de valeur intrinsèque. En réalité, le seul critère employé par la Cour de justice demeure celui de l'efficience, comme nous y avons insisté jusqu'ici. Dès lors, la Cour ne favorise pas réellement la reconnaissance de « situations », notion par ailleurs inexistante dans sa jurisprudence, puisqu'elle écarte simplement les mesures qui s'avèrent techniquement inefficaces. Le « critère matériel » dont parlait M. Rubio Llorente réside ainsi dans l'analyse économique. Ainsi, de la même manière que l'auteur craignait que le basculement vers une notion non-légaliste de l'égalité obligerait le juge à se fonder sur une référence à la « *conscience juridique de la communauté* » et par ce biais un retour à la « *doctrine des*

[979] M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire,* préc., pp. 31-80, pp. 68-69.

[980] C. O'Brien, « Real Links, Abstract Rights and False Alarms: The Relationship between the ECJ's ''Real Links'' Case Law and National Solidarity », (2008) 33.5 *European Law Review*, pp. 643-665.

[981] CJCE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, *Rec.* p. I-04585, para. 38.

[982] *Ibid.*, para. 42.

[983] CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, *Rec.* p. I-06191.

principaux jurisconsultes »[984], il nous est permis de soupçonner que les libertés de circulation, en se fiant dans la notion technique d'efficience de Pareto, amènent à s'appuyer sur la doctrine des technocrates.

731. Cette conclusion nous conduit également à rejeter la thèse selon laquelle les libertés de circulation consacrent l'ascension d'un modèle de sécurité juridique de type matériel, selon la dichotomie que nous avons proposé auparavant, proche de l'équité et de la culture juridique anglo-saxonne. Le modèle doit être qualifié plutôt *d'hybride*, car contenant des éléments qui le rapprochent autant d'un modèle formel que d'un modèle matériel.

732. En effet, d'un côté, la proportionnalité comme base de prévisions offerte aux destinataires des libertés de circulation semblerait crédible en raison de la prétendue objectivité de l'analyse coûts-bénéfices qu'elle entraîne. Rappelons que le raisonnement de la Cour prétend se réduire à des constations empiriques (analyse coûts-bénéfices comme heuristique), si bien que l'appréciation du seul élément normatif intégrant la décision du juge (analyse coûts-bénéfice comme norme) ne laisse aucune place à la volonté du juge, car dérivant automatiquement, par la simple *force des choses*, du calcul fait par la Cour[985]. En ce sens, les libertés de circulation se rapprocheraient d'une conception formelle de la sécurité juridique, car elles excluraient la subjectivité dans l'application du droit. La prudence et le bon sens du juge ne semblent occuper aucune place dans le raisonnement du juge, caractérisé au contraire par une énorme *rigidité*.

733. Cette constatation nous amène par ailleurs à rejeter l'avis, rarement justifié mais tout de même fort répandu sur le Continent européen, qui prétendrait que se serait imposée dans la Cour de justice une culture jurisprudentielle d'origine anglo-saxonne. En effet, les deux éléments les plus caractéristiques de celle-ci, lesquels se compenseraient mutuellement, sont radicalement incompatibles avec le raisonnement de la proportionnalité. Tout d'abord, le rôle des précédents : comme nous l'avons déjà montré en plus grand détail, la Cour de justice n'est pas ténue de suivre ses précédents, faute d'une règle de *stare decisis*, et de toute façon la nature même du principe de proportionnalité, norme technique, rend le recours aux précédents largement superflu[986]. Ensuite, la presque légendaire flexibilité du système de *Common law*, fondée sur le savoir prudentiel des juges britanniques, qui leur permettraient de manier les catégories

[984] F. Rubio Llorente, « Ley y juez… », préc., p. 647.

[985] Voir *supra*, nº 648 et s.

[986] Voir *supra*, nº 402 et s.

juridiques en fonction des besoins pratiques[987] : elle serait exclue du fait également du caractère technique de la proportionnalité, étranger à de telles souplesses.

734. Il n'est pas donc surprenant que les britanniques, décidément, ne se reconnaissent pas dans l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice. Il est commun, parmi la doctrine d'Outre-manche, de signaler que la Cour de justice a été construite sur le modèle du Conseil d'Etat français, ce qui expliquerait, selon eux, les difficultés éprouvées par les juristes britanniques pour aborder ses arrêts et l'incapacité de la Cour à justifier convenablement les abandons de ses précédents [988] . D'autres remarquent avec mécontentement que la proportionnalité serait une invention allemande, propre à des esprits « métaphysiques » et étrangère à la culture juridique britannique[989]. A propos de la jurisprudence *Owusu*, déjà commentée *supra*, certains accusent la Cour de justice de « démanteler systématiquement » les institutions juridiques du *Common law*[990].

735. En définitive, imputer à une « anglosaxonnisation » les éléments du droit européen qui ne s'accommoderaient pas aisément de notre culture juridique nationale répond plutôt à la paresse intellectuelle et contribue à obscurcir l'objet de notre étude[991].

[987] G. Samuel, « "Le Droit Subjectif"… », préc., pp. 270-271 : « The doctrine of precedent can […] go some way in allowing the theorist to construct a system of substantive rights in as much as precedent injects a certain predictability into the outcome of legal action; but the loose nature of the rational structure of English law – that is, the ease with which one can move from one classification category to another – allows the reasoned considerable liberty in the choice of a foundation upon which to fasten any decision ».

[988] A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 2006, 2ème éd., p. 622 et s.

[989] Lord Hoffmann, « The influence of the European principle of proportionality upon UK law », in E. Ellis (éd.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, pp. 107-115, p. 109 : « The fact that English law very sensibly employs a general concept of irrationality preserves us from the necessity, which seems to afflict systems based upon nineteenth-century German administrative law, of assigning the case to one or other particular sub-species. It is of course necessary to explain precisely why the exercise of power was irrational and the most illuminating explanation may well be in terms of lack of proportionality, but English courts are not obliged to tie particular labels round the neck of each case. To go down the road of classification can lead only to metaphysical problems of distinguishing different form of irrationality which would truly be worthy of mediaeval schoolmen and, if such distinctions are to have any practical meaning, differences in the treatment of different kinds of irrationality which could fairly be characterized as irrational ».

[990] T.C. Hartley, « The European Union… », préc., p. 815.

[991] F. Rubio Llorente, « Ley y juez… », préc., p. 644.

Elle traduit en outre une profonde méconnaissance de la culture juridique anglaise[992], ainsi que de la profondeur des soubassements culturels de tout ordre juridique[993].

736. La rigidité du raisonnement, de sorte à exclure toute subjectivité judiciaire, rapprocherait ainsi les libertés de circulation d'un modèle de sécurité juridique formelle, les éloignant en même temps de la culture juridique britannique. Pourtant, elles présenteraient une parenté avec le modèle opposé du fait d'un trait particulièrement saillant du raisonnement du juge : l'appréciation *in concreto*. En effet, la proportionnalité interdit toute construction abstraite, qui ne contribue en rien au calcul coûts-bénéfices duquel dépend exclusivement la conformité de la mesure en cause au droit communautaire. Ce refus d'abstraction expliquerait probablement le reflexe de la doctrine de tradition civiliste, croyant y déceler l'influence des anglais.

737. Ce dernier aspect n'est pourtant pas le seul qui montrerait que le modèle de sécurité juridique développé par la Cour est *sui generis*. Il convient de rappeler que, comme nous l'avions examiné en plus grand détail[994], la Cour reconnaît parfois l'utilité d'un modèle de règles générales (elle déclare dans l'arrêt *Mickelsoon et Roos*, par exemple, « *qu'il ne saurait être dénié aux États membres la possibilité de réaliser un objectif tel que la protection de l'environnement par l'introduction des règles générales qui sont, d'une part, nécessaires du fait des particularités géographiques de l'État membre concerné et, d'autre part, facilement gérées et contrôlées par les autorités nationales*[995]), autant que celle d'une approche au cas par cas[996]. Ainsi, l'approche technique de la Cour, envisageant les mesures étatiques comme des simples instruments, lui permet d'avoir recours aux deux modèles selon le besoin.

---

[992] Sur l'histoire de la déformation de la culture juridique anglaise, voir l'érudite contribution de T. Pasquiet-Briand sur sa référence au sein de la pensée politique française du XIX[ème] siècle, « Emile Boutmy et le modèle constitutionnel anglais : intelligence narrative, explication psychologique et fonction prudentielle de la Constitution anglaise », in *L'influence politique et juridique de l'Angleterre en Europe, Actes du Colloque international de l'AFHIP*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, pp. 415-428.

[993] Voir P. Legrand, « Legal Systems Are Not Converging », (1996) 45 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 52-81.

[994] Voir *supra*, n° 456 et s.

[995] CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, *Rec*. p. I-04273, para. 36.

[996] CJCE, 15 juillet 2004, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV et Christophe Souranis, agissant sous le nom commercial "Établissements FICS" et Douwe Egberts NV c. FICS-World BVBA*, aff. C-239/02, *Rec.* p. I-07007, para. 43-44 : « Une interdiction absolue de faire figurer dans l'étiquetage des denrées alimentaires certaines indications relatives à l'amaigrissement ou à des recommandations médicales sans que, au cas par cas, on examine leur aptitude effective à induire l'acheteur en erreur, aurait pour conséquence que les denrées alimentaires portant ces indications ne pourraient pas être librement commercialisées en Belgique, même dans l'hypothèse où celles-ci ne seraient pas trompeuses. Une telle mesure excéderait ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de protection des consommateurs contre les tromperies […] ».

738. En définitive, les libertés de circulation ne s'accommodent pas d'un modèle de sécurité juridique matérielle, qui pourrait être associé à la théorie des droits acquis, mais plutôt d'un modèle *sui generis*, fondé sur l'analyse économique. Nous allons voir à présent qu'elles ne sauraient être conçues comme des véritables droits, puisque la protection offerte aux individus n'a pas de valeur intrinsèque.

§ 2 – La valeur extrinsèque des libertés de circulation

739. Il est suggéré que derrière ces références à la reconnaissance des « situations » et la « réalité factuelle » se cache un projet « libéralisateur ». Devraient être respectés les choix des particuliers : dans l'arrêt *Centros*, le choix de bénéficier de la législation britannique ; dans l'arrêt *Garcia Avello*, celui de porter le patronyme double selon l'usage espagnol. Ainsi, lorsque la doctrine parle d'un alignement de la réalité juridique sur la réalité juridique, il ne faut entendre autre chose qu'une référence à l'autonomie de la volonté.

740. Cette interprétation, liant le renouveau de la théorie des droits acquis et plus généralement les libertés de circulation à l'autonomie privée, est soutenue par bon nombre d'auteurs[997]. Plus généralement, il est communément admis au sein de la doctrine de droit international privé que l'extension de la « méthode de reconnaissance » au détriment de la « méthode conflictuelle » emporte une plus grande libéralisation[998].

741. Cette thèse n'est pas pour autant plus satisfaisante que le simple recours à l'idée d'un droit qui collerait de plus près à la « réalité factuelle ». Signalons tout d'abord qu'un prétendu principe d'autonomie privée ne figure parmi les principes susceptibles de justifier une entrave à la circulation[999]. Ainsi, lorsque les libertés de circulation sont déployées horizontalement, la plupart du temps pour remettre en cause des restrictions à la circulation causées par des organisations privées, celles-ci ne sauraient se prévaloir sans plus de leur « autonomie » pour justifier les mesures en question. En effet, comme il est dit dans l'arrêt *Bosman*, « *rien ne s'oppose à ce que les justifications tirées de l'ordre*

[997] E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux du comité français de droit international privé*, 2006-2008, pp. 71-114, p. 91 : « Envisagée sous cet angle, la doctrine des droits acquis prendrait une extension considérable, et se transformerait en une règle très ouverte. Les deux conditions isolées au début, l'existence d'une communauté de droit et la recherche d'une harmonie internationale des solutions, n'ont certes pas disparu ; elles se sont toutefois métamorphosées en règles extrêmement libérales, entièrement centrées sur la volonté des parties, qui pourraient ainsi choisir leur statut et se voir assuré de l'efficacité de ce choix et de ses conséquences sur tout le territoire communautaire ».

[998] P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions…*, préc., p. 221, où l'auteur admet que la division fondamentale entre règles et décisions et leurs méthodes respectives conduit « à restreindre le domaine de la méthode du conflit de lois au profit de l'autre méthode », si bien que la deuxième méthode « rend possibles des solutions plus libérales ».

[999] L'autonomie privée fait en revanche obstacle à la constatation d'une entrave, comme nous le verrons *infra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

public, de la sécurité publique et de la santé publique soient invoquées par des particuliers [les fédérations sportives soumises aux règles du traité]. La nature publique ou privée de la réglementation n'a aucune incidence sur la portée ou le contenu desdites justifications »[1000].

742. Deux auteurs qualifient l'exclusion de l'autonomie privée comme motif justificatif invocable *per se* d'extrêmement problématique, puisqu'un tel principe serait « *protégée par les constitutions et constitue la véritable essence de l'économie européenne de marché* » [1001]. Or, comme nous le verrons plus loin, la nature du raisonnement employé la Cour ne permet pas d'invoquer au soutien d'une entrave à la circulation des principes dits « institutionnels »[1002]. Qu'une « mesure » provienne donc du pouvoir public ou s'insère au contraire dans l'exercice de l'autonomie privée, les possibilités de la justifier sont les mêmes. En réalité, nous ne pouvons même pas dire que l'autonomie privée *existe* comme véritable concept au sein de la jurisprudence sur le principe de proportionnalité. Prétendre donc la *fonder* sur ce principe est donc inévitablement voué à l'échec.

743. Rappelons en outre que l'autonomie privée, notion de droit civil, est en réalité protégée par la Cour de justice *à l'encontre des libertés de circulation*. Dans ce sens, à propos d'une législation nationale de garantie des vices cachées, dont la juridiction de renvoi s'interrogeait sur sa conformité à la libre circulation des marchandises, la Cour a conclu dans l'arrêt *Alsthom* qu'elle ne saurait constituer une entrave car « *les parties à un contrat de vente international sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français* »[1003]. Ainsi, l'autonomie privée est effectivement protégée par la Cour de justice ; or, cette protection consiste en l'exclusion du droit des contrats du champ d'application des libertés de circulation[1004].

744. Par ailleurs, la plupart des analystes précités ignorent tout simplement le rôle joué par la proportionnalité au sein des libertés de circulation. M. Lagarde, par exemple,

[1000] CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* p. I-04921, para. 86.

[1001] P. Oliver et W.-H. Roth, « The Internal Market and the Four Freedoms », (2004) 41 *Common Market Law Revie*, pp. 407-441, p. 423 : « More importantly, they are also confined to those justifications in a most problematic manner: private autonomy, protected by national constitutions and the very essence of the European market economy, does not show up as a justification ».

[1002] Voir *infra*, nº 1094 et s.

[1003] CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, aff. C-339/89, *Rec*. p. 00107, para. 15.

[1004] Voir *supra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

admet certes que « *[l]e droit communautaire n'impose pas de façon générale et inconditionnelle la reconnaissance de telles situations. Il n'en impose la reconnaissance que dans les cas où la non-reconnaissance serait une entrave non justifiée par l'intérêt général aux grandes libertés du traité* »[1005]. M. Baratta parle d'une exception d'ordre public[1006]. Cette constatation ne modifie pourtant en rien les analyses de ces deux auteurs, qui pour le reste se fondent sur la seule analyse du champ d'application des libertés de circulation, sans se pencher sur son application concrète, qui dépend d'une analyse de type économique – voici comment la dichotomie règle-exception permet à la doctrine d'ignorer les aspects qui compromettraient leurs analyses[1007].

745. Il faut en outre souligner que la prétendue « autonomie privée » est radicalement inapte à fonder une décision quelconque de la Cour de justice, pour des raisons tenant à la simple logique. A cet égard, nous nous joignons entièrement à la démonstration de Carl Schmitt concernant la maxime *pacta sunt servanda*, dont il dénonce qu'elle ne saurait constituer une « *norme au sens d'un énoncé juridique* ». Bien entendu, il faut exclure que les particuliers puissent faire comme ils le souhaitent en tout circonstance : tel n'est évidemment pas le sens de la jurisprudence communautaire. Toute la question est donc de savoir quelles *limites* il est pertinent d'ériger face à leur autonomie, ou tout au plus le *quis iudicabit* de Schmitt : qui décide sur la question ? Or, une simple référence à un prétendu principe d'autonomie privée n'aide en rien à trancher aucune des deux questions[1008].

746. Qu'en est-il donc des accusations, largement corroborées, de *l'effet libéralisateur* de la jurisprudence communautaire ? Un tel effet est certainement identifiable, si bien que, d'un point de vue politique, la Cour mérite bien qu'on l'accuse de pousser vers un modèle proche du néolibéralisme. Il suffit de citer à cet égard les arrêts *Viking* et *Laval*,

[1005] P. Lagarde, « Reconnaissance, mode d'emploi », préc., nº 4.

[1006] R. Baratta, « Problematic elements… », préc., pp. 10-11.

[1007] Voir *infra*, nº 931. Voir aussi P. Mengozzi, « Evolution de la méthode… », préc., p. 20. Ici, l'auteur signale que l'application du principe de confiance légitime, importé de la jurisprudence anglaise, se fait en deux phases : 1) la vérification de l'existence d'une attente légitime qui aurait été déçue ; 2) la vérification de l'existence d'un intérêt légitime justifiant cette atteinte. Ainsi, le principe de confiance légitime se confondrait totalement avec les libertés de circulation.

[1008] C. Schmitt, *Théorie de la constitution* (*Verfassungslehre*, trad. fr. par L. Deroche), Paris : PUF, 2008, pp. 203-204 : « Du point de vue de l'histoire du droit, la maxime *pacta sunt servanda* avait un sens tant qu'il n'était pas évident qu'on pouvait s'engager par des *pacta* », de sorte que, dans le contexte du préteur romain, elle possédait un contenu concret. « Au contraire, la maxime générale *pacta sunt servanda* ne dit en rien quels pactes sont valides et contraignants, et donc doivent être observés. Il ne fait que répéter indéfiniment la même chose : les pactes qui sont valides doivent être observés, c'est-à-dire sont valides, etc. ». La question est donc « quis iudicabit » de la validité d'un contrat concret. Or, la maxime « ni n'apporte quoi que ce soit sur le fond à une décision (et n'a donc aucune valeur normative), ni n'indique *qui* décide ». Sa valeur « se réduit à celle des formules que les vieux notaires aiment placer sur leurs couvertures de dossiers ou sur les murs de leur étude ».

jugements peu favorables à l'égard du droit de grève et de la liberté syndicale et inspirés possiblement par la philosophie politique de Hayek, dont l'antipathie envers les organisations syndicales est chose connue[1009]. Admettre l'effet n'équivaut pourtant pas à le reconnaître comme fondement de la jurisprudence. Comme M. Azoulai, nous croyons que le fait de favoriser l'autonomie privée et plus généralement le « tourisme légal, économique ou social » constitue plutôt un « effet induit » de la jurisprudence[1010].

747. Tout au plus, l'autonomie jouerait ainsi le rôle d'un principe *politique* de légitimation. Il ne faut pas dès lors comprendre la libéralisation favorisée par la jurisprudence comme un développement proprement juridique. Pour citer de nouveau Schmitt :

> *[…] le sens politique de la référence à ce genre d'énoncés ne peut consister qu'à insinuer tacitement la présomption que tous les pactes conclus actuellement sont valides dans tous les cas. La « norme » pacta sunt servanda est l'un des moyens dans le grand système de légitimation du statu quo politique et économique. Elle conforte avant tout les obligations de tribut existantes et en consacre la légitimité et moralité*[1011].

748. De la même manière, les libertés de circulation favorisent une certaine libéralisation des droits nationaux non pas en promouvant une notion d'autonomie privée comme un pouvoir abstrait défini légalement[1012], mais plutôt comme l'exercice d'un pouvoir *de fait*. Autrement dit, les libertés de circulation protègent les attentes légitimes des parties en évitant de porter jugement justement… sur leur légitimité. Il n'y aurait pas d'attentes légitimes, mais simplement des attentes. Ou plutôt, *toute attente serait légitime*. En interdisant aux autorités danoises de refuser de reconnaître la société constituée par les époux Bryde au Royaume-Uni, elle leur interdit justement de porter de jugement sur la légitimité de leur choix[1013].

[1009] A. Supiot, « Voilà l'économie communiste de marché **»**, *Le Monde*, 25 janvier 2008.

[1010] L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 842-860, p. 859. L'auteur le qualifie aussi d'effet « parfois pervers ». La Cour de justice ne serait assurément pas d'accord.

[1011] C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, préc., p. 204.

[1012] Pour l'autonomie conflictuelle comprise formellement, voir p.ex. P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Revue critique de droit international privé*, 1992, pp. 425-454.

[1013] Ralf Michaels préfère ainsi de parler de « privilèges » au lieu de « droits ». Ainsi, le plombier polonais, « en respectant le droit polonais, acquiert le privilège de fournir des services qu'il peut faire valoir à l'encontre des exigences d'autres Etats membres », « EU Law as Private International Law?... », préc., p. 223 (« Is the country-of origin principle really about rights? Does it not, rather, encompass a multitude of possible legal positions, many of which are in fact better characterised as privileges and liberties than as rights - the privilege to provide services, for example? […] The correct translation would be as follows: the Polish plumber, by complying with Polish law, acquires a privilege to provide services which he can hold against any requirements in other Member States »).

749. En définitive, il est erroné de prétendre que les libertés de circulation se fondent sur l'autonomie privée, pour des raisons autant de logique que de droit positif, même si la jurisprudence favorise certainement la libéralisation du droit étatique. Cette conclusion doit nous amener également à rejeter la thèse selon laquelle les libertés de circulation constituent des droits fondamentaux dans un sens *matériel*.

750. La signification de cette question peut être illustrée à l'aide d'une citation de Mme Brilmayer, qui revendique la notion de « droits » dans le droit des conflits de lois :

> *Choisir de parler en termes de droits au lieu d'objectifs ou intérêts suppose une position doctrinale fondamentale qui se reflète dans la manière dont les problèmes concrets sont résolus. Les droits sont liés essentiellement à des théories éthiques déontologiques tandis que les objectifs et les intérêts sont de nature instrumentale ou conséquentialiste*[1014].

751. Bien que cette citation s'insère dans un contexte juridique et culturel particulier (qui est celui de Etats-Unis), il nous semble possible de conclure avec Mme Brilmayer que, d'un point de vue matériel, la notion de « droit individuel » exige que sa protection soit de nature « déontologique », c'est-à-dire qu'elle soit assurée en raison de sa valeur « intrinsèque ». Dans le cas des libertés de circulation, ceci signifierait que leur but serait de protéger les individus face aux ingérences des Etats membres. Cette interprétation ne saurait pourtant être accueillie en l'état actuel du droit communautaire. En effet, dans notre contexte la « liberté de commerce » des particuliers n'est pas garantie *en tant que telle*. Il n'est pas possible de parler d'un droit fondamental à la liberté économique.

752. Une conception des libertés de circulation comme des droits fondamentaux au libre commerce heurte tout d'abord le fait que les restrictions à cette prétendue liberté de commerce ne sont pas disqualifiées en tant que telles, mais restent soumises au contrôle de proportionnalité. Ainsi, les libertés de circulation octroient aux particuliers seulement une faculté à l'encontre des mesures restrictives de la circulation qui, après une évaluation coûts-bénéfices par le juge communautaires, s'avèrent inefficientes. Bien que la notion de droit fondamental ne soit pas totalement incompatible avec une évaluation de ce type, elle se fonde premièrement sur un raisonnement non-utilitariste qui ne nous semble pas compatible avec le principe de proportionnalité[1015].

753. Dès lors, nous ne pouvons même pas qualifier les libertés de circulation de « mandats d'optimisation », selon le terme utilisé par Robert Alexy pour décrire les droits

---

[1014] L. Brilmayer, « Rights, Fairness, and Choice of Law », (1988-1989) 98 *Yale Law Journal*, pp. 1277-1319, p. 1278 : « Choosing to talk in terms of rights rather than policies or interests represents a fundamental jurisprudential commitment which is reflected in the way that concrete problems are resolved. Rights arise primarily in deontological ethical theories while policies and interests are instrumental or consequentialist ».

[1015] M. Kumm, « What do you have… », préc., spéc. p. 141 et s.

et principes fondamentaux soumis au contrôle de proportionnalité. Selon cette conception, les libertés de circulation obligeraient les juges à les garantir dans la mesure du possible (les « optimiser »), en fonction des possibilités factuelles et des autres principes concurrents[1016]. Pourtant, comme le montre Celestino Pardo, la notion de « mandat d'optimisation » est en réalité contradictoire[1017]. Si le juge était véritablement chargé d'optimiser la libre circulation, il serait amené à disqualifier toute mesure susceptible d'y faire obstacle, quelle que soit sa justification. Or, la fonction du juge ne consiste pas à « optimiser » la libre circulation, mais plutôt l'efficience, comme le montre l'étude de la notion d'entrave à la circulation et du principe de proportionnalité.

754. Ainsi, les libertés de circulation ne cherchent pas à garantir la liberté économique, mais l'efficience dans le marché économique, en accord avec une perspective technocratique. Les conclusions de M. Ost sont ici particulièrement pertinentes :

> *[…] le discours de légitimation n'invoque plus des valeurs matérielles déterminées, ni même la régularité des procédures suivies, mais adopte une logique instrumentale ou technique ; on parlera de « légitimation technocratique » […]. L'idéologie technocratique repose en fait sur une légitimation par la performance ou l'efficience : une chose est bonne si elle s'avère adéquate au but poursuivi et ce but lui-même est désirable s'il produit des résultats satisfaisants eu égard à une finalité pus générale. De proche en proche, s'érige ainsi un système finalisé au sein duquel la logique de la performance risque bien de prendre le pas sur la désirabilité en elle-même de l'objectif poursuivi. De sorte qu'une relation instrumentale ou causale (la relation moyen-fin) finit par se substituer à une relation évaluative ou normative. La connaissance des rapports entre éléments du système et la technique de manipulation efficiente tiennent lieu d'éthique*[1018].

755. En outre, une théorie similaire à celle de Mme Brilmayer s'avère incompatible avec le contexte communautaire en raison du caractère *instrumental* des libertés de circulation. Comme l'explique M. Baquero Cruz, la possibilité pour les particuliers d'invoquer la libre circulation à l'encontre des Etats membres ou de certaines mesures d'origine privée n'est qu'un moyen pour amener à un marché unique efficace. En effet, l'octroi aux citoyens européens d'une telle faculté se justifie par un principe d'utilité, et

---

[1016] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, préc., pp. 86-87.

[1017] C. Pardo, « Reivindicación del Concepto de Derecho Subjetivo », in *Robert Alexy, Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid : Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 371 et s., nº 4.2 : Un droit à l'optimum est en réalité contradictoire puisque « su contenido no consiste en un estado de cosas determinable de antemano y por tanto cuantificable previamente; al contrario, varía en cada caso y, por tanto, depende de las circunstancias. En abstracto, estamos sólo, más bien, ante una banda o gama de posibles estados finales que, en abierta contradicción con la pretensión de ser el óptimo, al final refleja un simple promedio estadístico. […] Por tanto, en la práctica, el óptimo funciona siempre, por el descuento previo de la posible varianza, como un subóptimo ».

[1018] F. Ost, « Juge pacificateur… », préc., p. 17.

non pas parce qu'elle aurait une valeur intrinsèque quelconque[1019]. Exactement la même chose peut être dite du droit de la concurrence. Comme l'écrit M. Azoulai :

> *[…] les règles européennes [de droit de la concurrence] fonctionnent essentiellement comme des règles de police. Normes impératives, elles atteignent les particuliers par l'effet d'une action publique et en vue d'encadrer leur autonomie. Dès lors, les droits qui peuvent en être tirés par les particuliers (les concurrents et les tiers) ont essentiellement une fonction de protection des obligations qui pèsent sur les opérateurs économiques. Ces droits sont des effets réflexes de l'objectif de protection de l'ordre concurrentiel européen*[1020].

756. La jurisprudence conçoit par ailleurs très clairement les libertés de circulation explicitement comme un « moyen » pour promouvoir l'intégration économique[1021]. Comme il est par exemple dit dans un arrêt :

> *En tant que moyen indispensable à la réalisation du marché sans frontières intérieures, l'article 30 ne prohibe donc pas les seules mesures d'origine étatique qui, en elles-mêmes, créent des restrictions au commerce entre les États membres, mais peut également trouver à s'appliquer lorsqu'un État membre s'est abstenu de prendre les mesures requises pour faire face à des entraves à la libre circulation des marchandises dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique*[1022].

757. Somme toute, nous devons exclure que la théorie des droits acquis puisse nous fournir un critère matériel de prévisions satisfaisant, les notions de l'alignement de la réalité juridique sur la réalité factuelle et de l'autonomie privée s'avérant défectueuses. Nous devons également rejeter que les libertés de circulation puissent être qualifiées de droits fondamentaux dans un sens matériel.

758. Les libertés de circulation, il faut conclure, s'érigent en un principe d'efficience du marché. Ainsi, les deux phases de l'examen du juge s'orientent dans ce même but : tandis que dans un premier stade la notion d'entrave équivaut à une présomption

---

[1019] J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford/Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, p. 51, 76 et spéc. 98 : « The free movement rules are perhaps best seen as instances of a general prohibition on all kinds of State protectionism imposed by the Treaty, the positive facet of which prohibition are the rights recognised for individuals. These individual rights springing from the freedoms are not, however, the main intent of the Treaty with such freedoms, but rather an instrumental effect resulting from the need for an effective supervision of the observance of these rules by the States. Thus, they are *constitutional rights* but not *fundamental constitutional rights* – which are not instrumental but enjoyed by their holders for their own sake ». Voir aussi T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 2ème éd., p. 193.

[1020] L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction… », préc., p. 846.

[1021] J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement.…*, préc., p. 118.

[1022] CJCE, 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-265/95, *Rec.* p. I-06959, para. 30.

d'inefficience, dans le deuxième stade le contrôle de proportionnalité consiste à examiner si la mesure présumé inefficiente peut en réalité se justifier comme efficiente selon le critère de Pareto. Certes, les particuliers sont également titulaires des libertés de circulation, pouvant exiger du juge qu'elles soient appliquées. Elles ne constituent pas pour autant des véritables prérogatives individuelles abstraites (puisque le seul effet de l'exercice de la faculté et l'examen de la proportionnalité de la mesure, ce qui nous empêche de les qualifier de droits subjectifs) et l'octroi aux particuliers de cette faculté s'explique, à l'instar du droit de la concurrence, comme un mécanisme de « *enforcement* », soit comme un moyen efficace d'imposer un principe d'efficience aux mesures perturbatrices du libre marché.

TITRE II. UN PRINCIPE PARADIGMATIQUE

759. Nous venons de montrer, dans le Titre précédent, que le principe de proportionnalité peut être assimilé à un principe d'efficience économique. Or, cette conclusion n'épuise pas notre interrogation sur son contenu substantiel. Nous souhaitons aller plus loin, pour montrer également que ce principe a acquis un rôle prépondérant dans la jurisprudence sur la libre circulation, ce qui justifie qu'on le qualifie de principe *paradigmatique*.

760. A cette fin, nous analyserons tout d'abord le champ d'application de la libre circulation, à travers l'étude de l'évolution jurisprudentielle de la notion d'entrave, pour montrer qu'elle est conçue par la Cour de justice comme une présomption d'inefficience. En effet, sont jugées comme constitutives d'une entrave les mesures étatiques présumées perturber la libre concurrence, ce qui ressort autant de l'expansion du champ couvert par les libertés de circulation à l'encontre de toute mesure d'origine privée ou public susceptible de faire obstacle à l'accès au marché, que des limites au-delà desquelles la libre circulation est inapplicable, notamment le domaine du droit civil des contrats (Chapitre 1).

761. Ensuite, il s'agira de montrer que le champ d'application des libertés de circulation définit celui du principe de proportionnalité. Ainsi, nous mettrons en relief l'effet d'absorption du principe de proportionnalité. Absorption tout d'abord d'autres figures qui semblaient autonomes dans la jurisprudence communautaire. Absorption ensuite, de façon plus fondamentale, des libertés de circulation toutes entières. En effet, l'application du principe de proportionnalité ne constitue pas une exception à l'application normale des libertés de circulation, mais se confond avec celles-ci (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'ENTRAVE A LA CIRCULATION COMME PRESOMPTION D'INEFFICIENCE

762. L'interprétation du principe de proportionnalité comme un principe d'efficience n'est pas un développement isolé. Comme nous le verrons, l'interprétation du champ d'application des libertés de circulation reflète aussi cette orientation, l'entrave étant devenue dans l'évolution jurisprudentielle une véritable *présomption d'inefficience*.

763. Procédant en deux étapes, nous constaterons tout d'abord que les libertés de circulation, à travers notamment la notion d'entrave à la circulation, ont été étendues pratiquement partout, si bien qu'il ne semblerait plus exister de domaine exclu *per se* de leur emprise (Section 1). Pourtant, de telles limites existent : à partir d'un principe de distinction public-privé, échappent à l'application de la libre circulation et donc du contrôle de proportionnalité les accords entre parties privées. Cela nous permet ainsi de conclure que la véritable raison d'être du champ d'application des libertés de circulation est d'établir une présomption contraire à toute perturbation de la libre concurrence (Section 2).

SECTION 1. La banalisation de la notion d'entrave

764. Précédemment, nous avions constaté l'évolution parallèle de la notion d'abus de droit communautaire et du test d'équivalence : alors que d'emblée les deux figures semblaient avoir pour but d'organiser la disparité législative au sein de l'Union, aujourd'hui elles ne se distinguent pas du principe de proportionnalité, ayant été absorbées entièrement par celui-ci.

765. Le développement de la notion d'entrave reflète également l'abandon du critère de la disparité législative. Suivant de nouveau son *évolution* dans la jurisprudence, nous illustrerons le remarquable parallélisme entre les trois. En effet, elles montrent la mutation des préoccupations de la Cour de justice : tandis que dans un premier temps elle cherchait à *coordonner* les différents systèmes juridiques des Etats membres, de façon à éliminer les entraves résultant des *disparités législatives*, plus récemment la Cour cherche plutôt à appliquer les libertés de circulation à l'encontre de toute mesure qui ferait obstacle à la circulation. Face à une définition aussi ample, des pans entiers de la législation semblent exposés à être remis en cause.

766. Nous allons examiner l'évolution de la jurisprudence sur le champ d'application des libertés de circulation, en nous concentrant principalement (mais pas exclusivement) sur la libre circulation des marchandises, de longue date la liberté la plus emblématique car ayant donné lieu à de nombreux grands arrêts de la jurisprudence communautaire. Après avoir décrit la première étape de la jurisprudence, où la Cour restait fidèle au critère de la disparité législative (§ 1), nous montrerons comment l'évolution récente

marque son abandon définitif en faveur du critère de l'accès au marché, lequel permet la remise en cause de toute réglementation nationale imposant des coûts économiques aux opérateurs (§ 2).

§ 1 – La jurisprudence *Cassis de Dijon* : la libre circulation des marchandises comme garantie face à la disparité de lois

767. Il est bien connu que dans les arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon* la notion d'entrave à la circulation a été (ré)définie de façon très ample. Dans la première décision, la Cour affirme, dans un attendu de principe rapidement devenu célèbre :

> *Attendu que toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives*[1023].

768. La formule employée, des plus amples (« *directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement* »), semble destinée à englober toute mesure étatique ayant un simple effet restrictif du commerce[1024]. Comprise littéralement, aucun domaine de réglementation national n'échapperait à l'application des libertés de circulation, obligeant ainsi les autorités à devoir tout justifier devant les tribunaux par le biais du principe de proportionnalité.

769. Pourtant, dans les deux décennies qui ont suivi, une certaine ambigüité s'est maintenue, permettant à certains auteurs de continuer à soutenir que les libertés de circulation continuaient à avoir pour but d'interdire seulement les pratiques étatiques discriminatoires à l'égard des produits, services ou compagnies des autres Etats membres[1025]. D'autres auteurs, probablement la majorité de la doctrine, tout en admettant que les libertés de circulation allaient au-delà de l'interdiction des mesures discriminatoires, estimaient pourtant qu'elles ne visaient qu'à corriger les effets perturbateurs du commerce intracommunautaire résultant de la *disparité des lois*[1026]. Autrement dit, l'innovation des arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon* avait principalement pour but de *coordonner* l'exercice des compétences de régulation des différents Etats

[1023] CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec.* p. 00837, para. 5.

[1024] P. Craig et G. de Búrca, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, 4ème éd., 2008, p. 669.

[1025] G. Marenco, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *Cahiers de droit européen*, 1984, pp. 292-364.

[1026] Voir p.ex. J. Scott, « Mandatory or Imperative Requirements in the EU and the WTO », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 269-294.

membres, car l'option contraire, celle consistant à permettre le pur unilatéralisme, conduirait inévitablement à des chevauchements, à des contradictions, à des réglementations faisant double emploi, et à d'autres figures dysfonctionnelles et inutiles. Le problème n'était pas le contenu en soi des règlementations nationales : c'était leur coordination qui préoccupait la Cour de justice.

770. Déjà en 1959, le professeur Savatier affirmait : « *L'unité de traitement est la règle, à l'intérieur de la Communauté* »[1027]. Et dans la Communication de la Commission suivant l'arrêt Cassis de Dijon:

> *L'acceptation de ce principe implique que les États membres, lors de l'élaboration de réglementations commerciales ou techniques susceptibles d'avoir une incidence sur le bon fonctionnement de la libre circulation des marchandises, ne sauraient se situer dans une perspective exclusivement nationale et ne tenir compte que d'exigences propres aux seuls produits nationaux. Le bon fonctionnement du marché commun exige que chaque État membre tienne compte également des exigences légitimes des autres États membres*[1028].

771. Il ne fait aucun doute que cette idée reste d'actualité. Il suffit de se référer à la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, où la Commission se demande « *si la coexistence de droits nationaux des contrats dans les États membres entrave directement ou indirectement le fonctionnement du marché intérieur et, si oui, dans quelle mesure* »[1029].

772. La validité de cette idée a été explicitement admise par la jurisprudence. Dans l'affaire sur la publicité du tabac, la Cour affirme clairement : « *il convient d'admettre que, en raison des disparités existant entre les législations nationales en matière de publicité des produits du tabac, des entraves à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation des services existent ou peuvent vraisemblablement surgir* »[1030].

773. Ainsi, pendant un certain temps la jurisprudence semble avoir conforté cette interprétation, érigeant les libertés de circulation en garanties à l'encontre des obstacles au commerce résultant des disparités législatives entre les Etats membres. La *définition* même de l'entrave comprenait explicitement comme condition ladite disparité. La Cour a

---

[1027] R. Savatier, « Le Marché commun au regard du droit international privé », *Revue critique de droit international privé*, 1959 pp. 237-258, p. 241.

[1028] Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt *Cassis de Dijon*, *JO* nº C 256, 3 octobre 1980, pp. 2-3.

[1029] Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, COM(2001) 398 final, *JO* C 255, 13 septembre 2001, p. 1, para. 23.

[1030] CJCE, 5 octobre 2000, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-376/98, *Rec.* p. *I-08419.*

dès lors donné l'impression de vouloir empêcher une lecture trop expansive de la formule employée dans l'arrêt *Dassonville*.

774. En effet, l'arrêt *Cassis de Dijon* a été salué comme introduisant une alternative, sous la forme du principe de reconnaissance mutuelle, à l'uniformisation des droits des États membres, afin de résoudre le problème de la diversité des lois. En effet, l'entrave à la libre circulation des marchandises constatée dans cet arrêt résultait d'un « *obstacle à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales* »[1031]. La possibilité d'une entrave à la circulation semble donc dépendre de l'absence d'une « *règlementation commune* » dans le domaine concerné[1032].

775. Cela a été aussi l'interprétation de la Commission, lorsqu'elle a proclamé, à la suite de l'arrêt, que « *[t]out produit légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre État membre* »[1033]. Que la circonstance décisive était la disparité législative entre États membres a semblé définitivement acquis plus tard dans l'arrêt *Cinéthèque*, où la Cour explique que, bien que la législation en cause n'ait pas eu « *pour effet de favoriser la production nationale par rapport à la production des autres États membres* »[1034], l'entrave provenait toutefois « *du fait des disparités entre les régimes applicables dans les différents États membres* »[1035]. De même, dans l'arrêt *Oosthoek*, rendu trois ans avant *Cinéthèque*, la Cour semble également faire dépendre la figure de l'entrave à la circulation de l'existence d'« *obstacles résultant de disparités de règlementations nationales* »[1036].

776. Il nous paraît donc clair que dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, ainsi que dans la jurisprudence qui s'est développée par la suite, la définition de la notion d'entrave à la libre circulation intracommunautaire des marchandises obéissait à une préoccupation pour le caractère non-harmonisé de grands secteurs de la réglementation, car demeurant toujours sous la compétence des Etats membres. Il ne suffit plus, estime la Cour, d'interdire les mesures discriminatoires : il faut encore assurer la coordination des ordres juridiques nationaux. Le principe de libre circulation des marchandises semblait ainsi prendre la forme d'une norme de coordination des systèmes juridiques des États Membres, puisque son application dépendait de leur discordance.

[1031] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec*. p. 00649, para. 8.

[1032] *Ibid.*

[1033] Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt *Cassis de Dijon*, préc., pp. 2-3.

[1034] CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec*. p. 02605, para. 21.

[1035] *Ibid.*, para. 22.

[1036] CJCE, 15 décembre 1982, *Procédure pénale c. Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, aff. 286/81, *Rec*. p. 04575, para. 14.

777. Le fameux revirement *Keck et Mithouard*[1037], rendu postérieurement, peut être interprété dans ce même sens. Les demandeurs protestaient contre la prohibition générale française de vente à perte, car elle entraverait la libre circulation des marchandises. Or, selon la Cour, l'interdiction de vente à perte ferait partie des « *dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente* »[1038], soustraites au contrôle du juge communautaire, à la différence de celles qui seraient couvertes par le principe de reconnaissance mutuelle de *Cassis de Dijon*, concernant les « *conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises* »[1039].

778. Cet arrêt a été justement critiqué à cause de la difficulté d'appliquer dans la pratique la distinction entre « *conditions auxquelles doivent répondre les marchandises* » et « *dispositions limitant ou interdisant certaines modalités de vente* ». En revanche, les critiques qui accusent *Keck* d'introduire une dichotomie *arbitraire* nous semblent moins justifiées. Il nous paraît évident que l'objectif de la distinction était d'exclure du champ d'application de la liberté de circulation des marchandises les mesures non-discriminatoires qui n'étaient pas concurrencées par des mesures d'autres États membres. MM. Keck et Mithouard ne pouvaient pas se prévaloir de s'être conformés à la législation sur la vente à perte d'un autre État membre, puisqu'aucune autre loi ne pouvait raisonnablement prétendre régir leurs activités de vente en territoire français. En d'autres termes, *Keck et Mithouard* a laissé en dehors du champ du contrôle du juge communautaire les obstacles à la circulation qui ne résultent pas de la disparité des règles simultanément applicables, puisque l'interdiction de vente à perte ne faisait pas « *double emploi* » avec les règles d'un autre pays de l'Union. L'applicabilité du droit français sur les reventes en France ne fut jamais remise en cause par les demandeurs, c'était seulement son contenu restrictif qu'ils contestaient. S'ils avaient obtenu gain de cause, ce contenu aurait été déclaré contraire au droit communautaire, mais pas *l'applicabilité* de la loi française[1040].

[1037] CJCE, 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* p. I-06097.

[1038] *Ibid.*, para. 16.

[1039] *Ibid.*, para. 15.

[1040] De l'avis de Mme Muir Watt, cet arrêt « fait clairement apparaître que l'équilibre entre le maintien de la diversité et le décompartimentage du marché suppose de définir les champs respectifs d'application des lois de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil », H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2005, vol. 307, nº 139. Cette interprétation nous semble abusive : l'arrêt *Keck et Mithouard* ne prétend pas véritablement fixer une règle de répartition horizontale de compétences entre les Etats membres, tout simplement car les demandeurs ne remettaient pas en cause l'applicabilité de la loi française. De la même manière, lorsque la Cour a affirmé peu avant *Keck et Mithouard* que la législation britannique sur le repos dominical constituait une entrave à la libre circulation, elle ne consacrait pas pour autant une compétence des autres États membres pour réguler les heures d'ouverture des magasins britanniques : voir CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough*

779. La CJUE admet que l'interdiction de vente à perte est « *susceptible de restreindre le volume des ventes et, par conséquent, le volume des ventes des produits en provenance d'autres États membres dans la mesure où elle prive les opérateurs d'une méthode de promotion des ventes* », mais elle indique aussi que ce n'est pas pour autant que cette mesure doit être qualifiée de mesure d'effet équivalent aux restrictions quantitatives[1041]. La Cour regrette aussi que certains tentent d'utiliser la libre circulation à l'encontre de toutes les mesures restrictives, « *même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres* »[1042]. Si l'interdiction de vente à perte avait été considérée comme couverte par les règles du Traité, la libre circulation des marchandises serait devenue opposable à tout obstacle au libre échange, ce que l'on dénomme aux Etats-Unis « *economic due process* »[1043]. Certes, la coordination se fait au profit du libre commerce, puisque seules sont ciblées les disparités qui causent un obstacle au libre échange, mais on reste tout de même très loin de remettre en cause toute restriction économique[1044].

780. Cette interprétation est cohérente également avec l'exclusion du domaine protégé par la libre circulation des marchandises des mesures non-discriminatoires affectant les exportations. Cette jurisprudence semble stable depuis l'arrêt *Groenveld*, affaire où le demandeur protestait contre un décret hollandais interdisant aux fabricants de charcuterie

---

Council c. B & Q plc., aff. C-145/88, *Rec*. p. 03851 ; CJCE, 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc.*, aff. C-169/91, *Rec.* p. I-06635

[1041] CJCE, 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* p. I-06097, para. 13.

[1042] *Ibid.*, para. 14. Il est souvent dit que l'arrêt *Keck* est arrivé aussi en réaction contre les excès antérieurs, dont les affaires *Sunday Trading* constituent le meilleur exemple affaires où la Cour soumit la législation britannique sur le repos dominical au respect de la libre circulation des marchandises : voir arrêts *Torfaen* et *Stoke-on-Trent*.

[1043] M. Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, p. 68.

[1044] Notre lecture de *Keck* semble être confirmée par sa suite immédiate, concernant la régulation de la publicité. Dans les arrêts *Mars* (CJCE, 6 juillet 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. c. Mars GmbH*, aff. C-470/93, *Rec*. p. I-01923, para. 13) et *Clinique* (CJCE, 2 février 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV c. Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*, aff. C-315/92, *Rec*. p. I-00317, para. 19), la Cour a estimé que les dispositions nationales en cause, bien que relatives à la publicité des produits, ne sauraient être qualifiées comme « dispositions limitant les modalités de vente » selon la catégorie créée par l'arrêt *Keck et Mithouard*, puisqu'elles limitaient la circulation d'un produit tel que légalement commercialisé dans un autre pays membre. En effet, les restrictions en cause obligeaient les importateurs à « *conditionner* » les produits, et à modifier la dénomination ou la présentation en fonction du lieu de commercialisation. Au contraire, une disposition non-discriminatoire interdisant la diffusion de certaines annonces publicitaires, comme dans celle en cause dans l'arrêt *Leclerc-Siplec* (CJCE, 9 février 1995, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, aff. C-412/93, *Rec*. p. I-00179), serait immune contre le contrôle du juge communautaire grâce à l'exception *Keck*, puisqu'elle n'obligerait point à « *conditionner* » le produit de pays en pays. Le contraste entre *Mars*/*Clinique* et *Leclerc-Siplec* est particulièrement illustratif, puisque dans les trois arrêts sont examinés des régimes relatifs à un même domaine, à savoir la publicité, mais seulement les deux premières soulèvent un problème de disparité des droits, et entrent conséquemment dans le domaine d'application de la liberté de circulation des marchandises.

de détenir en stock de la viande chevaline. Il alléguait que l'interdiction l'empêchait d'exporter de la charcuterie dans d'autres États membres. La Cour rejeta la demande, en signalant que la libre circulation des marchandises protège seulement contre les mesures :

> *[…] qui ont pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un Etat membre et son commerce d'exportation, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'Etat intéressé, au détriment de la production ou du commerce d'autres Etats membres*[1045].

781. Or, la prohibition en cause ne saurait être qualifiée de la sorte puisqu'elle « s'applique objectivement à la production de marchandises d'un certain type sans faire une distinction selon que celles-ci sont destinées au marché national ou à l'exportation »[1046]. En définitive, les exportateurs ne jouissent de la libre circulation des marchandises qu'à l'encontre de mesures discriminatoires.

782. Cette solution est cohérente avec ce que l'on vient de voir à propos de *Cassis de Dijon* et *Keck et Mithouard*. En effet, une restriction à l'exportation par l'Etat exportateur ne peut, par hypothèse, faire double emploi. Le produit n'a pas encore dû se conformer à une législation, et il n'a été légalement commercialisé dans aucun État membre. Il ne peut donc pas y avoir un problème de disparité des lois. En conséquence, les libertés de circulation, n'étant pas concernées par le simple contenu restrictif d'une mesure étatique, n'ont pas à être appliquées.

783. Il semblait donc acquis, à partir d'une analyse de l'arrêt *Cassis de Dijon* et sa suite, l'arrêt *Keck et Mithouard* ainsi que la jurisprudence *Groenveld* à l'égard des restrictions aux importations, que la Cour de justice ne souhaitait pas étendre le champ d'application du principe de libre circulation des marchandises au-delà des mesures discriminatoires que pour éliminer les obstacles au commerce intracommunautaire résultant des disparités des règlementations des Etats membres.

784. Cette interprétation a pourtant été abandonnée dans les dernières années, ouvrant la porte à la remise en cause de toute réglementation imposant des coûts aux opérateurs économiques.

[1045] CJCE, 8 novembre 1979, *P.B. Groenveld BV c. Produktschap voor Vee en Vlees*, aff. 15/79, *Rec.* p. 03409, para. 7.

[1046] *Ibid.*

§ 2 – La jurisprudence récente : la libre circulation permettant la remise en cause de toute restriction ayant un effet sur le commerce

785. Une part très considérable de la doctrine maintient toujours cette interprétation, selon laquelle les libertés de circulation viseraient principalement à combattre les obstacles résultant des disparités législatives[1047]. Selon Mme Ho-Dac, « *[l]es libertés fondamentales du droit primaire de l'Union […] visent globalement à mettre sous surveillance la pluralité législative au sein du marché intérieur en tant qu'elle pourrait être un frein à la libre circulation des personnes comme des facteurs économiques* »[1048]. M. Audit a affirmé que l'entrave est constituée par le cumul des règles applicables[1049].

786. La jurisprudence récente semble en effet pousser vers l'abandon définitif du critère de la diversité législative pour embrasser celui de l'accès au marché[1050]. On assiste donc à la consécration d'une lecture littérale de l'arrêt *Dassonville*. Cette transformation n'est pas anodine : les libertés de circulation deviennent ainsi des normes permettant la remise en cause de toute mesure étatique qui générerait des coûts aux opérateurs économiques, rendant relativement plus difficile l'accès au marché[1051]. Le contrôle de proportionnalité se déploie ainsi en présence d'une mesure étatique entrainant des coûts économiques.

787. Nous allons d'abord demeurer sur le domaine de la libre circulation des marchandises, pour illustrer cette évolution (A). Nous aborderons ensuite la manière dont les autres libertés de circulation permettent de remettre en cause toute réglementation imposant des coûts économiques aux opérateurs intracommunautaires (B).

A. La libre circulation des marchandises

788. Signalons tout d'abord à cet égard que le législateur communautaire semble de moins en moins concerné par la diversité législative. Dans le préambule de la nouvelle Directive sur les Services, le texte proclame chercher, de façon quelque peu mystérieuse, à contrecarrer les obstacles au commerce des services découlant « *de lourdeurs administratives, de l'insécurité juridique qui entoure les activités transfrontalières et du*

[1047] Voir p.ex. M. Fallon et J. Meeusen, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, vol. 4, pp. 37-66, p. 41.

[1048] M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine.…*, préc., nº 290.

[1049] M. Audit, « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *Journal de droit international*, 2006, pp. 1333-1363, nº 36.

[1050] C. Barnard et S. Deakin, « Market Access and Regulatory Competition », in *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, préc., pp. 197-223.

[1051] L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction… », préc., p. 851.

manque de confiance mutuelle entre les États membres »[1052]. Cette mention comprend probablement le problème de la disparité législative, mais les termes semblent beaucoup plus larges, surtout si l'on les compare aux termes employés par la Commission dans la communication précitée, publiée immédiatement après *Cassis de Dijon*.

789. Dans la jurisprudence récente, il devient de plus en plus clair que le critère de la disparité des lois a cessé de guider l'interprétation de la CJUE. Au contraire, elle s'intéresse désormais au contenu restrictif des règlementations nationales.

790. Il semble désormais que, comme le soutient un nombre grandissant d'auteurs, la jurisprudence *Keck et Mithouard* doit être considérée comme obsolète[1053], ou du moins réduite à une position insignifiante. Une récente série d'arrêts, en soumettant au respect de la liberté de circulation des marchandises des restrictions nationales à l'utilisation des biens, malgré leur caractère non-discriminatoire et leur application strictement territoriale, signalent de façon non-équivoque que la Cour ne se borne plus à combattre les obstacles au commerce résultant de la diversité des lois.

791. Déjà dans l'arrêt *Ahokainen et Leppik*, la Cour affirme que violent la libre circulation des marchandises les « *réglementations indistinctement applicables aux produits nationaux et aux produits importés, dont l'application aux produits importés est susceptible de diminuer leur volume de vente* »[1054], ou de « *gêner* » leur « *accès au marché* »[1055]. Il est vrai que dans le même arrêt la Cour cite *Keck et Mithouard* comme toujours valide. Pourtant, le but de *Keck* était précisément d'éviter que la libre circulation des marchandises soit invoquée à l'encontre de toute mesure susceptible de restreindre les volumes de vente[1056]. Il est donc permis d'avoir des doutes sur la pertinence de l'affirmation sur la validité de la jurisprudence *Keck*.

[1052] Directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, 2ème considérant.

[1053] On trouve deux commentaires récents avec pratiquement le même titre (ce qui ne dit pas du bien de l'originalité littéraire des juristes d'aujourd'hui) : P. Pecho, « Good-Bye Keck ? A Comment on the Remarkable Judgment in Commission v. Italy, C-110/05 », (2009) 36.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 257-272 (adieux interrogatif) ; L. González Vaqué, « La sentencia *Mickelsson y Roos* del TJCE: goodbye Keck y Mithouard! », (2009) 31 *Revista Española de Derecho Europeo*, pp. 389-406 (adieux exclamatif).

[1054] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, para. 18.

[1055] *Ibid.*, para. 21.

[1056] Rappelons que la Cour se plaignait du fait que « les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres États membres » (*Keck et Mithouard*, préc., para. 14).

792. Le tournant décisif est arrivé dans une triade récente de décisions. Dans l'arrêt *Commission/Italie*[1057], ce pays avait interdit aux motocycles de circuler en tirant une remorque. Dans l'affaire *Mickelsson et Roos*[1058], la Suède limitait l'utilisation des véhicules nautiques à moteur à certains couloirs spécialement habilités. Enfin, dans l'affaire *Commission/Portugal*[1059], était en cause l'interdiction des films colorés apposés sur les pare-brises et les vitrages des voitures. Dans les trois cas, la Cour a jugé que les mesures constituaient des entraves à la circulation des marchandises, car « *une interdiction d'utilisation d'un produit sur le territoire d'un État membre a une influence considérable sur le comportement des consommateurs, lequel affecte, à son tour, l'accès de ce produit au marché de cet État membre* »[1060].

793. La question devient, que reste-t-il de la jurisprudence *Keck* ? Il est peut être hasardeux de la considérer morte. On ne peut pas ignorer que dans l'arrêt *Commission/Italie*, ainsi que dans l'arrêt *Ahokainen et Leppik*, la Cour y fait explicitement référence comme une jurisprudence toujours valide, pour finalement conclure que la catégorie « *dispositions limitant les modalités de vente* » créée dans l'arrêt *Keck et Mithouard* ne comprend pas les restrictions à l'utilisation des produits. Il demeure néanmoins que les mesures qui continuent à être sous la protection de *Keck* sont devenues exceptionnelles[1061].

794. Néanmoins, il importe peu que la jurisprudence *Keck* soit devenue marginale ou même totalement dépassée. Ce qu'il convient de noter est que, après ces trois arrêts, il n'est plus possible de soutenir que la Cour de justice continue à interpréter la notion d'entrave comme limitée aux obstacles à la libre circulation des marchandises résultant de la disparité des lois. Le fondement de sa jurisprudence a évolué. Il est vrai que la CJUE rappelle dans l'arrêt *Commission/Italie* que les remorques « *sont légalement produites et commercialisées dans des États membres autres que la République italienne* »[1062], mais ceci ne veut pas dire que les règles sur l'utilisation des remorques dans le pays d'origine aient « conditionné » leur fabrication. En fait, nous ne trouvons dans l'arrêt aucune référence aux dispositions du pays d'origine des remorques relatives à

[1057] CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-00519.

[1058] CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, *Rec*. p. I-04273.

[1059] CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, aff. C-265/06, *Rec*. p. I-02245.

[1060] CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-00519, para. 56.

[1061] C. Barnard, « Trailing a New Approach to the Free Movement of Goods ? » (2009) 68 *Cambridge Law Journal*, pp. 288-290.

[1062]CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-00519, para. 58. Voir aussi, CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, *Rec*. p. I-04273, para. 24 ; et CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, aff. C-265/06, *Rec*. p. I-02245, para. 35.

leur utilisation. On n'apprend pas non plus si l'État d'exportation prétend réguler l'utilisation des véhicules en dehors de ses frontières. Dans les arrêts *Commission/Portugal, Mickelsson et Roos* et *Commission/Italie*, la compétence de l'État pour réguler l'utilisation des produits sur son territoire n'était pas en cause. Seule sa loi était applicable, et il aurait été absurde de défendre que les usagers des véhicules italiens doivent se conformer seulement aux régulations du pays d'exportation. La circonstance qui compte est le comportement des consommateurs italiens : plus le régime d'utilisation des remorques devient restrictif, moins les italiens voudront s'en procurer une, et plus le volume d'exportations des fabricants envers l'Italie sera réduit. La Cour n'exige pas d'appliquer la loi du pays d'origine, ni remet en question l'applicabilité de la loi italienne : elle s'attaque tout simplement au contenu restrictif du régime applicable dans le pays d'accueil[1063]. Reproduisons à nouveau l'observation de Mme Idot, « *peu importe pour le droit communautaire que la loi de l'État A et celle de l'État B soient différentes […] plus que l'expression d'exception de reconnaissance mutuelle, qui semble inadaptée dans ce cas de figure, il faudrait plutôt parler d'exception d'entrave au marché* »[1064].

795. Décidément, cette triade devrait nous convaincre du fait que désormais le champ d'application de la libre circulation des marchandises couvre toute mesure ayant des effets négatifs sur le commerce. « *L'accès au marché* » d'un certain produit peut sans doute être compromis par une situation de disparité législative, mais ce n'est pas nécessaire pour qu'il le soit. Dans des arrêts comme *Commission/Italie*, la liberté de circulation permet de soumettre toute restriction légale au respect du principe de proportionnalité. C'est pourquoi la survie de la jurisprudence *Keck*, ainsi que de *Groenveld*, ne semble pas cohérente avec cette évolution, puisque les dispositions gouvernant les modalités de vente, ainsi que les restrictions aux exportations, même si elles ne présentent pas des problèmes du point de vue de la coordination des droits des États membres, peuvent néanmoins compromettre « l'accès au marché » d'un certain produit.

796. On peut dès lors se demander si dans l'avenir la Cour y restera fidèle. Déjà, un certain assouplissement de la jurisprudence *Groenveld* est perceptible, voire son véritable abandon. La Cour affirme par exemple dans son arrêt *Schmidberger* que l'obligation :

> *[…] incombant à chaque État membre de garantir la libre circulation des produits sur son territoire en prenant les mesures nécessaires et appropriées aux fins d'empêcher toute*

[1063] La Cour n'aurait pas pu remettre en cause l'applicabilité de la loi italienne à *Commission/Italie* sans au même temps admettre que les États peuvent légitimement réguler les activités ayant lieu en dehors de leur territoire, cherchant à protéger des intérêts qui leur sont extérieurs, ce qui va à l'encontre de sa propre jurisprudence. Voir J. Israël, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerpen et Oxford : Intersentia, 2005, p. 122.

[1064] L. Idot, « Les produits », in M. Audit, H. Muir Watt et É. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris : LGDJ, 2008, pp. 37-56, p. 48.

entrave due à des actes de particuliers s'impose sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que de tels actes affectent les flux d'importation ou d'exportation ou bien le simple transit de marchandises[1065].

797. Il semblerait ainsi que la libre circulation des marchandises s'applique de la même manière aux restrictions aux importations qu'aux règlementations faisant obstacle aux exportations.

798. L'arrêt *Gysbrechts*, rendu à peu près en même temps que la triade *Commission/Italie*, *Commission/Portugal* et *Mickelsson et Roos*, suscite encore davantage de doutes quant à la survie de la jurisprudence *Groenveld*. Dans ses conclusions, l'Avocate générale Trstenjak a invité la Cour explicitement à l'abandonner[1066]. En apparence, la Cour de justice a refusé l'invitation, puisqu'elle se réfère explicitement au « test Groenveld »[1067]. Or, le raisonnement semble moins clair : la mesure en cause est déclarée contraire à la libre circulation des marchandises en raison exclusivement de ses « effets » sur les exportations[1068].

799. En définitive, l'adoption du critère de l'« accès au marché » comme véritable déclencheur de la protection offerte par le principe de libre circulation des marchandises montre que la Cour de justice n'est plus exclusivement concernée par les obstacles au commerce dérivant de la diversité des systèmes juridiques nationaux. Au contraire, la libre circulation des marchandises semble destinée à protéger contre toute mesure imposant des coûts aux opérateurs économiques. Dès que de tels coûts sont constatés imputables aux mesures étatiques, la Cour exige qu'ils soient justifiés par le biais de la proportionnalité.

800. Remarquons enfin que, dans l'arrêt *Bonnarde*, rendu encore plus récemment, cette tendance devient encore plus accusée. La libre circulation des marchandises, nous rappelle la Cour, « *vise toute mesure des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire* »[1069]. Est constitutive d'entrave, nous dit-elle, toute mesure pouvant « *avoir une influence sur le comportement des acheteurs, et, par conséquent, affecter*

[1065] CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec*. p. I-05659, para. 60.

[1066] CJCE, 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA*, aff. C-205/07, *Rec*. p. I-09947, concl. AG Trstenjak, para. 42 et s.

[1067] CJCE, 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA*, aff. C-205/07, *Rec*. p. I-09947, para. 40.

[1068] *Ibid.*, para. 41-44.

[1069] CJUE, 6 octobre 2011, *Philippe Bonnarde c. Agence de Services et de Paiement*, aff. C-443/10 (à paraître dans le *Rec*.), para. 26.

l'accès de ces véhicules au marché de cet État membre »[1070]. La notion de coût économique est bien évidemment sous-jacente au raisonnement de la Cour : tout coût subi par un opérateur privé semble devoir être justifié.

B. Les autres libertés de circulation

801. Dans le domaine des services, l'arrêt *Säger* ouvrait la porte à la remise en cause de toute mesure « *de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues* »[1071].

802. La référence dans la formule à la légalité du pays d'origine – répétée encore aujourd'hui à chaque occasion – pourrait nous faire penser que la cause de l'entrave est la disparité des lois. Or, ce serait une lecture artificielle, car le problème est identifié comme étant la « *gêne* » subie par les opérateurs établis dans d'autres États membres. Certes, cette gêne peut être causée par le fait de devoir se conformer simultanément à deux législations, comme c'est le cas lorsque les mesures concernent les qualifications ou la structure des opérateurs fournisseurs du service, comme dans l'arrêt *Säger*[1072]. Mais ce n'est pas la seule cause possible : elle peut provenir aussi du caractère restrictif des mesures du pays d'accueil, dont le contenu ferait obstacle à l'accès au marché des opérateurs d'autres États membres.

803. Cela a été notamment le cas dans l'arrêt *Omega*[1073], où la Cour a dû examiner le refus allemand d'autoriser le « *laserdrome* », jeu consistant à « *jouer à tuer* », car considéré par les autorités allemandes comme portant atteinte au principe de dignité humaine. Sans grande hésitation, la CJUE constate l'existence d'une entrave, se limitant à affirmer, tout simplement, « *l'arrêté litigieux, en interdisant à Omega d'exploiter son «laserdrome» […] légalement commercialisé par celle-ci au Royaume-Uni […] affecte la liberté de prestation des services que l'article 49 CE garantit tant aux prestataires qu'aux destinataires de ces services établis dans un autre État membre* »[1074].

804. Encore une fois, on trouve une référence au fait que le jeu est « légalement commercialisé » dans un autre pays de l'Union. Or, la restriction ne se fonde pas sur la

[1070] *Ibid.*, para. 30.

[1071] CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd.*, aff. C-76/90, *Rec*. p. I-04221, para. 12.

[1072] En cause était l'obligation des fournisseurs d'obtenir une autorisation dans l'État d'accueil, soumise à la possession de certaines qualifications professionnelles, s'ajoutant ainsi aux conditions imposées par l'État d'origine.

[1073] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609.

[1074] *Ibid.*, para. 25.

qualification de l'opérateur, mais au contraire sur la nature du service, car consistant dans une activité en soi contraire à l'ordre public allemand. Sur cette question, la législation britannique ne concurrence pas la régulation allemande. La première ne conditionne que la façon dont le service est fourni sur le territoire du Royaume-Uni, tandis que la deuxième est applicable seulement au sein du territoire allemand. Ce n'est pas le fait de devoir se conformer aux deux législations qui entrave la liberté de prestation de services de l'entreprise Omega. C'est au contraire l'avis des autorités allemandes, peu favorables aux jeux violents, qui est la source de la « *gêne* ».

805. C'est pourquoi aussi, lorsque la Cour aborde la question de la justification, elle n'examine que les raisons invoquées au soutien de la « substance » de la mesure, et non pas celle de savoir si l'Allemagne est ou non l'État le mieux placé pour réguler cette prestation (ce qui est bien évidemment incontestable, comme on l'a vu à propos de la circulation des marchandises), ou si le but de la réglementation allemande n'était pas déjà suffisamment protégé par les dispositions pertinentes du pays d'établissement du prestataire des services (ce qui aurait été aussi absurde). Il semblerait donc clair que la liberté de prestation de services n'est pas conçue par la Cour comme ayant seulement pour but de coordonner les ordres juridiques des États membres, puisqu'elle permet de remettre en cause toute mesure étatique faisant obstacle au libre échange intracommunautaire. Emerge ainsi, comme le dit M. Spaventa, un droit des citoyens et entreprises communautaires à ne pas voir leur liberté économique limitée de façon injustifiée[1075].

806. L'arrêt Alpine Investments peut servir comme preuve définitive. L'interdiction hollandaise de la technique de publicité dite « *cold calling* », applicable aux opérateurs établis aux Pays-Bas, même lorsqu'ils se dirigeaient à des potentiels clients résidant dans d'autres États membres, a été qualifiée de restriction à la libre prestation de services car elle « *prive les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres États membres* »[1076]. De ce fait, « *elle conditionne directement l'accès au marché des services dans les autres États membres* »[1077].

807. La Cour aurait ainsi choisi de ne pas étendre l'exclusion de la jurisprudence *Groenveld* aux services, soumettant aussi les mesures affectant l'exportation de services au critère de « *l'accès au marché* ». Et puisqu'il s'agit de restrictions aux exportations, nous ne nous trouvons pas par hypothèse devant une situation de disparité de lois.

[1075] E. Spaventa, « From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards a (Non-)Economic European Constitution », (2004) 41 *Common Market Law Review*, pp. 743-773, p. 765.

[1076] CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, *Rec*. p. I-01141, para. 28.

[1077] *Ibid.*, para. 38.

808. Certes, on pourrait se demander si la cause de l'entrave dans l'arrêt *Alpine Investments* était le fait que l'interdiction couvrait aussi des appels à des clients potentiels établis en dehors du territoire hollandais. De plus, au stade des justifications des mesures, la Cour examine si l'extension extraterritoriale de la législation néerlandaise, indépendamment de son contenu plus ou moins restrictif, est conforme ou non au principe de proportionnalité[1078], ce qui pourrait nous faire croire que la décision concerne avant tout la répartition des compétences entre les États membres. Or, dans l'arrêt la Cour refuse néanmoins de faire une comparaison entre les différents droits, comme lui demandait de le faire l'entreprise, qui s'appuyait sur le caractère moins restrictif de la législation des États membres où résidaient les clients potentiels, notamment celle du Royaume-Uni. Le refus de la Cour ne peut pas être plus clair : « *le fait qu'un État membre impose des règles moins strictes que celles imposées par un autre État membre ne signifie pas que ces dernières sont disproportionnées et, partant, incompatibles avec le droit communautaire* »[1079]. En refusant de comparer les différents régimes, la Cour nous confirme que la source de l'entrave n'est pas la disparité législative.

809. De plus, d'autres arrêts montrent qu'il n'est pas nécessaire que la mesure ait une portée expressément extraterritoriale pour que l'entrave soit constituée. Dans l'arrêt *Gourmet*, par exemple, concernant aussi une mesure applicable à un prestataire de services adoptée par l'Etat membre où il était établi, la Cour a examiné la compatibilité de certaines dispositions de la législation suédoise restreignant la publicité de boissons alcooliques avec la liberté de prestation de services. Elle a estimé que la législation en cause « *restreint le droit qu'ont les entreprises de presse établies sur le territoire de cet État membre d'offrir aux annonceurs potentiels établis dans d'autres États membres des espaces publicitaires dans leurs publications* »[1080]. En conséquence, la mesure « *affecte l'offre transfrontière d'espaces publicitaires de façon particulière compte tenu du caractère international du marché de la publicité dans la catégorie de produits visée par l'interdiction et constitue, de ce fait, une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 59 du traité* »[1081]. On voit bien que, pour que la situation soit qualifiée d' « intracommunautaire », il suffit que les clients soient potentiellement étrangers, sans même qu'il soit nécessaire que le service soit licite dans le pays d'origine. Par ailleurs, la mesure suédoise n'empêchait nullement que le service soit fourni dans d'autres États membres dont la législation serait plus permissive. Comme le note Mme Spaventa :

[1078] *Ibid.*, para. 47 et s.

[1079] *Ibid.*, para. 51.

[1080] CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795, para. 37.

[1081] *Ibid.*, para. 38.

> *Gourmet fut permis de remettre en cause des règles qui n'avaient pas un effet spécifiquement transfrontalier : ces règles ne faisaient pas obstacle à l'accès à un marché étranger, elles faisaient obstacle à l'existence même d'un marché national. Le principe établi dans l'arrêt Gourmet pourrait par exemple permettre la remise en cause de l'illégalité de la prostitution parce que quelques clients pourraient être étrangers*[1082].

810. En définitive, que la mesure incriminée ait ou non une portée extraterritoriale est indifférent. Ceci ne devrait pas surprendre, puisque, comme le remarque Mme Muir Watt, la régulation du rapport transfrontière de prestation de services ne s'accommode pas, par sa propre nature, d'un schéma territorial :

> *A la différence de la circulation intracommunautaire des marchandises, dont le support juridique peut consister en un enchaînement de rapports relativement faciles à distribuer entre lois territoriales successivement applicables, la prestation transfrontière de services implique par essence un rapport juridique international. Corrélativement, les lois qui s'y appliquent ont très souvent un champ extraterritorial, en ce sens qu'elles saisissent nécessairement l'ensemble du rapport contractuel qui constitue le support juridique du service*[1083].

811. Il est intéressant de noter que la banalisation des libertés de circulation affecte aussi la notion de la discrimination à rebours. Comme le note M. Poiares Maduro, lorsque la Cour abandonne le critère de la diversité des lois comme clé de l'entrave, le problème de la discrimination à rebours cesse de se poser, puisqu'il devient très difficile de séparer les effets de dimension intracommunautaire de ceux qui ne vont pas au-delà des frontières nationales. L'auteur cite à ce propos l'exemple de la législation sur le repos dominical, jugée contraire à la liberté de circulation des marchandises, malgré l'impossibilité de distinguer entre les conséquences d'une mesure sur les produits importés et les produits internes[1084]. Ses remarques, faites en 1996, seraient aussi applicables à des cas plus récents comme *Gourmet*, car à cette occasion non plus il n'est pas possible de séparer les deux dimensions. Certes, la Cour maintient toujours le

[1082] E. Spaventa, « From *Gebhard* to *Carpenter*… », préc., p. 756 : « Gourmet was allowed to challenge rules which did not have a specific cross border effect: those rules did not prevent access to a foreign market, rather they prevented the very existence of a domestic market. Taken at face value, the Gourmet approach would for instance allow a challenge of the unlawfulness of prostitution services on the grounds that some of the clients might be foreign ».

[1083] H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », préc., nº 151. Voir aussi *Omega*, concl. AG Stix-Hackl, para. 36, où l'AG estime, à propos de la distinction établie dans l'arrêt *Keck et Mithouard* entre les conditions qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente et celles concernant les conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, qu'elle ne serait pas applicable aux services car « la réglementation d'une modalité de prestation d'un service – quel que soit l'endroit où elle se déroule – constitue nécessairement une restriction pertinente au regard du droit communautaire, en raison précisément de l'absence de caractère physique des prestations de services, sans qu'il soit même possible à cet égard de faire une distinction entre les réglementations applicables aux modalités de la prestation de service et celles concernant le service lui-même ».

[1084] M. Poiares Maduro, *We the Court.*…, préc., para 72.

principe de l'exclusion du champ d'application des libertés de circulation l'exclusion des situations « purement internes » : par principe, un élément intracommunautaire est nécessaire pour les rendre applicables. Pourtant, comme l'illustrent des arrêts tels que *Gourmet* ou *Garcia Avello*[1085], l'effectivité de cette exclusion semble douteuse, si bien que certains auteurs s'aventurent à prévoir son abandon définitif[1086].

812. Ainsi, il faut conclure en rejetant une interprétation relativement répandue des libertés de circulation, selon laquelle elles auraient pour but d'obliger les Etats membres à prendre en compte (« internaliser ») les intérêts des citoyens et les opérateurs des autres Etats membres qui normalement ne seraient pas pris en compte[1087]. Bien que d'apparence sophistiquée, cette thèse échoue à expliquer tous les développements dans la jurisprudence que nous venons de présenter, où la distinction entre intérêts internes et externes à un Etat membre perd de son sens[1088].

813. Concernant la liberté d'établissement, il faut préciser qu'elle a été la première à se conformer à la conception banale des libertés communautaires que l'on vient de décrire, soit comme permettant la remise en cause de toute intervention étatique imposant des coûts économiques aux opérateurs. Le fameux arrêt *Gebhard*, souvent cité comme étant le premier à appliquer la liberté d'établissement à l'encontre des mesures nationales non-discriminatoires, est un exemple précieux. Ici la Cour a conclu que le régime gouvernant l'exercice de la profession des avocats établis en Italie, en le soumettant à diverses conditions, était susceptible de « *gêner ou rendre moins attrayant* » l'exercice de la

[1085] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613. Rappelons que dans cet arrêt les enfants Garcia Avello possédaient la nationalité belge, résidaient en Belgique et ne prétendaient pas se déplacer ailleurs. Le seul élément intracommunautaire existant était leur double nationalité, du fait que leur père était un ressortissant espagnol (para. 27-8). La Cour juge cet élément suffisant, tout en insistant que « [l]a citoyenneté de l'Union […] n'a pas pour autant pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire » (para. 26).

[1086] Voir p.ex. C. Ritter, « Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimon, Dzodzi and Article 234 » (2006) 31 *European Law Review*, pp. 690-710. Voir aussi D. Simon et F. Lagondet, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, juillet 1997, p. 7 et s.

[1087] Voir p.ex. Ch. Joerges, « "Deliberative Political Processes" Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making ? », (2006) 44 *Journal of Common Market Studies*, pp. 779-802. Voir aussi S. Weatherill, « Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market », in *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, préc., pp. 41-74, pp. 49-51, et, du meme auteur, « Competence Creep and Competence Control », (2004) 23 *Yearbook of European Law*, pp. 1-55, p. 34-35 : « national-level decision-making may be flawed in its assumption of what in some circumstance does not exist – a stable set of consumers of those decisions, whose preference will be fully satisfied by the national polity and who are not joined by other 'external' affected parties. European law needs to correct these malfunctions, but without pretending to seek the elimination of the State itself ».

[1088] Sur cette thèse, voir aussi *supra*, nº 152.

liberté d'établissement pour M. Gebhard, ressortissant allemand[1089]. Il est clair qu'ici non plus l'origine de l'entrave résulte pas de la diversité des lois, puisqu'on ne trouve point de régimes concurrents. M. Gebhard ne prétendait aucunement se faire appliquer la loi allemande, il protestait tout simplement contre un régime qui, du fait de son caractère restrictif, rendait son établissement en tant qu'avocat en territoire italien moins attractif que, tout simplement, il ne l'aurait été en absence de toute régulation ou en présence d'une règlementation moins onéreuse. En effet, si le régime italien entrave ou non la liberté d'établissement, la Cour l'apprécie non pas en comparant sa teneur à celle du régime de « l'Etat d'origine » (dont l'identification n'est certes pas dénuée de difficulté[1090]), mais plutôt en le confrontant à une hypothèse de non-régulation, de liberté sans freins. C'est pourquoi un auteur cite *Gebhard* comme le premier arrêt à partir duquel il devient impossible de reconnaître des dispositions du droit des États membres qui seraient à l'abri de l'emprise des libertés communautaires[1091].

814. On pourrait peut-être contester cette interprétation, ou du moins sa portée, en faisant valoir que *Gebhard*, comme un bon nombre de cas qui continuent à parvenir devant la CJUE [1092], concerne des dispositions destinées à garantir une certaine qualification des opérateurs, alors qu'ils ont déjà été autorisés à exercer leurs activités dans leurs pays d'origine. Le sens de la jurisprudence serait donc que, une fois un opérateur est légalement établi dans un État membre, il devrait pouvoir l'être dans n'importe quel autre. Or, même si cette interprétation pourrait séduire, elle ne semble pas s'accorder avec les termes employés par la Cour dans ces arrêts, lorsqu'elle parle de mesures qui tout simplement pourraient « *gêner ou rendre moins attrayant* » l'établissement dans le pays d'accueil, sans isoler certains types de régimes susceptibles de le faire, ni même soulever la question de savoir si le demandeur est déjà autorisé dans son pays d'origine pour exercer ses activités. En outre, la Cour s'est prononcée aussi pour condamner des mesures comme constitutives d'une entrave à la liberté d'établissement, sans que l'autorisation ou la capacité des demandeurs de s'établir dans le pays d'accueil soit en cause.

815. Ce fut le cas par exemple dans l'arrêt *CaixaBank*, où la Cour a soumis l'interdiction française de rémunérer les comptes de dépôts à vue au principe de proportionnalité, au motif qu'elle constituait « *pour les sociétés d'États membres autres*

[1089] CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, *Rec.* p. I-04165, para. 37.

[1090] V. Heuzé, « De la compétence de la loi… », préc., pp. 407-410.

[1091] E. Spaventa, « From *Gebhard* to *Carpenter*… », préc.

[1092] CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec.* p. I-01721 ; CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec.* p. I-04171.

que la République française un obstacle sérieux à l'exercice de leurs activités par l'intermédiaire d'une filiale dans ce dernier État membre, qui affecte leur accès au marché »[1093]. Ainsi, nulle mention n'est faite du régime auquel serait soumise la société mère dans le pays d'origine. Il se pourrait que ce pays-ci interdise aussi la rémunération des comptes de dépôts à vue, puisque ce qui compte est que cette restriction « *gêne les établissements de crédit, filiales de sociétés étrangères […] les privant de la possibilité de livrer […] une concurrence plus efficace aux établissements de crédit traditionnellement implantés dans l'État membre d'établissement* »[1094]. La comparaison essentielle, on le voit, ne se fait pas entre le droit de l'état d'accueil et celui de l'état d'origine, mais entre les possibilités qu'aurait le demandeur en présence de la régulation et celles dont il disposerait en cas de liberté absolue.

816. Le domaine de la libre circulation des travailleurs mérite d'être mentionné aussi. Les arrêts les plus récents s'alignent sur la même tendance, d'expansion des libertés communautaires jusqu'à leur banalisation, permettant la remise en cause de toute restriction étatique. Prenons un exemple récent : dans l'arrêt *Commission/Danemark* la Cour a affirmé que l'entrave est constituée lorsque les dispositions en cause « *conditionnent l'accès des travailleurs au marché du travail* »[1095]. De plus, elle a expliqué sans ambages qu'il faut comprendre la notion de « conditionner l'accès au marché » de la manière la plus large possible : « *les modalités de l'exercice d'une activité sont susceptibles de conditionner également l'accès à cette même activité. Dès lors, une réglementation qui concerne les conditions d'exercice d'une activité économique peut constituer une entrave à la libre circulation au sens de cette jurisprudence* »[1096]. Ceci confirme qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les régimes d'accès et d'exercice d'une activité[1097], comme l'avaient suggéré certains, à l'instar de la distinction faite dans l'arrêt *Keck et Mithouard* entre conditions relatives aux produits et celles concernant les fameuses « modalités de vente ».

* * *

[1093] CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-442/02, *Rec*. p. I-08961, para. 12.

[1094] *Ibid.*, para 13.

[1095] CJCE, 15 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, aff. C-464/02, *Rec*. p. I-07929, para. 36.

[1096] *Ibid.*, para. 37. Voir aussi CJCE, 27 janvier 2000, *Volker Graf c. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, aff. C-190/98, *Rec.* p. I-00493, para. 23 ; CJCE, 17 mars 2005, *Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-109/04, *Rec*. p. I-02421, para. 26 et s.

[1097] J. Snell, « The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan? » (2010) 47 *Common Market Law Review*, pp. 437-472, p. 446.

817. En définitive, nous constatons que le champ d'application des libertés de circulation est interprété de manière extrêmement large par la jurisprudence récente, si bien que l'appréciation de l'entrave devient banale, conduisant pratiquement à ce que toute mesure étatique puisse être qualifiée d'entrave à la circulation sans besoin d'une analyse approfondie[1098].

818. Le rôle du principe de proportionnalité en sort naturellement renforcé. En effet, de son examen dépend la désormais la validité du droit étatique, si bien que l'examen de la proportionnalité devient la partie principale du jugement[1099]. En quelque sorte, l'ascension de la proportionnalité constitue la « compensation » ou le revers de la jurisprudence que l'on vient de décrire[1100].

819. Pour s'en convaincre, examinons la structure des jugements de la Cour. Ainsi, bien que le juge vérifie d'abord si la mesure en question constitue une entrave à la circulation[1101], c'est l'analyse de la proportionnalité qui l'occupe principalement[1102]. Prenons n'importe quel arrêt récent sur les libertés de circulation, pour observer le nombre de paragraphes consacrés à la vérification de l'entrave, en comparaison avec ceux dédiés à la proportionnalité. Dans l'arrêt *Harlauer*, par exemple, l'analyse de l'entrave n'occupe que sept paragraphes[1103], tandis que celle de la justification s'étend jusqu'à trente-deux paragraphes[1104]. Dans l'affaire *Apothekerkammer* la CJUE dédie trois paragraphes à l'entrave[1105] et trente-sept à la justification[1106]. Les affaires où

[1098] Comme l'écrivait M. Lenaerts en 1990 : « There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community », K. Lenaerts, « Constitutionalism and the many faces of Federalism » (1990) 38 *American Journal of Comparative Law*, pp. 205-263, p. 220. Voir généralement E. Spaventa, « From *Gebhard* to *Carpenter*… », préc., p. 743.

[1099] M. Kumm, « What do you have… », préc., p. 140.

[1100] M. Kumm, « Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm », in M. Poiares Maduro et L. Azoulai (ed.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of Rome*, Hart, 2009, p. 106 et s., p. 109 ; J. Scott, « Mandatory or Imperative Requirements… », préc., p. 269.

[1101] Il arrive souvent que la Cour se réfère à l'entrave comme un obstacle à la « libre circulation des marchandises » ou au « commerce intracommunautaire » au lieu d'une restriction d'une « liberté ». Voir p.ex. CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, anciennement Trofo Super-Markets AE et Carrefour Marinopoulos AE c. Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04, *Rec*. p. I-08135, para. 15 et 20.

[1102] M. Kumm, « Internationale Handelsgesellschaft… », préc.

[1103] CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec*. p. I-01721, para. 33-39.

[1104] *Ibid*., para. 41-72.

[1105] CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec*. p. I-04171, para. 22-24.

[1106] *Ibid*., para. 25-61.

l'appréciation de l'existence d'une entrave reste la question essentielle deviennent de plus en plus rares.

SECTION 2. L'exclusion du droit civil des contrats

820. Malgré la banalisation de la notion d'entrave, qui semble étendre partout l'application des libertés de circulation, un domaine jouit néanmoins de l'immunité : le droit civil des contrats. L'analyse des limites de la notion d'entrave nous permettra d'identifier sa véritable signification. Ainsi, nous verrons que ces limites se fondent sur le principe de la distinction public-privé, demeuré donc intact en droit communautaire (§ 1), de sorte que l'entrave à la circulation équivaut désormais à une perturbation de la libre concurrence (§ 2).

§ 1 – L'extension « horizontale » limitée des libertés de circulation

821. Depuis les années 1970, la Cour de justice a jugé que les libertés de circulation étaient également applicables à certaines mesures d'origine privée. A l'origine, l'extension semblait modeste. Aujourd'hui, elle couvre des grands pans de l'activité non-étatique.

822. Rappelons cette évolution. En 1976, dans l'arrêt *Defrenne*, la Cour a établi que les dispositions des Traités telles que la prohibition de discrimination entre hommes et femmes, du fait de leur caractère « impératif » s'appliquaient également aux contrats entre particuliers[1107]. Ensuite, dans l'arrêt *Walrave*, les libertés de circulation, en vertu du principe d'*effet utile*, ont été jugées applicables aussi dans le domaine privé :

> *L'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes et à la libre prestations des services, objectifs fondamentaux de la Communauté, […] serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public*[1108].

823. La jurisprudence *Walrave* a ensuite reçue une double extension. Elle a tout d'abord été étendue à des mesures non-discriminatoires. Ce fut notamment une des principales contributions de l'arrêt *Bosman*, où les réglementations des associations

[1107] CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabe*na, aff. 43-75, *Rec.* p. 00455, para. 39 : « L'article 119 ayant un caractère impératif, la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers ».

[1108] CJCE, 12 décembre 1974, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, aff. 36-74, *Rec.* p. 01405, para. 18.

sportives furent jugées susceptibles de constituer une entrave à la circulation[1109]. Puis, la libre circulation a été appliquée à des mesures qui ne résultaient pas d'un pouvoir de réglementation collective. Alors que les violations de la libre circulation résultaient des dispositions contenues dans une convention collective (arrêt *Walrave*) et dans les réglementations des associations sportives (arrêt *Bosman*), dans l'arrêt *Angonese* la Cour a considéré que le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité s'appliquait également aux conditions de travail fixées par un employeur privé[1110]. Enfin, dans les arrêts *Viking et Laval*, les actions collectives des syndicats ont également été qualifiées d'entrave à la libre circulation[1111], tandis que dans les arrêts *Schmidberger* et *Commission/France* ce furent des actions des manifestants[1112].

824. Malgré l'apparente omniprésence des libertés de circulation, cette extension remarquable ne signifie pas pourtant qu'aucun acte privé n'est plus à leur abri. Si tout individu était tenu de ne pas empêcher de fait l'accès au marché d'un Etat membre, l'application desdites libertés deviendrait en effet illimitée[1113]. Il demeure que la Cour continue à proclamer que les conventions entre particuliers ne sauraient par principe faire obstacle à la circulation intracommunautaire. Comme il est dit dans un arrêt de 2002 :

> *[…] si la nature de l'obligation générale d'identifier les emballages prévue à l'article 4, second alinéa, du décret n_ 92-377 a été concrétisée en une obligation de marquage à la charge de Sapod, consistant dans l'apposition du logo Point vert, cette dernière obligation résulte d'un contrat privé passé entre les parties au principal. Une telle disposition contractuelle ne peut pas être qualifiée d'entrave au sens de l'article 30 du traité puisqu'elle n'est pas édictée par un État membre mais convenue entre particuliers*[1114].

[1109] CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* p. I-04921.

[1110] CJCE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, *Rec*. p. I-04139, para. 30 et s.

[1111] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 98 : « l'abolition entre les États membres des obstacles à la libre prestation des services serait compromise si l'abolition des barrières d'origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou des organismes ne relevant pas du droit public ».

[1112] CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec*. p. I-05659 ; CJCE, 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-265/95, *Rec*. p. I-06959.

[1113] O. Odudu, « The public/private distinction in EU Internal Market Law », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 826-41, spéc. pp. 836-837.

[1114] CJCE, 6 juin 2002, *Sapod Audic c. Eco-Emballages SA*, aff. C-159/00, *Rec.* p. I-05031, para. 74. Voir pourtant CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, aff. 58/80, *Rec.* p. 00181, para. 17, où la Cour semble dire le contraire (« En aucun cas, des conventions entre particuliers ne sauraient déroger

825. Ainsi, l'application des libertés de circulation a été certes étendue à l'encontre des mesures non « édictée par un Etat membre », mais non pas jusqu'à toucher aussi toute disposition « convenue entre particuliers ». L'arrêt *Alsthom* semble confirmer cette analyse, lorsque la Cour refuse de qualifier le régime français de garantie des vices cachées d'entrave à la circulation, en notant à titre surabondant que « *les parties à un contrat de vente international sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français* »[1115]. Ainsi, la liberté qui existe entre des parties privées pour choisir la loi applicable et conclure des contrats s'érige en coupe-feu contre l'extension des libertés de circulation. Ce n'est pas donc qu'il est « moins fréquent » que l'application d'une règle de droit privé puisse avoir un effet perturbateur sur la circulation[1116] ; notre conclusion est plus radicale : l'autonomie privée empêche par principe qu'une entrave à la circulation soit constatée.

826. Demeure pourtant la question de savoir comment déterminer quelles « conventions entre particuliers » sont exclues du domaine d'application des libertés de circulation. Rappelons à cet égard que les actions collectives des travailleurs, entre autres, sont susceptibles d'entraver la circulation. Comme nous verrons par la suite, la réponse se trouve dans la notion de perturbation de la libre concurrence.

§ 2 – L'entrave comme perturbation de la libre concurrence

827. Comme nous l'avons constaté *supra*, la notion d'entrave a certes fait l'objet d'une « banalisation », puisque fait désormais obstacle à la circulation toute mesure impliquant des « coûts » pour les opérateurs économiques, gênant ainsi leur accès aux marchés des différents Etats membres.

---

aux dispositions impératives du Traité relatives à la libre circulation des marchandises »). La doctrine signale cependant que cette ligne a été abandonnée : J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement…*, préc., p. 110.

[1115] CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, aff. C-339/89, *Rec*. p. 00107, para. 15.

[1116] L. Idot, « Les produits », préc., p. 53 : « que l'on exclut la réglementation en raison de son objet parce qu'elle rentre dans la catégorie des modalités de vente au sens de la jurisprudence *Keck*, ou en raison de ses effets trop aléatoires et indirects sur les échanges, le risque qu'une réglementation de droit privé soit remise en cause du fait d'une atteinte au principe de libre circulation des marchandises est extrêmement limité ». L'exemple du droit de la responsabilité du fait des produits défectueux nous oblige pourtant à nuancer sa conclusion. En effet, ce domaine a fait l'objet d'une harmonisation par voie de la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, laquelle, selon l'interprétation de la Cour, « répond à l'objectif d'assurer une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, de faciliter la libre circulation des marchandises et d'éviter les différences dans le niveau de protection des consommateurs », CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-52/00, *Rec.* p. I-03827, para. 17.

828. Pourtant, comme le montre l'étude de la jurisprudence sur l'effet horizontal, la notion de « coût » n'est pas celle qui est propre à la comptabilité, comme simple dépense ou appauvrissement d'un agent économique, exprimé en termes monétaires. N'est pas un « coût » susceptible de gêner l'accès au marché le prix à payer par un producteur pour l'achat de ses matières premières, *dans la mesure où ce prix est le produit de la libre concurrence*. A l'inverse, constitue une entrave à la circulation toute mesure qui *perturbe le libre marché* et modifie ainsi « artificiellement » les prix des biens qui y sont offerts. Peuvent constituer de telles perturbations toute mesure étatique, ainsi que les réglementations des associations privées ou les actions menées par des syndicats ou des manifestants.

829. Bien entendu, implicite dans cette idée se trouve une certaine théorie sur le « juste prix » des biens dans le marché, laquelle permet à la Cour établir une distinction de type qualitative entre différentes sortes de coûts. Cette théorie se fonderait, selon l'expression de M. Supiot, sur l'« anthropologie rustique » du droit civil des contrats, selon laquelle tout individu sait ce qu'il veut et comprend ce qui lui convient le plus[1117]. Cela entraîne, comme l'explique M. Paul, que certains coûts soient traités comme « normaux » tandis que d'autres deviennent « anormaux » et doivent dès lors être justifiés. Selon cette vision des choses, propre à la théorie économique néo-classique et aujourd'hui à une grande partie des adeptes de l'analyse économique du droit, est postulée l'existence d'un marché spontané, précédant le droit, qui tend à travers la libre concurrence naturellement vers l'efficience. Dans un tel état, les différents produits et services offerts seront évalués correctement à leur juste prix (« *fair price* »). Le rôle du droit est d'accompagner les forces naturelles du marché pour garantir une concurrence pure et parfaite[1118].

830. Cette vision a déjà fait l'objet de critiques nombreuses qu'il ne nous incombe pas d'analyser en profondeur. Il suffit ici de rappeler que la séparation entre le droit et le marché qui est opérée se montre en réalité fallacieuse, dans la mesure où elle se fonde sur « *l'illusion du marché autonome* » (« *autonomous market fallacy* »)[1119]. Comme le rappelle aujourd'hui Alain Supiot, tout marché a des fondements dogmatiques et donc indémontrables, de sorte qu'il n'est pas possible de prétendre l'asseoir sur l'ordre naturel[1120]. Néanmoins, ce qu'il importe de souligner est que cette vision fonde de nos

[1117] A. Supiot, « The Dogmatic Foundations of the Market », (2000) 29.4 *Industrial Law Journal*, pp. 321-345, p. 324 : « […] the law and economics movement […] generalises to all human behavior what may be called the rustic anthropology of contract law, that is, the figure of the man who knows what he wants and what is best for him ».

[1118] J. Paul, « Free Trade, Regulatory Competition and the Autonomous Market Fallacy », (1994) 1 *Columbia Journal of European Law*, pp. 29-62, spéc. 34 et s.

[1119] *Ibid.*

[1120] A. Supiot, « The Dogmatic Foundations… », préc. Cette critique n'est certainement pas nouvelle, puisqu'elle est présente au moins depuis le début du XX[ème] siècle : voir p.ex. M. Horwitz, *The Transformation of American Law…*, préc., p. 194 et s.

jours la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre circulation. En soumettant à un contrôle de proportionnalité toute mesure autre que celles relevant du domaine du droit civil des contrats, elle adhère à la vision des choses de la théorie économique néoclassique.

831. Cela nous oblige à conclure que la fonction des libertés de circulation est de garantir *l'efficience* du marché européen. Ainsi, elles agissent en complément du droit communautaire de la concurrence, dont il est acquis qu'il a cessé d'avoir pour but la construction du marché unique pour poursuivre l'objectif de la libre concurrence et l'efficacité économique[1121]. Il faut souligner à cet égard que leurs domaines d'application sont parfaitement complémentaires, puisque le droit de la concurrence s'applique au seul domaine exclu de l'application des libertés de circulation, le droit civil des contrats[1122].

832. Cette conclusion est confirmée par la position des partisans de la jurisprudence *Viking* et *Laval*. Quelques années avant que ces arrêts aient été rendus, M. Baquero Cruz réclamait déjà que les syndicats et les actions collectives des travailleurs soient soumises au respect de la libre circulation, puisqu'elles ont « *une présence importante dans la vie économique et peuvent dès lors boycotter certains produits, provoquer le protectionnisme privé et fausser la libre concurrence* »[1123]. En revanche, l'application des libertés de circulation aux actions des individus serait « *inefficiente d'un point de vue économique, impliquerait une restriction excessive de leur liberté de commerce et supposerait une augmentation exagérée des coûts de transaction* »[1124]. Ainsi, la division droit de la concurrence-libertés de circulation semble désormais correspondre à la dichotomie privé-public[1125].

833. Ainsi, malgré un avis quelque peu répandu, il est erroné de prétendre que les libertés de circulation, du fait de leur application horizontale, terminent avec la division de principe entre le public et le privé. Elles agissent certes sur cette division, mais dans le sens de sa *redéfinition* ou de son *déplacement*.

[1121] Ce renversement est généralement situé lors de la publication du Livre vert de la Commission sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, COM(96) 721, janvier 1997. Voir généralement C.-D. Ehlremann, « The Modernization of EC Antitrust Policy. A Legal and Cultural Revolution », (2000) *Common Market Law Review*, pp. 537-590 ; J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement…*, préc., pp. 98-103.

[1122] O. Odudu, « The public/private distinction… », préc., pp. 826-41.

[1123] J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement…*, préc., p. 89 : « these organisations have an important presence in economic life and may boycott certain products, provoke private protectionism or distort competition ».

[1124] *Ibid.* : « On the other hand, binding individuals as such to the free movement rules would perhaps be inefficient in economic terms, implying an excessive restriction of their commercial freedom, and an exaggerated increase of the transaction costs they have to bear for minor economic transactions ».

[1125] O. Odudu, « The public/private distinction… », préc.

834. L'exemple des règlements communautaires harmonisant les règles de conflit, notamment les règlements Rome I (en matière contractuelle) et Rome II (extracontractuelle) devrait nous convaincre définitivement de la position centrale qu'occupe toujours la séparation public/privé en droit communautaire. Les deux règlements se fondent sur le considérant suivant :

> *Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite*[1126].

835. Ainsi, afin de garantir la prévisibilité et le bon fonctionnement du marché, les Règlements établissent des règles de conflit communes à tous les Etats membres. Or, un grand contraste existe entre le traitement du droit privé des Etats membres et celui qui est réservé aux lois de police. Tandis que le premier suit le schéma classique des règles de conflit, le deuxième est soumis à un « mécanisme d'exception ». En effet, selon l'article 7 du Règlement Rome I :

> *1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. […]*
>
> *3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application.*

836. Dans les considérants, la particularité du traitement des lois de police est justifiée comme suit :

> *Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de «lois de police» devrait être distinguée de celle de «dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord» et devrait être interprétée de façon plus restrictive*[1127].

[1126] Règlement (CE) Nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), 6ème considérant ; Règlement (CE) Nº 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»), 6ème considérant.

[1127] Règlement Rome I, 37ème considérant. Dans le règlement Rome II il est également dit, 32ème considérant : « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le

837. Ainsi, ces règlements reflètent la même dichotomie que l'on trouve dans les libertés de circulation. Tandis que les rapports qui ont lieu entre des individus consentants échappent à l'emprise des libertés de circulation et jouissent d'un régime prévisible des règles de conflit, toute intervention étatique qui perturbe le libre jeu de la concurrence entre parties privées doit justifier de sa proportionnalité et se voit soumise au mécanisme exceptionnel des lois de police.

838. Nous ne pouvons donc qu'être d'accord avec M. Azoulai, lorsqu'il conclut que, malgré la jurisprudence sur l'effet horizontal des libertés de circulation, la distinction privé-public est bien présente en droit communautaire et se trouve même en bonne santé[1128]. L'application horizontale a pour effet de redéfinir la frontière entre les deux domaines, réduisant le privé au cœur du droit civil, soit les rapports entre égaux consentants.

839. En ce sens, nous jugeons infondée la préoccupation de bon nombre d'auteurs, qui estiment que l'application horizontale des libertés de circulation risque de comporter la « *socialisation* » du droit privé (soit, la « publicisation ») [1129]. MM. Oliver et Roth considèrent ainsi très problématique le fait que les restrictions de la circulation provenant de mesures privées ne puissent pas être justifiées devant la Cour de justice par l'invocation de l'autonomie privée, laquelle constitue la véritable essence de l'économie européenne de marché (« *the very essence of the European market economy* »)[1130]. Au contraire, nous pensons que cette extension ne signifie aucune menace de ce genre, puisque l'autonomie privée en résulte davantage protégée.

840. La position de la Cour nous rappelle le projet, développé au XIX^{ème} siècle, qui prétendait isoler le droit privé de toute considération politique, en créant une séparation étanche entre l'Etat et le marché. Comme l'explique Morton Horwitz :

> *L'émergence du marché comme institution centrale de légitimation a placé la distinction public/privé au cœur de la pensée juridique pendant le XIX^{ème} siécle. […] Quelles étaient les préoccupations derrière l'obsession pour séparer le droit public du droit privé, à un niveau et conceptuel et pratique, pendant le XIX^{ème} siécle ? Surtout, c'était l'effort des juges et juristes orthodoxes pour créer une science juridique qui séparerait de façon nette le droit de la politique. […] A l'instar de l'économie politique, qui prétendait ériger le marché en institution souveraine dans l'allocation des richesses de façon neutre et*

recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police ».

[1128] L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction… », préc.

[1129] S. Van den Bogaert, « Horizontality: The Court Attacks? », in *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, préc., pp. 123-153, spéc. pp. 141-143.

[1130] P. Oliver et W.-H. Roth, « The Internal Market… », préc., p. 423.

> *apolitique, le droit privé fut aussi conçu comme un système neutre ayant pour but de faciliter les transactions dans le marché et réparer les atteintes aux droits des parties privées*[1131].

841. Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour de justice semble refléter une préoccupation similaire envers toute mesure susceptible de faire obstacle au fonctionnement « normal » du marché, que cela provienne des pouvoirs publics ou des associations privées, les syndicats ou des manifestants. Toutes ces mesures, dans la mesure où elles ne répondent pas au schéma de deux individus consentants, sont présumées contraires aux libertés de circulation.

842. Cette vision se manifeste dans toute sa clarté dans les conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro à propos de l'affaire *Viking*. Il affirme, en citant les travaux de certains économistes, que « *[l]'exercice du droit à la liberté d'établissement contribue donc largement à accroître le bien-être économique de tous les États membres* ». Ensuite, il admet : « *[c]ependant, si le droit à la liberté d'établissement génère globalement des bénéfices, il emporte aussi, souvent, des conséquences douloureuses* ». Pourtant, « *les travailleurs de toute l'Europe doivent accepter les conséquences négatives récurrentes qui sont inhérentes à la création par le marché commun d'une prospérité croissante* ». Ainsi, la délocalisation de l'entreprise dans un Etat membre où les réglementations sociales sont moins protectrices, est, malgré les coûts pour les travailleurs, « *en définitive bénéfique pour la société* »[1132].

843. Ainsi, ces conclusions éclairent parfaitement le sens de l'évolution jurisprudentielle des libertés de circulation. Leur but est désormais de garantir le fonctionnement du libre marché face à toute perturbation, dans la mesure où un marché libre de toute entrave garantit « *globalement des bénéfices* ».

844. En définitive, la définition de la notion d'entrave, couvrant toute mesure dont l'efficience serait « suspecte » car perturbatrice de l'état « naturel » du marché « spontané », est cohérente avec notre analyse sur la proportionnalité comme contrôle d'efficience : les deux aspects sont parfaitement cohérents.

[1131] M. Horwitz, « The History of the Public/Private Distinction », (1981-1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 1423-1428, pp. 1424-1426 : « The emergence of the market as a central legitimating institution brought the public/private distinction into the core of legal discourse during the nineteenth century. […] What were the concerns that created a virtual obsession with separating public and private law, both conceptually and practically, during the nineteenth century? Above all was the effort of orthodox judges and jurists to create a legal science that would sharply separate law from politics. […] Just as nineteenth-century political economy elevated the market to the status of the paramount institution for distributing rewards on a supposedly neutral and apolitical basis, so too private law came to be understood as a neutral system for facilitating voluntary market transactions and vindicating injuries to private rights ».

[1132] *Viking*, concl. AG Poiares Maduro, para. 57-60.

CHAPITRE 2. L'ENTRAVE A LA CIRCULATION COMME CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

845. Il convient avant tout de noter que les libertés de circulation sont normalement interprétées par la doctrine indépendamment du principe de proportionnalité. Soit, la plupart des analyses passent entièrement à côté de la possibilité de justifier des entraves à la circulation par le biais de la proportionnalité, soit elles la réduisent à une simple exception à la règle générale interdisant de telles entraves.

846. Nous nous proposons de renverser ce schéma habituel, et d'*interpréter les libertés de circulation à partir du principe de proportionnalité*. A la différence de l'approche majoritaire, nous pensons qu'il est impossible de comprendre la jurisprudence de la Cour de justice en matière de liberté de circulation sans l'envisager entièrement au travers du principe de proportionnalité. L'importance de ce dernier ne peut pas être sous-estimée.

847. En effet, plusieurs interprétations sont proposées par la doctrine pour rendre compte des libertés de circulation et de leur impact sur le droit étatique. Pourtant, malgré leur diversité, ces interprétations se caractérisent toutes par le fait qu'elles ignorent le rôle de la proportionnalité ou en réduisent considérablement la portée, la ramenant au rang de simple exception à la règle. Méthodologiquement, on pourrait dire que leur point commun est de prétendre construire une interprétation des libertés de circulation à partir de la seule notion d'entrave à la circulation.

848. En réponse à ces thèses majoritaires, nous étayerons notre choix méthodologique en montrant qu'un renversement de perspective n'est pas seulement possible, il est nécessaire.

849. Pour ce faire, il convient d'abord de souligner que la place aujourd'hui occupée par la proportionnalité dans la jurisprudence communautaire est prépondérante au stade de la justification d'une entrave. Nous illustrerons ce point par l'étude de l'évolution parallèle de la jurisprudence relative à l'abus de droit et à l'équivalence, deux figures qui semblaient concurrencer le principe de proportionnalité, mais qui ont, en réalité, été entièrement absorbées par celui-ci. Les libertés de circulation permettent ainsi de définir le champ d'application du principe de proportionnalité. Une exception subsiste toutefois en ce qui concerne le « contenu essentiel » des libertés de circulation, auquel le juge communautaire fait appel dans quelques rares occasions (Section 1).

850. Ensuite, après avoir établi qu'il n'existe pas d'alternative à la proportionnalité au stade de l'examen de la justification d'une entrave (à l'exception de la doctrine du contenu essentiel), nous montrerons que tout effort pour concevoir la proportionnalité comme une *exception* à l'application normale des libertés de circulation est inévitablement voué à l'échec. En effet, la proportionnalité ne présente aucune des

caractéristiques propres aux mécanismes d'exception. De fait, l'application des libertés de circulation en présence d'une entrave entraîne nécessairement l'examen de sa justification, donc celui de sa proportionnalité. Leurs champs d'application respectifs se confondent, si bien que l'évaluation coûts-bénéfices que suppose le principe de proportionnalité constitue désormais le véritable cœur des décisions de la Cour. Le principe de proportionnalité peut donc être qualifié de *méthodologie de principe* (Section 2).

SECTION 1. L'absorption d'autres figures

851. Deux principes semblent concurrencer le principe proportionnalité lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une à la circulation : les principes de prohibition d'abus de droit et de non-équivalence. Selon le premier, les particuliers ne sauraient se prévaloir des libertés de circulation pour contourner frauduleusement l'application du droit national normalement applicable. Le deuxième principe fait obstacle à l'application du droit de l'Etat membre d'accueil lorsqu'il fait double emploi avec celui de l'Etat d'origine. Ainsi, les deux principes semblent se distinguer du principe de proportionnalité, ce qui pose le problème de leur cohabitation.

852. Pourtant, nous montrerons que, malgré le développement initial de la jurisprudence, les deux figures ne possèdent plus de véritable autonomie par rapport au principe de proportionnalité, si bien qu'elles constituent désormais des applications particulières de ce principe. Nous nous occuperons d'abord de l'abus de droit (§ 1) et ensuite de l'équivalence (§ 2), pour montrer que que la notion d'entrave définit les contours du champ d'application du principe de proportionnalité[1133]. (Section 3).

§ 1 – La prohibition de l'abus de droit communautaire

853. Malgré les hésitations et ambigüités initiales quant à l'interprétation de la notion d'abus de droit qui ont permis à la doctrine d'identifier cette dernière à la fraude à la loi, notion propre au droit international privé (A), il appert qu'elle a été totalement absorbée par le principe de proportionnalité, de sorte qu'elle constitue une application particulière de celle-ci qui ne modifie nullement sa nature (B).

[1133] Une exception demeure néanmoins : le contenu essentiel des libertés de circulation. En effet, lorsque la Cour considère qu'une mesure signifie la « négation même » d'une liberté de circulation, elle la déclare injustifiable *per se*, sans qu'il soit nécessaire d'examiner sa proportionnalité. Bien que cette doctrine soit très rarement appliquée par la Cour de justice, cela fait que le domaine d'application des libertés de circulation ne soit pas parfaitement coïncident avec celui de la proportionnalité. Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 3.

A. La thèse qui interprète l'abus de droit communautaire comme la limite du champ d'application des libertés de circulation

854. L'exception de l'abus de droit s'offrirait comme nouvelle voie pour justifier l'applicabilité d'une mesure en entrave à la circulation, voie alternative à (et exclusive de) la proportionnalité ou le test d'équivalence. A l'instar de la fraude à la loi, notion bien connue des spécialistes en droit international privé [1134], celle de l'abus de droit communautaire permettrait de garantir l'application de la loi normalement applicable en dépit des manœuvres des parties qui, en modifiant artificiellement l'élément de rattachement du rapport de droit en question, ont tenté d'écarter l'application de la loi normalement compétente.

855. Nous trouvons déjà une définition du principe d'interdiction de l'abus de droit communautaire dans l'ancien arrêt *Van Binsbergen*, lequel est pourtant généralement cité comme la première affaire où la liberté de prestation de services a été considérée comme ayant effet direct. La Cour a déclaré qu'il est légitime de combattre les utilisations frauduleuses des libertés de circulation :

> *On ne saurait dénier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État*[1135].

856. La prohibition de l'abus de droit communautaire semble ainsi opérer comme une *exception* à l'application des libertés de circulation, empêchant aux particuliers de se servir de ces libertés dans le but de se soustraire frauduleusement au droit national normalement applicable.

857. À partir de ce premier cas, une longue jurisprudence s'est progressivement développée, d'après laquelle les États membres seraient autorisés à prendre des mesures pour empêcher les contournements abusifs de leurs lois. Pendant un certain temps, la doctrine a débattu sur la question de savoir si l'interdiction de l'abus de droit pouvait être comptée parmi les principes généraux de droit communautaire, débat qui semble

[1134] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 2010, 10ème éd., nº 270. Selon la définition de la Cour de cassation, la fraude à la loi se donne lorsque les parties ont « volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente », Cass. civ. 1re, 17 mai 1983, *Soc. Lafarge*, *Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 346, note B. Ancel.

[1135] CJCE, 3 décembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33-74, *Rec*. p. 01299, para. 13.

aujourd'hui clos par l'affirmative[1136]. Ce principe n'avait pourtant pas été proclamé explicitement par la Cour de justice avant l'arrêt *Kofoed*, rendu en matière de fiscalité, dans lequel la Cour énonce enfin que le principe « *selon lequel l'abus de droit est prohibé* » figure parmi les principes généraux du droit communautaire. En accord avec ce principe, « *[l]es justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit communautaire* »[1137]. L'existence de ce principe en droit de l'Union ne fait plus aucun doute.

858. Il faut néanmoins préciser que l'exception d'abus est invoquée par les États membres pour faire échec à l'application des libertés de circulation à l'encontre de deux comportements bien différents.

859. La première hypothèse, celle que l'on retrouve plus typiquement, est celle que l'on vient de voir dans l'arrêt *Van Binsbergen*. Ici l'exception d'abus de droit fait obstacle aux contournements frauduleux du droit national. Autrement dit, l'abus de droit permet de garantir l'application du droit national face à des comportements stratégiques illégitimes des particuliers pour y échapper. Il faut dire que dans le contexte communautaire, les libertés de circulation ont multiplié les possibilités dudit « *law shopping* » en permettant de se rendre dans un autre Etat membre, dont la réglementation serait plus favorable, pour revenir ensuite dans l'Etat membre d'origine, en prétendant que l'application de ladite réglementation serait garantie par l'effet des libertés de circulation à l'encontre des dispositions défavorables du droit de ce dernier[1138]. L'abus de droit permet jugement de faire échec à ce type de stratégies de contournement.

860. Ce mécanisme est bien connu dans la tradition française de droit international privé, l'exemple paradigmatique étant le grand arrêt *Princesse de Bauffremont*, fameuse affaire dans laquelle une aristocrate française avait tenté d'échapper aux restrictions de sa loi nationale relative au divorce en se faisant naturaliser en Allemagne, tentative mise en échec par le recours à la figure de la fraude à la loi par la Cour de cassation[1139]. Dans la littérature américaine on parle à ce propos de « *travel-evasion* »[1140], tandis que la doctrine

[1136] D. Simon et A. Rigaux, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *Mél. Guy Isaac*, Toulouse : PUSS, 2004, pp. 557-585, p. 559.

[1137] CJCE, 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, aff. C-321/05, *Rec*. p. I-05795, para. 38.

[1138] K. E. Sørensen, « Abuse of Rights in Community Law: a Principle of Substance or Merely Rhetoric? », (2006) 43 *Common Market Law Review*, pp. 423-459, p. 426.

[1139] Cass. Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, nº 6.

[1140] M.D. Rosen, « Extraterritoriality and Political Heterogeneity in American Federalism », (2002) 150 *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 855-963 ; B. Cossman, « Betwixt and Between Recognition:

anglo-saxonne se réfère à ce phénomène comme « *U-turn situations* », terme illustratif de la stratégie qui consiste à voyager vers un autre État pour revenir tout suite après en prétendant se prévaloir du lien créé artificiellement avec celui-ci pour échapper à l'application du droit de l'Etat d'origine normalement applicable.

861. La deuxième hypothèse que la jurisprudence communautaire rassemble sous l'exception d'abus de droit communautaire est celle où les particuliers tentent non pas d'échapper à l'emprise d'un droit national mais au contraire d'en bénéficier illégitimement en créant un rattachement avec celle-ci de manière artificielle[1141]. Dans ces cas, l'exception permet aux États membres de refuser d'étendre leur législation – et les bénéfices conférés par celle-ci – à des citoyens d'autres États membres possédant un lien faible, voire inexistant, avec l'État de ladite législation, et ce, alors même qu'une application aveugle des libertés de circulation ou du principe de non-discrimination conduirait à lever toute restriction. Il est souvent dit que l'émergence d'un principe d'interdiction des abus, dans ce contexte, est le corollaire ou le contrepoids nécessaire à l'explosion jurisprudentielle des droits liés à la citoyenneté européenne à la faveur des particuliers circulant à l'intérieur de l'Union sans exercer une quelconque activité économique[1142]. L'exception d'abus permet ainsi aux Etats membres de limiter le champ d'application territorial de leurs régimes nationaux.

862. Certes, les deux hypothèses sont liées. Les deux concernent le champ d'application des droits nationaux, car tandis que dans la première l'abus permet aux Etats membres *d'étendre* le champ d'application de leur droit, dans la seconde il sert à le *restreindre*. Dans un cas on se situe dans la perspective de l'Etat d'origine et dans l'autre cas on se situe dans la perspective de l'Etat d'accueil. En outre, dans les deux hypothèses la prohibition de l'abus de droit a pour but de limiter le pouvoir des particuliers de choisir la loi applicable, car dans la première hypothèse l'abus empêche d'échapper à la loi normalement applicable, et dans la seconde il limite la possibilité de choisir la loi d'un autre Etat membre.

863. Nous allons nous concentrer sur la première hypothèse, la prohibition de l'abus comme principe invocable à l'encontre des contournements du droit national normalement applicable, permettant une application extensive de celui-ci. Cette version

---

Migrating Same-Sex Marriages and the Turn Toward the Private », (2008) 71-SUM *Law and Contemporary Problems*, pp. 153-168.

[1141] K. E. Sørensen, « Abuse of Rights… », préc., p. 448 et s.

[1142] L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2008, pp. 29-45, p. 38.

est sans doute la plus significative, si bien que plusieurs auteurs réduisent le principe d'interdiction de l'abus à cette hypothèse[1143].

864. Par le biais de ce nouveau principe, il serait possible de maintenir que les libertés de circulation ont un véritable effet de « compartimentage » horizontal, déterminant ainsi les espaces où chaque Etat membre serait le seul compétent à l'exclusion des autres. En effet, permettre aux Etats membre de faire obstacle aux abus permettrait de garantir la diversité des droits, laquelle serait compromise si les particuliers pouvaient se servir des libertés de circulation pour contourner librement l'application du droit normalement compétent[1144].

865. Cette interprétation est fondée sur l'arrêt *Van Binsbergen* précité et surtout sur l'arrêt *Leclerc*. Dans cette affaire était en cause la législation française sur la fixation du prix des livres. En établissant, à l'égard de l'importation des livres édités en France, que le prix de vente doit être au moins égal au prix fixé par l'éditeur, cette législation constituait, selon la Cour, une mesure d'effet équivalent aux restrictions quantitatives à l'importation de marchandises, car « *une telle disposition ne se limite pas à assimiler le régime des livres importés à celui des livres nationaux, mais crée, pour les livres importés, une réglementation distincte qui est susceptible d'entraver le commerce entre les Etats membres* »[1145]. Cette conclusion s'applique également, poursuit-elle, à l'égard des livres réimportés, dans la mesure où la réglementation française « *prive l'importateur d'un tel livre de la possibilité de répercuter sur le prix au détail un avantage tiré d'un prix plus favorable obtenu dans l'Etat membre d'exportation* »[1146]. Pourtant, il précisé qu'il n'y a aucune entrave à la libre circulation des marchandises « *dans les cas où des éléments objectifs établiraient que les livres en cause auraient été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une législation comme celle de l'espèce* »[1147].

866. Les arrêts *Leclerc* et *Van Binsbergen* semblent ainsi esquisser une règle de conflit ou de répartition horizontale de compétences entre les différents Etats membres. Les deux

[1143] T. Tridimas, « Abuse of Right in EU Law: Some Reflections with particular Reference to Financial Law », *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 27/2009*, disponible sur : http://ssrn.com/abstract=1438577, p. 4 : « It is […] a doctrine against the circumvention of law and not an equitable principle seeking to restrain excessive reliance on private rights as traditionally understood in civil law ».

[1144] Voir à cet égard M.D. Rosen, « Extraterritoriality and Political… »,préc. ; H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », préc., nº 32.

[1145] CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres c. SARL "Au blé vert" et autres*, aff. 229/83. *Rec*. p. 00001, para. 25.

[1146] *Ibid.*, para. 26.

[1147] *Ibid.*, para. 27.

jugements présupposent en effet la détermination, à l'aide d'éléments de rattachement, d'un espace au sein duquel la compétence de chaque Etat membre serait garantie. Dans l'arrêt *Van Binsbergen*, un tel rattachement est vérifié lorsque l'activité professionnelle en question s'avère « *entièrement ou principalement tournée vers [le] territoire* » de l'Etat membre en question. Dans l'arrêt *Leclerc*, le rattachement vient également du fait de l'absence de liens réels avec d'autres Etats membres.

867. La même leçon semble découler de l'arrêt *Knoors*, où la Cour déclare que « *l'intérêt légitime qu'un Etat membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle* » ne saurait être méconnu[1148]. En effet, la référence à « certains de ses ressortissants », malgré son caractère imprécis, présuppose une définition préalable du champ d'application légitime du droit national, espace immune à l'effet des libertés de circulation par le biais du principe général d'interdiction de l'abus de droit communautaire.

868. Le principe d'interdiction de l'abus contribuerait ainsi à une double délimitation. Tout d'abord, du domaine dans lequel chaque Etat membre serait exclusivement compétent pour règlementer, excluant la possibilité d'une concurrence entre les différentes règlementations nationales. Ensuite, du champ d'application des libertés de circulation. En effet, l'arrêt *Leclerc* semble clair sur ce point : les particuliers ne sauraient se prévaloir des libertés de circulation là où leurs comportements s'avèrent abusifs. La figure de l'abus aide ainsi à interpréter les droits découlant desdites libertés.

869. Les arrêts *Van Binsbergen* et *Knoors* semblent supporter cette interprétation[1149]. Telle est aussi la position de l'Avocat général La Pergola, qui, dans ses conclusions à propos de l'affaire *Centros*, va jusqu'à citer la célèbre maxime de Planiol : « *le droit cesse là où l'abus commence* »[1150]. M. Poiares Maduro l'adopta aussi récemment, en défendant dans ses conclusions dans l'arrêt *Halifax* l'idée selon laquelle l'interdiction de l'abus devrait être conçue comme un « *principe régissant l'interprétation du droit communautaire* »[1151]. A son tour, l'Avocat général Lenz a pu affirmer que la fonction de

[1148] CJCE, 7 février 1979, *J. Knoors c. Secrétaire d'État aux affaires économiques*, aff. 115/78, *Rec*. p. 00399, para. 25.

[1149] K. E. Sørensen, « Abuse of Rights… », préc., p. 430.

[1150] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, concl. AG La Pergola, para. 20. Néanmoins, l'AG a admis aussi dans le même paragraphe : « Sous cet angle de l'abus du droit, transparaît une certaine affinité entre le principe général qui le consacre et celui qui a trait au critère de proportionnalité en tant que limite à l'exercice du pouvoir ».

[1151] CJCE, 21 février 2006, *Halifax plc e.a. c. Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02, *Rec*. p. I-01609, concl. AG Poiares Maduro, para. 69.

l'abus de droit communautaire consiste à protéger la « *souveraineté* » des États membres[1152] – terme qu'il conviendrait plutôt de remplacer par celui plus précis de « compétence »[1153].

870. L'abus s'érige ainsi en norme de coordination des droits, de distribution des compétences des États Membres, en identifiant des situations qui relèveraient exclusivement de la compétence d'un certain Etat et que les libertés fondamentales ne sauraient pas altérer. Par le biais de cette figure, les États membres pourraient chercher à justifier le champ d'application de leur législation nationale, couvrant aussi les situations qui ne seraient qu'artificiellement rattachées à un autre État membre, rattachement créé par les particuliers dans le but d'échapper à leur emprise. L'abus contribue donc à garantir l'impérativité des régimes nationaux, les protégeant dudit « *regulatory arbitrage* », c'est-à-dire du pouvoir *de facto* des parties de choisir la loi applicable[1154].

871. Par conséquent, il faudrait également conclure que le principe de l'interdiction de l'abus de droit communautaire offre aux Etats membres une voie alternative au principe de proportionnalité pour justifier les règlementations ayant un effet entravant sur la circulation intracommunautaire. Plus précisément, ce principe permettrait aux Etats de *ne pas devoir apporter des justifications* à propos de telles règlementations, en présence d'abus. En effet, si l'abus, comme il semblerait à la lecture de l'arrêt *Leclerc*, marque la limite de l'application des libertés de circulation, alors il n'y pas de véritable violation desdites libertés et donc le contrôle de proportionnalité de la mesure en question n'a pas à se déployer.

872. Notons en outre que l'abus semble jouir d'un régime particulier, ce qui semblerait confirmer qu'elle constitue une figure particulière, alternative à la proportionnalité. Pour comprendre la particularité de ce régime, dans sa version la plus simple, prenons comme exemple le domaine où le régime de l'abus semble mieux développée : le domaine fiscal[1155]. Dans l'arrêt *Kofoed* la Cour nous dit que les pratiques abusives sont « *des*

[1152] CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec*. p. I-04795, concl. AG Lenz, para. 68.

[1153] L'interdiction de l'abus cherche à protéger les *compétences* des Etats membres et non pas leur souveraineté, laquelle est par son essence illimitée. Voir à cet égard C. Schmitt, *Théorie de la constitution*, préc., p. 536 : « La souveraineté n'est pas une compétence, pas davantage une compétence de compétence. Il n'y a pas de compétence illimitée si le mot doit garder un sens et doit indiquer une compétence régie à l'avance par des normes, délimitée par son domaine d'exercice et par conséquent limitée ». Voir aussi la rubrique de Ph. Théry, « Compétence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 247-251.

[1154] P. Schammo, « Arbitrage and Abuse of Rights in the EC Legal System », (2008) 14.3 *European Law Journal*, pp. 351-376.

[1155] T. Tridimas, « Abuse of Right in EU Law… », préc. ; R. de la Feria, « Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New Principle of EC Law through Tax », (2008) 45 *Common Market Law Review*, pp. 395-441.

opérations réalisées non dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages prévus par le droit communautaire »[1156]. Dans l'arrêt *Emsland-Stärke*[1157], le cas de référence dans lequel les conditions de l'abus ont été figées par la Cour de Justice de manière précise, créant ainsi pour la première fois un principe général articulé[1158], on apprend que l'appréciation de l'abus dépend de deux éléments : le premier, dit objectif, nécessite « *un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint* »[1159]. Le deuxième, dit subjectif, réside dans « *la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention* »[1160]. Ce régime n'est pas ainsi sans rappeler celui de la fraude à la loi de droit international privé, composée aussi d'un élément subjectif et un élément objectif[1161].

873. La doctrine est en désaccord sur la signification de ces deux éléments. On discute notamment sur la question de savoir si l'élément subjectif exige d'examiner ou non les « motivations » des particuliers[1162], possibilité pourtant explicitement rejetée par la quasi-totalité des Avocats généraux[1163]. Or, au-delà des discussions sur ce détail, il y aurait un consensus clair pour affirmer que l'abus de droit jouit d'un régime propre, consistant en ces deux éléments constitutifs et qu'en l'exigence, répétée par la Cour de façon insistante malgré son caractère quelque peu mystérieuse, d'une « *appréciation au cas par cas* » fondée sur des « *éléments objectifs* »[1164]. La spécificité du régime de l'abus, distinct à celui du principe de proportionnalité, semble ainsi avérée.

[1156] CJCE, 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, aff. C-321/05, *Rec*. p. I-05795, para. 38.

[1157] CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99, *Rec*. p. I-11569.

[1158] R. de la Feria, « Prohibition of Abuse… », préc., spéc. p. 408.

[1159] CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99, *Rec*. p. I-11569, para. 52.

[1160] *Ibid*., para. 53.

[1161] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., nº 269 et s.

[1162] K. E. Sørensen, « Abuse of Rights… », préc., pp. 456-458 ; P. Schammo, « Arbitrage and Abuse… », préc., pp. 367-8.

[1163] Voir p.ex. CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec*. p. I-04795, concl. AG Lenz, para. 66 ; CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, aff. C-109/01, *Rec*. p. I-09607, concl. AG Geelhoed, para. 174 ; CJCE, 21 février 2006, *Halifax plc e.a. c. Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02, *Rec*. p. I-01609, concl. AG Poiares Maduro, para. 70.

[1164] Voir p.ex. CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 25.

874. Somme toute, la prohibition de l'abus semble une figure alternative à la proportionnalité, permettant aux Etats membres de ne pas devoir justifier la proportionnalité des mesures qui entravent la circulation dès lors que les éléments constitutifs de l'abus, tels que présentés dans l'arrêt *Emsland-Stärke*, sont remplis. Cette alternative s'avère pourtant illusoire. La jurisprudence intervenue depuis l'arrêt *Leclerc* a transformé considérablement la nature de l'exception d'abus, cette dernière perdant sa spécificité en finissant par être absorbée par le contrôle de proportionnalité. Examinons l'évolution de la jurisprudence en ce sens.

B. L'absorption de la figure de l'abus de droit par le principe de proportionnalité

875. Un premier signe devrait nous amener à hésiter sur la véritable signification de la figure de l'abus de droit communautaire dans le contexte des libertés de circulation : l'existence d'un débat doctrinal sur la nature même de cette figure. D'un côté, nous trouvons ceux, parmi lesquels se rangent plusieurs Avocats généraux (précités), qui considèrent que l'abus figure parmi les *principes interprétatifs* du droit communautaire, à l'aide duquel le juge détermine le champ d'application des libertés de circulation. D'un autre côté, s'élèvent des voix qui conçoivent l'abus plutôt comme une exception justifiant des obstacles à la libre circulation, intervenant donc seulement après la constatation d'une violation des libertés économiques communautaires[1165].

876. Ce point de controverse est, néanmoins, généralement ignoré par la doctrine spécialisée. Certains auteurs le considèrent trop théorique, voire « *sans intérêt pratique* »[1166]. Un tel manque d'intérêt pour des questions théoriques a de quoi surprendre, et ce, d'autant plus que la question s'avère en réalité d'une importance pratique capitale : déterminer si l'exception de l'abus est ou non exclusive du contrôle de proportionnalité. En effet, si là où commence l'abus finit le droit, les États membres, en s'opposant aux abus, ne sauraient être accusés de violer la libre circulation et devoir donc se justifier par le biais de la proportionnalité. En revanche, si les comportements abusifs sont protégés par les libertés de circulation, la prohibition de l'abus étant une exception à leur application normale, il serait très difficile d'admettre que le droit communautaire puisse tolérer une entrave à la circulation, même en présence d'un comportement abusif, sans examiner si les dispositions contournées et les mesures destinées à éviter le contournement poursuivent un intérêt légitime et de manière proportionnée. La prohibition de l'abus cesserait ainsi d'être une alternative à la proportionnalité pour devenir une application particulière de celle-ci. En outre, il faudrait alors exclure qu'à

[1165] Sur ce débat, voir K. E. Sørensen, « Abuse of Rights… », préc., p. 429 et s.

[1166] R. de la Feria, « Prohibition of Abuse… », préc., p. 438 ; K. E. Sørensen, « Abuse of Rights… », préc., p. 430.

travers cette figure soit configuré, à l'instar d'une norme de conflits de lois, un espace que chaque Etat membre serait libre de règlementer à son gré.

877. Ce dilemme ne devrait pas donc nous laisser indifférents. Si les mesures adoptées par les Etats membres pour faire obstacle aux contournements abusifs se prévalant des libertés de circulation sont également soumises au contrôle de proportionnalité, forme de raisonnement par laquelle est déterminée la conformité des entraves à la circulation au droit communautaire, il est inutile d'en faire un régime autonome. On arriverait à la situation paradoxale où les éléments constitutifs de l'abus, ajoutés au filtre de la proportionnalité, rendraient les exceptions aux libertés de circulation dans les hypothèses de pratiques abusives plus difficiles à justifier que les obstacles qui auraient pour but la restriction des activités sans une motivation frauduleuse.

878. Il convient par la suite d'examiner l'évolution jurisprudentielle depuis l'arrêt *Leclerc*, rendu en 1985. Nous constaterons que, au fur et à mesure que se sont multipliées les invocations de l'exception d'abus de droit par les Etats membres, la Cour a progressivement aligné le régime de l'abus sur celui de la proportionnalité, de sorte que l'un ne serait plus une alternative à l'autre. Au contraire, la figure de l'abus a été absorbée par la proportionnalité.

879. En effet, peu après l'affaire *Leclerc* la CJUE a semblé se tourner dans le sens opposé. Dans l'arrêt *Segers* la question soulevée concernait une mesure prise par les autorités hollandaises, refusant à M. Segers, directeur hollandais d'une société constituée au Royaume-Uni, le droit à l'assurance maladie. À l'encontre de la prétention du directeur, on soulevait que sa conduite était abusive, car le choix de former une société de droit anglais était motivé entièrement par le but de contourner la législation néerlandaise sur la constitution des sociétés de responsabilité limitée. Le refus de l'assurance maladie serait ainsi une mesure apte à contrecarrer ce comportement [1167]. Les Pays-Bas prétendaient ainsi que les libertés de circulation ne seraient pas applicables en présence de pareil abus. La CJUE rejette pourtant cette thèse, en refusant que l'exception d'abus délimite le champ d'application des libertés de circulation. Comme n'importe quelle autre entrave à la liberté d'établissement, les mesures visant à faire obstacle aux abus doivent être également soumises au régime général de justification :

> *L'article 56 du Traité permet […] dans certaines limites, l'application d'un régime spécial pour les sociétés constituées en conformité du droit d'un autre État membre, à condition que ce régime soit justifié par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique*[1168].

[1167] CJCE, 10 juillet 1986, *D. H. M. Segers c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. 79/85, *Rec*. p. 02375, para. 10.

[1168] *Ibid.*, para. 17.

880. Il s'agit, on ne peut plus clairement, de la position opposée à celle que la Cour avait adoptée juste un an auparavant, dans l'arrêt *Leclerc*. La « *lutte contre les opérations frauduleuses* »[1169] devenait un simple but, parmi d'autres, susceptible de justifier une entrave à une liberté de circulation, à condition qu'il soit poursuivi de façon appropriée et nécessaire. Ainsi, dans l'arrêt *Segers* la Cour finit par considérer que le refus de l'assurance maladie était contraire à la liberté d'établissement parce qu'il ne constituait pas un moyen « approprié » pour lutter contre l'abus, sans donner plus d'explications[1170].

881. La position *Leclerc*, a-t-elle été abandonnée par l'arrêt *Segers* ? Dans la suite immédiate, cela n'est pas certain. L'arrêt *Bouchoucha*[1171] pourrait être interprété de la même manière, mais il se contente d'exiger, timidement, que la législation contournée ne soit pas « *arbitraire* »[1172]. En sens inverse, la CJUE se rapproche de la position *Leclerc* dans l'arrêt *Singh*[1173] indiquant que « *les facilités créées par le traité ne sauraient avoir pour effet de permettre aux personnes qui en bénéficient de se soustraire abusivement à l'emprise des législations nationales et d'interdire aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher de tels abus* »[1174]. Or, il faut souligner que dans ces deux cas la question de l'abus a été soulevée de manière accessoire.

882. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence récente semble plus claire : les mesures visant à combattre les contournements abusifs du droit national devront, lorsqu'elles causent une entrave à la circulation, passer inévitablement par le filtre de la proportionnalité.

883. Prenons d'abord l'exemple de l'arrêt *TV10* [1175]. La société anonyme de radiodiffusion TV10 s'était établie au Luxembourg, alors que le public visé par ses émissions demeurait les téléspectateurs néerlandais. Les autorités néerlandaises, considérant que le but de ladite société était d'échapper aux restrictions contenues dans la législation hollandaise dite « Mediawet », décidèrent de la considérer, malgré la nationalité formellement luxembourgeoise de la société, comme un organisme de radiodiffusion national, auquel seraient applicables les dispositions pertinentes de la dite législation. La réponse de l'entreprise de radiodiffusion fut d'invoquer la liberté de prestation de services, prétendument compromise par l'intransigeance des Pays-Bas.

[1169] Selon l'expression employée par la Cour, *ibid*, para. 17.

[1170] *Ibid.*

[1171] CJCE, 3 octobre 1990, *Procédure pénale c. Marc Gaston Bouchoucha*, aff. C-61/89, *Rec*. p. I-03551.

[1172] *Ibid.*, para. 15.

[1173] CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, aff. C-370/90, *Rec*. p. I-04265.

[1174] *Ibid.*, para. 24.

[1175] CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec*. p. I-04795.

884. A cet égard, la Cour a décidé tout d'abord que les restrictions hollandaises à la radiodiffusion constituaient bien une entrave à la liberté de prestation de services, car la situation du cas d'espèce ne pouvait pas être considérée comme purement interne[1176] – ceci, malgré la circonstance, soulevée par le gouvernement hollandais, que le caractère intracommunautaire avait été consciemment (et artificiellement) créé par l'entreprise. La question centrale résidait donc la justification de l'entrave. Or, ayant constaté que le régime hollandais poursuivait un intérêt légitime – la création d'un « *système de radiodiffusion et de télévision à caractère pluraliste et non commercial* »[1177] –, la Cour conclut que le fait de considérer TV10 comme une société nationale aux effets de l'applicabilité de la *Mediawet* était parfaitement conforme au droit communautaire, notamment parce qu'elle avait pour objet « *d'empêcher que, à la faveur de l'exercice des libertés garanties par le traité, les organismes qui s'établissent dans un autre État membre puissent se soustraire abusivement aux obligations découlant de la législation nationale* »[1178].

885. Il faut surtout noter que dans cette affaire, ainsi que dans l'arrêt parallèle *Veronica* dont les enjeux étaient similaires[1179], la Cour a été obligée d'aborder la question de la nature de l'abus directement. Après une première lecture, ces deux arrêts pourraient donner l'impression, comme l'arrêt *Leclerc*, que l'exception d'abus jouit d'un régime propre, où les mesures incriminées peuvent être déclarées conformes au droit communautaire sans devoir passer par une analyse de leur proportionnalité : bien qu'en indiquant que la législation contournée poursuit un intérêt légitime, la Cour semble omettre tout examen de sa proportionnalité. Aucune mention n'est faite de son caractère approprié ou nécessaire. Faut-il donc conclure que l'invocation de l'exception d'abus dispense d'examiner la proportionnalité du fond, à la différence de ce qu'on a vu dans les arrêts mentionnés auparavant ?

886. Cette apparence prête à la confusion. En réalité, la Cour ne cesse jamais de s'intéresser au fond. Comme on l'avait déjà souligné, elle relève que les mesures poursuivent un but d'intérêt général – affirmation impossible sans un examen du contenu de la législation prétendument contournée. En ce qui concerne le caractère approprié et nécessaire du contenu de la législation, le mutisme de la Cour s'explique autrement : la raison est qu'elle l'avait déjà fait auparavant, dans deux autres cas où la loi hollandaise réglant la fourniture de programmes de radiodiffusion et de télévision avait déjà été

[1176] *Ibid.*, para. 12-16.

[1177] *Ibid.*, para. 18.

[1178] *Ibid.*, para. 21.

[1179] CJCE, 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-148/91, *Rec*. p. I-00487.

confrontée aux libertés communautaires, les arrêts *Gouda* et *Commission/Pays-Bas*[1180] (et même encore un peu avant dans l'arrêt *Bond van Adverteerders*[1181]). Dans les deux premiers arrêts, la Cour avait notamment scruté, à la lumière du principe de proportionnalité, les exigences imposées aux organismes de radiodiffusion établis à l'étranger relatives à leur structure ainsi qu'au contenu des annonces publicitaires destinées au public néerlandais. Elle avait fini par les déclarer incompatibles avec le droit communautaire, estimant en particulier à l'égard des premières exigences que, comme on l'a déjà constaté auparavant, « *[p]our garantir le pluralisme […] le gouvernement néerlandais peut fort bien se borner à élaborer le statut de ses propres organismes de manière appropriée* »[1182].

887. Si c'est dans ce même contexte que se situent les affaires *Veronica* et *TV10*, la question était ici différente : pour une entreprise de radiodiffusion, suffit-il de s'établir « nominalement » dans un autre État membre pour échapper à l'emprise de la loi hollandaise et se situer ainsi sous la protection des décisions *Gouda* et *Commission/Pays-Bas* ? Il n'était donc plus nécessaire d'examiner le fond de la législation, et il n'était donc pas surprenant que cette fois-ci la Cour a fait montre de plus de circonspection : un nouveau jugement contre les intérêts du gouvernement hollandais aurait fini par démanteler complètement le système mise en place par la loi dite *Mediawet*[1183].

888. C'est également dans ce sens que l'Avocat général Lenz a également compris l'arrêt *TV10*, comme il a expliqué rétrospectivement dans ses conclusions dans l'affaire *VT4*[1184]. D'après M. Lenz, « circuler » dans le seul but d'échapper à une réglementation nationale ne suffit pas pour caractériser l'abus : « *Il faut au contraire que les dispositions nationales dont on contourne l'application assurent la protection de valeurs importantes qui sont également reconnues dans le droit communautaire* »[1185]. Ce qui, à son avis, a été le cas dans l'arrêt *TV10*, puisque les dispositions hollandaises cherchaient à garantir « *une radio et une télévision pluralistes et non commerciales* », objectif qualifié comme « *légitime* » par la CJUE.

[1180] CJCE, 25 juillet 1991, *Commission des Communautés européennes c. Royaume des Pays-Bas*, aff. C-353/89, *Rec*. p. I-04069.

[1181] CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c. État néerlandais*, aff. 352/85, *Rec*. p. 02085.

[1182] CJCE, 25 juillet 1991, *Commission des Communautés européennes c. Royaume des Pays-Bas*, aff. C-353/89, *Rec*. p. I-04069, para. 42 ; CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007, para. 24.

[1183] Si les arrêts *Gouda* et *Commission/Pays-Bas* ne l'avaient pas fait déjà… Voir B. Edelman, note sur l'arrêt *Gouda*, *Recueil Dalloz*, 1992, pp. 534-540.

[1184] CJCE, 5 juin 1997, *VT4 Ltd c. Vlaamse Gemeenschap*, aff. C-56/96, *Rec*. p. I-03143.

[1185] *Ibid.*, concl. AG Lenz, para. 38.

889. Ainsi, l'examen de l'abus ne se distingue pas du contrôle de la proportionnalité. On en trouve la confirmation irréfutable dans le texte même de la décision même *TV10*. Devant répondre à l'argument selon lequel l'abus n'est qu'un principe interprétatif délimitant les contours des libertés de circulation, la Cour a indiqué de façon très explicite que :

> *La circonstance que, selon la juridiction de renvoi, TV10 se soit établie au grand-duché de Luxembourg dans le but d'échapper à la législation néerlandaise n'exclut pas que ses émissions puissent être considérées comme des services au sens du traité. En effet, cette question est distincte de celle de savoir quelles sont les mesures qu'un État membre est autorisé à prendre pour empêcher le prestataire de services établi dans un autre État membre de contourner sa législation interne*[1186].

890. Le doute n'est donc plus permis : la question de l'abus n'intervient qu'après celle de la délimitation du champ d'application des libertés de circulation, se distinguant donc de celle-ci. L'arrêt *Centros*, ainsi que ses épigones, continuent dans la même direction. En effet, la Cour de Justice répéta ici le même enseignement :

> *La circonstance que les époux Bryde ont constitué la société Centros au Royaume-Uni dans le but d'échapper à la législation danoise qui impose la libération d'un capital social minimal, qui n'a été contestée ni dans les observations écrites ni lors de l'audience, n'exclut pas non plus que la création par cette société britannique d'une succursale au Danemark relève de la liberté d'établissement au sens des articles 52 et 58 du traité*[1187].

891. La réponse ne peut pas être plus explicite : un comportement qui serait abusif, de l'aveu même de la Cour, peut néanmoins être protégé par la liberté de circulation. C'est pourquoi la Cour analyse ensuite la proportionnalité des mesures adoptées par les autorités danoises pour faire obstacle au comportement abusif des époux[1188].

892. Cette position demeure dans les arrêts rendus en matière fiscale impliquant les libertés de circulation. Dans l'arrêt *Cadbury Schweppes*[1189], après avoir constatée l'entrave à la liberté d'établissement, les juges déclarèrent qu'« *une mesure nationale restreignant la liberté d'établissement peut être justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation*

[1186] CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec*. p. I-04795, para. 15.

[1187] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 18.

[1188] *Ibid*., para. 31 et s. En l'espèce, la Cour exclut leur proportionnalité en toute circonstance en ayant recours à la doctrine du contenu essentiel de la liberté d'établissement.

[1189] CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, *Rec*. p. I-07995.

de l'État membre concerné »[1190], et ensuite d'ajouter : « *[e]ncore convient-il de vérifier si ladite législation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* »[1191], dans le cadre du principe de proportionnalité. La décision *Marks & Spencer* procède également de la même manière[1192].

893. Lorsque l'abus est employé dans sa deuxième acception, c'est-à-dire pour éviter que les libertés communautaires ne soient utilisées abusivement dans le but de profiter des bénéfices offerts par un certain régime national, on peut se demander si l'on doit tirer les mêmes leçons. Il est par exemple souvent dit que la Cour montre dans ces hypothèses plus de déférence envers les États membres. L'arrêt *Lair*, par exemple, semblait ainsi associer la définition de l'abus à la délimitation des dispositions communautaires[1193]. Néanmoins, on peut déceler la même évolution jurisprudentielle que pour la première forme d'abus. Déjà en 1991, dans une série d'arrêts concernant la pratique dite « pillage de quotas » (le fait d'immatriculer les bateaux de pêche sous le pavillon d'autres États membres afin de contourner les quotas alloués à chaque État membre dans le cadre de la *politique commune en matière de pêche*), la CJUE examine les dispositions adoptées par l'Irlande et le Royaume-Uni contre les immatriculations abusives sous l'angle des exceptions aux libertés de circulation pour des raisons d'ordre public[1194]. Le plus récent arrêt *Ninni-Orasche*[1195], affaire qui, à la différence de *Lair*, est intervenue après la « constitutionnalisation » des droits de la citoyenneté européenne[1196], déclare de façon explicite : « *l'éventuel usage abusif des droits octroyés par l'ordre juridique communautaire au titre des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs*

[1190] *Ibid.*, para. 51.

[1191] *Ibid.*, para. 60.

[1192] CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03, *Rec*. p. I-10837.

[1193] CJCE, 21 juin 1988, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, aff. 39/86, *Rec*. 03161, para. 43 : concernant la « prévention de certains abus, qui pourraient se présenter lorsque des éléments objectifs permettent d'établir qu'un travailleur entre dans un État membre dans le seul but d'y bénéficier, après une très courte période d'activités professionnelles, du système d'aide aux étudiants, il y a lieu d'observer que de tels abus ne sont pas couverts par les dispositions communautaires en cause ».

[1194] CJCE, 4 octobre 1991, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, aff. C-93/89, *Rec*. p. I-04569 ; CJCE, 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, aff. C-221/89, *Rec*. p. I-03905 ; CJCE, 4 octobre 1991, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-246/89, *Rec*. I-04585.

[1195] CJCE, 6 novembre 2003, *Franca Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, aff. C-413/01, *Rec*. p. I-13187.

[1196] P. Craig et G. de Búrca, *EU Law…*, préc., pp. 852-853. L'arrêt de référence est le fameux *Baumbast*, où la Cour fit basculer les droits de résidence de la catégorie des dispositions législatives à celle plus digne des dispositions du Traité : CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec*. p. I-07091.

présuppose que la personne intéressée entre dans le champ d'application ratione personae dudit traité »[1197].

894. Il est vrai que d'autres arrêts récents peuvent donner l'impression que la Cour revient à la conception plus classique de l'abus, employant la notion pour définir les contours du champ d'application des libertés communautaires. Dans l'arrêt *Gloszczuk*[1198], par exemple, il est dit que :

> *[…] un ressortissant polonais qui, tout en ayant l'intention d'entreprendre une activité de travailleur salarié ou indépendant dans un État membre, déjoue les contrôles pertinents des autorités nationales, en déclarant faussement se rendre dans cet État à des fins de tourisme, se place en dehors de la sphère de protection qui lui est reconnue sur le fondement de l'accord d'association*[1199].

895. Or, en réalité des cas comme *Glosczuk* ne concernent pas l'abus, au sens où nous l'avons employé jusqu'ici. En se référant au fait que M. Glosczuk avait donné de faux renseignements aux autorités allemandes, la Cour utilise plutôt la notion de simulation, même si elle continue à parler d'abus dans le texte de la décision. Bien évidemment, ce sont deux notions complètement différentes, puisque la simulation, beaucoup plus simplement, ne concerne que la falsification de la réalité[1200]. C'est aussi dans le sens de « simulation » que la CJUE utilise le terme abus à *Akrich*[1201], lorsqu'elle affirme que le champ de protection des libertés de circulation ne couvre pas les situations où elles sont invoquées en vertu d'un « mariage de complaisance »[1202]. Il ne faut donc pas confondre la jurisprudence sur la simulation avec celle sur l'abus, même si la Cour emploie le même terme « abus » de manière quelque peu imprécise dans les deux contextes.

896. Revenant donc à l'abus, au sens strict, il nous semble clair que la Cour de Justice a choisi sans ambages d'abandonner la conception de l'abus comme critère de délimitation des libertés fondamentales, pour considérer au contraire que cette notion constitue une exception susceptible de justifier des restrictions à celles-ci.

[1197] CJCE, 6 novembre 2003, *Franca Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, aff. C-413/01, *Rec*. p. I-13187, para. 31.

[1198] CJCE, 27 septembre 2001, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk*, aff. C-63/99, *Rec*. p. I-06369.

[1199] *Ibid.*, para. 75.

[1200] A. Nuyts, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 745-790.

[1201] CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, aff. C-109/01, *Rec*. p. I-09607.

[1202] *Ibid.*, para. 57.

897. Nous ne pouvons donc qu'être en désaccord avec une partie de la doctrine qui considère la notion d'abus comme totalement distincte des exceptions aux libertés communautaires poursuivant un intérêt légitime[1203]. Mme Sørensen, par exemple, se montre étonnée, à cet égard, que l'analyse de proportionnalité soit combinée avec celle de l'abus[1204].

898. Or, ce qui est encore moins compréhensible c'est la manière avec laquelle la plupart des auteurs, tout en concevant l'abus comme notion séparée de l'entrave, omettent en même temps de comprendre l'abus conformément à la définition classique de Planiol. Cela serait certes très aventureux, sachant que la Cour l'a rejeté expressément dans les arrêts *Segers* et *TV10*, comme l'on vient de voir. Mais il faudrait alors en tirer toutes les conséquences en arrêtant de prétendre que l'abus permettrait aux autorités étatiques de se soustraire à l'analyse de proportionnalité, en criant simplement « abus ! ».

899. Pour achever la démonstration, on peut relever des exemples où la Cour accepte, implicitement, que l'abus existe, sans pour autant accepter les mesures adoptées pour le combattre. C'est le cas dans l'arrêt *Centros*, où la Cour déclare : « *En tout état de cause, la lutte contre la fraude ne saurait justifier une pratique de refus d'immatriculation d'une succursale de société ayant son siège dans un autre État membre* »[1205]. Il se peut donc que les conditions de l'abus, telles que détaillées dans l'arrêt *Emsland-Stärke*, soient parfaitement remplies, sans pour autant que les mesures nationales adoptées à l'encontre du comportement abusif soient conformes au droit communautaire.

900. Une autre conséquence de l'évolution de la notion d'abus vers son absorption par le principe de proportionnalité est que les Etats ne sauraient, en toute rigueur, invoquer l'objectif de lutte contre les comportements frauduleux comme un véritable intérêt justificatif. Pareille lutte contre la fraude ne saurait être justifiée que comme un *moyen* de garantir l'efficacité de la poursuite d'un intérêt légitime. Ainsi, dans l'arrêt *Centros*, le but des autorités danoises n'était pas véritablement de lutter contre la fraude *en soi*, mais plutôt de garantir l'efficacité du régime danois de droit des sociétés, qui visait principalement à protéger les créanciers. La protection des créanciers constitue donc le véritable intérêt, principe ou valeur justifiant la mesure en question. La lutte contre la fraude n'est qu'accessoire. Dès lors, envisager la lutte contre l'utilisation abusive des libertés de circulation comme le but des règlementations nationales prête à la confusion.

[1203] L. H. Hansen, « The Development of the Circumvention Principle in the Area of Broadcasting », (1998) 25 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 111-138.

[1204] K E Sørensen, « Abuse of Rights… », préc., p. 433 : « It is difficult to understand why some of these cases are not decided by reference to the principle of abuse of rights ».

[1205] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 38.

901. Ces affaires ne sauraient plus être distinguées d'autres qui, sans que pourtant soit invoquée la figure de l'abus, concernent des mesures qui cherchent à garantir l'efficacité d'une certaine réglementation. Dans l'arrêt *Data Delecta*, par exemple, était en cause une disposition suédoise imposant aux étrangers agissant en justice de verser d'une « *cautio judicatum solvi* », une sûreté destinée à garantir le paiement des frais de procédure auxquels ils seraient éventuellement condamnés. L'objectif était « *d'éviter qu'un demandeur étranger ne puisse intenter une action en justice sans courir de risque financier au cas où il perdrait le procès* », danger qui n'existerait pas à l'égard des demandeurs nationaux ou si la Suède avait ratifié des accords internationaux permettant la saisie des biens du demandeur dans le pays de son domicile[1206]. Ici, aucune mention n'est faite de la figure de l'abus. Pourtant, le raisonnement suit exactement le même cours que dans l'arrêt *Centros*. La mesure suédoise prétendait seulement préserver l'équilibre consacré par son système général de procédure civile, lequel cherchait à décourager les actions en justice sans fondement. L'imposition d'une *cautio judicatum solvi* serait accessoire à cet objectif, exactement comme la mesure examinée dans l'arrêt *Centros*, car garantissant son efficacité à l'encontre de la situation particulière des demandeurs domiciliés à étranger.

902. Sont également comparables des affaires telles que *Seco et Desquenne*[1207] ou *Finalarte*[1208], en matière de droit social, qui concernaient les moyens pris par les autorités étatiques pour garantir le respect de leurs législations par des opérateurs établis dans un autre Etat membre, du fait de la plus grande difficulté à le vérifier. Le droit communautaire ne s'oppose pas, nous dit la Cour, à ce que les Etats membres imposent le respect de leurs législations « *par les moyens appropriés* ». Aucune mention n'est faite dans ces affaires non plus de la figure de l'abus. L'hypothèse reste pourtant la même, si bien que la « lutte contre l'abus » constitue également un des « moyens » dont il faudrait juger de son caractère approprié.

903. Une conséquence supplémentaire de l'absorption de l'abus par le contrôle de proportionnalité est la non-pertinence de la qualification formelle des mesures étatiques

[1206] CJCE, 26 septembre 1996, Data *Delecta Aktiebolag et Ronny Forsberg c. MSL Dynamics Ltd.*, aff. C-43/95, *Rec*. p. I-04661, para. 18.

[1207] CJCE, 3 février 1982, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. jointes 62 et 63/81, *Rec*. p. 00223.

[1208] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831.

en question, caractéristique essentielle, nous l'avons relevé précédemment, de la forme de raisonnement habituellement employée par la Cour[1209]. Du point de vue de la dogmatique du droit international privé, la figure de l'abus de droit communautaire devrait être assimilée à la notion de fraude à la loi ou tout au plus être conçue comme une règle de conflit unilatérale. Pareilles figures se distinguent clairement des règles substantielles de droit international privé, lesquelles « *ne se distinguent des règles substantielles ordinaires que par le fait qu'elles sont destinées spécialement aux relations internationales* »[1210]. Des règles de ce type étaient justement remises en cause dans l'arrêt *Inspire Art*, par exemple, dans lequel la CJUE a dû examiner les règles spéciales hollandaises destinées exclusivement à encadrer lesdites « *pseudo-foreign corporations* », soit les sociétés constituées à l'étranger « de pure forme » dont tous les autres éléments les rattachaient aux Pays-Bas[1211]. Comme dans l'arrêt *Centros*, on cherchait à justifier les exigences contenues dans ces règles sur le capital minimum, sa libération et son maintien en invoquant l'intérêt à éviter la fraude à la loi nationale par le recours abusif à des formes de société étrangères[1212]. La prévention de tels abus serait « *l'objectif fondamental et central* » de la législation incriminée[1213]. On voit ainsi que le même schéma d'appréciation de l'abus est applicable (et que le raisonnement de la Cour est identique) en présence de règles matérielles de droit international privé et lorsqu'un État membre se limite à combattre les abus en étendant le champ d'application des dispositions de son droit national aux situations qui ne sont rattachées à un autre État membre que de manière artificielle. La qualification formelle des mesures étatiques en question est dès lors parfaitement indifférente.

904. En définitive, il faut en conclure que l'exception d'abus de droit communautaire est une notion dont la spécificité est très surestimée, du moins si on part d'une analyse de la jurisprudence. En effet, la CJUE refuse de permettre que, par le biais de cette exception, puissent être déclarées compatibles avec le droit communautaire des mesures qui, autrement, seraient jugées disproportionnées ou même comme poursuivant un but illégitime. Certes, le régime de l'abus exige d'examiner des circonstances particulières, comme enseignent les arrêts *Emsland-Stärke* ou *Cadbury Schweppes*, telles que la réalité de la « circulation » ou le but du comportement. Pourtant, il reste que les mesures nationales combattant les abus, pour autant qu'elles soient considérées comme constitutives d'une entrave à libertés communautaires, continuent à être soumises au

[1209] Voir *supra*, nº 119 et s.

[1210] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., nº 135.

[1211] Voir la note sous l'arrêt *Inspire Art* : E. Pataut, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 491-494.

[1212] CJCE, 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, *Rec*. p. I-10155, para. 110.

[1213] *Ibid.*, para. 115.

contrôle de proportionnalité. Il faut ainsi considérer que l'abus n'est qu'une « spécialisation » de ce dernier principe, face à un phénomène particulier (le contournement du droit national sous le couvert des libertés de circulation) contre lequel les États membres se sont empressés de lutter (phénomène qui, comme le relèvent certains, devient de plus en plus fréquent[1214]).

905. Certes, cette solution peut être critiquée, dans la mesure où elle réduit la notion d'abus à une notion pratiquement inexistante, voire à une « fausse notion ». A un niveau plus profond, il est d'ailleurs légitime de se demander pourquoi les libertés de circulation devraient être interprétées comme protégeant des comportements que la Cour accepte même de qualifier comme « abusifs » ou « frauduleux ». Rappelons que dans l'arrêt *Centros*, tout en affirmant qu'un « *État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale* »[1215], la CJUE finit par refuser cette même possibilité à l'État danois, dont la législation sur le capital minimum pour constituer une société fut impunément contournée par deux de ses ressortissants. Pareilles affaires conduisent assurément à s'interroger sur l'utilité réelle de la figure de l'abus dans le contexte des libertés de circulation, si bien qu'elles témoigneraient « *du déclin de la fraude* »[1216].

906. Pourtant, à ce stade de notre analyse, on se contentera de relever que l'exception d'abus, bien qu'elle semble introduire une nouvelle manière de contrôler la conformité du champ d'application des droits des États membres aux libertés de circulation, n'est en réalité qu'une application particulière du principe de proportionnalité.

907. Cela exclut aussi que l'on puisse caractériser l'abus comme une norme de coordination des systèmes juridiques des États membres. Depuis le début des années 1990 la prohibition de l'abus de droit communautaire est une exception aux libertés fondamentales, soumise en tant que telle au respect du principe de proportionnalité. Dès lors, la prohibition de l'abus est radicalement inapte à définir les compétences des États membres, dont la légitimité dépend en réalité d'une analyse circonstanciée des coûts et bénéfices impliqués[1217].

908. Il faut ensuite noter que cette évolution est exactement la même à propos du test d'équivalence, comme nous allons voir maintenant.

[1214] T. Tridimas, « Abuse of Right in EU Law… », préc., p. 3 ; L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel… », préc., p. 38.

[1215] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459, para. 24.

[1216] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, 2007, t. I, nº 432.

[1217] Voir *supra*, Partie I.

§ 2 – Le test d'équivalence

909. A l'instar de ce que nous venons de constater à propos de l'abus, le test d'équivalence a d'emblée surgi comme une figure autonome permettant de déterminer la conformité du droit national aux libertés de circulation (A). L'évolution ultérieure de la jurisprudence lui a pourtant fait perdre de sa spécificité, de sorte qu'aujourd'hui elle ne constitue qu'une expression du principe de proportionnalité (B).

A. L'interprétation initiale du test d'équivalence comme alternative au principe de proportionnalité

910. A la suite de l'arrêt *Cassis de Dijon*, l'obstacle le plus paradigmatique à la libre circulation intracommunautaire résultant de la disparité législative résidait dans les régulations et contrôles de l'État d'accueil faisant « double emploi » avec ceux de l'État d'origine. Cette duplicité était souvent motivée par une méfiance du premier Etat à l'égard du second, ce qui conduisait la CJUE à réagir de manière énergique au nom du principe de confiance mutuelle. C'est ici qu'intervient le test d'équivalence qui, comme le dit M. Fallon, « *est appelé à jouer lorsque le produit fait déjà l'objet, dans l'État membre d'origine, d'une réglementation, à laquelle il se conforme. C'est la disparité des normes en présence qui gêne alors la circulation du produit* »[1218]. Sont alors disqualifiées les normes de l'État d'accueil rendues superflues par l'intervention préalable de l'État d'origine[1219].

911. Pour mieux saisir le sens du test d'équivalence, examinons la jurisprudence pertinente, qui est relativement ancienne. L'arrêt *Biologische Producten*[1220], en matière de libre circulation des marchandises, est peut-être le plus illustratif des mesures superflues que la Cour visait à éradiquer. Les autorités néerlandaises soumettaient des produits désinfectants, importés d'un autre État membre, aux mêmes analyses qui avaient déjà été effectuées par les autorités de l'État d'origine. La Cour, tout en reconnaissant que l'objectif des contrôles effectués par les Pays-Bas de protection de la santé publique était légitime, n'a pas pourtant hésité à les disqualifier, soulignant que ses autorités, « *tenues de contribuer à un allègement des contrôles dans le commerce intracommunautaire […] ne sont pas en droit d'exiger sans nécessité des analyses techniques ou chimiques […] si les résultats du contrôle opéré dans l'État membre d'origine satisfont aux besoins de*

[1218] M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve : Bruylant-Academia, 2ème éd., 2002, p. 150.

[1219] C. Barnard, *The Substantive Law of EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2010, 3ème éd., pp. 84-85.

[1220] CJCE, 17 décembre 1981, *Procédure pénale c. Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV*, aff. 272/80, *Rec*. p. 03277.

protection de la santé dans l'État membre importateur »[1221]. Les contrôles effectués par les deux pays étaient équivalents, parce que les deux poursuivaient le même objectif de protection de la santé de manière aussi efficace, de sorte que la mesure de l'Etat d'accueil devait être disqualifiée.

912. Dans la première étape de la jurisprudence du test d'équivalence, principalement pendant les années quatre-vingt, ce test semblait marquer les limites des libertés de circulation, à l'instar de la notion d'abus développée initialement à partir des arrêts précités *Leclerc* et *Van Binsbergen*. Dit autrement, ce test semblait intervenir au stade de la constatation d'une atteinte à la libre circulation, et non pas dans le stade ultérieur de l'examen de sa justification par le biais de la proportionnalité.

913. Ainsi, la première jurisprudence se contente de valider les mesures nationales qui poursuivent un intérêt légitime et satisfont le test de (non)équivalence, de sorte que la qualification de l'entrave ne semble pas distinguable de celle de l'équivalence. Dans l'arrêt précité *Biologische Producten*, la CJUE signale qu'un État membre « *est libre de soumettre un produit du type de celui en cause ayant déjà fait l'objet d'une agréation dans un autre État membre à une nouvelle procédure d'examen et d'agréation* »[1222], pourvu seulement que l'exigence d'agréation cherche à protéger la santé publique et qu'elle ne fasse pas double emploi avec les contrôles de l'État d'origine. Le test d'équivalence ne semble donc laisser de la place pour un éventuel contrôle de proportionnalité.

914. Aussi, dans l'arrêt *United Foods*, rendu pratiquement au même temps que *Biologische Producten*, l'analyse de la conformité au droit communautaire d'une mesure imposant le contrôle du poisson importé en Belgique ne fut pas déclinée en deux étapes – la qualification de l'entrave et puis l'examen de sa justification, comme le fait normalement la Cour par le biais de la proportionnalité. La CJUE s'est, dans cette affaire, contentée au contraire de constater que le contrôle exercé par les autorités du pays d'origine était identique à celui de l'Etat destinataire. Cette constatation suffit à qualifier ladite mesure de « *restrictions déguisées* » du commerce intracommunautaire[1223].

915. D'autres arrêts de la même époque semblent aller dans le même sens. Dans l'arrêt *Webb*, concernant le détachement intracommunautaire des travailleurs, la CJUE soumit au test d'équivalence, pour la première fois, les régimes du droit du travail des deux États membres concernés. La Cour affirme qu'il « *est loisible aux États membres, et constitue pour eux un choix politique légitime effectué dans l'intérêt général, de soumettre la mise*

[1221] *Ibid.*, para. 14-15.

[1222] *Ibid.*, para. 14.

[1223] CJCE, 7 avril 1981, *NV United Foods et PVBA Aug. Van den Abeele c. État belge*, aff. 132/80, *Rec.* p. 00995, para. 29.

à disposition de main-d'œuvre sur leur territoire à un régime d'autorisation »[1224], à condition seulement que les exigences auxquelles l'autorisation est soumise ne fassent pas « *double emploi avec les justifications et garanties exigées dans l'État d'établissement* » [1225] . L'examen de l'entrave se confond ainsi avec celui de l'équivalence : font obstacle à la libre circulation les mesures faisant « double emploi ».

916. A l'instar également de la première étape jurisprudentielle de la notion d'abus, cette interprétation du test d'équivalence amène la Cour à raisonner en termes dogmatiques, s'éloignant ainsi du type de raisonnement technique qui caractérise la proportionnalité. Cela est particulièrement appréciable dans l'arrêt *Guiot*. Bien que « *l'intérêt général lié à la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction […] [puisse] constituer une raison impérieuse justifiant une telle restriction à la libre prestation de services* » [1226], la Cour ajoute que « *[t]el ne serait toutefois pas le cas si les travailleurs en question jouissaient de la même protection, ou d'une protection essentiellement comparable, en vertu des cotisations patronales déjà versées par l'employeur dans son État membre d'établissement* »[1227]. L'application du standard du « essentiellement comparable » présuppose évidemment une interprétation dogmatique qui ne saurait être accomplie à l'aide simplement de constatations empiriques, comme serait le propre d'une évaluation coûts-bénéfices[1228].

917. Quoi qu'il en soit, il importe ici de souligner que cette interprétation du test d'équivalence permettait de concevoir les libertés de circulation comme des normes de coordination des systèmes juridiques des Etats membres, qui chercheraient à éliminer les accumulations de règlementations.

918. Il n'est donc pas étonnant que le test d'équivalence ait rapidement intéressé la doctrine spécialisée du droit international privé. Comme le dit un auteur, le test d'équivalence « *évoque bien une méthode conflictuelle, cherchant à comparer le contenu des lois en présence afin de mesurer la légitimité de l'application territoriale d'une règle impérative sans considération pour le contenu de la loi qui régit le rapport juridique* » [1229] . En effet, la comparaison des droits est souvent pratiquée par les

[1224] CJCE, 17 décembre 1981, *Procédure pénale c. Alfred John Webb*, aff. 279/80, *Rec*. p. 03305, para. 19.

[1225] *Ibid.*, para. 20.

[1226] Voir aussi CJCE, 28 mars 1996, *Procédure pénale c. Michel Guiot et Climatec SA*, aff. C-272/94, *Rec*. p. I-01905, para. 16.

[1227] *Ibid.*, para. 17.

[1228] Voir *supra*, Partie I, Titre II.

[1229] M. Fallon, « Le détachement européen… », préc., p. 796.

internationalistes, afin de déterminer laquelle devra s'appliquer au cas d'espèce[1230]. Par exemple, une des figures traditionnelles du droit international privé, les règles de conflit à coloration matérielle, « *dont le but avoué est de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat matériel voulu par l'auteur de la règle de conflit* »[1231], telles que l'article 8.1 du règlement Rome I[1232], impliquent par hypothèse la comparaison du contenu des droits en présence.

919. Ceci dit, il ne faut pas oublier que la condition d'équivalence ne peut opérer qu'à l'égard de certaines parties du droit, les autres n'étant pas susceptibles d'être examinées en ces termes. Les auteurs signalent que seules l'équivalence n'a aucun rôle à jouer à l'égard des normes de droit privé[1233]. M. Heuzé reprend cette analyse pour souligner que seul le droit public peut s'exprimer « *sous la forme d'une alternative entre l'action et l'abstention* », de manière « *qu'une action exercée par un État rend éventuellement surabondante l'action d'un autre État* »[1234]. C'est le contraire, explique-t-il, pour le droit privé : « *parce qu'il s'agit de réaliser un arbitrage entre des intérêts antagonistes, et qu'il est donc impossible de donner ou de garantir à l'un sans retirer ou imposer à l'autre, la comparaison entre ces deux règles ne peut conduire qu'à l'établissement d'une relation de parfaite identité ou de totale contradiction* »[1235].

920. Quoi qu'il en soit, que la première jurisprudence sur le test d'équivalence permette ou non de concevoir les libertés de circulation comme des normes de coordinations des droits des Etats membres, cette jurisprudence a, par la suite, subi une évolution très significative conduisant à l'intégration du test d'équivalence dans le cadre du contrôle de proportionnalité.

B. L'évolution jurisprudentielle, conduisant à la dissolution du test d'équivalence dans le contrôle de proportionnalité

921. Déjà dans l'arrêt *Seco et Desquenne*, rendu immédiatement après *Webb*, la Cour a examiné dans quelle mesure les exigences de l'État d'accueil étaient aptes à servir à

[1230] Voir p.ex. G. Bermann, « Droit comparé et droit international : alliés ou ennemis ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, pp. 519-529.

[1231] P. Lagarde, « Le principe de proximité… », préc., p. 56.

[1232] Cet article établit : « Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article ».

[1233] M. Wilderspin et X. Lewis, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *Revue internationale de droit international privé*, 2002, pp. 1-37 et 289-313, p. 34.

[1234] V. Heuzé, « De la compétence de la loi… », préc., p. 412.

[1235] *Ibid.*, p. 413.

l'objectif invoqué, à savoir la protection des travailleurs. On sait bien que le test d'aptitude est la première branche du principe de proportionnalité : la Cour va donc au-delà de la simple comparaison entre le droit de l'Etat d'accueil et celui de l'Etat d'origine. Il devient donc possible de séparer la notion d'entrave de la justification de celle-ci, puisque la Cour ne se contente pas de comparer les deux droits en présence. La mesure incriminée, imposant aux entreprises établis dans un autre État membre et détachant temporairement leurs travailleurs sur le territoire du pays d'accueil l'obligation de payer des cotisations sociales, a été défendue par les autorités luxembourgeoises en faisant valoir qu'elle compensait l'éventuel non-respect du droit luxembourgeois sur le salaire minimal, inobservation que le caractère temporaire du détachement rendait en pratique difficile à surveiller. Or, l'argument ne réussit pas à convaincre la Cour :

> *On ne saurait qualifier de moyen approprié une règlementation ou pratique imposant de façon générale une charge sociale […] étant donné qu'une telle mesure générale ne serait de par sa nature pas apte à faire respecter cette règlementation ni à profiter, de quelque façon que ce soit, à la main-d'œuvre dont il s'agit*[1236].

922. On constate donc que le test d'équivalence perd de son importance, au fur et à mesure qu'il ne devient qu'un des arguments à prendre en compte au stade de l'examen de la justification de la mesure par le biais du principe de proportionnalité. La Cour ne se limite pas à comparer les deux droits en présence : elle s'intéresse à la rationalité interne de la mesure examinée, indépendamment du droit applicable dans l'Etat d'accueil.

923. Dans ce sens, l'arrêt *Commission/Allemagne*, en matière de prestation de services d'assurance, nous montre parfaitement la place prise par le test d'équivalence au sein du principe de proportionnalité. Tout d'abord, la qualification de l'entrave est clairement séparée de l'analyse de la proportionnalité de la mesure[1237]. Et puis, cette dernière analyse est clairement divisée en plusieurs parties, la première abordant « *le point de savoir si l'intérêt général n'est pas déjà assuré par les règles de l'État*

[1236] CJCE, 3 février 1982, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. jointes 62 et 63/81, *Rec*. p. 00223, para. 14.

[1237] CJCE, 4 décembre 1986, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. 205/84, *Rec.* p. 03755. Les exigences allemandes « constituent des restrictions à la libre prestation des services en ce qu'elles rendent plus onéreuses ces prestations dans l'État destinataire » (Ibid., para. 28). Dans le paragraphe suivant la Cour ajoute que ces restrictions « ne peuvent être considérées comme compatibles avec les articles 59 et 60 du Traité que s'il est établi qu'il existe, dans le domaine de l'activité considérée, des raisons impérieuses liées à l'intérêt général qui [les] justifient […] que cet intérêt n'est pas déjà assuré par les règles de l'État d'établissement et que le même résultat ne peut pas Être obtenu par des règles moins contraignantes ».

d'établissement »[1238], les suivantes examinant la nécessité d'un régime d'agrément et de l'exigence de posséder un établissement sur le territoire allemand[1239].

924. Le test d'équivalence se transforme dès lors en une simple application du principe de proportionnalité, perdant de sa spécificité. La Cour vérifie que la réglementation en question n'est pas équivalente à celle de l'Etat d'origine désormais non pas parce qu'elle cherche à garantir la coordination des deux systèmes juridiques mais plutôt parce qu'une réglementation faisant double emploi s'avère parfaitement dépourvue d'utilité et donc injustifiable en vue d'une analyse coûts-bénéfices[1240].

925. Les arrêts plus récents montrent que la Cour est de moins en moins concernée par le test d'équivalence, qui se confond avec le test d'adéquation. Dans l'arrêt *Reisebüro Broede* était en cause la réglementation allemande réservant le recouvrement judiciaire de créances exclusivement aux avocats. Puisque cette activité était interdite aux entreprises établies dans un autre État membre, la Cour a constaté facilement l'existence d'une entrave à la liberté de prestation de services. La Cour ne semble pas examiner si l'intérêt poursuivi par l'Allemagne – garantir la qualité du conseil juridique et la bonne administration de la justice[1241] – était déjà assuré par la réglementation française, la loi de l'État d'établissement de l'entreprise demanderesse. Pourtant, le cas se prêtait très facilement à un examen en termes d'équivalence, puisque, comme dans l'arrêt *Commission/Allemagne*, la mesure allemande concernait la qualité des opérateurs. De plus, la Cour elle-même a rappelé que la proportionnalité de la mesure allemande dépend de la question de savoir si l'intérêt qu'elle poursuit « *n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi* »[1242]. Or, ici l'analyse de l'équivalence n'est pas poursuivie, la CJUE se contentant de signaler que « *la République fédérale d'Allemagne est en droit de considérer que les objectifs poursuivis par le RBerG* [la règlementation en cause] *ne peuvent pas, pour ce qui concerne cette activité, être atteints par des moyens moins restrictifs* »[1243]. Plus encore, la Cour a refusé explicitement de juger de la proportionnalité du régime allemand en le comparant à son équivalent français : « *le fait qu'un État membre impose des règles*

[1238] *Ibid.*, para. 34-41.

[1239] *Ibid.*, para. 42-51 (examinant l'exigence d'un régime d'agrément) et 52-57 (à propos de la nécessité d'un établissement sur le territoire allemand).

[1240] CJCE, 25 octobre 2001, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-493/99, *Rec*. p. I-08163, para. 21-23.

[1241] CJCE, 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede c. Gerd Sandker*, aff. C-3/95, *Rec*. p. I-06511, para. 31.

[1242] *Ibid.*, para. 28.

[1243] *Ibid.*, para. 41.

moins strictes que celles imposées par un autre État membre ne signifie pas que ces dernières sont disproportionnées »[1244].

926. Ces deux éléments – perte d'importance du test d'équivalence au sein de l'analyse de la justification, refus de procéder à une comparaison des régimes afin de se prononcer sur leur proportionnalité – dominent la jurisprudence la plus récente. Dans l'arrêt *Placanica*[1245], par exemple, la Cour a omis d'examiner l'équivalence des exigences de la législation italienne régulant les paris avec celles du régime du pays d'origine, malgré les conseils de l'Avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, qui encourageait la Cour (en termes très forts : « *Ignorer ou méconnaître les examens subis et les garanties fournies dans d'autres pays de l'Union […] freine la construction européenne et porte atteinte à ses fondements mêmes* »[1246]) à les déclarer parfaitement équivalentes. Un peu avant, dans l'affaire *Gambelli*[1247], non seulement la Cour n'a pas examiné les restrictions de la législation italienne sous l'angle de l'équivalence, mais, en plus, elle est allée jusqu'à éradiquer toute mention du test d'équivalence parmi les conditions qu'une mesure doit satisfaire pour être justifiée. Aux termes de cet arrêt, les restrictions à la liberté d'établissement (ou, par hypothèse, aucun problème de duplicité ne peut se poser) et à la libre prestation de services « *doivent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* »[1248]. Cette approche est encore poursuivie plus récemment dans l'arrêt *Santa Casa*, qui, selon l'avis de Mme Péraldi Leneuf, « *consacre donc l'inapplication, pour les jeux et paris en ligne, du principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle tel qu'il a été défini par la Commission européenne à la suite de la jurisprudence Cassis de Dijon* »[1249].

927. La jurisprudence sur le détachement des travailleurs illustre bien l'évolution que l'on vient de décrire. Tandis que les premières décisions se concentraient sur l'équivalence des régimes (*Webb*, *Guiot*), la Cour a commencé bientôt à insérer le test d'équivalence au sein d'un examen beaucoup plus circonstancié de la législation de l'État d'accueil. D'abord, dans l'arrêt *Arblade et Leloup* la Cour a examiné, parmi d'autres dispositions, si l'obligation de tenue des documents sur le chantier constituait « *la seule*

[1244] *Ibid.*, para. 42.

[1245] CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales c. Massimiliano Placanica e.a.*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Rec.* p. I-01891.

[1246] *Ibid.*, concl. AG Ruiz-Jarabo Colomer, para. 128.

[1247] CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale c. Piergiorgio Gambelli e.a.*, aff. C-243/01, *Rec.* p. I-13031.

[1248] *Ibid.*, para. 65.

[1249] F. Péraldi Leneuf, « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence. A propos de l'arrêt *Santa Casa* », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 7-30, p. 19.

mesure appropriée de contrôle au regard de l'objectif poursuivi »[1250], s'interrogeant aussi si « *l'employeur est soumis, dans l'État dans lequel il est établi, à des obligations comparables* »[1251]. Mais ensuite, dans d'autres arrêts plus récents, comme *Finalarte*[1252], *Commission/Luxembourg*[1253] ou *Rüffert*[1254], aucune mention n'est faite à propos de l'équivalence des régimes, la CJUE préférant de conduire un examen très minutieux des justifications offertes par les gouvernements de l'État d'accueil. En définitive, comme le déclare l'Avocat général Tesauro, désormais l'équivalence « *constitue de nouveau une (autre) application du principe de proportionnalité* »[1255]. Thomas Franck signale également la proximité des notions d'équivalence et de proportionnalité[1256]. C'est sans doute juste, eu égard à la jurisprudence actuelle, où l'équivalence semble se dissoudre dans l'examen des justifications apportées par les Etats membres.

928. L'absorption progressive du test d'équivalence par le contrôle de proportionnalité doit ainsi être mise en parallèle avec celle de l'abus de droit communautaire. Initialement, les deux figures semblaient autonomes, car elles se situaient au stade de la définition de l'entrave à la circulation et permettaient d'identifier de véritables règles de conflit ou de répartition horizontale de compétences entre les Etats membres. Aujourd'hui, les deux s'intègrent pleinement dans l'évaluation de type technique que suppose le principe de proportionnalité, et interviennent donc au stade de l'examen de la justification de l'entrave, ne délimitant donc plus les compétences des Etats membres sur le plan horizontal. Une alternative néanmoins demeure à l'application du principe de proportionnalité : le contenu essentiel des libertés de circulation, que nous allons examiner maintenant.

[1250] CJCE, 23 novembre 1999, *Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)* aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec*. p. I-08453, para. 62.

[1251] *Ibid*., para. 66.

[1252] CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831.

[1253] CJCE, 19 juin 2008, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-319/06, *Rec*. p. I-04323.

[1254] CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, aff. C-346/06, *Rec.* p. I-01989.

[1255] CJCE, 28 mars 1996, *Procédure pénale c. Michel Guiot et Climatec SA*, aff. C-272/94, *Rec*. p. I-01905, concl. AG Tesauro, note 14.

[1256] T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures… », préc., p. 715.

SECTION 2. Le caractère non-exceptionnel du principe de proportionnalité

929. Dans la doctrine, l'approche amplement majoritaire consiste à réduire la portée du principe de proportionnalité à celle d'une simple exception à la règle générale d'interdiction des entraves à la circulation. Ainsi, par exemple M. Fallon, pour qui le fonctionnement « normal » des libertés de circulation désignerait comme applicable la loi du pays d'origine, la motivation de la Cour par le biais du principe de proportionnalité « *s'assimile ainsi à une structure opposant un principe à son exception : l'application de la loi du lieu d'occupation figure comme une dérogation à celle de la loi d'origine* »[1257]. La proportionnalité interviendrait comme un « mécanisme d'exception »[1258].

930. On le compare ainsi à l'exception d'ordre public en droit du conflit de lois : de la même manière que la loi normalement applicable est écartée lorsque son application violerait des principes fondamentaux de l'ordre juridique du for, à l'interdiction des mesures entravant la circulation intracommunautaire feraient exception celles protégeant un intérêt public légitime de manière proportionnée[1259]. Pour M. Baquero Cruz, tout principe extérieur au libre marché et à l'« ethos néolibéral » est également l'exception à la règle[1260]. Ce qualificatif d'exception permet aux auteurs d'ignorer la proportionnalité dans leurs analyses des libertés de circulation. Le manuel de référence de MM. Dubouis et Blumann intitulé *Droit matériel de l'Union européenne*, par exemple, ne contient aucune rubrique consacrée à la « proportionnalité » dans son index analytique, lequel est pourtant considérablement rempli[1261].

931. Cette position ne nous semble pas convaincante. On se référera ici aux travaux bien connus du théoricien critique du droit, M. Schauer, pour relever que, fréquemment, un élément du droit est réduit par l'analyste au statut d'exception pour éviter d'en prendre acte : une telle manœuvre est dénoncée soit comme de la paresse intellectuelle, soit comme une incapacité à comprendre l'élément en question et de l'incorporer dans une vision systématique. M. Schauer note justement que la notion d'exception est un « sujet invisible » dans la théorie du droit[1262], « *il y a quelque chose d'apparemment inoffensif*

[1257] M. Fallon, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 1995, vol. 253, pp. 9-282, nº 79.

[1258] M. Fallon et J. Meeusen, « Private International Law… », préc., p. 44.

[1259] *Ibid.*, p. 62. Voir aussi R. Baratta, « Problematic elements… », préc., pp. 10-11.

[1260] J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement…*, préc., pp. 65 et 79.

[1261] L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 2006, 4ème éd., p. 647 et s.

[1262] F. Schauer, « Exceptions », (1991) 58 *University of Chicago Law Review*, pp. 871-904, p. 872 : « Indeed, the exception is an invisible topic in legal theory, thus distinguishing it from such thoroughly analyzed concepts as precedent and legislative intent. Implicit in this lack of attention seems to be an understanding that no interesting generalizations are to be derived about the exceptions that surface almost everywhere throughout most legal systems ».

dans le pouvoir de créer des exceptions, car quelque chose dans l'exception lui donne une apparence de trivialité »[1263]. Or, il souligne que l'exception est un élément essentiel de la règle, au même titre que les éléments ou conditions composant celle-ci. Ainsi, il n'y a pas de différence entre la règle qui exclut par elle-même l'hypothèse (x) de la règle à laquelle est ajoutée une exception excluant ladite hypothèse[1264]. Prétendre ainsi décrire une règle sans prendre acte des exceptions la qualifiant, ou en sous-estimant l'importance de celle-ci, ne peut conduire qu'à se méprendre sur son véritable sens.

932. Partant donc de ces remarques préliminaires fondées sur les travaux de M. Schauer, nous allons tenter de prendre la notion d'exception « au sérieux », en vérifiant si le principe de proportionnalité mérite d'être qualifié comme telle. Nous découvrirons que la réponse est négative. En effet, qu'on l'on se rattache à une conception formelle (§ 1) ou matérielle (§ 2) de la notion d'exception, la conclusion est la même : le principe de proportionnalité résiste à une telle appréhension. Le schéma règle-exception est inapplicable à la relation entre les libertés de circulation et le principe de proportionnalité car les deux se confondent entièrement.

§ 1 – Le caractère non-exceptionnel du principe de proportionnalité d'un point de vue formel

933. Comprise à l'aide de critères purement formels, la notion d'exception devient en réalité vide de sens, de sorte qu'elle se confond avec celle de règle. Certains auteurs[1265] soutiennent dans ce sens que toute exception n'est qu'une composante de la règle à laquelle elle semblerait adjointe, si bien que toute description d'une règle qui ne contient pas également ses exceptions est incomplète. M. Schauer explique ainsi que les exceptions sont dues à des insuffisances linguistiques. Là où le langage courant ne contient pas un terme pour englober précisément la classe d'actes ou personnes visée par l'auteur de la règle, celui-ci définira les destinateurs de la règle à l'aide d'un terme plus ample, tout en l'assortissant d'une exception pour réduire son champ comme souhaité. En revanche, là où le langage s'avère suffisamment précis, le recours aux exceptions ne présente aucune utilité[1266]. La présence d'exceptions répond ainsi à une simple

[1263] *Ibid.*, p. 895 : « There is something seemingly benign about the ability to create exceptions, for something about an exception looks comparatively trivial ».

[1264] *Ibid.*, p. 893: « The corollary of recognizing that rule R, which internally excludes instance I, is no different from rule R(1), which internally includes instance I but then contains an exception for I, is that there is also no difference between adding an exception I to rule R and changing rule R ».

[1265] C.O. Finkelstein, « When the Rule Swallows the Exception », in *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Frederick Schauer*, Oxford : Hart Publishing, 1999, pp. 147-175, pp. 150-151.

[1266] F. Schauer, « Exceptions », préc., pp. 873-875.

« *éventualité linguistique* » (« *linguistic fortuity* »), et non pas à une question de véritable « *substance* »[1267].

934. En partant d'une telle conception « banale » des exceptions, la seule véritablement permise par des conceptions « scientifiques » du droit[1268], il n'y a pas de véritable exception, mais plutôt une simple « *alternative* » à la règle intégrée dans celle-ci, si bien que la règle et l'exception se situent « *en situation d'indépendance réciproque, de sorte qu'il s'agit plutôt d'une dualité de règles qui échappe à la dialectique du normal et de l'exceptionnel* »[1269]. Dans ce sens, l'exception ne remet nullement en cause la règle, elle contribue tout simplement à en préciser la portée : « *La loi civile subsiste au contraire si la soustraction du cas singulier à la règle ordinaire a été formulée en des termes qui permettent de prévoir quels autres cas se trouvent lui être, de ce chef, également soustraits* »[1270]. Nous constaterons cependant que la proportionnalité n'opère pas au sein des libertés de circulation comme une « alternative » à celles-ci. En effet, il n'y a pas d'indépendance réciproque, les deux se confondant parfaitement (A). En outre, aucune des caractéristiques formelles des exceptions que l'on retrouve habituellement n'est présente dans la jurisprudence de la Cour de justice (B).

A. L'absence d'une règle alternative

935. Rappelons tout d'abord que le principe de proportionnalité n'est pas, comme nous l'avons montré auparavant, un principe substantiel applicable déductivement, mais plutôt une forme particulière de raisonnement qui se distingue radicalement de la déduction syllogistique à laquelle nous sommes habitués en tant que juristes de tradition romano-germanique[1271].

[1267] C'est pourquoi M. Schauer affirme que les règles destinées simplement à conforter les pratiques sociales ne seront pas habituellement assorties d'exceptions (puisque le langage courant, adapté aux pratiques sociales, sera normalement déjà suffisamment précis), tandis que les règles visant à modifier de telles pratiques contiendront relativement plus d'exception (puisqu'elles se trouveront en manque d'un vocabulaire déjà adapté). (doctrine qui en réalité nie que des exceptions véritables existent, car elles résultent de simples circonstances sémantiques, si bien qu'on peut toujours inverser la règle et l'exception ou la faire disparaître à travers des affinements linguistiques). *Ibid.*, p. 879.

[1268] Selon Batiffol, la « dialectique des principes et exceptions » est « irrecevable » dans les sciences : « si une soi-disant loi n'est pas vérifiée dans un cas donné, le physicien ou le biologiste conclut que la loi est fausse, en tout cas inexacte ; il ne lui viendrait pas à l'idée d'énoncer une exception : la recherche est à reprendre », H. Batiffol, *Problèmes de base…*, préc., p. 254. Ainsi, Kelsen n'accepte de parler de normalité qu'en termes statistiques : « Dans la mesure où le mot « norme » est exprimé sous forme de l'adjectif « normal », ce n'est pas devoir-être, mais un être qui est ainsi exprimé. « Normal » est ce qui en règle générale a effectivement lieu », H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, préc.

[1269] F. Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 673-678, p. 674.

[1270] H. Batiffol, *Problèmes de base…*, préc., p. 257.

[1271] Voir *supra*, Partie I.

936. Si le principe de proportionnalité occupait la place d'une exception (dans un sens formel) au sein des libertés de circulation, il faudrait s'attendre à ce que certaines questions passent au crible dudit principe, tandis que d'autres y échappent complètement pour être soumises à une application déductive « pure » des libertés de circulation. Le rapport entre les espaces occupés par chaque méthodologie devrait par conséquent être d'indépendance réciproque, comme nous venons de le mentionner. Pourtant, une telle alternative est presque entièrement absente au sein des libertés de circulation. La Cour de justice n'a jamais identifié de frontière entre les deux méthodologies. Nous ne trouvons que quelques exemples isolés (que nous avons rattachés à la doctrine du contenu essentiel des droits fondamentaux[1272]), tels que l'arrêt *Centros*, où la Cour a admis implicitement l'existence d'entraves de la circulation qui seraient injustifiables en toute hypothèse. De telles hypothèses restent pourtant extrêmement rares, si bien que nous peinons à trouver des références dans la doctrine qui en prennent acte.

937. Mise à part donc la jurisprudence *Centros*, l'appréciation de l'entrave implique nécessairement l'examen de la proportionnalité de la mesure incriminée. Dit autrement, la notion d'entrave coïncide parfaitement avec le domaine de la proportionnalité, quitte à ce que la Cour s'abstienne tout simplement de contrôler la validité de la mesure en question en ayant recours à la marge d'appréciation des Etats membres[1273]. Il n'y a donc point de dualité entre les deux, aucun de rapport d'indépendance réciproque. Ici comme ailleurs, les apparences sont trompeuses. Bien que la Cour indique que : « *viole le droit communautaire la mesure nationale constitutive d'une entrave, à moins qu'elle poursuive un but légitime de façon proportionnée* », elle pourrait tout simplement affirmer (ce qui serait par ailleurs beaucoup plus clair) : « *Une mesure constitutive d'une entrave viole le droit communautaire si elle est disproportionnée* ». Comme le dit aussi M. Schauer :

> *[…] si une règle n'est appliquée que lorsqu'elle est juste, alors il appert de nouveau que parler d'une exception, ou du pouvoir d'en créer une, constitue largement une distraction. Le pouvoir de créer une exception à la règle en répondant aux exigences de la justice équivaut* simpliciter *au pouvoir de juger en équité*[1274].

938. Peu importe que la Cour utilise parfois un langage apparemment catégorique. Comme elle dit par exemple dans l'arrêt *Ahokainen et Leppik*, employant une formulation souvent répétée :

[1272] Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2, Section 3.

[1273] Sur cette question, voir *infra*, Partie III.

[1274] F. Schauer, « Exceptions », préc., p. 895 : « […] if a rule will be applied only when it is consistent with justice, then it turns out once again that talk of exceptions, or of the power to create them, is largely distracting. The power to create an exception to a rule when required by justice is equivalent to the power to do justice *simpliciter* ».

> *Toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire doit être considérée comme une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives et, à ce titre, est interdite par l'article 28 CE […]*[1275].

939. Le terme « interdit », utilisé par la Cour, semble certes catégorique, si bien qu'il a permis à bon nombre d'auteurs d'ignorer les implications de l'examen de proportionnalité[1276]. Il n'en demeure pas moins qu'une telle « interdiction » ne se vérifie qu'après un examen de proportionnalité, qui se confond donc avec la notion d'entrave à la circulation[1277].

940. Ainsi, le revers de la constatation du caractère non-exceptionnel de la proportionnalité est nécessairement le manque d'autonomie de la notion d'entrave. La relation entre les deux n'est décidément pas la même que celle entre une règle et son exception. Il serait peut être utile de comparer nos conclusions à ce propos avec l'article 4 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Il établit que, à défaut de choix, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Cette loi est présumée être celle du pays de résidence de la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat. Or, le paragraphe 5 précise que cette présomption doit être écartée « *lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* ». Interprétée littéralement, la présomption devient inutile, puisque le juge devra toujours appliquer la loi plus étroitement rattachée au contrat. L'exception devient ainsi la règle entière. De la même manière, la norme présentée sous la forme « *une mesure nationale constitutive d'une entrave aux libertés de circulation est incompatible avec le Traité de l'UE, à moins que*

[1275] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, para. 18.

[1276] M. Radicati di Brozolo, par exemple, déduit l'existence d'une règle de conflit rendant systématiquement applicable la loi du pays d'origine des seuls contours de la notion d'entrave à la circulation intracommunautaire développée par la Cour (« L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Revue critique de droit international privé*, 1993, pp. 401-423), tandis que, dix ans après et y puisant le soutien de la position idéologiquement contraire, les opposants de cette thèse contestent précisément que la notion d'entrave ait été interprétée aussi largement (voir p.ex. M. Wilderspin et X. Lewis, « Les relations entre le droit communautaire… », préc., p. 1 ; V. Heuzé, « De la compétence de la loi… », préc, p. 393).

[1277] Ceci dit, le langage employé parfois par la Cour invite possiblement à considérer que le terme « interdire » ne possède pas un contenu catégorique, puisqu'il ne serait que l'« expression » d'un « principe fondamental ». Comme il est précisé dans l'affaire *Alfa Vita*, où la Cour semble distinguer entre la règle interdisant les restrictions aux importations et le principe fondamental qui la sous-tend : « la libre circulation des marchandises entre les États membres est un principe fondamental du traité qui trouve, notamment, son expression dans l'interdiction, énoncée à l'article 28 CE, des restrictions quantitatives à l'importation entre les États membres ainsi que de toutes mesures d'effet équivalent » (CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, anciennement Trofo Super-Markets AE et Carrefour Marinopoulos AE c. Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04, *Rec*. p. I-08135, para. 14).

le contraire soit justifié de manière appropriée », peut être aisément reformulée de la façon suivante : « *lorsqu'une mesure nationale constitue une entrave, le juge devra examiner si son maintien ou au contraire sa mise à l'écart est la solution la plus justifiée* ». La vérification d'une entrave n'a dès lors pour effet que d'ouvrir l'examen de la proportionnalité de la mesure. Dans ce sens, le champ d'application de l'entrave à la circulation coïncide avec celui des questions à résoudre par le biais de la proportionnalité. Nous ne pouvons donc que conclure à l'absence d'une règle alternative au sein des libertés de circulation, qui disposerait deux espaces réciproquement indépendants, la proportionnalité occupant l'un, l'interdiction pure des entraves occupant l'autre. Dans ce sens éminemment formel, la qualification d'exception doit dès lors être vigoureusement rejetée.

B. L'absence d'un principe d'interprétation restrictive

941. Les tenants de l'emploi du qualificatif d'exception à l'égard de la proportionnalité pourrait néanmoins rétorquer que ce n'est pas la forme de raisonnement de la proportionnalité qui est exceptionnelle, mais plutôt la validation d'une entrave à la circulation comme conforme à ce principe. Dit autrement, la règle serait la disproportion des mesures étatiques faisant obstacle à la circulation, l'exception leur proportionnalité. De telles mesures nationales ne sauraient être qu'*exceptionnellement* justifiées. La Cour le laisserait certainement entendre lorsqu'elle affirme que les chefs de justification des restrictions au commerce intracommunautaire sont à interpréter restrictivement, principe interprétatif propre aux exceptions. Il est dit dans ce sens :

> *Les mesures prises en vertu de cet article ne doivent pas être disproportionnées par rapport à l'objectif visé. En tant qu'exception à un principe fondamental du Traité, l'article 56 du Traité doit, en effet, être interprété de façon à ce que ses effets soient limités à ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts qu'il vise à garantir*[1278].

942. En outre, il est communément affirmé qu'il incombe à l'Etat défendeur d'apporter la preuve de la justification de la mesure incriminée, donc de sa proportionnalité. Une telle exigence serait également cohérente avec le principe d'interprétation restrictive qui pèse sur les restrictions à des libertés fondamentales[1279]. Comme le dit par exemple la Cour dans l'arrêt *Ahokainen et Leppik* : « *Pour ce qui est du caractère proportionné de la mesure, s'agissant d'une exception au principe de la libre circulation des marchandises,*

[1278] CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c. État néerlandais*, aff. 352/85, *Rec*. p. 02085, para. 36.

[1279] Voir p.ex. H. Batiffol, *Problèmes de base…*, préc., p. 258.

il appartient aux autorités nationales de démontrer que leur réglementation satisfait au principe de proportionnalité »[1280].

943. Ces deux conclusions sont pourtant démenties dans la pratique jurisprudentielle.

944. Tout d'abord, il faut encore rappeler que le principe de proportionnalité consiste à évaluer l'efficience des mesures étatiques qui entravent la circulation. Dès lors, la proportionnalité constitue un raisonnement de type technique, car portant exclusivement sur des constatations empiriques de nature prétendument objective. Ainsi, un principe d'interprétation restrictive n'a tout simplement aucun rôle à jouer.

945. Ensuite, du point de vue de la charge de la preuve[1281] l'analyse de proportionnalité ne constitue pas non plus une exception. Même s'il semblerait que, une fois l'entrave constatée, il appartient à l'Etat membre de démontrer que la mesure incriminée satisfait au contrôle de proportionnalité, la réalité est beaucoup plus complexe, les parties s'engageant dans un procès dialectique et apportant chacune des éléments de preuve afin de démontrer la proportion ou disproportion, selon le cas, de la mesure en question[1282]. Au fait, l'*onus probandi* varie au cas par cas dans la jurisprudence. Ainsi, tandis que dans l'affaire *Apothekerkammer* la Cour semble affirmer qu'il appartient à la Commission de démontrer la non-nécessité de la mesure nationale examinée[1283], dans l'arrêt *Caixabank* la conclusion semble être l'inverse : la mesure est contraire au droit communautaire car la France n'aurait pas démontré que les alternatives suggérées par la CJUE ne seraient pas tout aussi efficaces[1284]. Les règles de la charge de la preuve ne font donc non plus penser que la conformité d'une mesure constitutive d'entrave au droit communautaire soit l'exception. En définitive, la proportionnalité ne saurait être conçue comme une exception, en concevant cette notion d'un point de vue formel. La conclusion est pourtant la même si l'on s'attache à des conceptions matérielles.

[1280] CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171, para. 31.

[1281] N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005, p. 246-247.

[1282] J. Jans, « Proportionality Revisited », (2000) 27.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 239-265, p. 259 ; T. Jeremy Gunn, « Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis », (2005) 19 *Emory International Law Review*, pp. 465-498, p. 480 et s.

[1283] CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval*, aff. C-322/01, *Rec.* p. I-14887, para. 55, « la Commission n'a présenté, hormis des considérations générales, aucun élément de nature à démontrer quel serait le système concret susceptible de garantir – avec la même efficacité que la règle d'exclusion des non-pharmaciens – que lesdites règles législatives ne seront pas méconnues dans la pratique nonobstant les considérations énoncées au point précédent du présent arrêt ».

[1284] CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-442/02, *Rec*. p. I-08961, para. 22.

§ 2 – Le caractère non-exceptionnel du principe de proportionnalité d'un point de vue matériel

946. A l'aide de critères matériels, les seuls permettant de parler d'une véritable notion d'exception, celle-ci se rapporte à l'hypothèse où un principe supérieur justifie la dérogation ou suspension ponctuelle d'une règle. La dialectique normal-exceptionnel prend ici toute sa force[1285]. L'application de l'exception implique un « *exercice de justification* »[1286]. Comme le dit M. Saint-Bonnet, « *[l]es exceptions sont fondées sur l'idée de préservation, de protection, de défense, de sauvegarde d'un intérêt jugé supérieur au respect scrupuleux pour la règle à un moment donné* »[1287]. L'exception implique ainsi une véritable remise en cause de la règle, en présence de circonstances extraordinaires. M. Schauer, qui entretient une conception purement formelle des exceptions, admet néanmoins l'hypothèse de la « dérogation à la règle » (« *overriding the rule* »), hypothèse à laquelle il refuse pourtant, de manière discutable, le qualificatif d'exception[1288]. Pour Schmitt, ici se trouve la véritable essence de l'exception : « *L'exception, c'est ce qu'on ne peut subsumer ; elle échappe à toute formulation générale* ». Elle révèle au contraire « *la décision, dans son absolue pureté* »[1289] :

> *[…] la décision de l'exception est décision en un sens éminent. Car une norme générale telle qu'elle est présentée par la proposition juridique normalement en vigueur ne comprendra jamais une exception absolue, et c'est pourquoi elle ne pourra pas non plus totalement fonder la décision qui veut qu'on soit en présence d'un vrai cas d'exception*[1290].

947. De ce point de vue, deux critères devraient permettre d'identifier le caractère exceptionnel du mécanisme de la proportionnalité. Tout d'abord, la violation des libertés de circulation devrait être justifiée par le biais de ce principe en ayant recours à des principes extérieurs supérieurs (A). Ensuite, la justification d'une telle violation devrait être fondée sur l'évidence manifeste, et non pas médiatisée par une règle (B). Malgré les apparences, ces deux critères ne sont pas en réalité remplis dans la pratique jurisprudentielle de la Cour de justice.

[1285] Schmitt, pour qui « [e]st souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle », qualifie la souveraineté est une « notion limite », ce qui n'équivaut pas à « notion confuse », mais plutôt à « notion de la sphère extrême », de sorte que « sa définition ne saurait se rattacher au cas normal : elle se rattache au cas limite », C. Schmitt, *Théologie politique* (*Politische Theologie*, trad. fr. par J.-L. Schlegel), Paris : Gallimard, 1988, pp. 15-6.

[1286] F. Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », préc., p. 674.

[1287] *Ibid.*, p. 675.

[1288] F. Schauer, « Exceptions », préc., pp. 896-7.

[1289] C. Schmitt, *Théologie politique*, préc., p. 23.

[1290] *Ibid.*, p. 16.

A. L'absence d'une dérogation fondée sur un principe extérieur supérieur

948. Comme nous venons de le signaler, l'exception équivaut à la dérogation à une règle justifiée par un principe supérieur. Mme Finkelstein le résume ainsi : « *Une exception émerge lors d'un conflit implicite entre principes : le principe exprimé par la première règle est en contradiction avec un second principe qui est entièrement extérieur à cette règle* »[1291]. De ce point de vue, il semblerait que le principe de proportionnalité dont se sert la Cour de justice mérite bien le qualificatif d'exception. En effet, un conflit entre principes semble sous-jacent à cette jurisprudence : d'un côté, les libertés de circulation viseraient à interdire tous les obstacles au commerce, dans la finalité plus large de garantir un marché commun européen ; d'un autre côté, ces libertés de circulation auraient à céder en présence d'intérêts publics supérieurs *in casu*, tels que la protection de l'environnement[1292], de la santé[1293] ou des travailleurs[1294].

949. Cette apparence est néanmoins trompeuse. Trois raisons nous conduisent à conclure au contraire que ce critère est en réalité absent :

- Tout d'abord, si le raisonnement de la Cour de justice se conduisait véritablement en termes de mise en balance d'intérêts, comme le suggère cette apparence, les notions de règle et d'exception n'auraient tout simplement pas lieu d'être : la pondération des intérêts en conflit se réalise toujours en fonction des circonstances du cas d'espèce, sans que l'on puisse dire que la prévalence d'un principe soit la règle et celle du principe opposé l'exception. Nous avons déjà illustré que l'image de la mise en balance d'intérêts est exclusive d'une forme de raisonnement en termes de règles (et dès lors d'exceptions aussi)[1295].

- Ensuite, parce qu'il n'y a tout simplement pas de règle à laquelle déroger. Nous avons déjà constaté que le champ d'application de la proportionnalité coïncide presque parfaitement avec celui de l'entrave à la circulation. Il est donc impossible d'identifier une véritable « règle » interdisant de telles entraves.

[1291] C.O. Finkelstein, « When the Rule Swallows… », préc., p. 155 : « An exception arises when there is an implicit conflict of principles: the principle which finds expression in the first rule conflicts with a second principle which is entirely separate from the rule ».

[1292] CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-389/96, *Rec.* p. I-04473.

[1293] CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec*. p. I-01721.

[1294] CJCE, 23 novembre 1999, *Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)* aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec.* p. I-08453.

[1295] Voir *supra*, nº 16-19 et 221-225.

- Finalement, parce que, comme le souligne Mme Finkelstein, la notion même d'exception « *dépend sur l'existence d'une pluralité de valeurs dans le système juridique, puisqu'elle présuppose un conflit entre valeurs* » [1296]. Ainsi, la notion d'exception n'aurait pas de rôle à jouer au sein par exemple d'un système purement utilitariste, où la seule valeur de l'utilité agrégée est reconnue.

950. Or, comme nous l'avons soutenu *supra*[1297], une telle pluralité axiologique est décidément absente dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui ne juge de la validité des mesures en entrave à la circulation qu'à l'aune d'un critère unique : leur efficience calculée à partir du critère de Pareto. Nous ne trouvons en effet nulle trace d'une mise en balance d'intérêts, qui serait fondée sur une conception axiologique du droit, admettant de la possibilité de conflits entre valeurs.

951. Si l'on pouvait véritablement identifier une exception au sein de la jurisprudence, il faudrait au contraire tâcher à repérer des décisions où la Cour avait exceptionnellement dérogé à sa méthodologie habituelle de l'évaluation coûts-bénéfices (l'arrêt *Schmidberger* constitue éventuellement un exemple, puisqu'à cette occasion la Cour a abandonné le principe de proportionnalité pour entamer une véritable mise en balance des intérêts présents dans les circonstances du cas d'espèce[1298]). Quoi qu'il en soit, cette circonstance ne nous permettrait pas de conclure au caractère exceptionnel du contrôle de proportionnalité, mais plutôt à l'existence d'exceptions à ce contrôle, qu'il faudrait alors qualifier de méthodologie *de principe*.

B. L'absence d'une dérogation fondée sur l'évidence manifeste

952. L'application des exceptions se distingue, en second lieu, par le fait qu'elle répond à des circonstances dont l'anormalité « saute aux yeux ». Ainsi, l'administration française est soumise au contrôle des juridictions administratives pour erreur « manifeste » d'adéquation [1299], la Cour de cassation se permet d'apprécier exceptionnellement les faits du cas d'espèce lorsqu'elle souhaite censurer leur « dénaturation » par les juridictions de fond[1300], ou en droit international privé la loi normalement applicable est écartée lorsque son application heurterait aux « *valeurs fondamentales* » de l'ordre juridique du juge saisi[1301]. Comme l'explique M. Saint-

[1296] C.O. Finkelstein, « When the Rule Swallows… », préc., p. 157 : « The notion of an *exception* thus depends on the existence of multiple values in a system, since it requires a conflict among values ».

[1297] Voir *supra*, nº 221 et s.

[1298] Voir *supra*, nº 260-266.

[1299] P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2010, 6ème éd., nº 808.

[1300] P. Wachsmann, « Qualification » in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 1277-1283, p. 1283.

[1301] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, préc., t. I, nº 455.

Bonnet, le « point commun » des exceptions d'urgence et de nécessité « *est d'apparaître à l'esprit sans qu'il soit besoin de délibérer, d'argumenter, d'administrer des preuves rationnelles de leur existence, elles jaillissent telles des évidences* ». C'est pourquoi :

> *L'évidence, critère déclencheur de l'urgence ou de l'impérieuse nécessité, suppose qu'il n'y ait aucune alternative. A ce titre, elle échappe à tout choix entre agir d'une façon ou d'une autre et entre agir et ne pas agir ; elle empêche toute interprétation juridique, qui suppose de délibérer et d'argumenter pour subsumer telle action sous la règle*[1302].

953. L'exception se caractériserait donc par le manque de « *médiation* » entre les faits et la décision du juge ou de l'autorité en question. Ceci pourrait donner à penser que la proportionnalité qu'utilise la Cour de justice mérite le qualificatif de mécanisme exceptionnel puisque, comme nous l'avons maintes fois signalé[1303], aucune règle ne « médiatise » les décisions du juge, ses jugements se caractérisant par le fait d'être fondés « immédiatement » sur les circonstances factuels du cas d'espèce.

954. De nouveau, cette apparence est trompeuse. Le critère d'évidence manifeste est absent dans la jurisprudence. Selon la Cour, *viole le droit communautaire la mesure nationale constitutive d'une entrave, à moins qu'elle poursuive un but légitime de façon proportionnée*. Elle ne dit pas : *viole le droit communautaire la mesure nationale constitutive d'une entrave, à moins qu'elle soit manifestement proportionnée*, ou, à l'inverse, *ne viole pas le droit communautaire la mesure nationale constitutive d'une entrave, à moins qu'elle soit manifestement disproportionnée*. L'absence de l'épithète « manifeste » est très significative[1304] et contraste avec l'approche d'autres juridictions comme le Conseil constitutionnel en France, qui cherche à garantir une « *conciliation* » entre des principes en conflit « *qui n'est pas manifestement déséquilibrée* »[1305].

955. De manière plus fondamentale, rappelons ici que le raisonnement de la Cour se caractérise par le fait qu'il se veut strictement technique, car fondé exclusivement sur des constatations empiriques. La notion de « manifeste », qui relève plutôt de « l'impressionnisme juridique » des standards, n'a pas ici lieu d'être. En effet, de telles appréciations empiriques n'admettent pas de gradations : une mesure est appropriée ou elle ne l'est pas, elle est nécessaire ou non, mais elle n'est jamais manifestement nécessaire ou au contraire manifestement inappropriée. La preuve de la proportionnalité

[1302] F. Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », préc., p. 677.

[1303] Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 1.

[1304] P. Martens, « L'irrésistible ascension… », préc., p. 58 : « L'épithète « manifeste » qui accompagne traditionnellement la disproportion censurée tend progressivement vers l'oubli : il ne s'agit plus de condamner la disproportion évidente, ni même déraisonnable mais la disproportion stricte ».

[1305] CC, Décision nº 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *JO* du 16 septembre 2010, p. 16847, cons. 16.

d'une mesure peut certes s'avérer plus ou moins aisée, mais cette circonstance ne saurait pour autant jouer un rôle dans le raisonnement justificatif du juge.

956. En outre, il faudrait également souligner que, si nous qualifions la proportionnalité de procédé exceptionnel en partant du critère de l'évidence manifeste, alors nous serions obligés de conclure que les Etats membres ont la faculté de décider du caractère exceptionnel des situations. En effet, il leur appartient de décider quand il incombe d'adopter des mesures faisant obstacle à la circulation, pouvoir soumis par la suite au contrôle d'efficacité que suppose la proportionnalité. En outre, étant donné que la notion d'entrave s'étend sur des grands pans des législations nationales car pratiquement toute réglementation entraîne par définition des effets restrictifs sur le commerce, il faudrait alors considérer que presque la totalité du droit national résulte de l'exercice d'un pouvoir exceptionnel. Ce serait sûrement une conclusion absurde, se méprenant gravement sur la nature des processus législatifs et règlementaires conduisant à la plupart de décisions prises au sein des ordres juridiques étatiques.

957. Finalement, il faut certes insister sur le fait que la décision du juge communautaire fondée sur la proportionnalité ne semble pas « médiatisée » par des règles. Pourtant, cela reste la méthodologie de principe. Il faudrait donc conclure que l'exception inonde tout : toutes les décisions de la Cour de justice sont exceptionnelles car elles ne peuvent pas être reproduites en dehors des circonstances concrètes de chaque cas. La notion d'exception semblerait dès lors appropriée, mais elle exigerait de renoncer à celle de *règle*, absente toute « normalité » dans la jurisprudence de la Cour.

* * *

958. En définitive, nous ne pouvons que rejeter fermement tout effort pour réduire le principe de proportionnalité au rôle d'une simple exception. Que nous employions une définition formelle ou matérielle de la notion, la conclusion demeure la même. En effet, la proportionnalité constitue la méthodologie *de principe* de la Cour de justice lorsqu'elle applique les libertés de circulation, si bien que la notion d'entrave coïncide presque totalement avec le champ de déploiement dudit principe. La notion d'exception n'a tout simplement pas lieu d'être, *sauf à qualifier toute la jurisprudence de la Cour de justice comme l'exercice d'un pouvoir exceptionnel*.

959. Ceci dit, si la doctrine persiste néanmoins à réduire la proportionnalité à un tel statut, cette circonstance possède probablement une explication de type épistémologique. C'est dans ce sens que la proportionnalité mérite d'être qualifiée d'exception, comme *exception épistémologique*. En effet, selon la fameuse théorie de Thomas Kuhn, philosophe de la science, les communautés scientifiques se caractérisent par leur allégeance à un certain paradigme, dont le succès est dû à leur plus grande aptitude à

fournir des réponses aux problèmes posés intégrant et définissant leur champ d'étude[1306]. Lorsque des éléments étranges apparaissent, lesquels ne sauraient recevoir de réponse à l'aide des outils fournis par le paradigme dominant, les analystes cherchent d'abord à élaborer des explications *ad hoc* pour en rendre compte ou à les réduire justement au statut de simples *exceptions*. Pourtant, lorsque de telles anomalies se multiplient, le paradigme dominant est remis en cause tout entier et entre en crise jusqu'à ce qu'un nouveau paradigme, plus apte à rendre compte des nouvelles anomalies, occupe sa place au sein de la communauté scientifique[1307].

960. En suivant le modèle proposé par Kuhn, nous serions tentés de conclure que, lorsque la doctrine majoritaire qualifie la proportionnalité d'exception, elle le fait non pas parce qu'elle mériterait véritablement ce qualificatif d'un point de vue proprement juridique, mais qu'elle reconnaît, de manière consciente ou non, qu'elle est incompatible avec le paradigme toujours dominant. Or, nous avons accumulé suffisamment d'éléments pour conclure qu'ignorer la proportionnalité est injustifiable d'un point de vue scientifique. En effet, nous venons de montrer qu'elle a acquis une place prépondérante dans la jurisprudence communautaire, en raison de l'extension (et banalisation) de la notion d'entrave à la circulation, son absorption d'autres figures alternatives, et la coïncidence presque totale de son champ d'application avec celui de l'entrave. Par conséquent, dans le Chapitre suivant nous nous proposons de réexaminer la fonction des libertés de circulation à la lumière de ce nouveau « paradigme » que véhicule la proportionnalité.

[1306] T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 1996, 3ème éd., p. 23.

[1307] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 13-22.

PARTIE III – UN PRINCIPE INSTITUTIONNEL

961. A la suite des développements précédents, il pourrait paraître surprenant de concevoir le principe de proportionnalité comme un principe de nature institutionnelle. Jusqu'ici, nous avons constaté qu'il permet de soumettre les mesures étatiques entravant la circulation à une évaluation coûts-bénéfices, imposant par ce biais l'efficience. Le principe de proportionnalité semblerait dès lors une norme susceptible de fonder *matériellement* la décision d'un juge. Par conséquent, ce principe ne contiendrait pas des indications quant à l'institution compétente pour prendre une telle décision.

962. Dans la présente Partie, nous allons tenter de montrer que le principe de proportionnalité ne s'accommode pas de la distinction entre normes matérielles et institutionnelles[1308]. Cette distinction s'avère ici inutile dans la mesure où le principe de proportionnalité est susceptible de rentrer dans les deux catégories. Celles-ci ne sont que deux faces d'un même principe, étant donné que la nature technique du principe de proportionnalité décrite précédemment est inséparable d'un certain modèle institutionnel. Ainsi, contrairement aux apparences, le principe de proportionnalité donne également réponse à la question « *quis iudicabit ?* ».

963. Afin de le démontrer, nous allons nous concentrer sur la relation entre la répartition de compétences entre l'Union européenne et les Etats membres (souvent appelée répartition « verticale »[1309]) et le principe de proportionnalité dans l'application des libertés de circulation. Comme l'indique M. Raclet, ce dernier est « *intimement mêlé à la répartition des compétences entre la Communauté européenne et ses États membres* »[1310]. En effet, les compétences étatiques en ressortent profondément modifiées.

[1308] Sur le rapport entre les deux, voir M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona : Ariel, 2006, p. 239 et s.

[1309] Voir p.ex. A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 122 : « The vertical division of regulatory authority in a federal system determines which powers are centralised and which are distributed to the States » ; M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2012, nº 505. Pour faciliter la compréhension et la distinction de la répartition « horizontale » de compétences (entre les Etats membres), nous allons continuer à employer le terme « vertical » dans le même sens. Néanmoins, ce terme ne nous pas semble pas en toute rigueur compatible avec la nature « fédérale » ou d'organisation d'intégration de l'Union. Comme l'illustre O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris : PUF, 2007, pp. 423-424, trois principes fondamentaux caractérisent la Fédération : « le principe de dualité fédérative (il y a deux puissances publiques dans une Fédération), le principe de parité fédérative (ces deux ordres juridiques fédéral et fédéré sont égaux), le principe de pluralité fédérative (il y a une fédération, mais nécessairement plusieurs Etats membres) ». Décrire la répartition des compétences entre la Fédération et les Etats fédérés comme une répartition « verticale » nous semble difficilement conciliable avec le deuxième principe de parité identifié par l'auteur.

[1310] A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris : Dalloz, 2002, nº 382.

En suivant la limitation de l'objet de notre étude, il ne sera pas directement question de l'utilisation du principe de proportionnalité pour « encadrer » l'exercice des compétences des institutions communautaires, conformément à l'article 5 du TUE[1311] (même si nos conclusions pourraient être utiles à sa compréhension).

964. Pour démontrer le lien entre la proportionnalité et la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres, il convient de procéder en deux étapes. Tout d'abord, il est nécessaire de démontrer que le principe de proportionnalité peut effectivement agir comme principe de définition de l'autonomie étatique. Ceci semblerait douteux de premier abord, au vu des principes de répartition des compétences contenus dans les Traités qui ont formellement vocation à gouverner la question. Or, ces derniers s'avèrent en réalité parfaitement insignifiants à l'égard des libertés de circulation, qui s'appliquent avec la même force dans des domaines réservés à la compétence exclusive des Etats membres. De façon paradoxale, l'autonomie étatique ne disparaît pas pour autant, puisque tout jugement sur la proportionnalité d'une mesure faisant obstacle à la libre circulation implique un jugement sur la marge d'appréciation des autorités contrôlées. Ainsi, la jurisprudence sur le principe de proportionnalité est également une jurisprudence sur l'autonomie des Etats membres face à l'ingérence du droit communautaire de la libre circulation (Titre I).

965. Ensuite, il conviendra d'identifier le modèle concrètement élaboré par la Cour de justice pour encadrer l'autonomie des Etats membres. Nous constaterons que ce modèle suit aussi un développement paradoxal. D'un côté, la nature technique du principe de proportionnalité serait exclusive de la notion même d'autonomie étatique. Pourtant, par le biais d'une jurisprudence portant sur la « marge d'appréciation » des autorités étatiques, un espace a été créé en faveur du pouvoir discrétionnaire des autorités étatiques pour réaliser des jugements de nature non-technique. L'autonomie étatique émerge ainsi, paradoxalement, à *l'encontre* du principe de proportionnalité (Titre II).

[1311] Voir à cet égard P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LDGJ, 2008, p. 50 et s. Selon cet article, « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

TITRE I. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE COMME PRINCIPE DE DEFINITION DE L'AUTONOMIE DES ETATS MEMBRES

966. A première vue, l'aménagement des compétences étatiques par rapport à celles de l'Union semblerait obéir aux normes « institutionnelles » de répartition des compétences prévues par les Traités, dont notamment le « principe d'attribution ». En revanche, les libertés de circulation constitueraient des normes de nature « matérielle », contenant des obligations spécifiques à la charge des Etats membres. Pourtant, un regard plus approfondi révèle une autre réalité. Nous sommes bien obligés de constater que les libertés de circulation conditionnent également l'organisation des compétences au sein de l'Union, de sorte que l'application des principes de répartition des compétences contenus dans les Traités se trouve en réalité subordonnée à l'application des libertés de circulation (Chapitre 1).

967. Pour autant, nous constaterons que l'autonomie des Etats membres ne disparaît pas. Inhérente à l'application du principe de proportionnalité, une tension subsiste entre les dimensions institutionnelle et matérielle, car la décision sur les limites du principe de proportionnalité en implique une autre sur les contours des compétences communautaires. Il en résulte une nouvelle démarcation des territoires normatifs entre l'Union et les Etats membres (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA SUBORDINATION DU PRINCIPE D'ATTRIBUTION AUX LIBERTÉS DE CIRCULATION

968. La doctrine communautariste admet majoritairement comme postulat la dichotomie séparant les dimensions matérielle et institutionnelle du droit de l'Union. Cette dichotomie conforterait l'idée que les libertés de circulation, en tant que normes matérielles, n'ont pas d'impact sur les compétences étatiques (Section 1).

969. Nous montrerons pourtant que, contrairement aux apparences, il n'est pas possible d'opérer une séparation nette entre le droit matériel et le droit institutionnel de l'Union, puisque les libertés de circulation, en raison de leur interprétation finaliste, affectent incontestablement les compétences des Etats membres. Bien au contraire, elles rendent inapplicables les principes de répartition des compétences contenus dans les Traités (Section 2).

SECTION 1. L'opposition entre normes matérielles et normes institutionnelles

970. Il est classiquement retenu que les questions tenant à l'architecture institutionnelle de l'Union n'ont aucun rapport avec celles qui concernent la substance du droit applicable. Ainsi, les normes qui régissent la répartition des compétences au sein de l'UE se distinguent parfaitement de celles portant sur les libertés de circulation intracommunautaire. L'organisation de l'étude du droit communautaire reflète cette distinction : les manuels sur le « droit matériel » de l'Union n'abordent pas les questions institutionnelles et, inversement, il est commun de délaisser les aspects matériels dans l'analyse de celles-ci. M. Fallon par exemple estime que le droit matériel « *couvre l'ensemble des questions juridiques liées aux traités européens, à l'exclusion de l'ordonnancement institutionnel* »[1312]. MM. Dubouis et Blumann justifient ainsi le champ couvert par leur manuel de « droit matériel » :

> *L'analyse du droit matériel porte sur le fond du droit (on dit ainsi sur le droit substantiel). Appliquée à l'Union européenne, l'expression droit matériel signifie que l'étude a pour objet le contenu des règles applicables aux activités régies par le droit de l'Union. Elle exclut, parce qu'il relève du droit institutionnel, le régime juridique de ces règles – procédure d'élaboration, nature, autorité – et des institutions qui les édictent*[1313].

971. L'idée n'est pas propre au droit communautaire. Du point de vue de la théorie générale du droit, M. Alexy distingue, dans le prolongement d'une doctrine répandue relative à l'architecture du système juridique, les « *normes de compétence* » des « *normes*

[1312] M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve : Academia-Bruylant, 2002, 2ème éd., p. 16. Voir aussi C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2ème éd., 2007.

[1313] L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 2006, 4ème éd., p. 5.

de comportement », car tandis que les premières « *créent la possibilité d'actes juridiques* », les secondes « *ne créent pas d'alternatives d'action qui seraient autrement impossibles mais se limitent à qualifier des actions en stipulant des obligations, droits et libertés* »[1314].

972. Cette division conditionne l'analyse des textes du droit de l'Union. Tout analyste de la question « institutionnelle » du système de répartition « verticale » de compétences (soit, entre l'Union et les Etats membres) se dirigera en premier lieu vers quelques dispositions des Traités. L'article 5 TUE dispose que « *[l]e principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union* ». En accord avec ce « principe d'attribution », « *l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent* », si bien que « *[t]oute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres* ». Dès lors, comme l'écrit M. Van Raepenbusch, « *on ne se trouve jamais, comme dans l'Etat unitaire, en face d'un champ d'action théoriquement illimité* », si bien que les compétences attribuées à l'Union « *ne se présument pas* »[1315].

973. Malgré le point de départ restrictif du principe d'attribution, la Cour de justice a permis une expansion très considérable du champ d'action de l'Union par le biais la théorie dite des « pouvoirs implicites »[1316], grâce à laquelle les institutions communautaires sont « *habilitées à exercer non seulement les pouvoirs qui leur sont attribués, mais aussi ceux qui, sans être expressément mentionnés, leur sont cependant nécessaires pour donne effet utile aux dispositions expresses* »[1317]. Afin de contrecarrer cette tendance et préserver l'autonomie des Etats membres, le principe de subsidiarité a été introduit[1318]. L'article 5.3 TUE établit que « *dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les*

[1314] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (*Theorie der Grundrechte*, trad. espagnole par E. Garzón Valdés), Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 232 : « Las normas de competencia deben ser contrapuestas a las normas de comportamiento. Las normas de competencia crean la posibilidad de actos jurídicos y, con ello, la capacidad de modificar posiciones jurídicas a través de actos jurídicos. Las *normas de comportamiento* no crean alternativas de acción que sin ellas serían imposibles sino que tan sólo califican acciones al estatuir obligaciones, derechos a algo y libertades ». Voir aussi la fameuse distinction de Hart entre normes primaires et secondaires : H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 77-96.

[1315] S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, 2011, 5ème éd., p. 156.

[1316] Voir p.ex. le grand arrêt *AETR* : CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes c. Conseil des Communautés européennes*, aff. 22-70, *Rec*. p. 00263.

[1317] S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel…*, préc., p. 163.

[1318] Voir généralement G. Bermann, « Taking subsidiarity seriously », (1994) 94 *Columbia Law Review*, pp. 331-456, spéc. pp. 347-362. Ceci dit, la subsidiarité peut s'avérer de nature centralisatrice. Comme nous le verrons *infra*, les appels à l'efficacité peuvent amener la subsidiarité dans le cadre européen à être utilisée « au service d'une centralisation des compétences », C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, PUF, 1993, p. 104.

objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres […] mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

974. L'analyste du système institutionnel de répartition des compétences se concentrera sur les principes dont on vient de faire mention : attribution, pouvoirs implicites et subsidiarité, avec les nuances correspondantes. Il est entendu que l'étude de ces principes et de leur interprétation jurisprudentielle permet d'identifier le domaine d'action de l'UE et celui où une telle action serait exclue.

975. En revanche, l'analyste du droit matériel communautaire se dirigera principalement vers les dispositions sur les libertés de circulation, perçues comme composantes essentielles du « marché intérieur ». Selon l'article 26(2) TFUE, « *[l]e marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* ». Les libertés fondamentales ont également reçu une interprétation très extensive de la Cour de justice, comme on a eu l'occasion de le décrire tout au long de nos développements, si bien qu'elles s'opposent pratiquement aujourd'hui à toute règlementation imposant des coûts sur les opérateurs économiques. Un véritable régime de l'activité économique intracommunautaire dérive de ces libertés. Son étude permet ainsi d'identifier avec précision les droits et obligations dont les parties privées peuvent se prévaloir.

976. Les deux domaines se distingueraient ainsi parfaitement, se situant dans les deux pôles du droit de l'UE : l'institutionnel et le matériel. Il semble donc possible de décrire l'un sans faire référence à l'autre. Tout au plus, admettent MM. Dubouis et Blumann, sont permis, incidemment, des « *rappels de droit institutionnel nécessaires à la compréhension des caractéristiques des règles matérielles ou de leur évolution* »[1319]. Il n'empêche que les contours des compétences dont jouit l'UE face aux Etats membres ne dépendent pas des libertés économiques dont les particuliers peuvent se prévaloir. Et, à l'inverse, le système de répartition des compétences ne saurait affecter les droits dérivant des dispositions des Traités relatives aux libertés de circulation au profit des particuliers. Le rapport entre les deux dimensions paraît ainsi emprunt d'indifférence et de parfaite indépendance.

977. La Cour de justice semble conforter cette séparation, en niant qu'un conflit existe entre les principes (institutionnels) régissant la distribution des compétences entre l'Union les Etats membres, d'un côté, et les dispositions (substantielles) sur la libre circulation, de l'autre côté. Dans l'arrêt *Hartlauer*, par exemple, les règlementations

[1319] L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, préc., p. 5.

autrichiennes gouvernant l'exploitation d'établissements de santé, domaine appartenant aux compétences étatiques, étaient discutés. La Cour déclare, en utilisant une formule que l'on retrouve habituellement dans la jurisprudence, que :

> *[…] le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et pour prendre, en particulier, des dispositions destinées à organiser et fournir des services de santé et de soins médicaux*[1320].

978. La Cour confirme donc l'autonomie de l'institutionnel face au substantiel, soit la garantie des compétences étatiques face aux libertés de circulation.

979. Plausible en apparence, cette distinction s'avère pourtant illusoire. Comme nous allons le montrer, une tension fondamentale existe entre les deux domaines, résolue par la Cour en faveur de la libre circulation.

SECTION 2. La nature artificielle de la distinction entre normes matérielles et institutionnelles

980. Précédemment, nous nous sommes intéressés au rapport entre les libertés de circulation et les règles de conflit des Etats membres. Il a été question notamment de la thèse selon laquelle la libre circulation n'aurait pas d'impact sur les règles de conflit, puisqu'elle n'agirait que sur la substance du droit étatique. Nous croyons avoir montré qu'il n'en est pas ainsi : les libertés de circulation affectent les deux aspects du droit national, conflictuel et substantiel[1321].

981. La démonstration qui suit est similaire, puisqu'il s'agit de montrer que l'impact des libertés de circulation n'est pas simplement substantiel mais aussi, indéniablement, institutionnel. En effet, l'application des libertés de circulation empiète sur les compétences étatiques (§ 1) et, par ce biais, entraîne l'harmonisation des droits des Etats membres (§ 2).

§ 1 – L'empiètement sur les compétences étatiques

982. La doctrine, surtout en droit constitutionnel, s'est de longue date intéressée à la tension entre le contrôle judiciaire de l'activité législative, fondé sur la garantie des droits fondamentaux, et des principes institutionnels tels que la démocratie représentative[1322]. Le reproche qui est le plus souvent porté contre le contrôle de constitutionnalité (parmi

[1320] CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec*. p. I-01721, para. 29.

[1321] Voir *supra*, nº 511 et s.

[1322] Voir p.ex. R. Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid : Colegio de Registradores, 2004, p. 88-9.

d'autres formes de contrôle du pouvoir législatif) est qu'il véhicule le gouvernement des juges, sous la prétention de rationaliser l'exercice du pouvoir public [1323]. Des considérations institutionnelles exigent donc que le contrôle des juges n'aille pas au-delà d'une certaine limite, évitant que ceux-ci imposent à chaque fois leur propre jugement aux autres pouvoirs de l'Etat.

983. Il est moins commun de s'intéresser à la tension qui existerait entre la garantie des libertés et droits fondamentaux et des modèles institutionnels de répartition des compétences de type fédéral. Pourtant, dans le contexte du système fédéral américain, il est acquis qu'il existe une tension entre le principe fédéral de répartition des compétences et la *Dormant Commerce Clause*. D'élaboration jurisprudentielle (notamment à partir de la *Commerce Clause*, qui octroie compétence au gouvernement fédéral pour réglementer le commerce interétatique), la *Dormant Commerce Clause* interdit aux Etats fédérés d'émettre toute mesure discriminatoire à l'encontre du commerce interétatique ou d'y faire obstacle indûment. La prohibition aurait donc l'apparence d'une règle matérielle, à l'instar des libertés de circulation, auxquelles elle est souvent comparée[1324]. Pourtant, la Cour suprême reconnaît expressément que la *Dormant Commerce Clause* possède une double dimension, matérielle et institutionnelle, lorsqu'elle déclare que cette règle reflèterait « *la préoccupation particulière de la Constitution à l'égard, d'un côté, du maintien d'une union nationale économique libre de toute limitation imposée par les États sur le commerce intra-étatique et, de l'autre, de l'autonomie de chaque État dans le domaine de ses compétences* » [1325].

984. Il est évident que les interventions de la Cour de justice, au nom des libertés de circulation, ont pareillement un impact très considérable sur la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres ainsi que sur la diversité législative régnant entre ceux-ci, particulièrement lorsqu'elle agit sur un domaine appartenant à la compétence exclusive des Etats membres. Cela a par ailleurs motivé des critiques très

[1323] Voir p.ex. E.-W. Böckenförde, « Théorie et interprétation des droits fondamentaux », in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 253-277, p. 272, où l'auteur allemand dénonce la « juridicisation des conflits politiques ». Voir également E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial* (*Der Staat der Industriegesellschaft*, trad. esp. par L. López Guerra et J. Nicolás Muñiz), Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 242, où il est dit, fameusement, que l'expansion des droits fondamentaux et de leur garantie judiciaire transforme la constitution en « un huevo de Colón jurídico, del que todo surge, desde el Código penal hasta la Ley sobre fabricación de termómetros ».

[1324] Voir p.ex. M. Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999.

[1325] *Healy v. Beer Institute, Inc.*, 491 U.S. 324, 335-336 (1989) : « […] the Constitution's special concern both with the maintenance of a national economic union unfettered by state-imposed limitations on interstate commerce and with the autonomy of the individual States within their respective spheres ».

âpres de la part de la doctrine qui dénonce l'activisme excessif de la Cour au mépris des compétences étatiques[1326].

985. Ainsi, les déclarations de la Cour prétendant que les compétences étatiques ne seraient pas touchées par les libertés de circulation ne sont guère convaincantes. Certes, rappelons-le, la Cour déclare dans l'arrêt *Hartlauer* que :

> *[…] le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et pour prendre, en particulier, des dispositions destinées à organiser et fournir des services de santé et de soins médicaux*[1327].

986. Pourtant, elle ajoute aussitôt :

> *Toutefois, dans l'exercice de cette compétence, les États membres doivent respecter le droit communautaire, notamment les dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation, y compris la liberté d'établissement*[1328].

987. La contradiction saute aux yeux. D'un côté, la Cour nous dit que le droit communautaire ne suppose *aucune* ingérence (« *ne porte pas atteinte* ») dans la compétence des autorités autrichiennes pour règlementer l'exploitation d'établissements de santé en Autriche comme elles l'estiment approprié. D'un autre côté, elle avertit l'Autriche de son obligation de respecter, en adoptant ladite réglementation, les exigences posées par le droit communautaire. Or, de deux choses l'une : soit la question de l'exploitation des établissement de santé demeure de la compétence des Etats membres, soit elle est soumise au respect du droit communautaire, à savoir à l'application des libertés de circulation.

988. En réalité, le raisonnement de la Cour peine à cacher que la solution qu'elle donne à cette contradiction consiste à donner priorité à la libre circulation[1329]. En effet, elle choisit de soumettre au respect du droit communautaire l'activité normative des autorités

---

[1326] Voir p.ex. la dénonciation virulente des excès de la Cour de justice de V. Heuzé, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP*, éd. G, 2008.I, p. 116.

[1327] CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec*. p. I-01721, para. 29.

[1328] *Ibid*.

[1329] On retrouve très fréquemment ce type de déclarations, apparemment contradictoires, dans la jurisprudence de la Cour. Elle déclare, par exemple, dans l'arrêt *Apothekerverband* : « Il est vrai que toute mesure nationale dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau communautaire doit être appréciée au regard des dispositions de cette mesure d'harmonisation et non pas de celles du droit primaire […]. Toutefois le pouvoir conféré aux États membres par l'article 14, paragraphe 1, de la directive 97/7 doit être exercé dans le respect du traité, ainsi qu'il est expressément prévu à cette disposition » (CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval*, aff. C-322/01, *Rec.* p. I-14887).

étatiques dans un domaine relevant de leur compétence exclusive. Elle porte donc « atteinte » à ladite compétence, bien qu'elle prétende le contraire.

989. Comment pourtant justifier le fait de passer outre les principes de répartition des compétences contenus dans les Traités, dont notamment le principe d'attribution ? En effet, la Cour semble établir ainsi une hiérarchie entre les libertés de circulation et les normes de répartition des compétences, en vertu de laquelle les premières ont priorité sur les secondes. Ce choix n'est pas justifié, alors qu'il est clairement problématique, puisque les deux normes se trouvent dans les Traités et semblent a priori avoir le même rang hiérarchique[1330].

990. Certaines voix se sont élevées dans la doctrine pour critiquer cette hiérarchisation. La Cour de justice, se plaignent-elles, réduit à néant les compétences des Etats membres, ignorant ainsi les dispositions des Traités sur lesquelles ceux-ci s'étaient accordés, dont le principe d'attribution, ainsi placé au niveau le plus fondamental[1331]. A propos de l'arrêt *Garcia Avello*, par exemple, il a été dit que la Cour a eu tort de qualifier de discriminatoire et donc de soumettre au respect du principe de proportionnalité la décision des autorités belges refusant de permettre aux enfants d'un de ses nationaux de porter un double nom en application de la législation espagnole, car ce domaine serait exclu de la compétence de l'Union européenne[1332]. Jérémy Heymann écrit à cet égard :

> *L'absence de dimension interétatique étant avérée, la Cour de justice ne pouvait donc justifier d'un quelconque franchissement de seuil pouvant fonder la mise en œuvre d'un titre de compétence de l'Union. Face à ce « simple » conflit de compétences, la Cour de Luxembourg aurait donc dû, après avoir reconnu que les règles régissant le nom d'une personne relevaient de la compétence des Etats membres, se déclarer incompétente ou à tout le moins reconnaître que la situation en cause ne rentrait pas dans le champ d'application du droit de l'Union*[1333].

[1330] La doctrine souvent le justifie en faisant simplement appel à la primauté du droit communautaire, position qui passe outre le problème du conflit avec le principe d'attribution, de rang égal aux libertés de circulation. Voir p.ex. C. Barnard et S. Deakin, « Negative and Positive Harmonization of Labor Law in the European Union », (2002) 8 *Columbia Journal of European Law*, pp. 389-413, pp. 390-1.

[1331] Voir p.ex. le commentaire sur les arrêts *Viking* et *Laval* publiée dans la presse d'A. Supiot, « Voilà l'économie communiste de marché », *Le Monde*, 25 janvier 2008, où l'auteur écrit : « Le droit de grève étant explicitement exclu du champ des competences sociales communautaires, un juge européen respectueux de la lettre des traités se serait déclaré incompétent. Mais la Cour juge depuis longtemps que rien en droit interne ne doit échapper à l'empire des libertés économiques dont elle est la gardienne. Elle s'est donc reconnue compétente ».

[1332] CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613.

[1333] J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris : Economica, 2010, p. 195.

991. Là où la compétence est exclusivement nationale, réclame M. Heymann, le droit communautaire ne devrait pas trouver à être appliqué par la Cour de justice. Les normes de compétence devraient donc prévaloir sur les normes matérielles, les premières précédant les secondes. Ainsi, il n'est pas contesté pas que le rapport entre les normes relatives aux compétences et aux libertés de circulation soit de nature hiérarchique. Il y a bien une hiérarchie : les premières doivent prévaloir sur les secondes. En conséquence, le droit de l'Union, même le droit primaire, ne trouve pas à s'appliquer dans les domaines relevant exclusivement de la compétence des Etats membres.

992. Or, cette hiérarchie ne semble pas dériver directement des Traités, où les deux types de normes possèdent, rappelons-le, le même rang, puisqu'elles figurent dans les Traités fondateurs, sans que l'on puisse facilement y déceler des indices d'une hiérarchie entre les deux. En réalité, bien que ceci n'apparaisse pas toujours explicitement dans les critiques doctrinales, l'affirmation de la précédence des règles sur la compétence semble s'appuyer sur un raisonnement de type « logique » plutôt que sur l'affirmation péremptoire de la supériorité hiérarchique du principe d'attribution. La question de la définition du champ d'application d'une norme substantielle serait par logique préalable à son application aux circonstances d'un cas d'espèce. En effet, la notion de compétence est une « *qualité reconnue à une personne, plus précisément à une autorité ou à un organe* », définissant les activités – tantôt normatives, tantôt matérielles – qu'il peut ou doit accomplir[1334]. Ainsi, la définition du champ couvert par le droit communautaire, question régulée par les Traités par des principes institutionnels tels que le principe d'attribution, serait logiquement précédente à l'application des libertés de circulation, en tant que normes substantielles[1335].

993. Nous ne prétendons pas contester cette position sur le plan de la logique. Nous sommes donc bien d'accord pour affirmer que la question de la détermination du champ d'application d'une règle précède celle de son application au regard d'une rationalité de type déductif. L'erreur de cette thèse se trouve, pourtant, dans le fait qu'elle ignore que le champ d'application des libertés de circulation a été interprété par la Cour fonctionnellement, soit à l'aide du principe dit *d'effet utile*. En vertu de ce principe, c'est le but des libertés de circulation qui détermine leur champ d'application, et non pas la matière concernée[1336]. En toute rigueur, le conflit ne se situerait pas entre le principe

[1334] P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Revue critique de droit international privé*, 1979, pp. 1-30, p. 10.

[1335] Le problème se pose ainsi dans les termes que celui qui constitue le point de départ du droit des conflits de lois : en amont de l'application du droit substantiel, doit être résolue la question logiquement précédente du choix de la loi applicable. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 2010, 10ème éd., p. 61 et s.

[1336] Voir *supra*, Partie II, Titre II, Chapitre 1, Section 1. Ceci n'est pas l'apanage de l'économique. Par rapport à la santé, par exemple, il est possible de définir une compétence « en matière de santé » ou au contraire d'accorder une prérogative pour « protéger la santé ». Tandis que la première exige de définir un

d'attribution et les libertés de circulation, mais entre le principe d'attribution et la définition fonctionnelle du champ d'application de celles-ci.

994. Il s'avère ainsi que l'interprétation des libertés de circulation conditionne le degré d'empiètement sur les compétences étatiques. Or, étant donné que les libertés de circulation ont été interprétées par la Cour comme protégeant contre toute entrave à la libre circulation, soit contre toute réglementation ayant pour effet de restreindre l'activité économique, il ne demeure presqu'aucun domaine à l'abri d'une ingérence communautaire. Citons ici les propos de M. Boulouis :

> *Les interprétations finalistes se sont essentiellement fondées sur la notion de marché commun et sur le fait qu'il est peu de domaines d'action qui ne comportent pas d'aspect économique, de sorte que la finalité économique, loin de constituer une limite en tant que composante de la spécialité, a joué paradoxalement comme un facteur virtuel d'extension*[1337].

995. En conséquence, faire dépendre l'application des libertés de circulation de l'existence d'une compétence communautaire réduirait l'efficacité de ces dernières pratiquement à néant. L'Avocate générale Kokott l'exprime ainsi, à propos de l'affaire *Tas-Hagen* :

> *En effet, exclure les matières non régies par le droit communautaire du champ d'application des libertés fondamentales rendrait impossible la mise en œuvre de l'une des tâches essentielles de la Communauté, à savoir la réalisation d'un marché intérieur affranchi de tout obstacle à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux […]. Le marché intérieur ne pourrait alors plus tendre vers un espace sans frontières intérieures […], puisqu'il n'aurait plus qu'un caractère fragmentaire, limité à certains produits et certaines activités que des réglementations concrètes ont soumis au droit communautaire*[1338].

996. Deux visions s'opposent, donc, comme le résume M. Davies : tandis que les Etats membres, en application du principe d'attribution, conçoivent leurs compétences en termes de champs d'activité régulatrice selon une perspective formelle, la Cour envisage

---

certain champ dans des termes abstraits, la seconde exige d'identifier toutes les actions ayant un effet sur la santé, quelle que soit la matière concernée.

[1337] J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, 1997, 6éme éd., p. 147.

[1338] CJCE, 26 octobre 2006, *K. Tas-Hagen et R. A. Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, aff. C-192/05, *Rec.* p. I-10451, concl. AG Kokott, para. 35. M. Baquero Cruz va encore plus loin : « l'existence même » de l'Union serait compromise si des domaines de compétence exclusive étaient réservés aux Etats membres, J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, p. 58.

la compétence du droit communautaire en termes purement fonctionnels[1339]. Il n'y a donc aucune erreur logique : la tension entre les libertés de circulation et le principe d'attribution résulte de l'utilisation d'approches distinctes dans la définition du champ d'application du droit communautaire. Le principe d'attribution perd ainsi de son utilité, chose amplement constatée par la doctrine[1340]. Selon M. Azoulai, qui reconnaît le conflit entre deux « langages », le « *langage des droits* » s'est imposé à celui de la répartition des compétences[1341].

997. Ainsi, la Cour ne reconnaît pas de domaine où l'application des libertés de circulation soit exclue par principe. L'arrêt *Daily Mail* a pourtant été évoqué au soutien de la position contraire. A cette occasion, la Cour de justice a estimé que le Royaume-Uni pouvait légitimement, sans enfreindre la liberté d'établissement, refuser d'autoriser à une compagnie établie dans ce pays de transférer son siège social dans un autre Etat membre pour des raisons fiscales. M. Heymann interprète l'arrêt comme procédant à « *une nette répartition de compétences entre l'ancienne Communauté et les Etats membres qui la composaient, reconnaissant à ceux-ci une plénitude de compétence sur la question du transfert du siège social* »[1342]. Et il estime que cette interprétation vaut aussi pour le plus récent arrêt *Cartesio*, lequel semble réitérer la solution de l'arrêt *Daily Mail* sur cette question[1343].

998. Pourtant, dans ces deux arrêts la Cour de justice a tout simplement considéré que la liberté d'établissement n'a pas pour *but* de protéger les compagnies qui veulent déplacer leur siège social tout en gardant leur statut dans l'Etat membre de création. Elle n'a pas justifié cette interprétation restrictive en signalant que le domaine en question appartient à la compétence des Etats membres. Au contraire, elle se fonde sur le champ d'application de la liberté d'établissement, qui ne couvre pas la question du transfert social. Cette question, nous dit la Cour, est « *une difficulté non résolue par les règles sur*

[1339] G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », (2006) 43 *Common Market Law Review*, pp. 63-84, p. 72.

[1340] Voir p.ex. S. Weatherill, « European Private Law and the Constitutional Dimension », F. Cafaggi (éd.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 79-106, p. 89 ; Y.-E. Le Bos, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010, p. 136. Voir pourtant A. Raclet, *Droit communautaire des affaires…*, préc., nº 383, pour qui le principe de proportionnalité « répond parfaitement à la nécessité de protéger au mieux les compétences communautaires face aux incursions des autorités étatiques ».

[1341] L. Azoulai, « Introduction », in L. Azoulai *et al.*, *Deconstructing EU Federalism Through Competences*, EUI Working Papers LAW no. 2012/06, pp. 1-4, p. 2: « The centrality of the language of rights has superseded the language of the division of powers in the realm of EU law ». Cela dit, la notion de « droit individuel » ne semble pas appropriée non plus : voir *supra*, Partie II, Titre I, Chapitre 2.

[1342] J. Heymann, *Le droit international privé…*, préc., p. 168.

[1343] *Ibid.*, p. 169 : « la question du transfert interétatique de siège social continue à relever de la competence des Etats membres ».

le droit d'établissement »[1344], qu'elle appartienne ou non à la compétence des autorités nationales. La Cour signale même que cette question pourrait faire l'objet d'une réglementation au niveau communautaire[1345], excluant donc définitivement que son refus d'appliquer le principe du libre établissement soit dû au respect d'une compétence étatique en ce domaine. La vraie raison, nous dit la Cour, est la nature particulière des sociétés :

> *Les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement*[1346].

999. Ainsi, une société n'existe que dans la mesure où l'ordre juridique d'un Etat membre la reconnaît comme telle. La Cour refuse donc d'octroyer un droit au libre établissement aux sociétés qui n'ont d'existence reconnue par un Etat membre. Certes, la décision de la Cour, puisqu'elle restreint le champ d'application de la liberté d'établissement, permettrait une autonomie totale aux Etats membres dans leur capacité de règlementer les transferts de siège social. Or, ceci est *l'effet* et non pas la *raison* justifiant la décision de la Cour, dimensions qu'il ne convient pas de confondre. Discutable ou non, ce raisonnement est pourtant celui qui a été choisi par la Cour, qui ne se fonde à aucun moment sur l'existence d'une compétence étatique.

1000. De la même manière, le refus, dans le fameux arrêt *Grogan*, de considérer la législation irlandaise interdisant la publicité des services d'avortement dans d'autres Etats membres comme une entrave à la liberté de prestation de services a été justifié par une interprétation du champ couvert par les libertés de circulation. Certes, ce refus a permis à la Cour de ne pas devoir articuler des principes communs sur une question aussi délicate, garantissant ainsi l'autonomie de l'Irlande dans ce domaine face aux ingérences du droit de l'Union[1347]. Il demeure pourtant que l'absence d'une ingérence communautaire sur ce domaine du droit national dérive d'une interprétation restrictive des libertés de circulation et non pas du respect des compétences étatiques en matière d'avortement.

[1344] CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/06, *Rec*. p. I-09641, para. 108.

[1345] *Ibid.* : « le traité CEE a considéré la disparité des législations nationales concernant tant le lien de rattachement exigé pour les sociétés relevant de ces législations que la possibilité et, le cas échéant, les modalités d'un transfert du siège, statutaire ou réel, d'une société de droit national d'un État membre à l'autre comme une difficulté non résolue par les règles sur le droit d'établissement, mais qui doit l'être par des travaux législatifs ou conventionnels, lesquels n'ont pas encore abouti » (nous soulignons).

[1346] CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, aff.81/87, *Rec*. p. 05483, para. 19.

[1347] CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec*. p. I-04685.

§ 2 – L'effet harmonisateur des libertés de circulation

1001. En soumettant une certaine réglementation nationale au respect des libertés de circulation, la CJUE jette les bases d'un régime communautaire, comme le ferait le législateur communautaire. La Cour déclare parfois que les libertés de circulation ont pour effet de « limiter » les compétences étatiques [1348], ce qui est une expression redondante et donc inutile puisque toute compétence est par hypothèse limitée[1349]. Il serait plus exact de dire qu'est ôté aux compétences étatiques leur caractère exclusif. La Cour établit ainsi des standards communs à tous les Etats membres, limite leur autonomie et les oblige à se diriger vers la convergence des différents régimes nationaux.

1002. Précisons davantage notre conclusion. Un bon exemple est offert par la récente intervention de la Cour sur les règles d'attribution et de perte de nationalité des Etats membres. C'est un exemple très illustratif, puisque peu de domaines semblaient traditionnellement aussi étanches à l'égard du droit communautaire que le droit de la nationalité. L'attribution d'une compétence à l'UE en ce domaine a été farouchement rejetée par les Etats membres. La question semblait acquise, au regard de l'article 16 TFUE, lequel dispose qu'est « *citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas* ». Comme la Cour l'a jugé, il revient à chaque Etat membre de déterminer quels sont ses propres nationaux, et aux autres de le respecter scrupuleusement, puisqu'il « *n'appartient pas […] à la législation d'un État membre de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre* » [1350]. Dans l'arrêt *Zhu et Chen* la Cour de justice a même estimé qu'il est interdit, en toute circonstance, à un Etat membre (le Royaume-Uni) de refuser de reconnaître l'octroi de la nationalité d'un autre (l'Irlande), malgré le fait qu'il était prouvé que la personne en question avait acquis la

[1348] CJUE, 8 juillet 2010, *Procédures pénales c. Otto Sjöberg (C-447/08) et Anders Gerdin (C-448/08)*, aff. jointes C-447/08 et C-448/08, *Rec*. p. I-06921, para. 49 : « Si, en principe, la législation pénale relève de la compétence des États membres, il est de jurisprudence constante que le droit de l'Union impose des limites à cette compétence, une telle législation ne pouvant, en effet, restreindre les libertés fondamentales garanties par ce même droit ».

[1349] C. Schmitt, *Théorie de la constitution* (*Verfassungslehre*, trad. fr. par L. Deroche), Paris : PUF, 2008, p. 536 : « La souveraineté n'est pas une compétence, pas davantage une compétence de compétence. Il n'y a pas de compétence illimitée si le mot doit garder un sens et doit indiquer une compétence régie à l'avance par des normes, délimitée par son domaine d'exercice et par conséquent limitée ». Voir aussi la rubrique de Ph. Théry, « Compétence », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 247-251.

[1350] CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti et autres c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. C-369/90, *Rec*. p. I-04239, para. 10.

nationalité irlandaise dans le seul but de profiter des libertés communautaires pour contourner la législation britannique[1351].

1003. La décision *Zhu et Chen* reflétait le souhait de la Cour de réserver l'attribution et la perte de la nationalité entièrement aux Etats membres. Un commentateur a bien raison de remarquer que, si elle avait permis aux autorités du Royaume-Uni de considérer que l'octroi de la nationalité irlandaise n'était pas valide (notamment aux effets de la jouissance de la citoyenneté européenne), elle aurait dû imposer un certain contrôle sur cette décision. Elle aurait ainsi fait le premier pas dans le développement d'une notion autonome de droit communautaire sur la citoyenneté européenne, dont les conditions d'octroi ne seraient plus définies exclusivement par les autorités nationales[1352]. Un standard commun à tous les Etats membres aurait ainsi émergé.

1004. Pourtant, la Cour semble avoir décidé d'avancer justement dans cette direction dans un arrêt ultérieur, à l'occasion de l'affaire dite *Rottmann*. Les faits étaient les suivants. Le plaideur du même nom, ressortissant autrichien à sa naissance, avait obtenu la naturalisation allemande, ce qui avait entrainé la perte de la nationalité autrichienne. Or, après avoir découvert que M. Rottmann avait dissimulé qu'il faisait l'objet d'une poursuite pénale en Autriche, les autorités allemandes ont décidé de procéder au retrait de la naturalisation, rendant ainsi M. Rottmann apatride. A l'encontre de cette décision, il a fait valoir que le retrait constituait une restriction de son statut de citoyen de l'Union, dont la proportionnalité aurait donc dû être justifiée. Si la Cour avait poursuivi la ligne de *Zhu et Chen*, refusant d'introduire un contrôle quelconque de la manière dont les Etats membres attribuent ou font perdre leur nationalité, elle aurait estimé que la conformité au droit communautaire de la décision des autorités allemandes d'ôter la nationalité allemande à M. Rottmann ne saurait être remise en cause. En effet, la question ne saurait être posée car ce type de décisions appartient exclusivement à chaque Etat membre à l'égard de ses propres nationaux. Or, au lieu d'insister sur ce point, la Cour s'est montrée d'accord avec M. Rottmann pour qualifier le retrait de la nationalité allemande comme une atteinte à son statut de citoyen communautaire.

1005. Certes, la Cour a tout de même accepté que la décision de retrait constituait une restriction légitime, car inspirée par des motifs tenant à l'intérêt général. Elle signale néanmoins qu'il incombe aux juges nationaux de vérifier que de telles décisions soient conformes aux exigences dérivées du principe de proportionnalité « *en ce qui concerne les conséquences qu'elle[s] comporte[nt] sur la situation de la personne concernée au*

[1351] CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-200/02, *Rec*. p.I-09925.

[1352] B. Kunoy, « A Union of National Citizens: The Origins of the Court's Lack of Avant-gardisme in the *Chen* case » (2006) 43.1 *Common Market Law Review*, pp. 179-190, spéc. p. 186 et s.

regard du droit de l'Union »[1353]. En soumettant ainsi la perte de la nationalité d'un Etat membre à l'existence d'un motif d'intérêt général et au respect du principe de proportionnalité, la Cour marque un premier pas vers l'harmonisation du droit de la nationalité dans les Etats membres. Il n'est pas contestable que les conséquences pratiques de l'arrêt *Rottmann* sont à peine perceptibles, puisque le contrôle exercé par la Cour a été d'une intensité extrêmement faible. L'essentiel pourtant est que la règlementation de la perte de nationalité (et probablement de l'octroi aussi), auparavant compétence exclusive des Etats membres, est désormais soumise à des exigences particulières, communes à tous les droits nationaux, découlant de la notion de citoyenneté européenne.

1006. La similitude avec l'effet d'une harmonisation par voie de Directive est évidente. Il n'est guère surprenant que les Directives s'apparentent souvent à des codifications des décisions de la Cour de justice fondées exclusivement sur les libertés de circulation et portant sur des domaines régis exclusivement par les Etats membres. La Directive 2004/38 sur les droits de circulation des citoyens de l'Union[1354] et celle qui gouverne le détachement temporaire de travailleurs[1355] se veulent, notamment, être l'expression d'une codification de la jurisprudence antérieure, fondée sur les libertés de circulation et le principe de proportionnalité[1356]. Il semble donc clair que les décisions de la CJCE, en application des libertés fondamentales et de la citoyenneté européenne, peuvent affecter directement les compétences des Etats membres.

1007. Signalons également que l'effet harmonisateur ne se réduit pas à soumettre tous les droits nationaux au principe de proportionnalité, dans une version plus ou moins intrusive, et aux standards développés par la jurisprudence à partir de ce principe. Les interventions de la Cour dans des domaines non-harmonisés entraînent souvent une conséquence législative au niveau communautaire. Il est bien connu, par exemple, que l'arrêt *Cassis de Dijon* a été suivi, de la part de la Commission, par l'affirmation du principe de reconnaissance mutuelle, dans le cadre de la stratégie dite « nouvelle harmonisation »[1357]. Il est aussi souvent admis que les arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* constituent une sorte d'invitation à procéder à une harmonisation des règles

[1353] CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, aff. C-135/08, *Rec.* p. I-01449, para. 55.

[1354] Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

[1355] Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

[1356] Voir *supra*, nº 559 et s.

[1357] Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt *Cassis de Dijon*, *JO* n° C 256, 3 octobre 1980, p. 02.

de conflit dans le domaine sociétaire[1358]. Et dans le domaine de la santé, la récente Directive sur les soins de santé transfrontaliers a été construite sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de justice, développée exclusivement à partir des libertés de circulation[1359].

1008. Somme toute, l'effet harmonisateur des libertés de circulation est triple[1360]. Tout d'abord, l'application des libertés de circulation consiste en une harmonisation « négative », car empêchant aux Etats membres d'adopter certaines réglementations restrictives du commerce intracommunautaire[1361]. Cette forme d'entrave provoque, de surcroît, une certaine harmonisation « positive », par le biais de l'application du principe de proportionnalité[1362]. Enfin, la constatation de l'existence d'une restriction à la circulation intracommunautaire provoquée par une mesure étatique permet aussi aux institutions législatives communautaires de se prévaloir de leur compétence pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. Dans cette perspective, les libertés de circulation « catalysent » l'adoption d'une réglementation harmonisée[1363].

1009. En définitive, nous constatons donc que les normes de répartition des compétences contenues dans les Traités, dont principalement le principe d'attribution, disparaissent par l'effet de l'application des libertés de circulation, car interprétées fonctionnellement. La notion même de compétence exclusive des Etats membres, voire le principe fédéral, semble irréconciliable avec l'interprétation finaliste des libertés de circulation et le principe d'« omnicompétence » en faveur de l'Union qui en résulterait[1364]. Soit il est établi que certains domaines doivent demeurer réservés

[1358] D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Paris : PUF, 2007, t. II, n° 1074.

[1359] Directive 2011/24/UE du 9 mars 2011 du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers.

[1360] Voir pourtant S. Weatherill, « European Private Law… », préc., p. 85, où l'auteur signale que tout projet d'harmonisation a une fonction duale : d'abord, l'harmonisation en soi, destinée à éliminer les barrières au marché unique qui dérivent de la diversité ; et ensuite d'imposer une nouvelle réglementation, dans la mesure où la nouvelle législation doit déterminer le nouveau niveau de protection des parties qui en font l'objet.

[1361] Voir p.ex. C. Barnard et S. Deakin, « Negative and Positive Harmonization… », préc.

[1362] Néanmoins nous avons déjà constaté que l'« harmonisation » qui résulte de l'application du principe de proportionnalité est de nature différente à l'harmonisation qui provient de l'intervention du législateur communautaire, puisque de véritables règles et principes d'application générale ne sauraient dériver de l'application du principe de proportionnalité. Voir *supra*, Partie I, Titre II, Chapitre 2.

[1363] S. Grundmann, « Internal Market Conflict of Laws: From Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order », in A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 5-29, p. 12 : « Fundamental freedoms thus act as catalysts, ideally however, and in areas where conflicts are frequent; only for a period of transition ».

[1364] O. Beaud, *Théorie de la fédération*, préc., pp. 316 et 318 : « la capacité de l'Etat (fédéral) de se saisir de toute affaire politiquement et de se donner les moyens de le résoudre […] ne correspond pas du tout à l'esprit fédéral qui est celui du compromis et de la mesure » ; en effet, « seul un Etat est en mesure d'agir

exclusivement aux Etats membres, soit le champ d'action de l'Union s'étend partout, puisqu'il n'y pas de domaine où la réglementation n'ait pas d'effets économiques. Il semble indubitable que la Cour ait opté pour la deuxième option. Cela signifie-t-il pourtant que l'interprétation finaliste des libertés de circulation rend inconcevable toute compétence étatique ? N'est-il pas possible de concevoir les compétences étatiques à l'aide d'un autre critère ? Nous constaterons par la suite que la tension entre les dimensions institutionnelle et matérielle réapparaît au sein des libertés de circulation, par le biais de la doctrine de la marge d'appréciation. Cela rend possible l'autonomie étatique.

dans toutes les directions et de réaliser cette ubiquité. Il y a donc un antagonisme irréductible entre principe d'omnicompétence et principe de partage des compétences, entre Fédération et Etats membres ».

CHAPITRE 2. LA RESURGENCE DE L'AUTONOMIE ETATIQUE DANS L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

1010. Le point de départ consiste à rappeler que les libertés de circulation n'ont pas de signification propre, autre que de déclencher l'examen de la proportionnalité de la mesure étatique[1365]. Dès lors, la question de savoir si l'application des libertés de circulation peut néanmoins contribuer à préserver l'autonomie des Etats membres porte en réalité sur la capacité du principe de proportionnalité à remplir une telle fonction.

1011. Or, nous constaterons tout d'abord comment toute appréciation de la proportionnalité d'une mesure nationale qui entraverait la circulation intracommunautaire implique, par nécessité, une décision sur la marge d'appréciation octroyée aux autorités étatiques. En effet, les décisions de la CJUE en application du contrôle de proportionnalité se décomposent inévitablement en deux parties : la décision sur l'appréciation de la proportionnalité de la mesure et la décision (logiquement préalable) sur la portée du contrôle qui sera exercé par le juge. Ainsi, comme le conclut M. Rivers, « *le principe de proportionnalité est devenu le cadre dans lequel une nouvelle théorie de la séparation de pouvoirs doit être réalisée* »[1366] (Section 1).

1012. Nous soulignerons ensuite que ceci constitue une manifestation du phénomène, propre au raisonnement juridique, dit de l'« emboîtement » (« *nesting* ») : la tension qu'un principe juridique est appelé à résoudre réapparaît dans son application. Ainsi, bien que la subordination des compétences étatiques aux libertés économiques semblait mettre fin à la tension entre ces deux types de normes, institutionnelle et matérielle, en faveur de cette dernière, la tension réapparaît dans la détermination par le juge de la marge d'appréciation à accorder aux autorités étatiques (Section 2).

SECTION 1. L'appréciation de la marge d'appréciation des autorités contrôlées, étape inévitable dans l'application du principe de proportionnalité

1013. Après avoir établi la nécessité d'une décision sur l'intensité du contrôle lors de tout examen par le juge communautaire de la proportionnalité d'une mesure étatique (§ 1), il sera établi que la question de la portée de ce contrôle est effectivement présente dans la jurisprudence de la CJUE, laquelle se caractérise par un grand degré de variabilité sur ce point (§ 2).

[1365] Le rapport entre les libertés de circulation et le principe de proportionnalité a été examiné en détail *supra*, Partie II, Titre II, Chapitre 2.

[1366] J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », (2006) 65(1) *Cambridge Law Journal*, pp. 174-207, p. 176 : « The doctrine of proportionality has become the framework within which a new theory of the separation of powers must be realised ».

§ 1 – La nécessité d'une décision sur la marge d'appréciation des autorités contrôlées

1014. En apparence, une des vertus du contrôle de proportionnalité serait de relever du pur sens commun[1367], de représenter une notion élémentaire de justice[1368]. Rappelons qu'il consiste à exiger qu'une mesure soit causalement appropriée pour atteindre un but et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire. Qui s'opposerait à ce qu'une loi ou une régulation d'un Etat membre soit appropriée et nécessaire ?[1369]

1015. A notre avis, cette position est extrêmement simpliste dans la mesure où *toute mesure étatique incriminée contient en elle-même un jugement positif de la part de son auteur sur son caractère proportionné*. En effet, c'est parce que l'exigence de proportionnalité ne relève que du pur sens commun que toute mesure aura nécessairement été jugée apte et nécessaire par l'autorité responsable de son adoption[1370]. Autrement dit, c'est *parce que* la décision a été jugée apte et nécessaire qu'elle a été adoptée.

1016. C'est en cela que se distingue le principe de proportionnalité des principes et règles substantielles, d'application syllogistique. La proportionnalité ne peut être déduite d'aucun élément du droit communautaire en particulier. Les exigences d'adéquation à un but et de nécessité de la mesure sont en réalité inhérentes à toute décision, qu'elle soit judiciaire ou législative, juridique ou non. Comme le dit M. Rivers, la proportionnalité est un principe « institutionnally-neutral » (neutral d'un point de vue institutionnel, n'étant pas spécifique des juges[1371]) puisqu'elle constitue une « *rationalisation de la recherche du bien commun* » [1372] . Toutes les règles du droit de l'Union postulent leur proportionnalité. Il est donc futile de chercher à identifier la proposition normative qui consacrerait la validité de ce principe et d'en dégager le contenu : il se trouve partout où l'on veuille regarder dans le monde juridique. Comme nous aurons l'occasion de revoir plus tard, lorsqu'une autorité nationale décide d'adopter une mesure quelconque, il est

[1367] G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. II, pp. 297-306, p. 298.

[1368] N. Emiliou, *The principle of proportionality in European Law*, Londres : Kluwer Law International, 1996, p. 1.

[1369] L. Vogel et E. Van den Abeele, *Better Regulation: a critical assessment*, European Trade Union Institute, 2010, p. 5.

[1370] Lord Hoffmann, « The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law », in E. Ellis (éd.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, pp. 107-115, p. 108.

[1371] Voir aussi X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Economica, 1990, p. 9 : « le principe de proportionnalité ne se limite pas à l'activité contentieuse : il constitue une règle non-écrite qui concerne tout auteur de normes ».

[1372] J. Rivers, « Proportionality and Variable… », préc., p. 181.

inconcevable qu'elle le fasse sans être convaincue de son adéquation et de sa nécessité. Il y a déjà dans toute décision, si l'on veut, une appréciation positive sur son adéquation et sa nécessité. *Décider de quelque chose, c'est l'estimer proportionnée*. Ceci distingue la proportionnalité d'autres principes, même si leur interprétation est particulièrement complexe, comme la bonne foi : toute décision ne contient pas implicitement un jugement positif de l'auteur sur sa propre bonne foi.

1017. En conséquence, lorsque le juge examine la proportionnalité d'une mesure nationale, il confronte l'estimation positive de proportionnalité de l'autorité ayant adopté la mesure avec sa propre estimation de ce qui est adéquat et nécessaire dans le cas d'espèce. Lorsqu'il se sert de la proportionnalité afin de trancher un litige, le juge renonce à appliquer une règle générale à un cas concret ; il choisit, au contraire, de recourir à un « *processus institutionnel* » susceptible de produire un « *deuxième avis* » qui remplacera l'avis soumis au contrôle du juge[1373]. Les deux avis ne se distinguent pas qualitativement. Tout simplement, l'avis du juge vient *après* et prévaut sur celui de l'autorité ayant adopté la mesure. La proportionnalité permet ainsi une sorte de « contre-expertise »[1374]. Ou, pour citer MM. Ost et van de Kerchove, la proportionnalité subordonne « *désormais la compétence d'un pouvoir, la validité d'une règle et le sens d'une disposition à des jugements conditionnels, comparatifs et contextuels a posteriori* »[1375]. C'est pourquoi Lord Hoffmann déclare que la proportionnalité ne saurait constituer un « *free-standing principle* » et M. Van Drooghenbroeck estime qu'elle « *n'apparaît pas comme une norme autonome en ce sens qu'elle serait apte à produire à elle seule, ex nihilo, la solution matérielle du litige pour la résolution duquel elle intervient* »[1376]. Mme De Búrca affirme dans le même sens :

[1373] T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », (2008) *American Journal of International Law*, pp. 715-767, p. 717 (« The principle does not create a rule for conflict resolution so much as it creates an institutional process to which a dispute can be referred for a credible opinion to trump and supplant the rival opinions expressed by the disputants »).

[1374] *Contra*, B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, 2011, 4ème éd., t. II, p. 241 et s. Selon cet auteur, les juges ne contrôlent jamais l'opportunité d'un acte, se limitant toujours au contrôle de sa légalité. Cette distinction ne nous semble pas tenable. Comme nous l'avons montré, le contrôle du juge ne se distingue pas qualitativement de la décision de l'autorité contrôlée. Voir à cet égard N. Emiliou, *The principle of proportionality…*, préc., p. 67.

[1375] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 17.

[1376] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : Bruylant, 2001, nº 77.

> *La proportionnalité n'est pas un principe autonome applicable, puisqu'elle ne concerne aucune valeur substantielle spécifique, mais plutôt le rapport entre des intérêts spécifiques, possiblement en conflit*[1377].

1018. Ceci pose, bien évidemment, un problème considérable. Puisque l'examen du juge est de même nature[1378] que celui de l'autorité contrôlée et le remplace, pourquoi doit-on confier cette tâche au pouvoir judiciaire ? On tombe ici sur la thématique du gouvernement des juges, sujet de prédilection des plus grands constitutionnalistes[1379] et qui dépasse largement l'objet de notre recherche[1380]. Or, aux fins de notre démonstration, il faut relever l'idée suivante : puisque le jugement sur la proportionnalité d'une mesure n'est pas, car inhérent à toute décision, propre à la fonction judiciaire, une partie essentielle de la décision du juge mettant en œuvre ce genre de contrôle porte sur *l'intensité* de ce contrôle[1381]. Autrement dit, toute décision judiciaire contrôlant la proportionnalité d'une mesure implique *nécessairement* une décision portant sur la question de savoir où se situe la ligne séparant l'appréciation du juge communautaire de celle de l'autorité nationale. Jusqu'ici, la décision de l'autorité nationale reste souveraine. Au-delà, prime l'appréciation du juge. Et c'est ce jugement de démarcation qui relève spécifiquement de la fonction judiciaire. C'est cette décision, à la différence du contrôle de l'aptitude et la nécessité d'une mesure, qui implique véritablement la sagesse du juge, comme le dit Lord Hoffman, qui exerce lui-même cette dernière fonction :

[1377] G. de Búrca, « The principle of proportionality and its application in EC Law », (1993) 13 *Yearbook of European Law*, pp. 105-150, p. 110 : « Proportionality is not an independent principle of review, since it refers not to any particular free-standing substantive value, but rather to a relationship between other specific and possibly competing substantive interests ». Voir aussi les propos très emphatiques de D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004, p. 160 : « A theory based on the principle of proportionality bears little resemblance to the common understanding that judicial review is a process in which judges protect people's basic constitutional rights by elaborating and elucidating a sacred text. It entails very little interpretation and makes the concept of rights almost irrelevant. It has the effect of turning a lot of conventional wisdom on its head ».

[1378] Nous admettrons volontiers avec M. Barak (*Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 400 et s.) que les positions institutionnelles des pouvoirs législatif et exécutif restent distinctes (étant donné, entre autres, qu'ils disposent, à la différence du pouvoir judicaire, du pouvoir de l'initiative législative ou réglementaire et, comme nous l'avons signalé auparavant, du choix des objectifs à poursuivre). Pourtant, notre argument consiste ici à signaler, à partir d'une étude du raisonnement que la Cour conduit sur le fondement du principe de proportionnalité, que la nature de ce raisonnement n'est plus spécifique au juge.

[1379] C. Schmitt et H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid : Tecnos, 2009 ; voir en langue française O. Beaud et P. Pasquino (dir.), *La controverse sur "le gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Editions Panthéon-Assas, 2007.

[1380] Voir à cet égard la thèse de S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité…*, préc., p. 16, où l'auteur entend aussi laisser de côté cette problématique.

[1381] Lord Hoffmann, « The Influence… », préc., p. 109 : « The real problem about applying the principle of proportionality, or for that matter any other test of rationality, in hard cases is not whether the principle should be observed but who should decide whether it has been observed or not ».

> *[…] bien que le pouvoir des juges pour invalider une décision administrative sur la fondement de son irrationalité soit exprimé en termes généraux et qu'il n'y ait pas une ligne tracée sur le sable que la cour n'est pas autorisée à dépasser, les juges sont conscients de façon permanente de l'existence d'une telle ligne. En effet, tout l'art du contrôle judiciaire, et j'emploie expressément le mot art, exige une sensibilité politique quant aux frontières appropriées entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire*[1382].

1019. M. Rivers parvient à une conclusion similaire :

> *[…] le principe de proportionnalité n'est pas spécifiquement propre à la fonction judiciaire, puisqu'il constitue un test pour évaluer la rationalité générale de la limitation des droits. Il ne peut donc être correctement appliqué que lorsqu'il est joint à une réflexion sur la position institutionnelle et la légitimité des tribunaux. Un principe de déférence et autolimitation judiciaire est nécessaire pour éviter que les juges n'outrepassent pas les fonctions des autres branches du pouvoir*[1383].

1020. Ainsi, lorsqu'un juge est appelé à appliquer une règle à des circonstances concrètes, il n'est pas question de « moduler » l'intensité de son examen, le syllogisme judiciaire ne s'accommodant nullement de cette notion. De la même manière, il n'aurait pas non plus de sens de parler du « pouvoir discrétionnaire » du législateur qui aurait adopté les règles à appliquer par le juge[1384], puisque la notion de pouvoir discrétionnaire est inhérente au pouvoir exécutif[1385]. En effet, parler de pouvoir discrétionnaire n'a aucune signification pour un organe souverain. La notion devient néanmoins applicable lorsque les actes de l'organe sont soumis au contrôle d'un autre organe. C'est ainsi que l'existence du contrôle de proportionnalité soulève nécessairement la question de l'autonomie des autorités étatiques contrôlées.

1021. Bien entendu, cette question est rendue considérablement plus complexe dans le contexte communautaire, où le juge n'arbitre pas seulement entre ses propres pouvoirs et

---

[1382] *Ibid.*

[1383] J. Rivers, « Proportionality and Variable… », préc., p. 182 : « the doctrine of proportionality is not already specifically designed for implementation by courts, but forms a general rational test for the limitation of rights. Only when coupled with a theory of institutional competence and legitimacy can it adequately be implemented by courts. An additional doctrine of judicial deference and restraint is necessary if courts are not to take over the functions of the other branches of government ». L'auteur estime néanmoins que cette conclusion correspond à la vision européenne de la proportionnalité, comme théorie sur la recherche du bien commun, opposée à la conception anglo-saxonne, où la proportionnalité, principe spécifiquement judiciaire, prend la place de simple méthode d'interprétation des droits fondamentaux, *ibid.*, spéc. p. 177-82.

[1384] E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, préc., p. 243, où l'auteur écrit que l'appréciation de la discrétion du législateur « no tiene nada que ver con una subsunción, sino que es una consideración de la peculiaridad del respectivo material jurídico y de las especiales circunstancias del caso correspondiente ».

[1385] *Ibid.*, p. 241: « La discrecionalidad es una cuestión de la ejecución de la ley ». Appliquée au législateur, « la legislación se convierte en ejecución de la constitución. Ahora bien es muy diferente que se piense que el legislador está vinculado a la constitución, o que el legislador haya de ejecutarla ».

ceux des branches législative ou exécutive, ses décisions pouvant aussi comporter un transfert de pouvoir des autorités nationales à celles de l'Union[1386]. Quoi qu'il en soit, ce qui n'est pas discutable est que, comme le dit un auteur, « *des postulats ou des désaccords sur les rôles respectifs des institutions sont toujours sous-jacents dans le contrôle de proportionnalité* »[1387]. Le juge peut décider de s'abstenir pratiquement de tout contrôle ou au contraire exiger du législateur qu'il parvienne à la seule solution opportune, ce qui aboutit bien évidemment à l'anéantissement de la marge d'appréciation du pouvoir législatif[1388]. La Cour elle-même admet implicitement que la proportionnalité consiste essentiellement à porter un « deuxième regard » lorsqu'elle déclare, interpellée pour se prononcer sur la conformité aux Traités d'une disposition de droit secondaire de l'Union européenne, qu'elle :

> *[…] ne saurait substituer son appréciation à celle du législateur communautaire. Elle ne pourrait tout au plus censurer son choix normatif que si ce dernier apparaissait manifestement erroné ou si les inconvénients qui en résultent pour certains acteurs économiques étaient sans aucune commune mesure avec les avantages qu'il présente par ailleurs*[1389].

1022. Ainsi, la Cour reconnaît que le fait d'évaluer la proportionnalité de la législation communautaire équivaudrait à « *substituer son appréciation à celle du législateur communautaire* », raison pour laquelle elle limitera son contrôle à l'erreur manifeste ou à la disproportion « sans aucune mesure ». A l'égard des mesures étatiques, où elle assume un rôle considérablement plus vigilant, il faut conclure que la Cour se substitue aux autorités étatiques dans l'appréciation de la proportionnalité desdites mesures. De son propre aveu, il n'y a pas de différence qualitative entre l'appréciation de l'autorité ayant adopté la mesure et celle émise ultérieurement par la Cour.

1023. C'est pour cela que l'on peut conclure, avec François Ost, que le juge cesse d'être « *l'agent de conservation des textes en vigueur* » pour devenir « *coauteur du changement juridique* »[1390]. François Terré l'exprime autrement, mais avec une grande clarté. De

---

[1386] J.H. Jans, « Proportionality Revisited » (2000) 27.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 239-265, pp. 241-2. Voir généralement M. Poiares Maduro, *We the Court…*, préc.

[1387] T. Jeremy Gunn, « Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis », (2005) 19 *Emory International Law Review*, pp. 465-498, p. 483.

[1388] E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation » des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, pp. 559-584, p. 581.

[1389] CJCE, 13 mai 1997, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-233/94, *Rec*. p. I-02405, para. 56.

[1390] F. Ost, « Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur : trois modèles de justice », in P. Gérard, M. van de Kerchove et F. Ost (éds.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacements*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 1-70, p. 34 : « Lorsque, par exemple, il est amené à dicter le rythme des évolutions esquissées par des textes seulement

l'avis de l'éminent civiliste, la proportionnalité serait un « *moyen* » ou une « *technique* » (au lieu d'une « *fin* » ou une « *norme* »). Toute tentative d'ériger la proportionnalité en règle ou principe substantiel est donc vouée à l'échec : « *ce n'est pas seulement parce que la proportionnalité est tributaire des domaines concernés, mais parce qu'il y a une impossibilité logique à faire d'une technique un principe, d'un moyen une fin* » [1391]. Il remarque également : « *Si la proportion est souvent […] utilisée, elle est fidèle à sa mission toutes les fois qu'elle contribue à l'application d'un effet à une cause, sans devenir pour cela cette cause ou cet effet* »[1392].

1024. La conclusion s'impose selon laquelle l'appréciation par le juge de la proportionnalité d'une mesure étatique exige inévitablement de prendre position sur le problème, de nature institutionnelle, de la démarcation du domaine d'appréciation du juge face à celui de l'autorité contrôlée. Ainsi, là où la marge d'appréciation des autorités étatiques apparaît, le contrôle de proportionnalité cesse[1393]. *La marge d'appréciation et le contrôle de proportionnalité sont irrémédiablement liés*, l'appréciation du contrôle de proportionnalité impliquant, par hypothèse, une décision sur l'intensité de ce contrôle. Selon la conclusion de M. Rivers, le principe de proportionnalité est inséparable d'un principe sur l'intensité du contrôle du juge[1394].

1025. Nous constaterons par la suite que la jurisprudence communautaire reflète de manière très visible le problème institutionnel de l'intensité du contrôle de proportionnalité. En effet, une très grande variabilité est observable dans les décisions de la Cour de justice sur la marge d'appréciation octroyée aux autorités nationales.

§ 2 – L'intensité variable du contrôle de proportionnalité

1026. Il faut tout d'abord constater que l'intensité du contrôle de proportionnalité exercé par le juge communautaire varie énormément[1395]. En effet, la gamme d'intensité de

programmatiques, à individualiser le régime juridique que des concepts vagues laissent dans l'indétermination ou à reconnaître des droits subjectifs nouveaux à l'initiative d'actions d'intérêt collectif, le juge désormais fait œuvre politique au sens large : il n'est plus nécessairement l'agent de conservation des textes en vigueur, il devient coauteur du changement juridique ».

[1391] F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP* G, 15 juin 2009, pp. 52-57, p. 52.

[1392] *Ibid.*, p. 55.

[1393] Il nous semble dès lors inexact d'affirmer que les Etats jouissent d'une large marge d'appréciation, « à condition toutefois que soient respectés les impératifs de non discrimination et de proportionnalité » : D. Simon, comm. sous CJUE, 19 juillet 2012, *SIA Garkalns c. Rīgas dome*, aff. C-470/11 (à paraître dans le *Rec*.), *Europe*, 2012 Octobre, pp. 34-5.

[1394] J. Rivers, « Proportionality and Variable… », préc., p. 207, où l'auteur prétend « join the doctrine of proportionality to an equally general doctrine of variable intensity of review ».

[1395] Nous ne considérerons que des variations dans l'intensité du contrôle de proportionnalité. Ainsi, seront exclus les éléments dans la jurisprudence qui, tout en ayant un impact sur la facilité avec laquelle les Etats sont en mesure de justifier leurs réglementations qui entravent la libre circulation, ne concernent pas

contrôle apparaît tellement large dans la jurisprudence que ne nous pouvons qu'être d'accord avec l'auteur M. Jans, qui conclut à l'existence d'une multitude de contrôles de proportionnalité au lieu d'un seul[1396].

1027. Dans d'autres branches du droit, la doctrine a pu systématiser les différents niveaux d'intensité de contrôle. Dans le droit interne, la doctrine française a établi une division tripartite pour distinguer les différents types de contrôles exercés par les juges sur l'activité de l'administration (contrôle restreint, normal et maximum)[1397]. A l'inverse, comme le résume Bertrand Seiller, les « *contraintes pesant sur l'adiministration* » reflètent la même échelle, « *deux concepts, le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée symbolis[a]nt les hypothèses extrêmes* »[1398]. La jurisprudence de la Cour suprême américaine sur l'intensité du contrôle de constitutionnalité peut également être analysée comme appliquant une division en deux (« *rational basis review* » et « *heightened* » ou « *strict scrutiny* ») ou en trois niveaux (en ajoutant un « *intermediate scrutiny* »)[1399].

---

l'intensité du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Ainsi, nous n'examinerons pas sur ce point, la définition plus ou moins large de l'entrave à la circulation ou la possibilité d'invoquer des motifs d'intérêt public qui ne figurent pas explicitement dans le Traité à l'appui d'une mesure discriminatoire. En effet, la Cour considère parfois que, en présence d'une mesure étatique qualifiée de discriminatoire, les Etats peuvent invoquer pour la justifier un nombre non exhaustif d'objectifs d'intérêt général (voir par exemple l'arrêt *Garcia Avello*, où la Cour accepte d'examiner des arguments favorables à la légitimité de la mesure attaquée fondés sur des principes aussi variés que la « fixité du nom de famille » ou « l'intégration » : CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613, paras. 39 et s.), tandis que d'autres fois la Cour considère que le qualificatif de mesure discriminatoire limite le nombre d'intérêts légitimes susceptibles de justifier la mesure litigieuse à ceux qui figurent dans le texte du Traité (soit, des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique voir par exemple l'arrêt *Laval* : « […] il résulte de l'article 46 CE, qui est d'interprétation stricte, que des règles discriminatoires ne peuvent être justifiées que par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique », CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 117). La dernière position rend évidemment plus difficile la justification des entraves à la libre circulation, sans pour autant affecter l'autonomie des Etats membres.

[1396] J. Jans, « Proportionality Revisited », préc., p. 264.

[1397] Ch. Debbasch, *Droit administratif*, Economica, 2002, 6ème éd., p. 805 et s. La terminologie employée est disparates. Certains auteurs distinguent seulement entre les modalités de contrôle normal et contrôle restreint (R. Chapus, *Droit administratif général*, Monchrestien, 2001, 15ème éd., nº 1253 et s.), tandis que d'autres proposent comme catégories « absence de contrôle d'adéquation », « contrôle restreint d'adéquation » et « contrôle entier d'adéquation » (P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 6ème éd., 2010, nº 806-809).

[1398] B. Seiller, *Droit administratif*, préc., p. 242.

[1399] G.R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, Aspen Publishers, 2009, 6ème éd., p. 489 et s. L'origine des degrés de contrôle se trouve dans le fameux *footnote 4* de l'arrêt *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938), où la Cour Suprême se prononce dans les termes suivants : « There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. […] It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. […] Nor need

1028. En revanche, dans le droit communautaire une variabilité quelque peu chaotique rend pratiquement vaine toute tentative de systématiser la jurisprudence selon le niveau d'intensité du contrôle observé sur les mesures étatiques en violation des libertés de circulation[1400]. En effet, identifier l'intensité précise du contrôle exercé par la Cour dans un cas concret n'est pas aisé[1401]. Mme de Búrca a identifié quatre moyens à la disposition de la CJUE afin d'octroyer une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales[1402] : (i) en s'abstenant d'exercer le moindre contrôle sur la mesure étatique (Mme de Búrca offre ici l'exemple de l'arrêt *Duphar*, où la Cour choisit de ne pas exercer un contrôle quelconque malgré les effets restrictifs évidents de la régulation hollandaise sur la circulation des marchandises[1403]) ; (ii) en exerçant une version restreinte du contrôle de proportionnalité (l'auteur cite l'affaire *Fedesa*, à propos d'une directive communautaire, où la CJUE se limite à vérifier que ladite directive ne soit « *manifestement inappropriée* »[1404] – il convient d'ajouter également les affaires où la Cour omet d'examiner la nécessité de la mesure en cause, comme par exemple dans les arrêts *Cinéthèque*[1405] et *Omega*[1406], ou les cas où elle reconnaît que les Etats membres

---

we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious […] or national […] or racial minorities […]: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry ».

[1400] Rappelons que l'on ne discute que du contrôle de proportionnalité des mesures étatiques. Il semblerait (bien que cela reste discutable) que le contrôle des mesures d'origine communautaire soit soumis à un contrôle de proportionnalité d'intensité moindre à celui que subissent les mesures d'origine nationale. Voir T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 2ème éd., pp. 137-138.

[1401] T. Jeremy Gunn, « Deconstructing Proportionality… », préc., pp. 477-80.

[1402] G. de Búrca, « The principle of proportionality… », préc., p. 148.

[1403] CJCE, 7 février 1984, *Duphar BV et autres c. État néerlandais*, aff. 238/82, *Rec.* p. 00523, para. 20 : « compte tenu de la spécificité, sous ce rapport, du commerce des produits pharmaceutiques, caractérisé par la substitution des institutions de sécurité sociale aux consommateurs pour la prise en charge des frais médicaux, une législation du type de celle en cause ne saurait être considérée en elle-même comme constituant une restriction à la liberté d'importation garantie par l'article 30 du traité, si certaines conditions se trouvent réunies ».

[1404] CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, *Rec.* p. I-04023, para. 14 : « En ce qui concerne le contrôle judiciaire des conditions indiquées, il y a toutefois lieu de préciser que le législateur communautaire dispose en matière de politique agricole commune d' un pouvoir discrétionnaire qui correspond aux responsabilités politiques que les articles 40 et 43 du traité lui attribuent. Par conséquent, seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure arrêtée en ce domaine, par rapport à l'objectif que l'institution compétente entend poursuivre, peut affecter la légalité d'une telle mesure ».

[1405] Dans cet arrêt, malgré le fait qu'elle venait d'affirmer que la mesure incriminée ne devait pas aller « au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé », la Cour a préféré néanmoins ne pas soumettre la législation française régulant la diffusion des œuvres cinématographiques au test de nécessité, se contentant de relever qu'il s'agissait d'une mesure appropriée : CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec*. p. 02605, para. 22-23.

sont « *en droit de considérer que les objectifs poursuivis par [leurs règlementations] ne peuvent pas […] être atteints par des moyens moins restrictifs* »[1407]) ; (iii) en attribuant à la partie affectée par l'entrave, la charge de la preuve de l'absence d'alternatives moins restrictives pour la circulation intracommunautaire (l'exemple donné par Mme de Búrca est ici l'affaire *Royal Pharmaceutical Society*[1408]) ; et enfin (iv) en laissant aux tribunaux nationaux l'évaluation ultime de la proportionnalité de la mesure[1409].

1029. En réalité, les variations dans la marge d'appréciation octroyée aux autorités étatiques sont plus grandes, résultant d'une série de « microdécisions ». A titre illustratif, examinons la longue liste de décisions sur les régimes nationaux gouvernant les loteries et les jeux de hasard, jurisprudence que l'on peut qualifier à tout le moins, de fluctuante.

1030. Le premier arrêt de la liste a été *Schindler*, rendu en 1994. La législation en cause empêchait les organisateurs de loteries d'autres États membres de promouvoir leurs loteries et de vendre leurs billets sur le territoire du Royaume-Uni. Elle a été donc

---

[1406] Ici, la Cour également n'a pas examiné véritablement la nécessité du refus d'autoriser un jeu laser en raison de son caractère violent, jugé contraire par les autorités allemandes à la « dignité humaine ». Ce refus a été jugé conforme au principe de proportionnalité sans que la Cour ne se soit demandée s'il n'aurait pas suffi d'imposer certaines limites au déroulement du jeu, au lieu de le bannir complètement : CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, para. 36 et s.

[1407] CJCE, 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede c. Gerd Sandker*, aff. C-3/95, *Rec*. p. I-06511, para. 41.

[1408] CJCE, 18 mai 1989, *The Queen c. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers et autres*, aff. Jointes 266 et 267/87, *Rec*. p. 01295, para. 22 : « Aucun élément du dossier ne permet à la Cour de constater qu'une règle interdisant aux pharmaciens de remplacer un médicament nommément désigné dans l'ordonnance par un autre médicament, même ayant le même effet thérapeutique, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé, à savoir de laisser l'entière responsabilité du traitement du patient au médecin traitant ». L'oscillation que l'on observe à propos de l'examen de la *nécessité* quant à la question de la charge de la preuve est plus large que ne le suggère Madame de Búrca. Dans la version la plus intense du contrôle, la Cour peut aller jusqu'à proposer elle-même des alternatives à la mesure litigieuse qu'elle estime moins restrictives pour la liberté de circulation. Notons par exemple l'arrêt *CaixaBank*, où la Cour suggère que, au lieu d'interdire la rémunération des comptes de dépôts à vue, il serait plus convenable de « permettre au consommateur d'opter soit pour un compte de dépôts à vue non rémunéré et le maintien de la gratuité de certains services bancaires de base, soit pour un compte de dépôts à vue rémunéré et la faculté pour l'établissement de crédit de faire payer des services bancaires fournis jusqu'alors à titre gratuit, telle l'émission des chèques » (CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-442/02, *Rec*. p. I-08961, para. 22). En revanche, la Cour a affirmé à l'occasion d'une autre affaire que, « s'il est vrai qu'il incombe à l'État membre invoquant une exigence impérative pour justifier l'entrave à la libre circulation des marchandises de démontrer que sa réglementation est appropriée et nécessaire en vue d'atteindre l'objectif légitime poursuivi, cette charge de la preuve ne saurait aller jusqu'à exiger que cet État membre démontre, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser ledit objectif dans les mêmes conditions » (CJCE, 10 février 2009, *Commission c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec*. p. I-00519, para. 66).

[1409] Mme De Búrca admet néanmoins que la délégation aux juges nationaux de la décision finale sur la proportionnalité de la mesure examinée, la Cour se limitant à fournir quelques indications générales, n'équivaut *pas nécessairement* à octroyer une certaine marge d'appréciation aux Etats membres.

qualifiée d'entrave à la libre prestation de services. La Cour de justice conclut néanmoins que, au vu des particularités de la matière faisant l'objet de la réglementation en cause et des préoccupations qui la justifient, il appartient aux autorités nationales « *d'apprécier non seulement s'il est nécessaire de restreindre les activités des loteries, mais aussi de les interdire* »[1410]. La marge d'appréciation dont jouissent les autorités étatiques semble totale. Ainsi, la réglementation britannique est déclarée conforme au droit primaire communautaire.

1031. Pourtant les deux arrêts suivants, rendus en 1999, ne se montrent pas tout aussi respectueux des appréciations des autorités nationales. Dans l'arrêt *Läärä* la leçon sur la marge d'appréciation totale des autorités nationales, ici finlandaises, est répétée. Pourtant, ceci n'empêche pas la Cour de vérifier aussitôt que le régime en cause est nécessaire, car l'alternative proposée serait moins « efficace »[1411]. Dans l'arrêt *Zenatti*, alors que dans l'arrêt *Schindler* la Cour de justice s'était totalement interdite de vérifier la nécessité de toute restriction ou interdiction, elle a demandé à la juridiction de renvoi de « *vérifier si la législation nationale, au vu de ses modalités concrètes d'application, répond véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle impose n'apparaissent pas disproportionnées au regard de ces objectifs* »[1412].

1032. La marge d'appréciation des autorités nationales semblait totale dans l'arrêt *Schindler*, et quelque peu réduite dans les arrêts *Läärä* et *Zenatti*. Elle semble en revanche presque disparaître dans l'arrêt *Gambelli*, rendu en 2003. La Cour déclare :

> *En ce qui concerne la proportionnalité de la législation italienne au regard de la liberté d'établissement, même si l'objectif poursuivi par les autorités d'un État membre est d'éviter le risque que les concessionnaires de jeux soient impliqués dans des activités criminelles ou frauduleuses, exclure la possibilité pour les sociétés de capitaux cotées sur les marchés réglementés des autres États membres d'obtenir des concessions pour la gestion des paris sportifs, alors surtout que d'autres moyens existent pour contrôler les comptes et les activités de telles sociétés, peut apparaître comme une mesure allant au-delà de ce qui est nécessaire pour juguler la fraude*[1413].

1033. Il est très important de noter que la notion de nécessité ici déployée est très intrusive : elle va jusqu'à permettre à la Cour de proposer des alternatives à la

[1410] CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-01039, para. 61.

[1411] CJCE, 21 septembre 1999, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd et Oy Transatlantic Software Ltd c. Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) et Suomen valtio (Etat finlandais)*, aff. C-124/97, *Rec*. p. I-06067, para. 41.

[1412] CJCE, 21 octobre 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec*. p. I-07289, para. 37.

[1413] CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale c. Piergiorgio Gambelli e.a.*, aff. C-243/01, *Rec*. p. I-13031, para. 74.

réglementation incriminée (« *d'autres moyens existent pour contrôler les comptes et les activités de telles sociétés…* »). La Cour encourage enfin la juridiction de renvoi à vérifier si la réglementation en cause, « au vu de ses modalités concrètes d'application », impose des restrictions disproportionnées.

1034. La tendance de la Cour vers un contrôle de proportionnalité chaque fois plus intrusif continue dans l'arrêt *Placanica*, où elle discute de manière détaillée de l'existence d'alternatives au régime examiné qui seraient moins restrictives à la circulation intracommunautaire. Au lieu de porter une appréciation globale de la réglementation, la Cour préfère examiner « *séparément pour chacune des restrictions imposées par la législation nationale notamment si elle est propre à garantir la réalisation du ou des objectifs invoqués par l'État membre en cause et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* »[1414], concluant enfin à son caractère disproportionné[1415]. Pourtant, la Cour semble revenir en arrière dans l'arrêt suivant. Aucune alternative à la réglementation en cause n'est analysée par la CJUE ni même suggéré dans la décision de l'affaire *Liga Portuguesa et Bwin*. La Cour de justice affirme même que les Etats membres sont :

> *[…] en droit de considérer que le seul fait qu'un opérateur tel que Bwin propose légalement des services relevant de ce secteur par l'Internet dans un autre État membre, où il est établi et où il est en principe déjà soumis à des conditions légales et à des contrôles de la part des autorités compétentes de ce dernier État, ne saurait être considéré comme une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux contre les risques de fraude et de criminalité*[1416].

1035. Pour le dire autrement, il appartient aux autorités nationales d'apprécier ce qu'une garantie « suffisante » (et donc, nécessaire). La Cour semble revenir ainsi à sa position de 1999, s'interdisant de contrôler la proportionnalité des règlementations nationales sur les jeux de hasard si ce n'est que de manière superficielle.

1036. L'énorme fluctuation de la jurisprudence en ce domaine est donc prégnante. Bien évidemment, le contrôle de proportionnalité ne signifie pas la même chose dans l'arrêt *Schindler* que dans l'arrêt *Placanica*. En particulier, le sens de la notion de nécessité varie considérablement, de sorte qu'il y aurait autant de versions du principe de proportionnalité que d'applications de celui-ci. Nous constatons donc l'énorme variabilité de la marge d'appréciation octroyée par la Cour de justice aux autorités nationales dans

[1414] CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales c. Massimiliano Placanica e.a.*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Rec.* p. I-01891, para. 49.

[1415] *Ibid.*, spéc. para. 50 et s.

[1416] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 69.

ses appréciations de la proportionnalité des mesures étatiques constitutives d'une entrave à la circulation. Cette circonstance rendrait, semble-t-il, tout effort de systématisation vain. Néanmoins, une chose est claire : l'application du principe de proportionnalité implique nécessairement un jugement déterminant les questions qu'il appartient aux autorités nationales de trancher. Surgit ainsi de nouveau la problématique de la démarcation de l'autonomie des Etats membres, que l'on croyait disparue en raison de la prévalence des libertés de circulation sur les normes de répartition des compétences du Traité. Nous verrons maintenant que cet aspect de la jurisprudence peut être compris à l'aide de la notion d'oppositions « emboîtées » (« *nesting* »).

SECTION 2. La nature emboîtée de l'opposition matériel-institutionnel

1037. Nous décrirons d'abord le phénomène dit des oppositions « emboîtées » (« *nesting* ») (§ 1). Dès lors, nous monterons que l'opposition matériel-institutionnel est, dans le domaine qui nous occupe, une opposition emboîtée (§ 2).

§ 1 – Le phénomène des oppositions « emboîtées » (« *nesting* »)

1038. Le « phénomène » dit du « nesting » consiste, selon Duncan Kennedy, dans « la reproduction, au sein de la solution formelle donnée à un problème, du conflit entre principes que ladite solution avait prétendument résolu »[1417]. Nous avons choisis de le traduire en français comme « oppositions emboîtées ».

1039. Cela distingue la notion d'opposition emboîtée de la notion de « dissociation » de Perelman, qui fait référence à la possibilité de préciser une notion à l'infini : « [u]ne dissociation de notion met à l'abri de l'incompatibilité qu'elle résout. Mais de nouvelles difficultés surgissent à propos des termes ainsi établis. Aussi observe-t-on, tant dans la pensée pratique que philosophique, une tendance à de nouvelles subdivisions ». Les « schèmes » qui en résultent pourraient être qualifiés de « dissociations en éventail »[1418]. Pourtant, chaque nouvelle dissociation ne fait que renforcer la signification des termes initiaux, si bien que : « [c]es approfondissements successifs, qui permettent de ne pas sacrifier les résultats déjà obtenus, les accords acquis, les notions dont on dispose, se présentent dans tous les secteurs de la pensée »[1419]. C'est donc tout le contraire des oppositions emboîtées qui signalent justement l'incapacité à résoudre définitivement un

[1417] D. Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, vol. III-2, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 309-365, p. 344 : « the reproduction, within a doctrinal solution to a problem, of the policy conflict the solution was supposed to settle ».

[1418] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles : Editions de l'Université de Bruxelles, 2008, p. 573.

[1419] *Ibid*., p. 574.

tel conflit. Ainsi, réapparaît le même couple dans chaque nouvelle opération de dissociation.

1040. Pour Perelman, cette incapacité expose le dissociation initiale à la disqualification[1420]. Pourtant, le conflit entre principes n'équivaut pas à une contradiction logique. Sur le plan de la logique formelle, le phénomène du « nesting » est certes inconcevable. Ainsi, par exemple, il est logiquement impossible de soutenir simultanément p et non p. Pourtant, les adhérents à la notion de « nesting » ne remettent pas en cause les normes de la logique formelle, car il n'est applicable qu'aux oppositions « conceptuelles ». Ainsi, selon un auteur, « une opposition emboîtée est une opposition conceptuelle où chacun de ses termes contient l'autre, ou dans laquelle chacun de ses termes partage certains éléments avec l'autre »[1421].

1041. D'après MM. Ost et van de Kerchove, un tel phénomène illustre l'inaptitude de la méthode hiérarchique, soit de l'image du droit pyramidal. Ils prônent donc une méthode « dialectique » qui part de ce même postulat, en constatant que chaque terme juridique « contient virtuellement son autre », que les oppositions conceptuelles sont inévitablement « enchevêtrées ». La méthode peut dès lors être décrite comme suit :

> *[…] plutôt que de réduire la complexité des phénomènes observés en les ramenant à l'une des deux interprétations en conflit, plutôt aussi que de tracer une prudente troisième voie à égale distance de celles-ci, il s'agira de les mettre et de les maintenir en tension. Montrer, pour cela, que chaque terme contient virtuellement son « autre », et que, dès lors, ils ont « partie liée » ; suivre les jeux de leurs enchevêtrements et, littéralement, de leurs trans-formations ; dégager de leurs rapports les propriétés émergentes et tierces qui contribuent désormais à leur reproduction différenciée ; assumer le risque de l'incertitude de cette « dialectique sans synthèse » qui est celle de la complexité, de la vie et de l'histoire ; libérer ainsi la puissance heuristique inouïe des paradoxes qui ne cessent de « donner à penser »*[1422].

1042. Afin d'illustrer ce phénomène, prenons l'exemple du droit international privé. Au niveau le plus fondamental, deux écoles s'opposent. D'un côté, l'école dite « publiciste » conçoit le conflit de lois comme un conflit de souverainetés, si bien que « *la soumission des personnes aux lois et aux juridictions d'une autorité politique est une manifestation du pouvoir de celle-ci* »[1423]. D'un autre côté, l'école dite « privatiste », qui se prétend inspirée par les travaux de Savigny, affirme que le droit des conflits de lois ne met en jeu

[1420] *Ibid.*, p. 580, offrant l'exemple du couple *moyen-fin.*

[1421] J.M. Balkin, « Nested Oppositions », (1990) 99 *Yale Law Journal*, pp. 1669-1705, p. 1676 : « A nested opposition is a conceptual opposition each of whose terms contains the other, or each of whose terms shares something with the other ».

[1422] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, préc., pp. 37-38.

[1423] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., p. 52.

que des intérêts privés. Ainsi, « *on s'intéresse d'abord au rapport de droit privé à rattacher, et on procède à ce rattachement en prenant essentiellement en compte les intérêts privés, c'est-à-dire le respect des légitimes prévisions des parties* »[1424]. Ce débat constitue une source inépuisable de réflexion pour la doctrine de droit international privé, et il y a encore aujourd'hui peu de thèses qui ne contiennent des développements sur la question. Or la position largement majoritaire demeure aujourd'hui en France celle des privatistes, pour des raisons principalement théoriques. MM. Mayer et Heuzé s'expriment en des termes très emphatiques, dans la mesure où ils vont jusqu'à estimer que « *Savigny a fait jaillir la lumière de la vérité au sein d'une quasi-obscurité. Et bien que les ténèbres ne se soient pas immédiatement dissipées, bien aussi qu'aujourd'hui des critiques véhémentes […] cherchent à la voiler, c'est cette lumière qui éclaire tout le droit international privé contemporain* »[1425].

1043. Le conflit entre privatistes et publicistes, semble-t-il, a été emporté par les premiers. Pourtant, ce même conflit ressurgit dès que la conception privatiste trouve à s'appliquer. Lorsqu'il s'agit de déterminer la « méthode » à employer, deux possibilités principales se présentent. L'une, appelée « bilatéralisme », consiste à déterminer la loi applicable à partir d'un élément localisateur, lequel varie en fonction du rapport de droit en question. La règle de conflit désigne ainsi indifféremment comme applicable une loi étrangère ou la loi du for. L'autre, dite « unilatéralisme », consiste à déterminer le champ d'application de chaque loi, en principe à partir de sa finalité ou de la volonté de l'autorité l'ayant adoptée. Les lois de police sont des normes de ce type, puisque leur champ d'application territoriale est défini unilatéralement, à partir de leur objectif de garantie d'un intérêt public[1426]. Le juge appelé à déterminer la loi applicable doit toujours, malgré la prévalence de la vision privatiste, décider laquelle des deux méthodologies est la plus appropriée. Le conflit entre bilatéralisme et unilatéralisme reproduit ainsi le conflit original entre privatistes et publicistes, au sein de la vision privatiste du droit des conflits de lois, puisque l'appel à l'unilatéralisme se justifie principalement en présence d'intérêts publics.

[1424] *Ibid.*, p. 53.

[1425] *Ibid.*, p. 51. D'autres auteurs ont critiqué fortement cette manière de présenter la pensée de Savigny. Voir p.ex. A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1994-1995, pp. 209-237, p. 211 : « La fidélité [de la doctrine] au système de Savigny s'avère artificielle, fondée essentiellement sur la ressemblance structurelle, des règles de conflit de Savigny d'une part, et de celles de notre époque d'autre part. Pour justifier une parenté dans les méthodes, il faudrait démontrer que le droit international privé d'aujourd'hui est encore attaché à l'idée que se faisait Savigny de la liberté et du rapport du droit, et qu'il s'inspire toujours de sa vision de la communauté de droit des États ». En réalité, signale cet auteur, la doctrine qui se réclame de l'héritage de Savigny trouverait son origine dans « le positivisme de la fin du XIX^{e} siècle » (p. 214).

[1426] Ph. Franceskakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP* 1966, pp. 1-18.

1044. A un troisième niveau, la même opposition est reproduite. Si le juge décide que la méthodologie à employer est le bilatéralisme, un nouveau choix va se présenter. Soit la règle de conflit bilatérale est appliquée « normalement », soit il est considéré que les circonstances de l'affaire exigent que soit mise en œuvre l'exception d'ordre public. Ainsi, le fonctionnement normal de la règle de conflit bilatérale est perturbé lorsque la loi étrangère normalement applicable consacre « *une solution si choquante au regard des conceptions du for que le juge doit refuser de l'appliquer* »[1427]. De nouveau, réapparaît la tension entre privatistes et publicistes que l'on croyait résolue par le choix théorique en faveur des premiers et par l'option méthodologique du bilatéralisme.

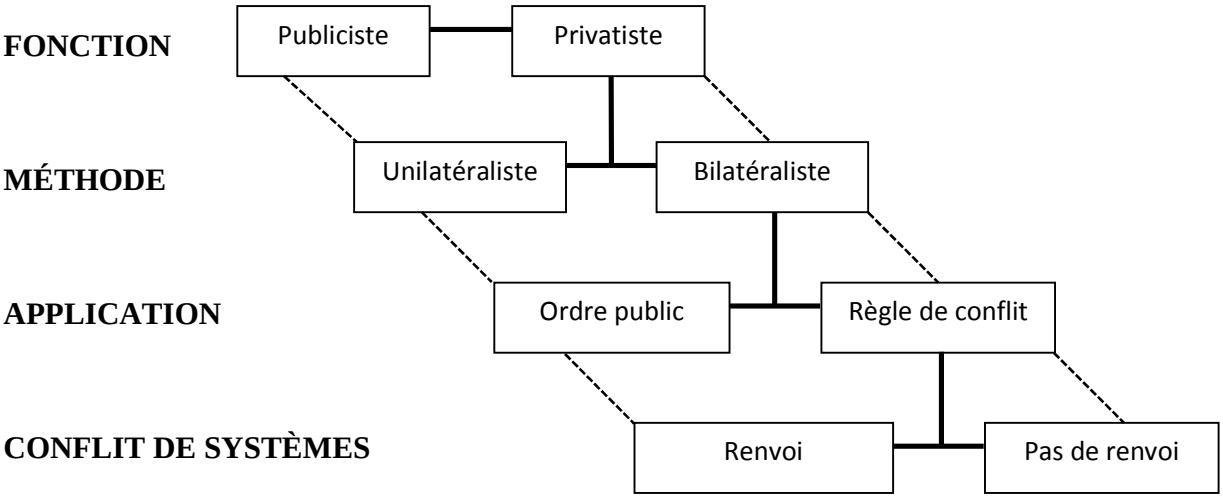
1045. Il est encore possible que le conflit se reproduise à un quatrième niveau, à propos de ce que la doctrine de droit international privé connaît comme le « conflit de systèmes ». Parfois, il ne suffira pas de constater qu'aucune loi de police ne se veut applicable et que l'ordre public n'est pas affecté pour procéder à l'application de loi étrangère désignée par la règle de conflit bilatérale. Il faudra encore décider s'il convient d'avoir recours au mécanisme dit du renvoi. Ce mécanisme permet au juge de ne pas appliquer la loi étrangère normalement applicable lorsque les règles de conflit de ce droit étranger « renvoient » à une autre loi. Le renvoi permet ainsi de ne pas appliquer une loi étrangère qui, pour le dire simplement, « ne se veut pas applicable ». Réapparaît ainsi la problématique des intérêts privés face aux intérêts publics, que l'on retrouve dans toutes les étapes de la résolution du problème des conflits de lois. Le fait d'avoir favorisé une approche privatiste au détriment d'une approche publiciste, une méthodologie bilatéraliste sur une méthodologie unilatéraliste et l'application normale de la règle de conflit sur celle de l'exception d'ordre public, ne parvient pas à chasser les considérations publicistes. Celles-ci continuent à « ressusciter » à chaque fois qu'un nouveau choix interprétatif se présente. Jack Balkin décrit le phénomène dans les termes suivants :

> *La nature « emboîtée » d'une opposition apparaît lorsque l'on essaie de comprendre le sens de chacun des termes de la dichotomie. Les débats sur le sens et le contenu de chaque côté d'une dichotomie emboîtée reproduit le débat sur les termes du conflit original. Le débat sur le sens ou le contenu du concept lorsqu'il est introduit dans de nouveaux contextes est un débat qui récapitule le débat original sur la différenciation*[1428].

1046. Le diagramme suivant, à l'instar de ceux que M. Kennedy a utilisés dans ses travaux, nous permettra de mieux comprendre le phénomène de « *nesting* » que l'on vient de décrire au sein du droit international privé :

[1427] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, préc., p. 149.

[1428] M. Balkin, « Nested Oppositions », préc., p. 1679 : « The nestedness of a nested opposition often becomes apparent when we attempt to understand what each of the terms in the opposition means. Debates over the meaning or content of each side of a nested opposition replicate the debate over the terms of the original opposition. The struggle over the meaning or the content of the concept as it is introduced into new contexts is a struggle that recapitulates the original struggle of differentiation ».



1047. Constatons donc que, malgré les choix successifs, la tension originale entre les conceptions publiciste et privatiste se perpétue, réapparaissant à chaque fois que le juge est appelé à faire de nouveaux choix. Les arguments en faveur d'une vision publiciste peuvent être déployés à chaque niveau de décision, bien qu'ils aient été écartés au niveau antérieur. Comme le résume M. Kennedy, « *l'emboîtement des oppositions signifie la conservation de l'énergie argumentative* »[1429]. Ainsi, le fait pour le camp privatiste d'emporter d'emblée le débat sur quelle est la fonction du droit international privé peut être néanmoins contrebalancé par la prise en compte des considérations publicistes au stade ultérieur du choix de la méthode à employer, de l'application de la méthode, ou encore du conflit de systèmes[1430].

1048. Un certain débat a été engagé entre ceux qui se limitent à qualifier le « *nesting* » de « phénomène », signalant aussi son caractère « mystérieux »[1431], et ceux, associés au post-modernisme, qui croient y déceler une caractéristique essentielle du raisonnement juridique[1432]. Suivant l'approche poursuivie jusqu'ici, nous préférons adopter la position plus prudente consistant à l'envisager comme un simple phénomène, sans l'élever au

[1429] D. Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument », préc., p. 349 : « Nesting represents the conservation of argumentative energy ».

[1430] Bien entendu, la notion d'opposition emboîtée n'est pas la seule qui permette de rendre compte des contradictions propres au droit international privé. M. Boden a amplement illustré comment les argumentations de droit international privé font simultanément appel à des théories juridiques qui s'excluent mutuellement (notamment, le « pluralisme juridique » et le « monisme juridique »). Ce mélange explique l'existence des « grands problèmes » du droit international privé, insolubles dans la mesure où ils résultent de l'association de théories incompatibles. D. Boden, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, thèse dactyl., 2002, vol. 2.

[1431] D. Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument », préc., p. 360.

[1432] J.M. Balkin, « Nested Oppositions », préc.

rang d'« essence ». Nous verrons par la suite que, en tant que strict phénomène, une sorte de « *nesting* » peut indubitablement être observée à l'œuvre dans l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice, en application des libertés de circulation.

§ 2 – La nature emboîtée de l'opposition institutionnel-matériel dans la jurisprudence sur la libre circulation

1049. Rappelons que la Cour justice aurait, semble-t-il, consacré une hiérarchie entre les libertés de circulation et les normes de répartition des compétences. Face à la contradiction entre les dimensions institutionnelle et matérielle des Traités, la Cour de justice aurait choisi de donner priorité à la garantie des libertés de circulation, interprétées de manière extensive. Ainsi, ces libertés s'appliquent aussi dans les domaines qui auraient dû appartenir, selon le système de répartition des compétences des Traités, à la compétence exclusive des Etats membres. La contradiction entre ces deux dimensions semblerait ainsi résolue. Pourtant, comparativement aux oppositions observées dans le droit international privé, cette contradiction ressurgit au sein des libertés de circulation, lorsque le juge procède à leur application. En effet, dès que le juge constate qu'une liberté de circulation est entravée par une mesure étatique, la question de sa justification se pose aussitôt, dont l'examen s'opère par le prisme du principe de proportionnalité. Et, comme nous venons de le décrire, le juge devra déterminer avant tout, quelle marge d'appréciation devra être octroyée aux autorités nationales. Dès lors, plus la marge d'appréciation octroyée est large, plus l'autonomie des Etats membres est préservée. A l'inverse, plus le contrôle du juge est rigoureux et exigeant, plus la libre circulation économique intra-communautaire est assurée par l'adoption, par la Cour, de standards communs à tous les Etats membres. Les implications institutionnelles sont ainsi évidentes.

1050. La Cour de justice doit ainsi choisir de nouveau : est ainsi reproduite l'opposition initiale entre les considérations de nature institutionnelle propres à la répartition de pouvoir entre les Etats membres et l'Union, et les considérations de type matériel représentées par les libertés fondamentales de circulation. La priorité de celles-ci sur les normes de répartition des compétences des Traités au premier stade ne signifie donc pas que l'autonomie des Etats membres ne sera pas garantie. L'arrêt *Schindler* en est un excellent exemple. Cet arrêt marque une extension tout à fait considérable de la liberté de prestation de services, car la Cour a confirmé la jurisprudence *Säger*, où il est affirmé, pour la première, fois que constitue une entrave à ladite liberté « *toute restriction, même si elle s' applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu' elle est de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services*

analogues »[1433]. Cette définition extensive affecte drastiquement les compétences des Etats membres, puisqu'elle permet à la Cour d'intervenir dans des domaines qui relèvent de ces compétences. Elle lui a ainsi permis de qualifier la législation britannique examinée d'entrave à la libre circulation. Or, lorsque le moment est arrivé de vérifier son éventuelle justification, la Cour a estimé qu'il incombait entièrement aux autorités nationales de conduire cet examen. En effet :

> *[…] les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comportent la protection des joueurs et, plus généralement, compte tenu des particularités socioculturelles de chaque État membre, la protection de l' ordre social, tant en ce qui concerne les modalités d' organisation des loteries, le volume de leurs enjeux, que l' affectation des profits qu'elles dégagent. Dans ces conditions, il leur revient d'apprécier non seulement s'il est nécessaire de restreindre les activités des loteries, mais aussi de les interdire, sous réserve que ces restrictions ne soient pas discriminatoires*[1434].

1051. On le voit bien : la Cour prend d'une main ce qu'elle donne avec l'autre. La qualification de la réglementation britannique d'entrave a été parfaitement inutile. Ses autorités demeurent libres d'adopter le régime qu'ils croient le plus approprié, sous la seule réserve de la prohibition de traitement discriminatoire. Rien n'a véritablement changé : on se demande donc pourquoi la Cour a décidé d'étendre le champ d'application du principe de libre prestation de services pour englober aussi les règlementations telles que la législation britannique de l'arrêt *Schindler*[1435]. C'est une caractéristique essentielle

[1433] CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, aff. C-76/90, *Rec*. p. I-04221, para. 12.

[1434] CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-01039, para. 61.

[1435] Il y a probablement de bonnes raisons stratégiques derrière la décision de la Cour de justice. Le fait d'octroyer une grande marge d'appréciation aux autorités nationales, qui dans l'arrêt *Schindler* est allé pratiquement jusqu'à rendre pratiquement inexistant tout contrôle des mesures étatiques entravantes, permet à la Cour d'« adoucir » une extension du champ d'application des libertés de circulation qui, en d'autres circonstances, serait beaucoup plus controversée. La Cour peut, ensuite, se fonder sur cette décision pour justifier des jugements ultérieurs où l'atteinte à l'autonomie des Etats membres est plus visible. En effet, dans le domaine des loteries et des jeux de hasard, la Cour a par la suite progressivement réduit la marge d'appréciation octroyée aux autorités nationales : on a passé de la marge « totale » de l'arrêt *Schindler* à la marge extrêmement réduite de l'arrêt *Placanica*, où la Cour s'est penchée sur une analyse très rigoureuse de la réglementation italienne en question (voir CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales c. Massimiliano Placanica e.a.*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Rec.* p. I-01891). On trouve facilement d'autres exemples. Les arrêts *Viking* et *Laval*, sources d'un débat très âpre sur les limites de l'activisme de la Cour en faveur de la libéralisation du droit du travail, se sont fondés sur un arrêt précédent où la solution de principe avait été la même, mais qui était passé inaperçu. En effet, l'affirmation contenue dans l'arrêt *Laval* – qui a tant choqué une bonne partie des analystes –, déclarant que la protection de la dignité humaine devait être conciliée avec les exigences déduites de la libre circulation (CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 94), n'avait pourtant pas beaucoup attiré l'attention à l'issue de l'arrêt précédent *Omega*, qui contient la même affirmation (CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609). Ceci s'explique

du phénomène du « *nesting* » : la solution donnée dans un premier temps à une contradiction ne détermine pas la solution ultime qui se dégage dans les niveau inférieurs.

1052. Si l'on descend encore d'un niveau, la situation se répète. Lorsque la Cour choisit de conduire un examen de la proportionnalité de la mesure étatique en question, au lieu de se contenter de laisser cet examen à la libre appréciation des Etats membres, un nouveau dilemme se présente. La Cour peut choisir de vérifier elle-même que la mesure est conforme au principe de proportionnalité, ou elle peut au contraire déléguer cet examen au juge national de renvoi. Rappelons à cet égard la grande différence qui existe entre le fait d'octroyer une marge d'appréciation aux autorités nationales et la délégation de l'examen de proportionnalité aux juridictions nationales. Lorsque la Cour de justice omet de parvenir à une conclusion sur la proportionnalité d'une mesure étatique, préférant confier cet examen au juge national, celui-ci est appelé à le résoudre en tant que juridiction *communautaire* et non pas nationale. En revanche, lorsque les autorités nationales se voient conférer une marge d'appréciation, qu'elles soient judiciaires, administratives ou législatives, leurs décisions relèveront de leur qualité d'autorité nationale et non pas communautaire.

1053. Distinguons par exemple l'arrêt *Reisebüro Broede*, où la CJUE a considéré que « *la République fédérale d'Allemagne est en droit de considérer que les objectifs poursuivis […] ne peuvent pas, pour ce qui concerne cette activité, être atteints par des moyens moins restrictifs* »[1436], de l'arrêt *De Agostini*, lorsque la Cour a invité au contraire la juridiction de renvoi, sans plus de précisions, à « *vérifier si ces dispositions sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant à l'intérêt général ou à l'un des objectifs énoncés à l'article 56 du traité, si elles sont proportionnées à cet effet et si ces objectifs ou exigences impératives ne pourraient être atteints par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires* »[1437]. Dans la première instance la Cour a fait montre de prudence à l'égard de l'autonomie des Etats membres, puisqu'elle s'est abstenue d'évaluer la proportionnalité du régime allemand. En revanche, dans l'affaire *De Agostini*, le fait de déléguer la décision finale aux juges nationaux, certes en leur octroyant une grande latitude, érode indubitablement l'autonomie des Etats membres puisque la juridiction de renvoi, agissant comme autorité

---

probablement par le fait qu'à cette occasion la Cour de justice avait octroyé une marge d'appréciation presque totale aux autorités allemandes, rendant ainsi superflues ses déclarations précédentes sur la nécessité de concilier le respect de la dignité avec les principes économiques. Sur cette jurisprudence, voir C.T. Smith et T. Fetze, « The Uncertain Limits of the European Court of Justices's Authority : Economic Freedom Versus Human Dignity » (2004) 10 *Columbia Journal of European Law*, pp. 445-490.

[1436] CJCE, 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede c. Gerd Sandker*, aff. C-3/95, *Rec*. p. I-06511, para. 41.

[1437] CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) et TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 et C-36/95)*, aff. jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Rec*. p. I-03843, para. 54.

de droit communautaire, est parfaitement libre de considérer que la mesure litigieuse va au-delà de ce qui est strictement nécessaire et de l'écarter en conséquence comme non-conforme au droit communautaire primaire.

1054. La délégation aux juges nationaux de la décision finale n'est manifestement pas, à la différence de l'octroi d'une marge d'appréciation aux autorités nationales, une marque de respect pour la souveraineté étatique, étant donné que la juridiction de renvoi est appelée à trancher le litige en tant qu'organe communautaire[1438]. Cette délégation répond plutôt au fait que les juridictions étatiques possèdent une meilleure connaissance des particularités du cas, connaissance indispensable pour une application correcte du principe de proportionnalité[1439]. Cependant, la décision de la Cour à cet égard implique le même dilemme : soit elle apprécie elle-même la proportionnalité de la mesure en question, soit elle se remet à l'appréciation d'une autre institution[1440]. Il faut en outre admettre avec Mme Barnard, que les tribunaux nationaux se montrent fréquemment plus enclins que la CJUE à considérer que les mesures nationales sont conformes au principe de proportionnalité[1441]. Sont ainsi réintroduites des considérations de type institutionnel, que l'on aurait cru exclues après le choix en faveur de la priorité des libertés de circulation sur les normes de répartition des compétences, et après le choix de refuser aux autorités nationales une marge d'appréciation.

1055. Comme nous l'avions fait à propos de l'illustration du droit international privé, voici, afin de mieux illustrer nos propos, un diagramme où est synthétisé le phénomène

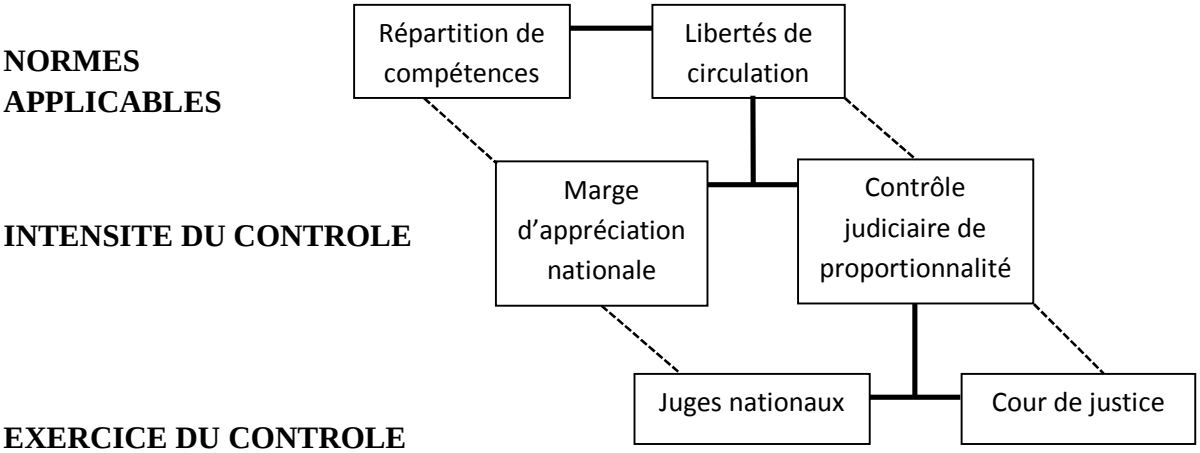
[1438] Lord Hoffmann, « The Influence… », préc., p. 113.

[1439] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 239. Voir à cet égard *infra*, nº 1117 et s.

[1440] Voir les conclusions de l'AG Cruz Villalón, rendues le 10 juin 2010 à propos de l'affaire *Elchinov* (CJUE, 5 octobre 2010, *Georgi Ivanov Elchinov c. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, aff. C-173/09, *Rec*. p. I-08889), où il encourage la Cour de justice à abandonner sa jurisprudence permettant aux juridictions nationales d'instance, d'ignorer les décisions émises par leurs juridictions supérieures lorsqu'elles considéraient que celles-ci contreviennent au droit communautaire. M. Cruz Villalón s'exprime comme il suit en faveur d'un modèle pluraliste (para. 29) : « Le nombre important de questions préjudicielles qui sont adressées à la Cour ainsi que la création des procédures d'urgence destinées à recevoir une réponse dans des délais très réduits rendent peut-être encore plus impérieuse la nécessité pour la Cour de partager ses fonctions avec les juridictions nationales. La création de recours européens devant les juridictions nationales, ainsi que cela s'est produit pour la responsabilité des États ou pour les principes d'effectivité et d'équivalence, renforce et encourage la collaboration de la Cour et de ses homologues nationaux. D'autre part, l'augmentation du nombre des États ainsi que les rapports toujours plus fréquents et directs du citoyen avec le droit européen rendent de moins en moins réaliste l'idée que la Cour devrait affronter seule la tâche d'interpréter de manière légitime le droit de l'Union ». La Cour de justice a néanmoins confirmé sa ligne jurisprudentielle traditionnelle.

[1441] C. Barnard, « Derogations, Justifications and the Four Freedoms: Is State Interest Really Protected ? », in C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of EU Law*, Oxford : Hart Publishing, 2009, pp. 273-305, p. 296-8. Voir aussi M.A. Jarvis, *The Application of EC Law by National Courts. The Free Movement of Goods*, Oxford : Clarendon Press, 1998, p. 220-1 ; H. van Harten, « Proportionality in Decentralized Action; the Dutch Court Experience in Free Movement of Services and Freedom of Establishment Cases », (2008) 35.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 217-230, p. 224 et s.

du « *nesting* » dans la jurisprudence communautaire décrite ci-dessus, à partir du conflit initial entre les dimensions matérielle et institutionnelle du droit de l'Union :



1056. Le phénomène est le même que celui qui a été observé à propos du droit international privé. Le conflit initial, que l'on croyait résolu par la priorité donnée par la Cour aux considérations matérielles liées à la garantie de la libre circulation, se perpétue néanmoins, ressurgissant à chaque niveau de décision.

1057. Ainsi, la supériorité hiérarchique dont semblent jouir les libertés de circulation est loin de réussir à faire disparaître l'autonomie normative des Etats membres. Pour conclure à sa disparition, il faut encore analyser la jurisprudence communautaire en application des libertés de circulation pour identifier la ligne tracée par la Cour de justice pour isoler la marge d'appréciation des Etats membres. Ainsi, bien que le principe d'attribution ait été écarté et que nous ne puissions pas véritablement continuer à parler de « compétences » étatiques, une forme d'autonomie étatique demeure dans la notion de marge d'appréciation. Comme l'observe M Azoulai, à propos de l'extension de la notion d'entrave :

> *Ce développement pouvait faire craindre une extension indéfinie du droit des entraves au détriment de toute capacité de régulation des Etats membres. Mais, dans la jurisprudence, il a donné lieu paradoxalement à un renforcement de la position juridique des Etats membres. Ceux-ci ne sont plus traités comme de simples sujets du droit de l'Union mais comme des entités politiques dotées de prérogatives de puissance publique. […] Le langage du pouvoir, de la compétence et des prérogatives étatiques a été réintroduit dans les motifs de justification des entraves. Par là, c'est la capacité structurelle de poser des règles pour la collectivité qui est protégée. Cela traduit une certaine « publicisation » de l'analyse des entraves*[1442].

[1442] L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 842-860, p. 852.

1058. Procédons maintenant à l'identification de l'aménagement qui résulte concrètement de la jurisprudence.

TITRE II. L'AUTONOMIE DES ETATS MEMBRES A L'EPREUVE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

1059. Nous venons de constater que l'application du principe de proportionnalité possède également une dimension institutionnelle. Il sera désormais question d'observer, concrètement, l'aménagement de l'autonomie étatique qui résulte de la jurisprudence de la Cour de justice. Comme nous le verrons, le modèle qui émerge est essentiellement *paradoxal*. La nature technique du raisonnement de la Cour semble incompatible avec toute marge d'appréciation véritable. Pourtant, demeure un espace dévolu à l'appréciation des Etats, correspondant aux questions irréductibles à un calcul d'efficience économique. Les compétences étatiques, par le biais de la doctrine de la marge d'appréciation, se dressent ainsi à *l'encontre* de la nature technique du principe de proportionnalité.

1060. Afin d'illustrer ce paradoxe, nous montrerons d'abord que la nature technique de ce principe oblige à organiser la répartition des compétences en fonction de critères de pure efficience, ce qui rend inconcevable la notion même d'autonomie des Etats membres. Les libertés de circulation auraient donc pour effet d'anéantir tout espace d'autonomie véritable (Chapitre 1). Ayant néanmoins constaté l'existence d'un tel espace, il sera ensuite question d'identifier concrètement les principes auxquels la Cour a recours pour opérer cette démarcation. Malgré la multitude d'interprétations suggérées par la doctrine, la seule lecture correcte dérive de la nature technique du raisonnement de la Cour : appartiennent à la compétence des autorités nationales, par le biais de la doctrine de la marge d'appréciation, les questions d'ordre dogmatique irréductibles à un calcul d'efficience (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'ANÉANTISSEMENT DES COMPÉTENCES ÉTATIQUES

1061. Bien qu'il existe des divergences doctrinales quant à la distinction entre les principes de subsidiarité et proportionnalité, ces derniers sont souvent présentés comme des principes alternatifs. M. Davies se montre par exemple favorable à contrôler l'expansion des compétences de l'Union par le biais de la proportionnalité, tandis qu'il conteste l'utilité de la subsidiarité [1443]. Cependant, nous constaterons que, selon l'interprétation réalisée par la Cour, les deux principes constituent en réalité deux expressions d'un même principe de répartition des compétences, de logique strictement technico-fonctionnelle.

1062. Dès lors, pour tenter de décrire à un niveau théorique ce principe technico-fonctionnel de distribution de compétences, nous nous concentrerons tout d'abord sur une analyse du principe de subsidiarité, ce qui nous permettra de démontrer qu'un tel modèle se présente comme politiquement neutre mais en réalité incompatible avec une véritable notion d'autonomie politique (Section 1). Nous relèverons ensuite que ces mêmes caractéristiques sont visibles dans la jurisprudence sur le principe de proportionnalité, puisqu'il justifie également une répartition des compétences suivant des critères purement technico-fonctionnels, sans que la notion d'autonomie politique trouve à s'exprimer (Section 2).

SECTION 1. La signification théorique du modèle technico-fonctionnel de répartition des compétences, illustrée à l'aide de l'exemple du principe de subsidiarité

1063. Le principe de subsidiarité revêt plusieurs significations possibles, dont deux doivent être particulièrement soulignées. Dans sa signification première, la subsidiarité se présente comme une véritable théorie politique (subsidiarité « forte »), mais elle peut être également interprétée comme un principe d'organisation efficient (subsidiarité « faible ») (§ 1).

1064. Néanmoins, la forme de raisonnement de nature technique employée par la Cour ne s'accommode que de la version « faible », où le principe de subsidiarité répond uniquement à des considérations d'organisation efficiente (§ 2).

§ 1 – Les deux modèles du principe de subsidiarité

1065. Le principe de subsidiarité, introduit dans le droit de l'Union au début des années 1990, présente en réalité deux significations bien distinctes. Le premier modèle pourrait

[1443] G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea… », préc.

être qualifié de « politique », tandis que le deuxième correspond à une vision strictement technico-fonctionnelle.

1066. Dans sa signification première, en tant que véritable théorie politique, la subsidiarité « *récuse la dévolution figée des compétences, et traduit une recherche d'équilibre presqu'au cas par cas entre les nécessités paradoxales de l'ingérence et de la non-ingérence* ». Selon ce point de vue, à l'évidence ambitieux, de Mme Million-Delsol, le principe de proportionnalité ne serait que « *l'une des expressions du principe de subsidiarité* »[1444].

1067. Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, le principe semble jouir du plus haut rang dans la hiérarchie de normes. En effet, l'article premier du TUE proclame : « *Le présent traité marque une nouvelle étape dans le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, dans laquelle les décisions sont prises dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture et le plus près possible des citoyens* » (nous soulignons). La subsidiarité serait ainsi avant tout une émanation des idéaux démocratiques, et non de préoccupations d'efficience ou simplement instrumentales[1445]. Pour Mme Million-Delsol, la subsidiarité constitue un projet éthico-politique. L'auteur veut associer la subsidiarité à des « *référents éthiques* » : celle-ci devrait pousser à « *remplacer la science – idéologie ou technocratie – par un art* »[1446].

1068. Dans ce sens, le principe de subsidiarité peut être associé à des conceptions qui souhaitent élever le « localisme » au rang de finalité en soi, dont notamment celle de M. Davies, qui prône la reconnaissance de l'autonomie nationale comme un intérêt légitime susceptible de justifier des ingérences par les Etats membres dans des domaines relevant des compétences de l'Union[1447]. Dans cette même lignée, les auteurs rattachent la subsidiarité à « l'idéal de proximité »[1448] et à la préservation de la diversité au sein de l'Union. M. Bermann estime par exemple que l'appréciation de la subsidiarité implique

[1444] C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, préc., p. 110. Bien que le droit positif le démente, nous pouvons admettre que la subsidiarité peut se confondre entièrement avec la proportionnalité. Dans le célèbre arrêt Bosman (CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* p. I-04921, para. 81), la Cour de justice a déclaré : « Enfin, le principe de subsidiarité, dans l'interprétation que lui donne le gouvernement allemand, à savoir que l'intervention des autorités publiques, et notamment de celles communautaires, dans la matière en cause doit être limitée au strict nécessaire, ne peut avoir pour effet que l'autonomie dont disposent les associations privées pour adopter des réglementations sportives limite l'exercice des droits conférés par le traité aux particuliers ».

[1445] S. Weatherill, « European Private Law… », préc., p. 97.

[1446] C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, préc., p. 123.

[1447] G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea… », préc., p. 82.

[1448] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, préc., p. 73.

un jugement « profondément politique » sur la conciliation entre l'objectif de promouvoir l'intégration économique et celui de préserver la diversité parmi les Etats membres[1449].

1069. Cette conception de la subsidiarité s'accommode fort bien des visions de l'Union comme une entité de type fédéral, soit, selon la définition de M. Beaud, comme « *union politique d'entités politiques* »[1450]. Soulignons le mot politique : il faut ainsi exclure que le fédéralisme soit une simple « technique d'organisation »[1451]. La subsidiarité contribuerait ainsi à préserver l'autonomie politique des entités fédérées et à garantir le pluralisme[1452].

1070. Néanmoins, ce n'est pas la seule acception possible de la subsidiarité. Encore pourrait-on comprendre la subsidiarité comme un principe d'organisation asservi à des considérations strictement fonctionnelles, par le biais duquel est compétent l'organe le mieux placé pour atteindre un but prédéterminé avec un maximum d'efficience. Il s'agit donc de la vision exactement inverse, puisque, selon une stricte perspective d'efficience, le « localisme » est dépourvu de valeur intrinsèque : tout dépend de l'objectif poursuivi[1453].

1071. L'ambiguïté du principe de subsidiarité a été amplement relevée par Mme Millon-Delsol. Dans ses recherches sur les origines du principe, l'auteur distingue entre la subsidiarité « médiévale » et la « moderne » : tandis que la première n'admet qu'une

[1449] G. Bermann, « Taking subsidiarity seriously », préc., p. 384 : « Determinations of this sort are of course profoundly political in that they entail judgments about how much each incremental gain in economic integration is worth in costs to certain other values, notably the values (for example, diversity) underlying subsidiarity itself ».

[1450] O. Beaud, « La fédération entre l'Etat et l'empire », in B. Théret (éd.), *L'Etat, la finance et le social: Souveraineté nationale et construction européenne*, Paris : La Découverte, 1995, pp. 282-305, spéc. p. 285, où l'auteur pointe la grave erreur de Carré de Malberg consistant à concevoir le fédéralisme comme une « simple technique de décentralisation », le réduisant « à un problème d'organisation administrative qui présuppose la fusion d'entités politiques dans une plus grande qui les domine (l'Etat fédéral) ». Pourtant, « tout cela est le contraire du fédéralisme dont le point d'ancrage est l'idée d'une *union politique* d'entités politiques ». Voir aussi G. Bermann, « Taking Subsidiarity Seriously », préc., p. 449 : « It is of course possible to define federalism in purely formal terms […] Most would agree, however, that at some point a formally federal system may experience so great a distortion in the balance of power that it ceases to be genuinely federal. Measuring federalism substantively, however, is a very difficult thing to do, if only because we lack accepted criteria for doing so ».

[1451] O. Beaud, « La fédération entre l'Etat et l'empire », préc., p. 285.

[1452] A. Mills, *The Confluence of Public…*, préc., p. 186 : « The adoption and development of the principle of subsidiarity […] emphasises the quasi-federal character of the European system rather than the idea of a 'super-state' which is implicit in approaches that advocate more widespread and centralised harmonisation. It implies that the European system ought to pursue a balance between centralised and more local systems of regulation in pursuit of a value of 'justice pluralism' – that the EU ought to be a structure for preserving diversity as well as the coalescing of common values ».

[1453] G. Bermann, « Taking Subsidiarity Seriously », préc., p. 391.

autonomie quant aux moyens, la seconde est l'expression d'un véritable « pluralisme ». La société médiévale, nous dit-elle :

> *[…] ignorait le pluralisme des finalités parce qu'elle reposait sur un consensus religieux et sur l'idée d'un bien commun donné d'avance, non discutable […]. Elle ne pouvait donc concevoir une autonomie des fins particulières. Par contre, elle développait au plus haut degré l'autonomie des moyens politiques pour atteindre une « vie bonne » aux contours éthiques déjà tracés. La société moderne, qui ne reconnaît plus de bien commun objectif ni universel, peut en revanche défendre l'autonomie de ses membres à la fois quant aux fins et quant aux moyens, le bien commun transformé en intérêt général se réduisant à un ensemble d'exigences qui conditionnent la liberté et le bien-être de chacun*[1454].

1072. La distinction est reproduite aujourd'hui, continue l'auteur, entre les sociétés « fermées » et « ouvertes ». Elle signale à cet égard que « *[c]es sociétés fermées peuvent accepter en leur sein l'autonomie des moyens, mais non l'autonomie des fins, qui équivaudrait à leur propre dissolution* »[1455].

1073. L'ambiguïté est présente dans les travaux de certains auteurs, dont notamment ceux de M. Bermann. Bien qu'il ait prôné, comme nous venons de le voir, l'utilisation du principe comme garant de la diversité au sein de l'Union, il semble pourtant par ailleurs suggérer que l'appréciation de la subsidiarité consisterait en une analyse coûts-bénéfices, type d'examen qui révèle une conception technique[1456]. MM. Ost et van de Kerchove, qui rapprochent la subsidiarité de « l'idéal de la proximité », signalent néanmoins qu'elle amène à « *soumettre toute norme en projet à un test d'efficacité comparative destiné à déterminer le meilleur niveau de définition et de mise en œuvre d'une politique déterminée* »[1457].

1074. Compris comme un principe d'inspiration exclusivement fonctionnelle, la subsidiarité se veut parfaitement neutre du point de vue politique. En effet, contrairement à une croyance relativement répandue, la subsidiarité peut même favoriser la centralisation des compétences en faveur des institutions communautaires, s'il s'avère

[1454] C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, préc., p. 53.

[1455] *Ibid.*, p. 54.

[1456] G. Bermann, « Taking subsidiarity seriously », préc., p. 385-6 : « Comparing the efficacy of a Community proposal, on the one hand, with action that might be taken separately or jointly by the Member States, on the other, sounds deceptively easy, familiar as we now are with the practice and theory of cost-benefit analysis ». L'auteur insiste néanmoins sur le caractère politique de cet examen : « the probabilities to be assigned to the various Member State alternatives, the assessment of their utility in achieving Community goals, and a comparison with them of the Community measure in question are matters of political judgment, precisely the kind on which the Court should show the utmost deference to the political branches » (p. 393).

[1457] F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?...*, préc., p. 73.

qu'elle est plus efficace qu'une politique de décentralisation[1458]. En ce sens, M. Davies se montre convaincu de l'inutilité du principe pour résister à l'expansion des compétences de l'Union :

> *La subsidiarité ne résout pas le problème. Son principal défaut est qu'au lieu d'offrir une méthode pour mettre en balance les intérêts des Etats membres et ceux de la Communauté, ce qui est nécessaire, elle accepte les objectifs de la Communauté, privilégie absolument leur réalisation, et se borne à interroger qui est le mieux placé pour les mettre en œuvre. Ainsi, la subsidiarité protège le droit des Etats membres de participer à la mise en œuvre des compétences de la Communauté, mais elle ne protège pas leur droit à préserver leurs propres compétences. Elle leur permet d'être sollicités au service de la Communauté, partout où ils sont capables d'y contribuer, mais elle ne leur donne pas de voix, et encore moins de poste dans la direction*[1459].

1075. L'opinion de M. Weatherill se situe dans la même perspective. Elle montre qu'il est erroné d'invoquer la subsidiarité pour défendre les compétences des Etats membres face à l'interprétation extensive de celles de l'Union, sans poser la question de fond, celle des compétences d'attribution[1460].

1076. La question de savoir si la subsidiarité, dans son modèle strictement fonctionnel, favorise ou non la centralisation, dépend en réalité du contenu que l'on donne à la notion de bien commun : plus nous conférons au bien commun européen un contenu précis et exigeant en termes de bien-être, plus nous restreignons l'autonomie nationale et locale. Plus nous accordons de poids à leur autonomie, plus nous contraignons le bien commun européen à devenir un concept vague et sans contours, ce qui pourrait aller jusqu'à remettre en cause la légitimité même de l'Union[1461]. Comme le signale Mme Million-Delsol, il est à craindre que les autorités européennes, à l'appui de l'idée de progrès, avancent dans une direction maximaliste, détruisant ainsi l'autonomie des Etats membres, ce qui marquerait la transformation de l'Union, non pas en « fédération » mais plutôt en

[1458] C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, préc., p. 104.

[1459] G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea… », préc., pp. 67-8 : « Subsidiarity misses the point. Its central flaw is that instead of providing a method to balance between Member State and Community interests, which is what is needed, it assumes the Community goals, privileges their achievement absolutely, and simply asks who should be the one to do the implementing work. Thus subsidiarity may protect the right of Member States to be co-opted by the Community to do its work, but it does not protect their right to do their own work. It gives them a right to employment in Community service, wherever they can show they are up to the task, but it does not give them a voice, let alone a seat on the board ».

[1460] S. Weatherill, « Competence Creep and Competence Control », (2004) 23 *Yearbook of European Law*, pp. 1-55.

[1461] C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, préc., p. 118.

empire « technocratique »[1462]. Ainsi, explique l'auteur, dans le modèle de « l'Europe impériale », « continuation de l'œuvre napoléonienne » :

> *[…] la certitude d'un 'bien' politique objectif, donc conquérant (il n'y a pas de tolérance en science, non plus en technocratie) récuse d'avance la validité des autonomies dès lors qu'elles sont impropres ou incertaines à se procurer ce 'bien'. Tandis que l'Europe fédérale se fonderait moins sur une politique que sur une éthique, s'appuyant sur une culture commune qui, parce qu'elle intègre la valeur d'autonomie, accepte d'avance les qualifications plurielles du 'bien' social et en conséquence, des inégalités géographiques corolaires de l'expression du divers*[1463].

1077. Quelle conception de la subsidiarité a été finalement accueillie par la Cour de justice ? Nous constaterons qu'elle s'est ralliée à une vision strictement fonctionnelle, où le principe est réduit à une simple technique d'organisation.

§ 2 – Le choix de la Cour de justice en faveur d'un modèle technico-fonctionnel de subsidiarité

1078. Malgré les développements précédents, soulignons que le principe de subsidiarité, tel qu'il est consacré dans les Traités de l'Union, est bien susceptible d'être interprété dans une perspective purement instrumentale. Les textes permettent les deux interprétations. Tandis que l'article 1 du TUE semble promouvoir une lecture « forte » de la subsidiarité, comme principe véritablement politique, la définition qu'on en trouve dans l'article 5.3 TUE semble favorable à une vision « faible » :

> *[…] dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres […] mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions de l'action envisagée, au niveau de l'Union.*

1079. Cet article semble en effet favorable à une vision purement instrumentale, puisqu'il se situe dans une perspective de moyens et fins : la subsidiarité s'applique aux moyens, mais non pas aux objectifs envisagés. Le principe cesse ainsi d'être un véritable principe de décentralisation, qu'il s'agisse du localisme ou du fédéralisme, pour assumer une fonction de garantie de l'efficacité dans la distribution des compétences entre les différents niveaux d'autorités publiques.

[1462] C. Million-Delsol, « L'idée de subsidiarité, la question européenne et la tentation du modèle impérial », *Revue Tocqueville*, 1993, vol. XIV, nº 2, p. 53, p. 61.

[1463] *Ibid.*, p. 62. Voir aussi Y.-E. Le Bos, *Renouvellement de la théorie…*, préc., p. 132 et s., où l'auteur dénonce la centralisation opérée à travers la notion de subsidiarité, comportant la « rupture de l'équilibre fédéral » et imposant l'idée « impériale » au lieu de l'idée du « fédéralisme ».

1080. Quelle lecture trouve-t-on dans la jurisprudence ? La Cour semble explicitement concevoir la subsidiarité en des termes strictement instrumentaux, soit comme un « principe d'efficacité de l'action de l'Union »[1464]. Elle se rallie donc au modèle « faible » de subsidiarité. Ceci ne devrait peut être pas surprendre. M. Bermann s'est montrée, peu après l'introduction du principe de subsidiarité dans le Traité de Maastricht, sceptique quant à l'aptitude de la Cour de justice à imposer une lecture décentralisatrice de la subsidiarité et à imposer une discipline de respect de l'autonomie politique des Etats membres aux autres institutions de l'Union. Comme l'a noté cet auteur, l'introduction du principe de subsidiarité comme principe de décentralisation a été motivée, avant tout, par les interprétations excessives par les institutions communautaires de leurs propres compétences, dont précisément la Cour de justice[1465].

1081. Voici par exemple les considérants de l'un de ses jugements où elle estime que le législateur communautaire a respecté dans sa motivation le principe de subsidiarité, en relevant simplement qu'il a constaté, dans l'exposé des motifs de la directive en question, que le but visé serait atteint plus efficacement par les institutions communautaires :

> *26. En l'espèce, il y a lieu de constater que, au deuxième considérant de la directive, le Parlement et le Conseil ont estimé qu'il convenait «de se préoccuper de la situation susceptible de se produire en cas d'indisponibilité des dépôts d'un établissement de crédit qui a des succursales dans d'autres États membres» et qu'il était «indispensable qu'un niveau minimal harmonisé de garanties des dépôts soit assuré quelle que soit la localisation des dépôts à l'intérieur de la Communauté». Ces considérations démontrent que le législateur communautaire estimait que l'objectif de son action pouvait, en raison des dimensions de l'action envisagée, être mieux réalisé au niveau communautaire. Le même raisonnement réapparaît au troisième considérant dont il ressort que la décision sur le système de garantie compétent en cas d'insolvabilité d'une succursale située dans un État membre autre que celui du siège social de l'établissement de crédit produit des effets qui sont ressentis au-delà des frontières de chaque État membre.*
>
> *27. De plus, au cinquième considérant, le Parlement et le Conseil ont relevé que la suite donnée par les États membres à la recommandation de la Commission n'avait pas permis d'atteindre complètement le résultat souhaité. Ainsi, le législateur communautaire a constaté que l'objectif de son action ne pouvait pas être réalisé de manière suffisante par les États membres.*

[1464] J. Heymann, *Le droit international privé…*, préc., nº 347.

[1465] G. Bermann, « Taking subsidiarity seriously », préc., p. 400.

> *28. De ces considérations, il ressort que, en tout état de cause, le Parlement et le Conseil ont précisé les raisons pour lesquelles ils estimaient que leur action était conforme au principe de subsidiarité […]*[1466].

1082. Aucune mention donc d'une autonomie véritablement politique des Etats membres. La Cour n'attribue aucune valeur intrinsèque à ce que les Etats membres prennent l'initiative de la mesure. Seul importe l'efficience de la mesure, à savoir le niveau hiérarchique de compétence où il serait plus efficace de l'entreprendre. Dans un arrêt ultérieur, le propos de la Cour ne fait guère de doute : la subsidiarité doit être comprise comme une projection du principe d'efficience, et non pas comme l'expression d'un modèle fédéral où l'autonomie des Etats membres possède une valeur intrinsèque. Voici les paragraphes qui traitent de la question :

> *180. S'agissant de la question de savoir si la directive a été adoptée en conformité avec le principe de subsidiarité, il convient d'examiner en premier lieu si l'objectif de l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire.*
>
> *181. À cet égard, il y a lieu de rappeler que la Cour a constaté […] que la directive a pour objectif d'éliminer les entraves résultant des divergences qui subsistent encore entre les dispositions des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac, tout en assurant, conformément à l'article 95, paragraphe 3, CE un niveau de protection élevé en matière de santé.*
>
> *182. Un tel objectif ne saurait être réalisé de manière satisfaisante par une action entreprise au niveau des seuls États membres et suppose une action au niveau communautaire, comme le démontre l'évolution hétérogène des législations nationales en l'espèce […].*
>
> *183. Il s'ensuit que, dans le cas de la directive, l'objectif de l'action envisagée pouvait être mieux réalisé au niveau communautaire*[1467].

1083. La décision n'offre pas de justification. Pourtant, la (non)conception que tient la Cour de justice du principe de subsidiarité se dégage avec une parfaite clarté. Constitue une preuve suffisante du besoin d'une intervention communautaire en accord avec ledit principe la simple circonstance de « *l'évolution hétérogène des législations nationales* ». Etant donné qu'une telle diversité constitue justement l'objectif défendue par la version forte de la subsidiarité, nous ne pouvons que conclure qu'elle a décidément été écartée par la Cour, optant pour une compréhension strictement technique du principe. La

[1466] CJCE, 13 mai 1997, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-233/94, *Rec*. p. I-02405, para. 26-8.

[1467] CJCE, 10 décembre 2002, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, aff. C-491/01, *Rec*. p. I-11453, para. 180-3.

diversité, soit l'autonomie politique des Etats membres, ne saurait posséder de valeur intrinsèque dans la conception technique imprégnant la jurisprudence communautaire.

1084. Ayant donc constaté que la Cour de justice s'est rallié à une conception technique du principe de subsidiarité, procédons maintenant à l'identification des conséquences de son raisonnement dans l'application du principe de proportionnalité.

SECTION 2. Le principe proportionnalité comme principe technico-fonctionnel de répartition des compétences

1085. Par l'analyse du principe de subsidiarité, nous avons observé les traits principaux d'un principe technique-fonctionnel de répartition des compétences, à savoir, d'une part l'attribution de compétences en fonction d'un critère de pure efficience et d'autre part l'incompatibilité du principe avec une véritable notion d'autonomie politique, de sorte que les compétences des Etats membres sont réduites à une compétence *d'exécution*[1468]. Nous verrons par la suite, que le principe de proportionnalité présente ces mêmes traits, constituant comme la subsidiarité l'expression d'un tel souci d'efficience dans la distribution des compétences. La proportionnalité et la subsidiarité ne sont pas des méthodes alternatives, comme le suggèrent certains auteurs[1469], mais plutôt deux déclinaisons de la même idée.

1086. La principale différence dérive non pas de leur contenu, mais du contexte dans lequel les deux principes sont appliqués. La subsidiarité sert principalement à soumettre l'exercice des compétences des *institutions communautaires* à un calcul technique d'efficience, pour vérifier qu'il ne serait pas plus efficient de le reléguer aux autorités étatiques. En revanche, la proportionnalité n'opère qu'à l'égard des mesures étatiques constitutives d'une entrave à la circulation intracommunautaire. Néanmoins, malgré ces contextes différents, il demeure que les deux principes ne sont en réalité que la manifestation d'un seul et même principe.

[1468] Voir à cet égard la dichotomie proposée par M. Mayer pour distinguer entre les règles de compétence de droit international public qui auraient pour objet une activité « matérielle » (p.ex. l'exécution d'actes de contrainte) ou une activité normative (p.ex. la compétence pour ordonner un acte de contrainte), P. Mayer, « Droit international privé… », préc., p. 12.

[1469] G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea… », préc., où l'auteur, tout en se montrant défavorable à l'utilisation du principe de subsidiarité comme outil de décentralisation, prône l'emploi du principe de proportionnalité pour résoudre le problème de l'expansion des compétences de l'Union car il estime que ce principe permettrait que l'autonomie politique des Etats membres soit mise en balance avec d'autres considérations. Cependant, nous avons déjà montré que ce principe, tel qu'interprété par la Cour de justice, ne permet pas d'opérer une mise en balance des intérêts (voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2). En outre, nous observerons plus loin que des motifs de type institutionnel (tels que l'autonomie politique des Etats membres) ne permettent pas justifier une entrave à la circulation (voir *infra*, 1094 et s.).

1087. Ainsi, nous relèverons d'abord un aspect déjà mis en exergue à propos du principe de subsidiarité : l'incompatibilité de la proportionnalité conçue comme un principe technique-fonctionnel de répartition des compétences avec la notion d'autonomie politique des Etats membres (§ 1). Nous extrairons ensuite les deux principales expressions concrètes de cette conception au sein de la jurisprudence (§ 2).

§ 1 – L'incompatibilité du principe de proportionnalité avec l'autonomie politique des Etats membres

1088. Cette incompatibilité peut être illustrée à l'aide de deux éléments distincts : l'exclusion de la notion de marge d'appréciation du fait de la prétendue nature empirique de l'appréciation de la proportionnalité (A) ; et l'impossibilité de soulever des arguments de type institutionnel comme principes qui justifieraient une entrave à la circulation (B).

A. La contradiction entre la nature technique du principe de proportionnalité et la notion de marge d'appréciation

1089. Comme nous venons de le voir à propos du principe de subsidiarité, la jurisprudence sur le principe de proportionnalité confirme que l'autonomie politique des Etats membres ne possède pas de valeur intrinsèque aux yeux de la Cour, puisqu'elle n'accepte d'analyser cette question qu'en termes d'efficience. Ainsi, la nature du principe de proportionnalité semblerait exclure par principe toute marge d'appréciation en faveur des Etats membres. La doctrine semble s'accorder sur l'incompatibilité du caractère technique d'une appréciation avec le fait de concéder une marge d'appréciation quelconque. En effet, la notion d'autonomie est dépourvue de sens à partir du moment où il n'est question que d'une appréciation technique, car celle-ci est de nature objective[1470]. Ainsi, M. McHarg oppose le caractère factuel du test de nécessité à la marge d'appréciation[1471], tandis que M. Rivers écrit que, « *tandis qu'est acceptable l'idée que le Parlement joue un rôle particulier dans la mise en balance d'intérêts et dans le choix des buts à poursuivre, il n'y a aucune raison justifiant que soit accordée une déférence quelconque au Parlement pour des questions relevant de l'appréciation ou de la*

[1470] R. St. John Macdonald, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan : A. Giuffrè, 1987, vol. 3, pp. 187-208, p. 195 : « If something is capable of objective determination there is little need to involve the latitude of the margin of appreciation » ; P.W. Kahn, « The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell », (1987) 97 *Yale Law Journal*, pp. 1-60, p. 21 : « If costs and benefits can be measured, then there is no place for deference ».

[1471] A. McHarg, « Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights » (1999) 62 *Modern Law Review*, pp. 671-696, p. 686 et s.

prévision de faits »[1472]. M. Stone Sweet est séduit par cet argument, lorsqu'il qualifie d'« *abdication* » la jurisprudence de la Cour Suprême américaine limitant à un examen très superficiel, le contrôle des mesures étatiques sur le fondement du « *economic due process* » (standard comparable à un droit fondamental à la non-intervention étatique sur les affaires économiques)[1473]. M. Lavender est du même avis, dans le cadre du débat autour de la question de la marge d'appréciation dans le système de la CEDH[1474]. Selon lui, « *une restriction est nécessaire ou ne l'est pas. Une restriction qui, en d'autres circonstances, ne serait pas nécessaire ne le devient pas lorsqu'un Tribunal ou législateur national la considère ainsi* »[1475]. On peut également citer les avis de M. Jans, pour qui il est « *incompréhensible* » de refuser de contrôler la nécessité d'une mesure étatique[1476], et de M. Beatty, pour qui une loi dont la nécessité n'est pas démontrée constitue une restriction « gratuite » des droits fondamentaux[1477]. Comme le résume P. Muzny, « *en matière de nécessité il ne devrait pas y avoir de demi-mesure* »[1478].

[1472] J. Rivers, « Proportionality and Variable… », préc., p. 204 : « while the idea that Parliament has a special role in balancing interests and choosing policies is acceptable, there is no particular reason to give deference to Parliament in matters of factual appraisal and prognosis ».

[1473] A. Stone Sweet et J. Mathews, « All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing », (2011) 60 *Emory Law Journal*, pp. 799-875, p. 842. Les auteurs se réfèrent ainsi à la fameuse décision de la Cour Suprême américaine *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc.*, 348 U.S. 483 (1955), où la Cour se prononce très clairement en faveur d'un contrôle minimal : « But it is for the legislature, not the courts, to balance the advantages and disadvantages of the new requirement. […] It is enough that there is an evil at hand for correction, and that it might be thought that the particular legislative measure was a rational way to correct it. The day is gone when this Court uses the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, or out of harmony with a particular school of thought ».

[1474] Voir p.ex. N. Lavender, « The Problem of the Margin of Appreciation », (1997) 4 *European Human Rights Law Review* pp. 380-390 ; L. Adamovich, « Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'appréciation des restrictions prévues par la loi au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1991, pp. 291-300 ; J. Rivers, « Proportionality and Variable… », préc.

[1475] N. Lavender, « The Problem… », préc., p. 381 : « it is said [that] the question whether an interference was "necessary in a democratic society" is an objective one. An interference is either necessary or it is not. An interference which would otherwise be unnecessary is not made necessary by a domestic court or legislature deeming it to be so ».

[1476] J.H. Jans, « Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality », in *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Eckard Rehbinder*, Berlin : Erich Schmidt, 2007, p. 713: « There is no need to call in question the level of protection as desired by the Member State. Nevertheless, it is incomprehensible why, by taking the level of protection desired by the Member State as a starting point, there cannot be a review as to whether the more stringent standards are in fact suitable for achieving this, and whether this protection could have been achieved by means of less restrictive measures ».

[1477] D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, préc., p. 163 : « Laws that can't pass the necessity test constitute gratuitous infringements on people's constitutional rights because they are broader and more burdensome than they need to be ».

[1478] P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005, t. I, nº 175.

1090. L'affaire *Blanco Pérez*, à propos d'une réglementation espagnole régulant l'établissement des pharmacies, nous offre un bon exemple de l'incompatibilité d'un raisonnement technique avec la notion de marge d'appréciation. La Cour signale tout d'abord que, « *au regard de la marge d'appréciation dont bénéficient les États membres en matière de protection de la santé publique, […] un État membre peut estimer que le système «a minima» ne permet pas d'atteindre – avec la même efficacité que le système actuel – l'objectif visant à assurer un approvisionnement en médicaments sûr et de qualité dans les zones peu attractives* »[1479]. Cette affirmation semble contredire notre conclusion, puisque la Cour accepte qu'une question purement empirique – celle de savoir si un système « a minima » est aussi efficace que celui en vigueur – relève de l'autonomie des Etats membres (soit, de leur « *marge d'appréciation* »).

1091. Pourtant, l'examen de la Cour ne s'arrête pas là. Bien qu'elle déclare reconnaître à l'Espagne le droit de juger de la nécessité de la mesure, elle continue néanmoins dans les 6 paragraphes suivants à s'interroger sur la question, pour finalement conclure que la réglementation en cause ne va pas au-delà du nécessaire car le système « a minima » alternatif ne garantirait pas aussi efficacement le but poursuivi de « *canaliser les pharmaciens vers des zones dépourvues de pharmacies dans quelque région que ce soit* »[1480].

1092. La première déclaration, octroyant une marge d'appréciation à l'Espagne, se révèle donc être vide de sens. Elle n'est que pure rhétorique. De deux choses l'une : soit les Etats membres sont compétents pour juger de la nécessité d'une mesure, soit cette appréciation incombe au contraire à la Cour ou à d'autres instances communautaires. Et puisque la Cour procède malgré tout à l'examen de l'existence d'autres mesures alternatives qui permettraient d'atteindre le but poursuivi tout aussi efficacement, il est impossible de considérer que l'Espagne jouit véritablement sur ce point d'une marge d'appréciation.

1093. L'anéantissement de l'autonomie étatique qui se dégage de cet arrêt résulte en réalité de la nature technique de la question examinée. Telle que conçue par la Cour, la question de savoir si est ou non aussi efficace le système « a minima », soumis à sa considération comme alternative potentielle à la réglementation en vigueur, est une question technique qui relève exclusivement de l'appréciation objective des faits. La Cour ne pouvait donc qu'ignorer sa propre déclaration octroyant une marge d'appréciation aux Etats membres pour juger de la nécessité de la mesure. En toute

[1479] CJUE, 1er juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec*. p. I-04629, para. 106.

[1480] *Ibid.*, para. 107-112.

rigueur, c'est la notion même de marge d'appréciation et donc, d'autonomie véritable des Etats membres, qui est rendue vide de sens par la nature technique de l'enquête.

B. L'impossibilité de soulever des arguments justificatifs de type institutionnel

1094. Cette incompatibilité est également illustrée par l'impossibilité d'invoquer des objectifs de nature institutionnelle pour légitimer une réglementation étatique qui entrave la libre circulation.

1095. Cela contredit un avis relativement répandu. Il est commun de suggérer qu'une des vertus de la proportionnalité comme forme de raisonnement est sa transparence et sa flexibilité, permettant au juge de prendre en considération n'importe quel motif qui ait une quelconque valeur. Ainsi, nous nous attendrions à ce que des motifs de type institutionnel, dont notamment l'autonomie politique des Etats membres, soient susceptibles d'être invoqués pour justifier une mesure qui cause une entrave à la circulation[1481]. M. Azoulai, rappelons-le, considère que « *[l]e langage du pouvoir, de la compétence et des prérogatives étatiques a été réintroduit dans les motifs de justification des entraves* »[1482].

1096. Pourtant, la nature technique du principe de proportionnalité fait qu'il n'est pas possible de présenter des arguments justificatifs de type institutionnel (par exemple, la séparation des pouvoirs, ou le principe fédératif). Autrement dit, les objectifs d'intérêt général invoqués par les Etats membres doivent être de fond ou de type *substantiel* (disons, la protection des travailleurs ou de l'environnement). Les principes institutionnels se rapportant à la *forme* du pouvoir, ils ne sauraient donc s'accommoder d'une analyse en termes de fins et de moyens[1483].

1097. Voyons des exemples dans la jurisprudence. Dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, une des décisions les plus célèbres de la CJUE, ont été apparemment soulevés des arguments de deux natures différentes. Les faits sont bien connus : les autorités allemandes ne permettaient pas la commercialisation de la liqueur Cassis de Dijon, légalement fabriquée et distribuée en France, car sa teneur alcoolique était inférieure à celle requise en Allemagne pour ce type de boisson spiritueuse. Ayant estimé que la mesure constituait

[1481] Voir p.ex. D. Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (éds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford : Hart Publishing, 2011, pp. 208-209.

[1482] L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction… », préc., p. 852.

[1483] R. Alexy, *Epílogo a la teoría…*, préc., pp. 106-107 : « […] el principio formal de la competencia decisoria del Legislador por sí mismo no tiene suficiente fuerza para prevalecer sobre un principio iusfundamental material y hacerlo retroceder. […] Los principios formales procedimentales pueden prevalecer sobre los principios iusfundamentales materiales sólo cuando están ligados a otros principios materiales. Esto puede denominarse "la ley de la conexión" ».

une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, le gouvernement allemand a mis en avant plusieurs arguments justificatifs. Les principaux portaient sur le fond : la restriction cherchait à protéger la santé publique (en évitant la prolifération des boissons spiritueuses à faible contenu alcoolisé, car celles-ci provoqueraient plus facilement l'accoutumance à l'alcool)[1484] et les consommateurs (puisque des restrictions comme celle en cause aident à standardiser les produits au profit d'une plus grande « *transparence des transactions commerciales et des offres au public* »)[1485]. Or l'Allemagne a présenté aussi un argument de répartition des compétences : une règle de reconnaissance mutuelle doit être rejetée car elle amène inévitablement à aligner les différentes régulations des États membres sur le niveau le plus bas de protection[1486].

1098. Malheureusement, la Cour n'a jamais répondu à cet argument. Elle ne l'a pas fait non plus lorsque le même argument a été présenté quelques années plus tard, encore une fois par l'Allemagne, quoique d'une manière quelque peu différente. Dans l'arrêt *Ricordi*, la mesure limitant le champ d'application de la loi allemande de protection des droits d'auteur aux seuls nationaux allemands était en cause. Les autres nationaux ne pouvaient donc s'en remettre qu'aux traités internationaux et à leurs propres lois nationales (en l'espèce, la loi italienne, qui offrait un niveau de protection inférieure). Le gouvernement allemand soutenait que cette mesure, même si apparemment discriminatoire, favorisait une sorte de « course vers le haut », déclenchant une compétition entre les différents États membres pour offrir le plus haut niveau de protection[1487].

1099. Il s'agit bien d'un argument qui est indépendant du fond : l'exception à la règle de reconnaissance mutuelle est légitime, non pas à cause du but concret de la législation en cause, mais parce que la concurrence législative amène à une course délétère vers le bas. Le gouvernement cherche donc à justifier le champ d'application de la réglementation en invoquant des buts de type institutionnel, car liés à une répartition appropriée des compétences entre les différents Etats membres. Faut-il donc en déduire que de tels buts peuvent légitimement être invoqués pour justifier une entrave ?

[1484] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec*. p. 00649, para. 10. Comme le disent deux auteurs éminents, l'argument est « risible » : P. Craig et G. de Búrca, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2008, 4ème éd., p. 679.

[1485] *Rewe-Zentral*, préc., para. 12-13.

[1486] *Ibid.*, para 12 : « le fait d'admettre la libre circulation des produits alcoolisés dès lors que ceux-ci correspondent, en ce qui concerne leur teneur en alcool, aux normes du pays de production, aurait pour effet d'imposer, dans la Communauté, comme standard commun la teneur alcoométrique la plus faible admise dans l'un quelconque des États membres, voire même de rendre inopérantes toutes prescriptions en la matière alors que la règlementation de plusieurs États membres ne connaîtrait aucune limite inférieure de ce genre ».

[1487] CJCE, 6 juin 2002, *Land Hessen c. G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH*, aff. C-360/00, *Rec*. p. I-05089, concl. AG Ruiz-Jarabo Colomer, para. 54.

1100. En réalité, cette interprétation est erronée. C'est parce que l'argument ne concerne pas la proportionnalité de la mesure qu'il est compréhensible que la Cour ait préféré ne pas y répondre et que les États n'emploient pratiquement jamais des raisonnements de ce type. L'argument de la course vers la solution la plus libérale n'est pas un argument qui puisse servir à justifier une mesure nationale quelconque. Au contraire, il s'adresse plutôt à l'encontre de la décision de la Cour de Luxembourg, de considérer que les mesures non-discriminatoires puissent aussi constituer des entraves. L'argument de la course vers la solution la plus libérale, donc, sert à soutenir un certain système de coordination d'ordres juridiques, contraire par principe au modèle du « marché des droits », que la Cour aurait fermement rejeté en faveur d'un principe de reconnaissance mutuelle accompagné d'un examen de proportionnalité au cas par cas. En effet, une fois que la Cour a décidé que les mesures non-discriminatoires peuvent également constituer des entraves aux libertés de circulation, la question de savoir si l'entrave est ou non justifiée, ainsi que si la concurrence entre systèmes juridiques doit ou non être encouragée, dépend concrètement de ses avantages et inconvénients *in casu*, examinés sous la lumière du principe de proportionnalité. Il faut donc considérer l'inclusion de cet argument parmi ceux présentés au soutien de la proportionnalité de la réglementation allemande dans l'affaire *Cassis de Dijon* comme une erreur, et il ne faut pas non plus s'étonner que dans l'arrêt *Ricordi*, ce même argument n'a pas été inclut dans le texte de la décision.

1101. Le récent essor de la jurisprudence où l'entrave à la circulation est justifiée au nom de la garantie de l'« identité constitutionnelle nationale » ne fait pas obstacle à ces dernières conclusions. Il pourrait sembler que dans ces arrêts, la Cour consente à faire fléchir la libre circulation face à l'autonomie politique des Etats membres. En ce sens, le gouvernement lituanien arguait, à propos de l'affaire *Runevič-Vardyn*, que la mesure en cause assurait « *l'expression de la souveraineté nationale* »[1488]. Néanmoins, il ne faut pas se méprendre sur le terme employé de « souveraineté ». La Cour conçoit la protection de « l'identité nationale » comme un motif de type substantiel (et non pas institutionnel). Ainsi, elle accepte dans ce même arrêt « *que les dispositions du droit de l'Union ne s'opposent pas à l'adoption d'une politique qui vise la défense et la promotion de la langue d'un État membre qui est tout à la fois la langue nationale et la première langue officielle* », finalité légitime étant donné que « *l'Union respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique* » ainsi que « *l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'État* »[1489]. Manifestement, la protection de l'identité nationale est conçue par la Cour comme un objectif substantiel

[1488] CJUE, 12 mai 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn c. Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres*, aff. C-391/09, *Rec.* p. I-03787, para. 84.

[1489] *Ibid.*, para. 85-86.

que les Etats peuvent viser à protéger par des instruments adéquats. Il n'est pas donc question de justifier une entrave au nom de l'autonomie des Etats membres[1490].

1102. Il ne faut pas non plus se méprendre sur le sens de certains arrêts où la Cour semble donner de la valeur à la « proximité » des autorités ayant adopté la mesure en question. Là encore, le niveau territorial où se situe l'exercice de la compétence n'a pas de valeur intrinsèque, mais simplement instrumentale. Dans l'arrêt *Aher-Waggon*, par exemple, elle estime que la régulation par les autorités nationales des avions provenant d'autres Etats membres est nécessaire dans la mesure où le but visé ne serait pas atteint aussi efficacement pas d'autres moyens : « *l'efficacité de cette politique d'élimination progressive du parc national des avions ne respectant pas les normes sonores plus sévères serait compromise si, dans une mesure que ne peuvent prévoir les autorités nationales, des avions en provenance d'autres États membres pouvaient en augmenter le nombre* »[1491]. La compétence des autorités allemandes se trouve ainsi justifiée. Citons aussi les considérations manifestées dans l'arrêt *Commission/Belgique* (arrêt dit des « déchets wallons »), où la Cour a jugé que la protection de l'environnement est mieux assurée par un régime de proximité : « *le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement […] implique qu'il appartient à chaque région, commune ou autre entité locale de prendre les mesures appropriées afin d'assurer la réception, le traitement et l'élimination de ses propres déchets* »[1492]. Or ce régime de proximité ne se justifie que compte tenu de la « particularité des déchets », puisqu'ils doivent « *être éliminés aussi près que possible du lieu de leur production, en vue de limiter leur transport autant que faire se peut* ». De nouveau, une conception strictement instrumentale est retenue, excluant que des considérations proprement institutionnelles puissent avoir une valeur intrinsèque.

1103. Cette analyse est aussi applicable à propos de la jurisprudence relative à la citoyenneté européenne, notamment aux limitations des bénéfices offerts par les systèmes nationaux dont peuvent jouir les nationaux d'autres Etats membres, ou ses propres nationaux voulant poursuivre leurs activités ailleurs dans l'Union. Dans l'affaire *Bidar*, le gouvernement britannique prétendait justifier une condition de trois ans de résidence préalable au Royaume-Uni, à laquelle était soumis l'octroi aux étudiants d'une aide visant à couvrir leurs frais d'entretien, en faisant valoir qu'il est « *légitime d'exiger un lien réel entre l'étudiant demandant l'aide visant à couvrir ses frais d'entretien et le*

[1490] Voir aussi CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec.* p. I-13693, para. 81 et s., à propos de la loi d'abolition de la noblesse en Autriche. A l'égard de la jurisprudence sur la protection de l'identité nationale, voir *infra*, nº 1210 et s.

[1491] CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-389/96, *Rec*. p. I-04473, para. 24.

[1492] CJCE, 9 juillet 1992, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, aff. C-2/90, *Rec*. p. I-04431, para. 34.

marché du travail de l'État membre d'accueil »[1493]. La Cour accepte ce raisonnement, mais seulement dans la mesure où l'existence « *[d']un certain degré d'intégration dans la société de cet État* » sert à garantir que « *que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne pas une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être octroyée par cet État* »[1494]. L'exigence d'un lien avec l'Etat d'accueil n'est pas acceptée dans son principe, mais seulement en tant que *moyen* pour garantir la viabilité financière des systèmes nationaux d'aides aux étudiants. La Cour confirme cette position dans l'arrêt *Morgan et Bucher* :

> *[…] il peut être légitime pour un État membre, afin d'éviter que l'octroi d'aides visant à couvrir les frais d'entretien d'étudiants provenant d'autres États membres ne devienne une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être allouée par cet État, de n'octroyer de telles aides qu'aux étudiants ayant démontré un certain degré d'intégration dans la société dudit État*[1495].

1104. De la même manière, la Cour respecte les systèmes de répartition des compétences au sein de chaque Etat membre. Ainsi, dans l'arrêt *Blanco et Pérez* il est dit qu'« *un État membre […] peut légitimement aménager le système de répartition territoriale à l'échelle régionale, c'est-à-dire conférer aux différentes régions le soin d'organiser la répartition de pharmacies entre les zones géographiques de leurs territoires respectifs* »[1496]. Pourtant, ce système est également redevable d'un calcul d'efficience, de sorte qu'il doit s'avérer techniquement nécessaire :

> *[…] chaque État membre est libre de répartir les compétences sur le plan interne et de mettre en œuvre les actes de droit communautaire qui ne sont pas directement applicables au moyen de mesures prises par les autorités régionales ou locales, pourvu que cette répartition des compétences permette une mise en œuvre correcte des actes de droit communautaire en cause*[1497].

[1493] CJCE, 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar c. London Borough of EalingetSecretary of State for Education and Skills*, aff. C-209/03, *Rec.* p. I-02119, para. 55.

[1494] *Ibid.*, para. 56-57.

[1495] CJCE, 23 octobre 2007, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln et Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, aff. jointes C-11/06 et C-12/06, *Rec.* p. I-09161, para. 43.

[1496] CJUE, 1er juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec*. p. I-04629, para. 108. Voir aussi CJCE, 16 juillet 2009, *The Queen, à la demande de Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-428/07, *Rec.* p. I-06355, para. 49 : « lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés relève uniquement du système constitutionnel de chaque État ».

[1497] *Horvath*, para. 48.

1105. En définitive, la jurisprudence sur l'analyse de la proportionnalité des mesures étatiques montre que la Cour de justice n'attribue pas de valeur intrinsèque à l'autonomie des Etats membres, en raison du caractère technique de cette analyse. La subsidiarité, dans la mesure où elle n'est pensée qu'en des termes fonctionnels, est tout aussi incompatible avec l'idée d'une véritable autonomie politique.

§ 2 – Les expressions du principe de proportionnalité comme principe technico-fonctionnel de répartition des compétences

1106. Comme nous allons le voir présentement, les délégations de compétences opérées par la Cour en faveur des autorités étatiques en présence d'incertitudes de type empirique nécessitant un savoir spécialisé (A) et en faveur des juridictions nationales pour l'appréciation des circonstances concrètes du cas d'espèce (B) sont animées par un tel principe technico-fonctionnel.

A. L'appréciation des incertitudes empiriques par les autorités étatiques

1107. Lorsque la Cour de justice estime qu'il lui est impossible de déterminer si la mesure en cause est conforme au principe de proportionnalité, en raison des incertitudes factuelles entourant la question faisant l'objet de la réglementation, elle permet aux autorités nationales de décider par elles-mêmes[1498]. Dans ce cas, la marge d'appréciation octroyée aux autorités nationales par la Cour est de nature, en suivant la terminologie de M. Alexy, « épistémique »[1499].

1108. Rappelons que la détermination de l'aptitude d'une mesure à atteindre un certain but, ou de l'existence de mesures mois coûteuses, exige parfois des appréciations très complexes, nécessitant des connaissances techniques que les juges ne possèdent souvent pas[1500] – ceci ne devrait pas surprendre, étant donné que les magistrats de la Cour de justice ont été élus en fonction de leurs connaissances juridiques, et non pas techniques[1501].

[1498] J. Rivers, « Proportionality and Variable… », préc., pp. 199-200.

[1499] R. Alexy, *Epílogo a la teoría…*, préc., p. 32 et s. M. Alexy énonce ici la « deuxième loi de la pondération » (p. 93) : « Plus intense est la restriction d'un droit fundamental, plus grande doit être la certitude des prémisses sur lesquelles se base la restriction ». Voir aussi P.W. Kahn, « The Court, the Community… », préc., p. 21.

[1500] L. Kornhauser, « L'analyse économique du droit », *Revue de synthèse*, 1985, vol. 106, pp. 313-329, p. 323 ; L. Kornhauser, « A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law », (1979-1980) 8 *Hostra Law Review*, pp. 591-639, p. 606.

[1501] L. Kornhauser, « The Economic Analysis of Law », in E.N. Zalta (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Éd. Fall 2011, disponible sur : http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/legal-econanalysis/ : « the selection procedure for judges does not identify individuals with the appropriate training and background to make accurate calculations of social welfare. Judges in common law countries

1109. Pourtant, la Cour ne reconnaît que très rarement que son appréciation de la proportionnalité des mesures étatiques ne puisse pas être réalisée en toute certitude. Le plus souvent, elle juge ses connaissances suffisantes. L'arrêt *Sandoz* nous offre une exception dans le domaine de la santé publique, domaine dans lequel la Cour a admis ses insuffisances. Les autorités néerlandaises avaient refusé d'autoriser à la société Sandoz la commercialisation de certaines denrées alimentaires et boissons auxquelles des vitamines avaient été ajoutées, pourtant légalement commercialisées dans d'autres Etats membres, car lesdites autorités estimaient qu'elles entrainaient des risques pour la santé. Interrogée sur la justification de l'entrave que suppose la mesure adoptée par les autorités néerlandaises, la Cour est confrontée au problème du manque de consensus scientifique sur les effets de ces vitamines. Elle commence en faisant la déclaration de principe suivante : « *dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, il appartient aux Etats membres, à défaut d'harmonisation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et la vie des personnes* »[1502]. Les vitamines « *ne sont en règle générale pas nocives par elles-mêmes mais peuvent produire des effets nuisibles particuliers dans le seul cas de leur consommation excessive avec l'ensemble de la nourriture dont la composition est imprévisible et incontrôlable* ». En conséquence, le refus d'autorisation de commercialisation semble justifié « dans son principe », « *étant donné les incertitudes inhérentes à l'appréciation scientifique* »[1503]. En effet, l'appréciation de la proportionnalité, nous dit-elle, est « *difficile s'agissant d'additifs tels que les vitamines, caractérisées par les propriétés ci-dessus indiquées qui excluent la possibilité de prévoir ou de contrôler les quantités absorbées avec l'ensemble de la nourriture et dont le degré de nocivité ne peut être déterminé avec une certitude suffisante* »[1504].

1110. Les « difficultés » dans l'appréciation de la proportionnalité justifient ainsi que la Cour déclare la restriction conforme à ce principe, l'existence d'incertitudes ne permettant pas une appréciation centralisée et uniforme. Il s'agit d'une expression du principe de subsidiarité parce que la Cour se fie à l'appréciation de chaque Etat membre pour des raisons de nature fonctionnelle.

1111. Il est important de souligner que la Cour n'est pas ici, rigoureusement, en train de conférer à l'Etat membre une plus grande marge d'appréciation, dans le sens où l'on entend normalement cette notion [1505]. Bien qu'elle utilise le terme « marge

---

have generally not been trained systematically in economics and statistics, two disciplines necessary (but not sufficient) for the determination of social welfare under alternative legal rules ».

[1502] CJCE, 14 juillet 1983, *Procédure pénale c. Sandoz BV*, aff. 174/82, *Rec*. p. 02445, para. 16.

[1503] *Ibid.*, para. 17.

[1504] *Ibid.*, para. 19.

[1505] P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006, p. 706.

d'appréciation »[1506], la Cour ne s'abstient pas de porter un regard sur la proportionnalité de la mesure en cause, comme elle l'aurait fait si elle avait choisi de se fier à la marge d'appréciation de l'Etat membre. Elle ne renonce pas à garantir l'efficience économique de la réglementation étatique. Tout simplement, la Cour constate qu'il n'est pas possible, sous la lumière des éléments de preuve disponibles, de conclure à la nécessité ou non-nécessité de la mesure en question. Et, au vu de cette incertitude, la Cour estime suffisants les éléments de preuve sur lesquels se sont fondées les autorités étatiques, quoique incomplets. La Cour établit ainsi un principe de préférence pour l'appréciation des Etats en présence d'incertitudes factuelles, ce qui permettra une certaine diversité dans les règlementations des Etats membres. Le contraire conduirait à des difficultés pratiques considérables, car la Cour serait alors amenée à disqualifier toutes les mesures dont la proportionnalité ne saurait être démontrée de manière certaine (une grande partie des règlementations nationales, voire la presque totalité, devraient par conséquent être condamnées).

1112. Cette analyse est confirmée par d'autres affaires, où la Cour choisit des règlementations nationales en présence d'incertitudes scientifiques. Dans la jurisprudence plus récente, la prévention des risques, dont notamment les risques potentiels, a été reconnue comme objectif susceptible de justifier une entrave. A la différence de la jurisprudence précédente, comme l'arrêt *Sandoz* que nous venons d'analyser, l'incertitude n'est pas comprise par la Cour comme affectant l'appréciation de la proportionnalité, mais plutôt à l'égard de l'objectif à atteindre. Ainsi, pour le dire autrement, il s'agit moins de la certitude de l'aptitude et la nécessité des moyens employés, que de la réalité du mal que les autorités étatiques cherchent à prévenir.

1113. La Cour signale ainsi que « *l'État membre peut prendre les mesures qui réduisent, autant que possible, un risque pour la santé publique* »[1507]. La légitimité de l'objectif de prévention des risques pour la santé a été reconnu à plusieurs reprises, dont notamment à propos d'une affaire sur des mesures adoptées par les institutions communautaires à l'encontre de la maladie dite de la « vache folle » [1508] . Ou, dans les arrêts *Apothekerkammer* et *Blanco et Pérez*, il est dit, à propos de l'objectif de garantir l'approvisionnement en médicaments sûr et de qualité, que « *lorsque des incertitudes*

[1506] *Sandoz*, para. 19

[1507] CJCE, 19 mai 2009, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. C-531/06, *Rec.* p. I-04103, para. 54.

[1508] CJCE, 5 mai 1998, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Commissioners of Customs & Excise, ex parte National Farmers' Union, David Burnett and Sons Ltd, R. S. and E. Wright Ltd, Anglo Beef Processors Ltd, United Kingdom Genetics, Wyjac Calves Ltd, International Traders Ferry Ltd, MFP International Ltd, Interstate Truck Rental Ltd et Vian Exports Ltd.*, aff. C-157/96, *Rec.* p. I-02211, para. 63 : « il doit être admis que, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées ».

subsistent quant à l'existence ou à l'importance de risques pour la santé des personnes, l'État membre puisse prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité de ces risques soient pleinement démontrée »[1509]. Ce principe a par ailleurs été étendu dans d'autres domaines qui ne concernent pas directement la santé, dont notamment les jeux de hasard : la Cour admet la légitimité de les règlementer en raison des « *risques élevés de délits et de fraudes* » qu'ils impliquent[1510].

1114. Cette évolution de la jurisprudence ne devrait pas surprendre. Dans le droit national, la doctrine a remarqué de longue date l'ascension du principe de précaution. Il est donc logique qu'il ait trouvé sa place dans la jurisprudence communautaire parmi les principes susceptibles de justifier une entrave à la libre circulation économique[1511]. Comme l'écrit Muriel Fabre-Magnan, le principe de précaution « *est ainsi un principe d'action : des décisions et des mesures de prévention et de protection doivent être adoptées, alors même que des incertitudes demeurent sur les risques en jeu* ». En toute rigueur, il faudrait parler ici de « *risques incertains* », et non pas de « *risque* » (comme pourtant le fait souvent la Cour), qui signifie simplement un « *danger potentiel, que l'on prévoit, et qui par conséquent est quantifiable, calculable* ». Le risque incertain se situe au contraire dans « *l'incertitude radicale* », car ce type de risque n'est pas quantifiable et ne saurait donc être calculé[1512].

1115. Ce qu'il importe ici de souligner est que la nature particulière de l'objectif consistant à prévenir des risques potentiels fait que l'appréciation de la proportionnalité des mesures prises dans ce but ne saurait être centralisée entre les mains de la Cour de justice. Admettant des incertitudes entourant ces questions, elle s'en remet au jugement des autorités étatiques, ce qui permet une certaine diversité d'approches entre Etats membres. Comme elle le dit dans l'arrêt *Pfizer*, alors qu'il s'agit d'une mesure adoptée par les institutions communautaires :

> *[…] les institutions communautaires n'ont pas commis d'erreur d'appréciation en considérant qu'elles disposaient, malgré les incertitudes subsistantes, d'un fondement scientifique suffisant pour conclure que l'utilisation de la virginiamycine comme facteur de croissance constitue un risque pour la santé humaine. […] dans une telle situation, il ne*

[1509] CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec.* p. I-04171, para. 30 ; CJUE, 1er juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec.* p. I-04629, para. 74.

[1510] Voir entre autres CJUE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 63.

[1511] F. Péraldi Leneuf, « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence. A propos de l'arrêt *Santa Casa* », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 7-30, p. 16 et s.

[1512] M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, PUF, 2010, t. II, p. 52-4.

saurait être reproché aux institutions communautaires d'avoir pris des mesures de protection sans attendre que ces incertitudes scientifiques soient levées[1513].

1116. L'incertitude rend ainsi la Cour impuissante à imposer ses propres critères sur la proportionnalité des règlementations soumises à son examen. Un auteur conclut : « *Là, les autorités publiques n'étant pas en mesure de prendre des dispositif éclairés, il s'agit presque d'un constat d'impuissance. En somme, la technique dépasse le droit* »[1514].

B. L'appréciation des éléments empiriques par les juridictions nationales

1117. L'autre question sur laquelle se projette le principe de subsidiarité est le rapport entre la Cour de justice et les tribunaux nationaux, dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel [1515]. Selon la division de principe, l'interprétation du droit communautaire incombe à la Cour de justice (« *fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation relevant du droit communautaire qui permettent à celle-ci d'apprécier la compatibilité de normes de droit interne avec la réglementation communautaire* »), tandis que les juges nationaux se chargeront de porter leur regard sur les faits, et d'appliquer le droit communautaire à ceux-ci, examinant s'il en est en besoin sa compatibilité avec le droit national[1516]. Pourtant, nous avons vu précédemment que cette division de principe n'a plus de raison d'être dans le cadre du principe de proportionnalité, compte tenu de la nature technique de celui-ci, en vertu de laquelle tout devient une question empirique. Ainsi, l'interprétation du droit se réduisant à affirmer la validité du principe, aussi bien la Cour de justice que les tribunaux nationaux vont se préoccuper de l'appréciation des faits, si bien qu'il n'est plus possible de tracer une division de principe sur ce que fait l'une et font les autres[1517]. Cette unité fonctionnelle est justement caractéristique de la subsidiarité.

1118. Il n'est pas donc surprenant qu'elle intervienne dans ce domaine. Rappelons que, en tant que technique d'organisation, elle impose une distribution des compétences en fonction exclusivement d'un critère d'efficience : doit être compétent celui qui garantira la réalisation des objectifs visés de la manière la plus efficiente. Appliquée à la question qui nous occupe, la subsidiarité exige que l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure soit effectuée par l'institution capable de le faire au moindre coût.

[1513] TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, aff. T-13/99, *Rec.* p. II-03305, para. 416-7.

[1514] F. Péraldi Leneuf, « La Cour de justice… », préc., p. 18.

[1515] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 238.

[1516] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 37.

[1517] Voir *supra*, nº 362 et s.

1119. Deux considérations jouent ici. D'un côté, il semble avisé de laisser aux juridictions nationales le dernier mot sur la proportionnalité d'une mesure, puisqu'elles ont généralement une meilleure connaissance des circonstances de l'espèce alors que la Cour de justice ne possède pas de grandes capacités pour réaliser des recherches de type empirique sur les coûts et les bénéfices entrainés par les différentes mesures comparées[1518]. D'un autre côté, si la Cour de justice déléguait toute la responsabilité de l'appréciation de la proportionnalité aux tribunaux nationaux, la dispersion serait énorme et créerait d'énormes incertitudes : il suffit de rappeler à ce propos, la situation chaotique créée à la suite des arrêts sur la législation relative au repos dominical[1519]. Par conséquent, la Cour décide parfois de se prononcer elle-même sur la proportionnalité de la mesure en jeu, ou de fournir des « indications » très détaillées à la juridiction de renvoi pour éviter une telle dispersion.

1120. L'arrêt *Tridon* constitue un exemple de jugement où la Cour a choisi de s'en remettre à l'appréciation des faits exercée par la juridiction nationale de renvoi, en précisant que l'appréciation de la proportionnalité requiert des « *éléments d'information supplémentaires* », et qu'il « *suppose une analyse concrète, fondée notamment sur des études scientifiques et des circonstances de fait qui caractérisent la situation dans laquelle s'inscrit le litige au principal* »[1520].

1121. De plus, dans l'arrêt *Familiapress*, la Cour déclare, après avoir fourni une liste non exhaustive d'éléments empiriques à prendre en compte dans l'appréciation de la proportionnalité, que c'est « *à la juridiction nationale qu'il incombe d'apprécier si ces conditions sont remplies sur la base d'un examen du marché autrichien de la presse* »[1521]. La Cour signale qu'il « *[…] il ne ressort pas du dossier que l'interdiction en cause fait obstacle à la commercialisation des journaux qui auraient adopté l'une des mesures évoquées ci-dessus* ». Or, admet-elle, « *[s]i le juge national constatait que tel est néanmoins le cas, elle serait disproportionnée* »[1522]. Avouant son impuissance pour

[1518] Rappelons à cet égard la pauvreté technique que nous avons observée dans le raisonnement de la Cour, voir *supra*, nº 638 et s.

[1519] Rappelons que la Cour a déclaré que cette législation faisait obstacle à la libre circulation, autorisant aux juridictions nationales de se prononcer sur son éventuelle proportionnalité (CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc.*, aff. C-145/88, *Rec*. p. 03851 ; CJCE, 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc.*, aff. C-169/91, *Rec.* p. I-06635). Les tribunaux britanniques ont pourtant fait de positions divergentes, certains l'estimant disproportionnée tandis que d'autres ont refusé de le faire. Voir à cet égard F. Jacobs, « Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law », in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, préc., pp. 1-21 ; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 240.

[1520] CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale c. Xavier Tridon*, aff. C-510/99, *Rec*. p. I-07777, para. 58.

[1521] CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-368/95, *Rec*. p. I-03689, para. 29.

[1522] *Ibid*., para. 33.

apprécier les faits comme pourrait le faire la juridiction de renvoi, la Cour lui confère le dernier mot sur la proportionnalité de la réglementation autrichienne des techniques de promotion de ventes des publications de presse.

1122. De la même manière, dans l'arrêt *Gourmet* la Cour déclare :

> *Nous estimons qu'une interdiction du type de celle en cause va au-delà de ce qui est nécessaire pour parvenir à l'objectif visé bien que la décision finale doive être laissée à la juridiction nationale susceptible de prendre en compte des facteurs spécifiques à la situation suédoise et dont la Cour n'a pas les mêmes possibilités de prendre connaissance*[1523].

1123. A l'inverse, dans l'arrêt *Alpha Vita*, la Cour va jusqu'à trancher le litige, indiquant à la juridiction de renvoi que la mesure étatique en question est, indubitablement, disproportionnée. La Cour de justice n'hésite pas ici à tirer des conclusions empiriques sur l'inaptitude et l'absence de nécessité de la réglementation grecque, visant prétendument à protéger la santé des consommateurs des produits boulangers. En effet, nous dit-elle, les exigences imposées, « *dans la mesure où elles sont liées au processus de fabrication de produits traditionnels de boulangerie, sont inaptes et vont au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger la santé publique lorsqu'elles s'appliquent à des produits du type «bake-off», qui sont précuits et ne font l'objet, dans leurs points de vente, que d'une décongélation, d'un réchauffement ou d'une dernière cuisson* »[1524].

1124. Dans de tels arrêts, visiblement la Cour ne s'estime plus incapable de porter une appréciation des faits suffisamment qualifiée pour conclure à la disproportion de la réglementation grecque, en dépit des connaissances techniques que cela puisse impliquer. Pour cette raison, elle décide de ne pas s'en remettre à l'appréciation des juridictions de renvoi. Cela compromettrait par ailleurs gravement le contrôle de l'efficience économique des mesures adoptées par les autorités étatiques que suppose le principe de proportionnalité. En effet, il existerait alors un risque d'opinions divergentes entre différentes juridictions alors que, aux yeux de la Cour, la solution à donner n'admet pas de doutes[1525].

[1523] CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795, para. 48.

[1524] CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, anciennement Trofo Super-Markets AE et Carrefour Marinopoulos AE c. Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04, *Rec*. p. I-08135.

[1525] Selon P. Craig, *EU Administrative Law*, préc., p. 712, la Cour cherche ainsi à contrôler le développement du droit communautaire, qui serait menacé s'il était autrement délaissé à l'appréciation des tribunaux nationaux.

1125. Trouver l'équilibre entre ces deux pôles exige une appréciation au cas par cas, ce qui est précisément caractéristique du principe de subsidiarité[1526]. Comme le note M. Tridimas, la décision de la Cour dépendra souvent de la matière concernée, la complexité qui l'entoure, ou tout simplement de la quantité et qualité des informations factuelles que la juridiction de renvoi décide de soumettre[1527]. La Cour l'admet elle-même :

> *[…] il est vrai que la précision, voire l'utilité, tant des observations présentées par les gouvernements des États membres et les autres parties intéressées que de la réponse de la Cour peut dépendre du caractère suffisamment détaillé des indications concernant le contenu et les objectifs de la législation nationale applicable au litige au principal*[1528].

1126. Et bien entendu cette décision peut être gravement erronée : il se peut que la Cour de justice juge à tort de la simplicité de la question qui lui est soumise, ou au contraire qu'elle se méprenne sur l'aptitude des juridictions nationales à conduire l'analyse coûts-bénéfice qu'implique la proportionnalité. Quoi qu'il en soit, cette circonstance n'affecte point notre conclusion de ce que, au niveau normatif, il n'y a pas de principe de faveur pour que ce soient les juridictions nationales qui aient le dernier mot, ni le principe inverse. Rappelons que, comprise comme elle l'est par la Cour de justice, à savoir un instrument purement technique, la subsidiarité n'est pas un véhicule de décentralisation ou à l'inverse de centralisation, mais plutôt d'efficience.

1127. Voici donc le principe de subsidiarité régulant les rapports au cas par cas entre la Cour de justice et les tribunaux nationaux – d'où la doctrine qui parle ici de « subsidiarité juridictionnelle descendante »[1529]. Notre thèse est, admettons-le volontiers, quelque peu spéculative, dans la mesure où la décision de se remettre à l'appréciation des juridictions nationales ou au contraire de se prononcer elle-même sur la proportionnalité de la mesure examinée est très pauvrement motivée, voire du tout. Ceci ne doit pourtant pas nous empêcher de porter un regard sur sa jurisprudence, à l'aide des éléments visibles. En outre, certains auteurs prônent une interprétation similaire, même s'ils ne l'associent pas au principe de subsidiarité. Takis Tridimas, par exemple, estime que, « *la Cour de justice n'a pas développé une approche cohérente, en laissant la solution du litige aux tribunaux*

[1526] C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, préc., p. 35, où l'auteur signale que la subsidiarité « récuse la dévolution figée des compétences, et traduit une recherche d'équilibre presqu'au cas par cas entre les nécessités paradoxales de l'ingérence et de la non-ingérence ».

[1527] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 239.

[1528] Voir à cet égard CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 41.

[1529] D. Simon, comm. sous CJUE, 19 juillet 2012, *SIA Garkalns c. Rīgas dome*, préc., pp. 34-35.

nationaux seulement lorsque ces derniers sont objectivement mieux placés pour le faire »[1530].

1128. Le modèle de répartition des compétences qui se dégage de la mise en œuvre du principe de proportionnalité est donc – inévitablement, en raison de la nature du raisonnement suivi par la Cour – celui de la subsidiarité. Néanmoins, nous allons maintenant identifier l'espace d'autonomie étatique qui émerge de façon paradoxale par le biais de la figure de la marge d'appréciation.

[1530] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 241 : « It is submitted that overall the Court of Justice has not followed an inconsistent approach, leaving the issue to national courts to decide only where the latter is by virtue of objective criteria better placed to do so ». Signalons néanmoins qu'ailleurs cet auteur semble concevoir la décision de s'en remettre à l'appréciation des tribunaux nationaux comme une expression de l'autonomie des Etats membres (p. 240). Nous contestons vigoureusement cette dernière interprétation. Comme nous l'avons déjà noté, les principes de proportionnalité et de subsidiarité, mettant en œuvre des raisonnements strictement techniques, ne laissent pas de place à la notion d'autonomie politique. En outre, n'oublions pas le rôle dual des juges nationaux dans le contexte de l'Union : lorsqu'ils sont appelés à apprécier la proportionnalité d'une mesure étatique entravant la libre circulation, ceux-ci n'interviennent pas en tant qu'organes de l'Etat membre mais au titre de juges de l'ordre juridique de l'Union. Il convient donc de ne pas confondre la doctrine de la marge d'appréciation, répondant, comme nous le verrons plus loin, au souci d'octroyer un espace aux Etats membres de véritable autonomie, avec la doctrine de la collaboration entre la Cour de justice et les juridictions nationales (agissant en tant qu'organes de l'ordre juridique communautaire) dans l'application de son droit (dont notamment le principe de proportionnalité).

CHAPITRE 2. LA RÉSURGENCE DE L'AUTONOMIE ÉTATIQUE PAR LE BIAIS DE LA MARGE D'APPRÉCIATION

1129. Plusieurs interprétations ont été proposées par la doctrine, qui essaie d'identifier la logique sous-tendant l'emploi de la doctrine de la marge d'appréciation par la Cour de justice. Il nous semble pourtant que la plupart d'entre elles sont erronées, d'une part pour des raisons de nature logique et, d'autre part, car elles sont contredites par les termes de la jurisprudence (Section 1). Nous souhaitons proposer une interprétation alternative, partant de nos conclusions précédentes sur la nature de la proportionnalité comme principe de nature technique. La question de savoir où se situe la frontière entre la marge d'appréciation des autorités nationales et le contrôle judiciaire de la proportionnalité des mesures étatiques dépend plutôt de la nature de la question examinée par la Cour. Dans la mesure où elle peut être qualifiée de question technique, impliquant exclusivement des calculs rationnels fondés sur des purs faits, il incombera à la Cour d'y répondre, en mettant en œuvre le contrôle de proportionnalité. En revanche, sont laissées à l'appréciation des autorités nationales les questions qui ne sauraient être réduites à de tels calculs de coûts et bénéfices. L'autonomie des Etats membres est ainsi préservée, démarquée par le biais de la dichotomie qui sépare les questions techniques des questions dogmatiques (Section 2).

SECTION 1. Les interprétations erronées de la jurisprudence sur la marge d'appréciation

1130. Nous examinerons quatre thèses proposées par la doctrine. Alors que les deux premières font dépendre la marge d'appréciation de considérations essentiellement institutionnelles qui dériveraient des Traités, les deux dernières conçoivent les décisions de la Cour, sur ce point, principalement comme un exercice de pragmatisme. Toutes les interprétations s'avèrent néanmoins logiquement fallacieuses ou incapables sur le plan descriptif de rendre compte des jugements de la Cour de justice. La première suggère que la Cour de justice octroie une marge d'appréciation plus réduite aux autorités nationales lorsque le domaine en question fait déjà l'objet de mesures d'harmonisation communautaires (§ 1). Une deuxième interprétation soutient que la marge d'appréciation constitue une autolimitation de la part de la Cour, qui reconnaitrait la légitimité plus forte des appréciations des autorités étatiques (§ 2). Une troisième position prône que la marge d'appréciation dépend de l'importance respective des intérêts en je, de sorte qu'une plus grande restriction à la circulation amènera le juge à intensifier son contrôle. A l'inverse, la valeur particulière des intérêts protégés par la mesure en question justifiera une plus grande circonspection de la part de la Cour (§ 3). Un dernier courant estime que la jurisprudence se caractérise par l'absence de motivation et de systématicité. Il en ressort qu'elle serait ainsi guidée par le pur pragmatisme (§ 4).

§ 1 – La thèse de l'absence d'harmonisation

1131. Il est parfois soutenu que l'intensité du contrôle de proportionnalité est moindre lorsque le domaine affecté ne fait pas l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire. Mme De Búrca semble souscrire à cette thèse. Selon cette dernière, la Cour aura tendance à octroyer une large marge de manœuvre aux Etats membres lorsque la mesure en cause se situe dans un domaine appartenant aux compétences étatiques[1531]. Comme l'énonce M. Pataut, « *plus l'harmonisation est réalisée, plus l'intrusion d'une règle nationale sera facilement considérée comme potentiellement perturbatrice de l'exercice des libertés fondamentales reconnues par le traité* » [1532]. La marge d'appréciation varierait alors en fonction du domaine : large lorsque la mesure entravant la circulation intracommunautaire s'insère dans un champ appartenant à la compétence exclusive des Etats membres, réduite lorsque la compétence est partagée avec l'UE. Pour citer de nouveau l'analyse de M. Pataut : « *On ne sera pas surpris d'une telle conclusion : le rapprochement substantiel des lois nationales auquel conduit la progressive unification communautaire rend progressivement moins pertinente l'utilisation de règles qui constituent le bastion d'une défense farouche des intérêts nationaux* »[1533].

1132. La thèse prend appui sur une formule explicitement employée par la Cour. Elle répète souvent qu' « *il appartient aux États membres, à défaut d'harmonisation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes* »[1534]. Autrement dit, en présence de mesures d'harmonisation, la preuve de la proportionnalité de restrictions à la circulation devient moins aisée. Certains suggèrent même que cette preuve pourrait parfois être impossible[1535]. Pourtant, la jurisprudence le dément, comme par exemple dans l'arrêt *Tridon*, où la Cour déclare que « *le fait que la réglementation communautaire ultérieure […] a introduit, en vue de protéger les espèces concernées, des mesures moins restrictives que la réglementation française en cause au principal ne permet pas, par lui-même, de conclure au caractère disproportionné de cette dernière* »[1536]. M. Jans propose toutefois qu'en présence de mesures d'harmonisation, il

[1531] G. De Búrca, « The Principle of Proportionality… », préc., p. 112 : « [when a] measure is seen to be primarily within the competence of the state, the Court is likely to be reluctant, unless a very important Community interest is adversely affected, to examine the proportionality of the national measure too closely ».

[1532] E. Pataut, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, préc., pp. 117-143, p. 128.

[1533] *Ibid.*, p. 129.

[1534] CJCE, 24 novembre 2005, *Georg Schwarz c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, aff. C-366/04, *Rec*. p. I-10139, para. 32.

[1535] E. Pataut, « Lois de police… », préc., p. 128 ; J.H. Jans, « Minimum Harmonisation… », préc., p. 715.

[1536] CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale c. Xavier Tridon*, aff. C-510/99, *Rec*. p. I-07777, para. 59.

appartiendrait à l'Etat défendeur de démontrer que la solution consacrée dans la directive en question ne serait pas aussi efficace que la mesure nationale litigieuse[1537]. Ce renversement de la charge de la preuve rendrait donc le contrôle de proportionnalité indubitablement plus intense.

1133. Cette thèse se recommande certes d'une certaine logique. Comme l'écrit M. Pataut à propos des lois de police applicables aux travailleurs détachés :

> *Dans un domaine ayant fait l'objet d'une harmonisation, il devient en effet aisé pour l'entrepreneur à qui l'on prétend imposer une règle locale de prouver que les règles qui lui sont applicables sont en substance égales à celles qui lui sont imposées [dans son pays d'origine]. Dans une telle situation, l'application par l'État d'accueil de sa propre loi de police devient très délicate*[1538].

1134. Pourtant, bien que la cette thèse paraisse largement raisonnable, et que d'autres auteurs semblent y souscrire[1539], une analyse de la jurisprudence révèle qu'il n'existe point de relation entre la présence de mesures d'harmonisation et la marge d'appréciation octroyée aux autorités nationales.

1135. Examinons pour corroborer cette analyse les arrêts où ont été confrontées à la libre circulation, des mesures nationales relevant de domaines faisant déjà l'objet d'une harmonisation minimale au niveau communautaire. Bien évidemment, il faut exclure les domaines complètement harmonisés par voie de règlement ou ceux qui sont régis par une directive ne permettant pas un niveau plus élevé de protection, puisqu'ici toute protection additionnelle est exclue par principe[1540]. La question ne se pose qu'à l'égard des mesures nationales surenchérissant sur le niveau de protection consacré par une directive qui le permet.

[1537] J.H. Jans, « Minimum Harmonisation… », préc., pp. 715-716.

[1538] E. Pataut, « Lois de police… », préc., p. 128.

[1539] Y.-E. Le Bos, *Renouvellement de la théorie…*, préc., p. 239 : « Un contrôle fédéral des mécanismes des lois de police et de l'ordre public est certes envisageable mais soulève de nombreuses questions liées à la singularité des pratiques qui sont en cause. Leur proximité avec la souveraineté des Etats et leur méthodologie militent alors pour un contrôle restreint de la part du pouvoir central ». Voir aussi G. Bermann, « Proportionality and subsidiarity », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 75-99, p. 76.

[1540] Voir p.ex. CJCE, 11 mai 1999, *Wilfried Monsees c. Unabhängiger Verwaltungssenat für Kärnten*, aff. C-350/97, *Rec*. p. I-02921, à propos de la directive relative à la protection des animaux en cours de transport, contenant des « dispositions précises relatives à la durée maximale et aux conditions du transport, à la fréquence de l'alimentation et de l'abreuvement des animaux, aux temps de repos minimaux ainsi qu'aux densités de chargement » (para. 26), dispositions qui n'admettaient pas un niveau plus élevé de protection.

1136. Un examen attentif de la jurisprudence ne révèle pas une plus grande rigueur de la part de la Cour quant à l'appréciation de la proportionnalité lorsque le domaine concerné est partiellement harmonisé. L'arrêt *Aher-Waggon*[1541], par exemple, affaire pourtant mentionnée par un auteur comme preuve de la relation entre harmonisation minimale et contrôle de proportionnalité renforcé[1542], constitue plutôt un exemple d'un contrôle *relâché*. Etait en cause le règlement allemand relatif aux conditions requises en matière de circulation aérienne, notamment en ce qu'il imposait des conditions plus sévères que la Directive 80/51/CEE, relative à la limitation des émissions sonores des aéronefs subsoniques, directive fixant seulement des exigences minimales. Tout d'abord, la Cour accepte implicitement un des arguments présentés par le gouvernement allemand, faisant valoir que « *la République fédérale d'Allemagne […] attache une importance particulière à ce que sa population soit protégée des émissions sonores excessives* »[1543], argument qui soulignait donc, comme dans *Van Duyn*, l'importance des conceptions particulières de chaque Etat membre. Ensuite, un seul paragraphe suffit pour expliquer en quoi la mesure litigieuse demeure proportionnée[1544]. Enfin, la Cour omet tout examen de l'équivalence du droit de l'Etat où l'avion avait déjà été immatriculé, et passe outre les préoccupations (d'ailleurs, évidentes) concernant le caractère discriminatoire du régime allemand, qui exemptait les avions immatriculés en Allemagne avant son entrée en vigueur[1545].

1137. Décidément, *Aher-Waggon* va à l'encontre de la thèse affirmant que les mesures nationales qui assurent un niveau de protection plus élevé qu'une directive harmonisant partiellement le domaine sont soumises à une variante du contrôle de proportionnalité d'une intensité accrue. D'autres exemples confirment qu'*Aher-Waggon* n'est pas une simple exception à la règle. A titre d'exemple, dans l'affaire *Buet*[1546], malgré l'existence de la directive du Conseil du 20 décembre 1985 sur la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, une interdiction française de démarchage concernant la vente de matériel pédagogique a été déclarée conforme au principe de proportionnalité, et ce, après avoir examiné uniquement

[1541] CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-389/96, *Rec*. p. I-04473.

[1542] J. H. Jans, « Proportionality Revisited », préc., p. 253.

[1543] CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-389/96, *Rec*. p. I-04473, para. 19.

[1544] *Ibid.*, para. 21, où la Cour se limite à remarquer qu'il « suffit de constater que, comme le gouvernement allemand l'a exposé, la limitation des émissions sonores des avions est le moyen le plus efficace et le plus commode de lutter contre la pollution sonore qui découle de ces derniers. Il est, en effet, généralement malaisé de diminuer notablement les émissions sonores par des travaux effectués dans les environs des aéroports, si ce n'est au prix d'investissements extrêmement coûteux ».

[1545] *Ibid.*, para. 23-24.

[1546] CJCE, 16 mai 1989, *R. Buet et SARL Educational Business Services (EBS) c. Ministère public*, aff. 382/87, *Rec*. p. 01235.

la légitimité du but poursuivi et le caractère approprié de la mesure, omettant d'examiner la nécessité de l'interdiction.

1138. A l'inverse, il ne semble pas possible là encore de constater que le contrôle de proportionnalité devient de moindre intensité lorsque le domaine ne fait l'objet d'aucune mesure d'harmonisation. A maintes occasions – *Viking*, *Arblade*, *Garcia Avello*, *Grunkin Paul* ou *Centros* pour ne citer que des affaires ayant retenti considérablement – le contrôle de proportionnalité a été déployé dans sa version la plus stricte, alors que le domaine concerné n'avait pas fait l'objet d'une harmonisation quelconque.

1139. Par ailleurs, la règle de la relation entre la marge d'appréciation et la présence d'un régime harmonisé serait en réalité *illogique*, car toute intervention de la Cour au nom des libertés de circulation entraîne une certaine harmonisation. Nous l'avons constaté précédemment[1547]. Dès lors, si la marge d'appréciation dépendait véritablement de la présence de mesures d'harmonisation, l'harmonisation serait à la fois la cause et l'effet du contrôle exercé par le juge[1548].

1140. Il faut signaler de surcroît que la Cour s'est prononcée à plusieurs reprises explicitement à l'encontre de l'idée selon laquelle les dérogations aux libertés de circulation devraient être conçues comme des réserves de compétence étatique. Déjà en 1977 la Cour déclarait, à propos de l'affaire *Denkavit*, que les exceptions d'intérêt général n'ont pas pour objet de « *réserver certaines matières à la compétence exclusive des Etats membres* »[1549].

1141. Somme toute, il nous paraît clair qu'il n'y a pas un lien perceptible entre le fait qu'un domaine soit partiellement harmonisé et que l'exercice par la Cour d'un contrôle renforcé des mesures nationales. Le sens de la formule, citée ci-dessus, proclamant qu'« *il appartient aux États membres, à défaut d'harmonisation, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes* », est en réalité banal : ce n'est qu'un rappel du principe selon lequel la conformité des normes

[1547] Voir *supra*, nº 1001 et s.

[1548] Ce serait aussi contradictoire avec une jurisprudence parallèle récente. Dans une affaire *Deponiezweckverband* (CJCE, 14 avril 2007, *Deponiezweckverband Eiterköpfe c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-6/03, *Rec.* p. I-02753) la Cour affirme que « le principe communautaire de proportionnalité ne trouve pas à s'appliquer en ce qui concerne les mesures nationales de protection renforcées prises en vertu de l'article 176 CE et dépassant les exigences minimales prévues par une directive communautaire dans le domaine de l'environnement […] pour autant que d'autres dispositions du traité ne soient pas impliquées » (para. 64). Voir à cet égard M. Dougan, « Minimum Harmonization and the Internal Market », (2000) 37 *Common Market Law Review*, pp. 853-885 ; F. de Cecco, « Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights », (2006) 43 *Common Market Law Review*, pp. 9-30.

[1549] CJCE, 5 octobre 1977, *Carlo Tedeschi c. Denkavit Commerciale s.r.l.*, aff. 5-77, *Rec.* p. 01555, para. 34. Voir aussi J. Snell, *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford University Press, 2002, p. 194.

nationales au droit communautaire « *dépend des motifs sur lesquels elles sont fondées et du respect du principe de proportionnalité* »[1550], ce qui n'a du ses que le domaine en question n'a pas fait l'objet d'une harmonisation totale.

1142. Procédons maintenant à l'analyse critique d'une deuxième interprétation proposée par la doctrine, liée à des considérations institutionnelles d'un autre type.

§ 2 – La thèse du manque de légitimité de la Cour

1143. Souvent la doctrine estime que l'existence d'une marge d'appréciation constitue le reflet du manque de légitimité de la Cour de justice pour évaluer le bien-fondé des mesures soumises à sa considération. Cette idée serait importée du droit constitutionnel, où il est communément soutenu qu'une juridiction compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois doit octroyer une certaine marge d'appréciation au parlement en raison de la légitimité supérieure que donne à ce dernier, le fait d'être soumis à des élections démocratiques. A l'inverse, le renforcement du contrôle exercé par les juges refléterait la perte de légitimité des autres branches du pouvoir[1551].

1144. L'articulation du principe de proportionnalité est rendue plus complexe dans le cadre européen, étant donné que le contrôle de la conformité des mesures nationales avec les libertés de circulation modifie la ligne de démarcation entre les compétences des Etats membres et celles appartenant aux institutions communautaires. M. Jans estime ainsi que le juge doit moduler l'intensité de son examen en considérant non seulement la séparation de pouvoirs entre le juge et le législateur, mais aussi la dimension fédérale de la construction communautaire[1552]. La même thèse est proposée par M. Muzny pour expliquer l'autolimitation observée dans le contrôle de proportionnalité exercé par la CEDH, dont la position institutionnelle serait dans ce sens comparable à celle de la Cour de justice :

> *[…] c'est l'incertitude relative à la solution de l'espèce, quant à savoir ce qui est nécessaire dans le litige en cause, qui engendre, à titre principal, l'autolimitation de la Cour EDH. L'octroi de la marge d'appréciation s'explique ainsi par le fait que la Cour EDH se trouve dans une situation où elle n'est tout simplement pas certaine que la norme*

[1550] CJCE, 15 juillet 2004, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV et Christophe Souranis, agissant sous le nom commercial "Établissements FICS" et Douwe Egberts NV c. FICS-World BVBA*, aff. C-239/02, *Rec.* p. I-07007.

[1551] N. Emiliou, *The principle of proportionality.…*, préc., p. 14.

[1552] J.H. Jans, « Proportionality Revisited », préc., pp. 241-2.

qui découle de son interprétation conventionnelle est plus légitime que celle énoncée par les autorités internes[1553].

1145. Ainsi, il pourrait sembler logique que la Cour de justice songe aussi à son inférieure légitimité institutionnelle par rapport à celle des autorités communautaires ou étatiques ou même des entités privées. L'existence d'une marge d'appréciation reflèterait cette préoccupation.

1146. En outre, lorsque la Cour contrôle la conformité aux Traités des mesures provenant des institutions communautaires, elle accepte de leur octroyer une très grande marge de manœuvre, déclarant notamment qu'elles sont mieux placées pour évaluer de la proportionnalité d'une mesure quelconque. Par exemple, dans l'arrêt *Fedesa*, dans le domaine de la politique agricole commune, la Cour se borne à vérifier « *seul le caractère manifestement inapproprié d'une mesure* », en faisant valoir que « *le législateur communautaire dispose en matière de politique agricole commune d'un pouvoir discrétionnaire qui correspond aux responsabilités politiques* » que lui sont attribuées par les Traités[1554]. Ainsi, il semble indéniable que la marge d'appréciation octroyée résulte des considérations sur les rôles institutionnels respectifs (soit la « responsabilité politique ») du législateur communautaire et de la Cour de justice, tels qu'ils ressortent des Traités.

1147. Néanmoins, la jurisprudence sur les mesures étatiques entravant la libre circulation ne semble pas refléter cette préoccupation. En effet, dans ce domaine la Cour ne semble pas songer à la « responsabilité politique » réservée par les Traités aux Etats membres. Il semblerait dès lors que la véritable raison d'être de la marge d'appréciation se trouve non pas dans le rôle institutionnel reconnu à l'autorité ayant adopté la mesure en question mais plutôt dans son origine communautaire ou nationale. C'est notamment la position de Takis Tridimas, qui propose l'interprétation suivante, à partir d'une distinction en fonction du caractère privé ou public des intérêts impliqués :

[1553] P. Muzny, *La technique de proportionnalité…*, préc., nº 529. La thèse de cet auteur n'est pas pourtant parfaitement claire. Ailleurs il offre une explication alternative, entachée de circularité : « si la marge d'appréciation est toujours à même de pouvoir potentiellement s'appliquer à raison précisément de cette relativité, il est des circonstances où la Cour EDH choisit intentionnellement de gommer toute trace de ladite relativité, afin de pourvoir la norme en question d'une prescriptivité qui se veut forte. […] Aussi, pour être plus exact encore, ce qui constitue à titre véritablement principal le fondement prééminent de la marge d'appréciation, ce n'est pas l'incertitude de la norme à raison de son imperfection prescriptive – car celle-ci lui est inhérente – mais la volonté de la Cour EDH de préserver en la matière cette part d'incertitude », nº 530. Et encore il suggère, plus loin dans sa thèse, que l'ampleur de la marge d'appréciation se détermine « au moyen d'une mise en balance concrète et contextualisée des intérêts opposés », nº 544 et s..

[1554] CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, *Rec*. p. I-04023, para. 14.

> *Lorsque le principe de proportionnalité est invoqué pour contrôler une mesure communautaire, la Cour est appelée à mettre en balance un intérêt privé contre un intérêt public. Les intérêts que ce principe cherche à protéger sont les droits des individus mais, étant donné le pouvoir discrétionnaire du pouvoir législatif, […] [l]a Cour n'invalidera pas une mesure à moins qu'elle soit manifestement inappropriée pour atteindre les buts visés. En revanche, lorsque le principe de proportionnalité est invoqué à l'encontre d'une mesure nationale restrictive d'une des libertés fondamentales, la Cour est appelée à mettre en balance un intérêt communautaire contre un intérêt national. Le principe est appliqué comme un mécanisme d'intégration, de sorte que l'intensité du contrôle est plus forte*[1555].

1148. L'intérêt de cette interprétation est de mettre en relief la différence de traitement que donne la Cour aux mesures étatiques et communautaires, qui s'explique en partie par l'importance attachée à l'intégration. Cependant, elle s'avère inapte à expliquer l'énorme fluctuation que l'on observe dans l'intensité du contrôle des mesures étatiques et privées faisant obstacle à la libre circulation. En effet, les autorités étatiques jouissant parfois d'une marge d'appréciation pratiquement absolue (comme par exemple dans l'arrêt *Schindler*)[1556], égale ou même plus grande que celle qui est accordée aux autorités communautaires. Dans d'autres occasions, en revanche, le pouvoir discrétionnaire est réduit au néant – par exemple, dans les arrêts *Viking*[1557] et *Laval*[1558], où la marge de manœuvre des syndicats a pratiquement disparu. Il convient, dès lors, d'examiner d'autres interprétations.

§ 3 – La thèse de l'importance des intérêts en jeu

1149. De plus en plus, il est suggéré par la doctrine que la Cour module l'intensité de son contrôle sur les mesures restrictives de la circulation en fonction de l'importance des intérêts impliqués. Ainsi, plus l'intérêt protégé par la mesure en question est important, plus la marge d'appréciation octroyée sera large. A l'inverse, plus il est fait obstacle à la circulation, plus le contrôle exercé sera rigoureux. Comme le note un auteur :

[1555] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, préc., p. 137-8 : « Where proportionality is invoked as a ground for review of Community policy measures, the Court is called upon to balance a private *vis-à-vis* a public interest. The underlying interest which the principle seeks to protect is the rights of the individual but, given the discretion of the legislature, […] [t]he Court will not strike down a measure unless that it is manifestly inappropriate to achieve its objectives. By contrast, where proportionality is invoked in order to challenge the compatibility with Community law of national measures affecting one of the fundamental freedoms, the Court is called upon to balance a Community *vis-à-vis* a national interest. The principle is applied as a market integration mechanism and the intensity of review is much stronger ».

[1556] CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-01039.

[1557] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779.

[1558] CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767.

> *L'élément de différenciation dans le contrôle juridictionnel dépend tout simplement des matières concernées et plus précisément des intérêts en jeu dans les cas concrets : il semble que le juge communautaire, lorsqu'il calibre l'intensité de son contrôle de la proportionnalité, tienne compte de façon très pragmatique, de l'importance du but poursuivi par la mesure contrôlée, dans une optique nettement favorable aux mesures qui représentent une contribution spécifique à la construction de l'édifice communautaire*[1559].

1150. Cette thèse semblerait à première vue relever du bon sens. En présence d'une restriction particulièrement grave des libertés fondamentales, il semble raisonnable que les tribunaux fassent montre de plus de rigueur. Aux Etats-Unis, par exemple, la Cour Suprême exerce un contrôle renforcé (« *strict scrutiny* ») sur les mesures qui établissent des catégorisations raciales, en violation de la clause d'égalité du Quatorzième Amendement de la Constitution américaine[1560]. En France, un « contrôle maximum » est exercé à l'égard des mesures les plus « liberticides », comme le dit M. Seiller[1561].

1151. Néanmoins, aussi raisonnable que puisse paraître cette interprétation, l'importance respective de la libre circulation et des buts poursuivis par les autorités étatiques ne joue aucun rôle dans la motivation des décisions de la Cour. Nous avons constaté auparavant que le contrôle de proportionnalité, étant un contrôle de nature technique sur l'efficience économique des moyens employés, n'incorpore pas des considérations évaluatives de ce genre. De surcroît, l'importance des intérêts impliqués ne conditionne pas non plus l'intensité du contrôle exercé par la Cour.

1152. Il existe, rappelons-le, des références éparses dans la jurisprudence à l'importance des buts poursuivis ou à celle de l'entrave à la circulation. Dans l'affaire *Schmidberger*, par exemple, où les autorités autrichiennes se sont vues accorder une marge d'appréciation large, la Cour a fait mention du fait que la mesure en question (en l'espèce, la décision de permettre une manifestation se déroulant sur une autoroute) n'avait pas occasionné de perturbations sérieuses à la circulation[1562]. Et dans l'affaire *Decker*, il est dit que l'annulation de la mesure litigieuse comporterait un « *risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale* »[1563]. Pourtant, l'utilité de ces mentions demeure douteuse et, en tout cas, il est incontestable que la Cour n'y prend pas appui pour justifier la marge d'appréciation octroyée.

[1559] D.-U. Galetta, « Le principe de proportionnalité », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles : Bruylant, 2007, pp. 357-376, p. 365.

[1560] L'origine se situe dans le fameux arrêt de la Cour suprême américaine *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), cons. 216 : « It should be noted, to begin with, that all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect ».

[1561] B. Seiller, *Droit administratif*, préc., p. 253.

[1562] *Schmidberger*, para. 84-8.

[1563] CJCE, 28 avril 1998, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, aff. C-120/95, *Rec.* p. I-01831, para. 39.

1153. Ainsi, il difficile d'admettre que la Cour fasse dépendre la marge d'appréciation de l'importance des intérêts en jeu si elle n'en fait aucune mention dans ses décisions. Comme le dit Thomas Franck :

> *Un tribunal peut contrôler avec une moindre rigueur et montrer plus de déférence à l'égard d'une décision étatique restrictive du libre commerce ou de la libre circulation s'il est démontré que la restriction protège la santé publique au lieu de protéger un intérêt économique ou simplement local. Néanmoins, une telle distinction n'est valide que si elle figure clairement et se trouve suffisamment motivée dans les décisions des tribunaux*[1564].

1154. En outre, on trouve facilement des exemples de jugements où la Cour semble reconnaître le plus haut niveau d'importance à l'objectif que les autorités nationales cherchaient à assurer, sans néanmoins mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité de moindre intensité. Dans les fameuses affaires *Viking* et *Laval*, où des travailleurs faisaient la grève pour éviter que leurs entreprises ne profitent de la libre circulation pour réduire les conditions du travail, la Cour a proclamé de manière très solennelle que l'Union possède « *non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale* »[1565]. Elle a reconnu également au droit de mener une action collective la catégorie de « *droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect* »[1566]. Or, une telle déclaration n'a pas eu un effet perceptible sur l'intensité du principe de proportionnalité, puisque l'action collective entreprise par les travailleurs a été soumise à un contrôle renforcé, au point de réduire le droit de grève à un simple symbole sans utilité réelle.

1155. Laissant de côté le manque de fondement jurisprudentiel de cette thèse sur la marge d'appréciation, elle présente également des difficultés de nature logique. Elle exige de dédoubler le principe de proportionnalité en « deux principes parallèles », l'un de type substantiel et l'autre de type formel ou institutionnel :

> *Il est défendu que l'intensité du contrôle devrait dépendre de la gravité de l'attente au droit en question. Nous devrions dès lors concevoir l'application de deux principes parallèles :*

[1564] T. Franck, « On Proportionality… », préc., p. 755 : « a court might review less rigorously and grant greater deference to a state's decision to restrain treaty-protected free trade or free movement if the restraint is demonstrably protective of human health than if it is designed to protect economic or other parochial interests. If so, however, such a distinction is likely to gain traction only to the extent that it is clearly enunciated and persuasively demonstrated in the written opinions of the relevant tribunals ».

[1565] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779, para. 79 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 105.

[1566] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779, para. 44 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 91.

> *un principe de proportionnalité substantiel qui exige que la gravité d'une restriction à un droit soit d'égale importance à un autre droit ou intérêt concurrent, et un principe formel de l'intensité du contrôle, qui exige que la gravité prima facie d'une restriction d'un droit corresponde au niveau de déférence et autolimitation du juge*[1567].

1156. Cependant, comme nous l'avons déjà montré, l'application du principe de proportionnalité *présuppose* une décision sur la marge d'appréciation, puisque par ce biais le juge émet un « deuxième avis » sur l'opportunité d'une mesure[1568]. Dès lors, il n'est pas possible de déterminer l'intensité du contrôle de proportionnalité en utilisant un autre principe de proportionnalité, en amont de l'application du premier. Cela ne fait que reporter le problème, puisque le juge devra toujours décider du niveau d'intensité avec lequel il devra exercer ce contrôle « formel » de proportionnalité[1569].

1157. Examinons une dernière interprétation proposée par la doctrine, avant d'en proposer une nouvelle.

§ 4 – La thèse du pur pragmatisme

1158. L'incapacité des différentes interprétations présentées jusqu'ici à rendre compte de l'évolution de la jurisprudence sur ce point, a poussé bon nombre d'auteurs à conclure que le seul principe valide est l'absence de tout principe. La jurisprudence se caractériserait par l'absence de motivation, la Cour préférant décider au cas par cas, de façon intuitive. Dès lors, l'intensité du contrôle de proportionnalité répondrait au pur pragmatisme, de sorte que seraient prises « *en considération toutes les circonstances spécifiques de chaque cas* »[1570].

[1567] J. Rivers, « Proportionality and Variable… », préc., p. 177 : « It is argued that the correct intensity of review should be set by the seriousness of the rights-infringement in the case at hand. We should therefore conceive of two parallel principles in operation: a substantive principle of proportionality which requires the seriousness of any rights-infringement to be matched by the importance of a competing right or public interest, and a formal principle of intensity of review, which requires the seriousness of prima facie rights-infringement to be matched by decreasing judicial deference and restraint ». P. Muzny semble du même avis, puisqu'il estime que « ce qui permettrait de clarifier le rôle et l'affluence de la marge d'appréciation, ce serait de fonder l'existence de cette dernière sur l'instrument qu'est la proportionnalité », *La technique de proportionnalité…*, préc., nº 747 et s.

[1568] Voir *supra*, Partie III, Titre I, Chapitre 2, Section 1.

[1569] Voir aussi T. Franck, « On Proportionality… », préc., pp. 760-761, où l'auteur se montre défavorable à mélanger l'appréciation de la marge d'appréciation avec celle de la proportionnalité : « The two doctrines are related but also different, and their melding in a single opinion can be confusing, because the margin of appreciation, once conceded as a matter of law, seems to shift the burden of proof away from the constraining authority to the complaining party, and does so regardless of the facts of the case. The principle of proportionality, on the other hand, is case and fact specific ».

[1570] J. Öberg, « The Principle of Proportionality, Federalism and Judicial Review in the Law of Free Movement », in L. Azoulai *et al.*, in *Deconstructing EU Federalism Through Competences*, EUI Working Papers LAW no. 2012/06, pp. 65-87, p. 86 : « The determination of the intensity of review is done through

1159. Par conséquent, cette thèse équivaut à renoncer à tout effort d'identification de la *justification* de la fluctuation dans l'intensité du contrôle exercé. Concevant l'approche de la Cour comme relevant du pur pragmatisme, les auteurs préfèrent identifier les *causes* susceptibles *d'expliquer* les décisions de la Cour sur ce point[1571]. Ainsi, Mme de Búrca tente par exemple d'élaborer une liste de facteurs susceptibles d'influer sur la Cour, tout en spéculant sur celui qui aurait été décisif dans la résolution d'un cas concret[1572].

1160. En réponse à cette position, nous tenons à formuler les observations suivantes. Tout d'abord, il faut encore souligner que, bien que l'enquête sur les causes explicatives des décisions jurisprudentielles soit parfaitement légitime et puisse présenter un intérêt certain, il n'est pas nécessaire de constater une absence de motivation dans les jugements pour entreprendre une analyse de ce genre. L'interrogation sur les causes est toujours légitime, quelle que soit la justification offerte par le juge. Comme nous l'avions déjà remarqué, une décision présentée par le juge comme le produit d'une déduction syllogistique est susceptible d'être *expliquée* comme répondant à des motifs inavouables[1573]. Or, l'absence de motivation des décisions de la Cour sur la marge d'appréciation ne nous semble pas un argument suffisant pour soutenir la thèse du pur pragmatisme en tant que thèse explicative. En réalité, le fait que cette thèse ait surgi de l'absence de motivation suggère qu'en réalité elle cherche à rendre compte de la *justification* de la jurisprudence sur ce point. En tant que telle, elle ne s'avère pas néanmoins plus apte à rendre compte des décisions de la Cour.

1161. Pourtant, cela ne veut pas dire que les auteurs ont tort lorsqu'ils signalent que la Cour se laisse guider par ses intuitions et par un certain pragmatisme pour déterminer l'intensité du contrôle au cas par cas. M. Sweeney a probablement bien raison d'affirmer que la Cour a cherché, dans l'affaire *Schmidberger*, à faciliter que la mesure en question puisse être justifiée, étant donné d'une part que celle-ci visait à protéger un droit fondamental, alors que d'autre part l'entrave à la circulation était insignifiante[1574].

1162. La Cour semble aussi se laisser guider par le pragmatisme sur d'autres questions. Il est par exemple souvent dit que des « *considérations d'ordre purement administratif ne sauraient justifier une dérogation, par un État membre, aux règles du droit*

---

a complex interplay between these factors and it is therefore necessary to consider the specific facts in every case to decide whether a national measure complies with the Treaty ».

[1571] Voir la distinction entre justification et explication *supra*, nº 27 et s.

[1572] G. de Búrca, « The Principle of Proportionality… », préc., spéc. pp. 111-2. Voir aussi l'article de J. Öberg, « The Principle of Proportionality… », préc., consacré presque entièrement à des spéculations de ce type.

[1573] Voir *supra*, nº 29 et 284 et s.

[1574] J.A. Sweeney, « A 'Margin of Appreciation' in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights », (2007) 34.1 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 27-52, p. 46.

communautaire »[1575]. Dans l'arrêt *Grunkin-Paul*, par exemple, la Cour a qualifié de « considérations de facilité administrative » l'intérêt du gouvernement allemand de limiter l'attribution aux enfants de noms composés[1576]. Pourtant, dans l'arrêt *Aher-Waggon* elle a estimé que les limitations sonores des avions constituaient une mesure nécessaire en raison du caractère « *extrêmement coûteux* » de l'alternative proposée par le demandeur, consistant à aménager les environs des aéroports[1577]. Si le prix des travaux n'avait pas été prohibitif, la Cour aurait probablement été tentée de qualifier les limitations sonores comme obéissant à des considérations d'ordre purement administratif.

1163. Néanmoins, insistons sur le fait qu'il s'agisse de tentatives *d'explication* de la décision. Celles-ci sont parfaitement légitimes, mais elles n'excluent pas des interrogations parallèles sur la justification de celle-ci, comme celle qui nous préoccupe. Les deux approches partent des postulats différents et sont régies par des méthodologies scientifiques distinctes.

1164. En troisième lieu, il faut aussi souligner que le « pragmatisme », du point de vue de la justification des décisions, n'équivaut pas à l'absence de motivation. Le pragmatisme apparaît par exemple explicitement dans certaines décisions, où la Cour accepte de faire fléchir un certain principe, en raison de l'importance exceptionnel des intérêts en présence. L'arrêt *Campus Oil* nous offre probablement le meilleur exemple, puisqu'à cette occasion la CJUE accepta de qualifier l'objectif poursuivi par les mesures irlandaises incriminées comme non-économique (et donc légitime), en suivant un raisonnement explicitement pragmatique :

> *[…] compte tenu de l'ampleur des conséquences que peut avoir une interruption de l'approvisionnement en produits pétroliers pour l'existence d'un Etat, il y a lieu de considérer que le but d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité publique*[1578].

1165. En quatrième lieu, il faut enfin remarquer que la thèse analysée, en renonçant à identifier la raison qui justifie la fluctuation dans la marge d'appréciation pour la faire dépendre du pur pragmatisme, devrait pourtant être accompagnée d'une inquiétude

[1575] Voir p.ex. CJCE, 23 novembre 1999, *Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)* aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec.* p. I-08453, para. 37.

[1576] CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec.* p. I-07639, para. 35-36.

[1577] CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-389/96, *Rec.* p. I-04473, para. 21.

[1578] CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited et autres c. Ministre pour l'Industrie et l'Energie et autres*, aff. 72/83, *Rec.* p. 02727, para. 35.

profonde quant à l'arbitraire qu'elle semble autoriser dans les appréciations de la Cour. Il est inutile de rappeler l'importance de la question de la marge d'appréciation, question que cette thèse abandonne au bon vouloir du juge en l'autorisant à répondre sans besoin de motivation. En effet, de la réponse donnée à celle-ci dépend la démarcation des compétences respectives du juge communautaire et des autorités étatiques, ainsi que plus généralement la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres. De surcroît, la résolution du litige en dépend largement : la décision sur l'intensité du contrôle prédéterminera probablement dans une majorité d'affaires si la mesure en question réussit à passer le crible de la proportionnalité. Cette doctrine se contente pourtant de se satisfaire de l'absence totale de transparence sur ce point sans montrer d'inquiétude – très loin donc de l'idéal de transparence que le principe de proportionnalité prétendait garantir[1579].

1166. Néanmoins, malgré l'insuffisance du raisonnement de la Cour sur ce point, il ne nous semble pas impossible d'identifier la raison des fluctuations dans l'intensité de son contrôle. Au lieu de les attribuer au pur pragmatisme, nous allons proposer une interprétation alternative, dont le point de départ est la nature technique du principe de proportionnalité.

SECTION 2. L'interprétation proposée : l'autonomie des Etats membres, fondée fragilement sur la dichotomie opposant le fonctionnel au dogmatique

1167. Il convient désormais de présenter notre propre interprétation de l'autonomie des Etats membres qui ressurgit dans l'application du principe de proportionnalité. Nous considérons que ladite autonomie des Etats membres émerge grâce à la reconnaissance par la Cour de l'existence de questions auxquelles une vision purement technique-fonctionnelle ne saurait donner de réponse. Sur ce domaine, nous dit la Cour, les Etats membres conservent un pouvoir entièrement discrétionnaire.

1168. Ainsi, il convient de souligner de nouveau le caractère paradoxal de la jurisprudence sur ce point. La nature technique du principe de proportionnalité semble exclure par hypothèse toute autonomie à la faveur des Etats membres. Pourtant, celle-ci parvient à émerger en dehors du principe de proportionnalité, ou plutôt à son encontre.

1169. Nous diviserons notre démonstration en trois parties. Nous préciserons tout d'abord le sens de la dichotomie séparant le fonctionnel du dogmatique, à l'aide principalement de la pensée du philosophe Castoriadis (§ 1). Ensuite, nous constaterons, à partir de l'analyse détaillée de la jurisprudence sur la marge d'appréciation des Etats membres, que la Cour fait dépendre celle-ci de la nature dogmatique (et donc irréductible à une évaluation coûts-bénéfices) de la question soumise à sa considération (§ 2). Enfin,

[1579] Voir *supra*, nº 272.

il sera question de montrer que la démarcation qui en résulte s'avère extrêmement instable. La dichotomie qui lui sert de base, celle séparant le domaine du dogmatique de celui du technique, ne saurait agir comme principe de répartition des compétences, autrement que de façon purement arbitraire (§ 3).

§ 1 – La dichotomie opposant le fonctionnel au dogmatique

1170. Le principe de proportionnalité que nous avons décrit jusqu'ici présuppose une conception purement fonctionnelle du droit, selon laquelle le droit est *essentiellement* un instrument au service d'un but. La valeur des règles de droit est ici *extrinsèque* : elle dépend de la valeur des principes extérieurs auxquels celles-ci seraient asservies. L'interrogation sur le droit devient aussi une interrogation sur l'efficience de celui-ci, et non pas sur la désirabilité des principes ultimes ou de la valeur intrinsèque des règles de droit. Le fonctionnalisme, comme le résume Castoriadis, consiste à mettre :

> *[…] l'accent sur une et la même chose, la fonctionnalité, l'enchaînement sans faille des moyens et des fins ou des causes et des effets sur le plan général, la correspondance stricte entre les traits de l'institution et les besoins « réels » de la société considérée, bref, sur la circulation intégrale et ininterrompue entre un « réel » et un « rationnel fonctionnel »*[1580].

1171. A cette conception est souvent opposée une vision qui conçoit le droit avant tout comme un arbitrage entre intérêts ou entre valeurs, laquelle est sous-jacente à la méthodologie de la mise en balance d'intérêts, dont il a été question précédemment[1581]. Ici, l'interrogation sur la poursuite efficace d'un but est remplacée par la question des équilibres concrets entre intérêts antagonistes.

1172. Nous ne souhaitons pas, néanmoins, continuer à nous servir de l'opposition entre les visions du droit comme instrument et comme arbitrage entre intérêts. Cette dernière ne trouve pas d'écho dans la jurisprudence communautaire, comme nous l'avons déjà constaté, au-delà de quelques exceptions isolées et des déclarations de nature rhétorique sans signification réelle[1582]. Pour parvenir à comprendre l'autonomie des Etats membres qui émerge dans la jurisprudence sur le principe de proportionnalité, la dichotomie que nous trouvons véritablement significative est celle que nous empruntons à Castoriadis opposant le *fonctionnel* au *symbolique*.

1173. Le rôle du symbolique n'est pas, comme il est souvent présupposé de façon erronée, d'agir en simple « *revêtement neutre, comme instrument parfaitement adéquat à*

[1580] C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Paris : Seuil, 1975, p. 173.

[1581] Voir *supra*, nº 221 et s.

[1582] Voir *supra*, Partie I, Titre I, Chapitre 2.

l'expression d'un contenu préexistant, de la « vraie substance » des rapports sociaux, qui n'y ajoute ni n'en retranche rien »[1583]. En réalité, l'idée selon laquelle le symbolisme n'est que l'expression de la substance des relations sociales « *est privée de sens* », puisqu'elle « *postule effectivement une telle substance qui serait préconstituée par rapport aux institutions ; elle pose que la vie sociale a "quelque chose à exprimer" qui est déjà pleinement réel avant la langue dans laquelle il sera exprimé* ». Bien entendu, l'idée d'une telle substance « *première* » est fallacieuse : le rôle du symbolique est justement de « *poser* » les relations sociales, de les « *instituer* » comme « *façons de faire universelles, symbolisées et sanctionnées* »[1584].

1174. Cette opération, dans la terminologie préférée par Castoriadis, résulte de l'« *imaginaire social* », de sorte que les significations qu'il pose surgissent comme des créations *ex nihilo* et irréductibles à un calcul rationnel. Dans les travaux de Pierre Legendre, c'est le domaine de la « dogmatique »[1585], soit celui de la « foi », donc de « l'indémontrable », si bien que, comme le dit Alain Supiot, « *[l]es Etats comme les personnes continuent d'être portés par des certitudes indémontrables, par de vraies croyances, qui ne procèdent pas d'un libre choix, car elles participent de leur identité* »[1586]. Ainsi, Castoriadis estime que l'entendement des anciens sur l'origine divine ou mythique des institutions s'avère en réalité plus fécond que la compréhension économique-fonctionnaliste propre à notre temps :

> *Les vues anciennes sur l'origine « divine » des institutions étaient, sous leurs enveloppes mythiques, beaucoup plus vraies. Lorsque Sophocle parlait de lois divines, plus fortes et plus durables que celles faites de main d'homme […], il indiquait une source de l'institution au-delà de la conscience lucide des hommes comme législateurs. C'est cette même vérité qui sous-tend le mythe de la Loi donnée à Moïse par Dieu – par un* pater absconditus, *par un invisible innommable. Par delà l'activité consciente d'institutionnalisation, les institutions ont trouvé leur source dans* l'imaginaire social[1587].

[1583] C. Castoriadis, *L'institution imaginaire*…, préc., p. 175.

[1584] *Ibid.*, p. 186.

[1585] P. Legendre, *De la société comme texte. Linéaments d'une anthropologie dogmatique*, Paris : Fayard, 2001.

[1586] A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Éditions du Seuil, 2005.

[1587] C. Castoriadis, *L'institution imaginaire*…, préc., p. 197. Il faut rapprocher cette position de celle de P. Legendre, qui estime que l'étude des montages juridiques est plus féconde dans l'art que dans les discours explicites rationnels : « l'art signale le fond même des affaires de normativité, le rapport qu'elles entretiennent avec l'essence même du politique : *la vérité de la représentation*. […] l'art n'explique pas, il signale. […] Aussi la meilleure introduction à l'étude des montages de l'Etat et du Droit n'est-elle pas d'invoquer l'Ethique, comme on le fait désormais, en général faute de concevoir le juridisme d'Occident, mais de parcourir d'abord le champ de l'Esthétique. Pourquoi ? Parce qu'à force de réduire l'humanité au catalogue de ses discours explicites, la dimension institutionnelle cesse d'être pensée dans son principe, c'est-à-dire en tant qu'*ordre de fiction destiné à mettre en scène l'imparlable* et, partant de cette

1175. Dès lors, à la différence du fonctionnel, lequel se présente « vide » face à des questions pourtant « centrales », le symbolique permet de poser des « significations », d'établir des « identités », et par-delà constituer les « *besoins réels* » que, selon la vision fonctionnaliste, les institutions « *sont supposées n'être là que pour servir* »[1588]. Les deux dimensions sont pourtant interdépendantes : « *Cet imaginaire doit s'entrecroiser avec le symbolique, autrement la société n'aurait pas pu « se rassembler », et avec l'économique-fonctionnel, autrement elle n'aurait pas pu survivre* »[1589]. Dans notre société Occidentale, cette cohabitation est pourtant problématique, étant donné l'importance que nous attachons à nous émanciper de toute croyance indémontrable. Ainsi, comme le dit M. Supiot, une « *contradiction est le moteur de la pensé juridique. D'un côté, la nature dogmatique du Droit est incontestable, mais, d'un autre côté, il procède d'une civilisation qui a placé la connaissance scientifique au cœur de son système de valeurs* »[1590].

1176. Cette dichotomie se traduit en deux distinctions supplémentaires. L'une concerne la nature des normes, qui justifie la distinction entre normes techniques et normes juridiques, déjà mise en exergue[1591]. Elle permet également de distinguer entre des activités déployées au sein d'un système social. Il convient ici de citer la distinction proposée par Jürgen Habermas, dans un sens similaire à Castoriadis, entre « *travail* » ou « *activité rationnelle par rapport à une fin* » et « *interaction* » ou « *activité communicationnelle* ». Par la première, M. Habermas entend :

> *[…] une activité instrumentale, ou bien un choix rationnel, ou bien encore une combinaison des deux. L'activité instrumentale obéit à des règles techniques qui se fondent sur un savoir empirique. Dans chacun des cas, ces dernières impliquent des prévisions conditionnelles portant sur des faits observables, tant physiques que sociaux – ces prévisions pouvant se révéler bien fondées ou fausses. Les conduites de choix rationnels se règlent selon des stratégies, qui reposent sur un savoir analytique. Les stratégies impliquent des déductions sur la base de règles de référence (systèmes de*

---

représentation fondatrice, à produire les effets normatifs que nous appelons, chez les Occidentaux, le Droit », P. Legendre, *Leçons VII.*…, préc., pp. 92-3. Voir aussi N. Berman, « Modernism, Nationalism, and the Rhetoric of Reconstruction » (1992) 4 *Yale Journal of Law and the Humanities*, pp. 351-380, p. 380 : « Unlike traditional practitioners of American « law and humanities » studies, however, I am not trying to « enrich » the law with cultural sophistication ; rather, I am trying to show how the juxtaposition of law and other cultural domains can shed light on both, and, in particular, highlight the promises and dangers in all forms of Modernism. If, as I would argue, we all remain Modernists (despite our desires for a « post »), we must also seek some critical awareness of its temptations and blindspots ».

[1588] C. Castoriadis, *L'institution imaginaire*…, préc., p. 173.

[1589] *Ibid.*, p. 197.

[1590] A. Supiot, *Homo juridicus.*…, préc., p. 124.

[1591] Voir *supra*, nº 600 et s.

> *valeurs) et de maximes générales – et ces propositions peuvent être correctement déduites ou non*[1592].

1177. En revanche, il définit le terme « activité communicationnelle » comme :

> *[…] une interaction médiatisée par des symboles. Elle se conforme à des normes en vigueur de façon obligatoire, qui définissent des attentes de comportements réciproques et doivent être nécessairement comprises et reconnues par deux sujets agissants au moins. Il y a un renforcement de ces normes sociales par un certain nombre de sanctions. Leur sens s'objective au sein de la communication qui s'établit dans le langage courant*[1593].

1178. Cependant, J. Habermas estime qu'il est possible de « *distinguer des systèmes sociaux selon qu'y prédomine l'activité par rapport à une fin ou l'interaction* ». Il estime par exemple que dans le « sous-système économique » se trouvent « institutionnalisés » « *essentiellement des principes d'activité rationnelle par rapport à une fin* ». En revanche, « *il existe des sous-systèmes comme la famille ou la parenté, qui ont certes un grand nombre de fonctions à assumer et doivent mettre en œuvre beaucoup de savoir-faire, mais qui reposent essentiellement sur les règles morales de l'interaction*[1594].

1179. Par la suite, nous constaterons que la définition de l'autonomie des Etats membres se fonde sur une telle dichotomie. D'un côté, l'Union exerce un monopole sur la vision fonctionnaliste, s'estimant compétente pour adopter des « *principes d'activité rationnelle par rapport à une fin* » et contrôler que les mesures prises par les Etats soient conformes à de tels principes. D'un autre côté, aux Etats membres conservent le monopole du symbolique, exerçant ainsi un pouvoir discrétionnaire pour adopter des mesures fondées sur des motifs irrationnels.

§ 2 – L'élaboration jurisprudentielle : l'autonomie étatique pour réaliser des jugements dogmatiques

1180. La doctrine de la marge d'appréciation élaborée par la Cour de justice dépend de la nature technique du principe de proportionnalité dans la mesure où elle en constitue le *revers*. En reléguant les questions d'ordre dogmatique à l'appréciation des autorités nationales – celles impliquant des considérations morales, culturelles ou identitaires –, la Cour postule et renforce le caractère technique des questions qu'elle décide d'examiner. Ainsi, au couple Union-Etats membres correspond celui de technique-dogmatique.

[1592] J. Habermas, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris : Gallimard, 1973, pp. 21-2.

[1593] *Ibid.*, p. 22-23.

[1594] *Ibid.*, p. 23-25.

1181. Se trouve ainsi dessinée une image de l'Union où les compétences sont réparties entre les institutions communautaires et les Etats membres en fonction de la distinction entre questions techniques et questions impliquant des jugements de valeur. L'objectivité des appréciations techniques pousserait vers l'harmonisation, justifiant ainsi la compétence de l'Union pour règlementer les questions n'impliquant guère des valeurs indémontrables. A l'inverse, le domaine moral serait celui de la diversité, légitimant ainsi l'autonomie des Etats membres.

1182. Cette image pourrait surprendre. En quelque sorte, nous trouvons ici l'exacte contraire du principe de division des tâches entre la Cour de justice et les juridictions nationales, selon lequel il incomberait à celles-ci d'apprécier les faits, tandis que la Cour se bornerait à interpréter le droit[1595]. Cela semble également contraire à la répartition de principe entre les organes communautaires et les autorités étatiques, où ces dernières sont chargées de l'application et de l'exécution des normes communautaires, tandis que leur élaboration correspond aux premières. Un auteur le résumait comme suit : « *Pour l'heure, les organes européens atteignent l'individu d'un point de vue surtout normatif en ce sens que la norme européenne ne reçoit application qu'à travers ou avec le concours des Etats* »[1596].

1183. Pourtant, un renversement similaire avait déjà été prévu par J. Habermas. Dans son ouvrage *La technique et la science comme « idéologie »*, il écrivait :

> *[…] les contraintes objectives (Sachzwang) des spécialistes semblent s'imposer au détriment du pouvoir de décision (Dezision) des chefs. […] Le rapport de dépendance entre le spécialiste et le politique semble s'être inversé : le politique devient l'organe d'exécution d'une intelligentsia scientifique qui dégage en fonction des conditions concrètes les contraintes objectives émanant des ressources et des techniques disponibles ainsi que des stratégies et des programmes cybernétiques optimaux*[1597].

1184. De surcroît, l'image est en réalité présente dans la construction européenne de longue date. Comme le notent MM. Joerges et Rödl, la Communauté a été fondée sur une double base : alors que sa « constitution » économique n'était pas de nature « politique » (et donc, n'impliquait pas des décisions de ce type), la dimension sociale demeurait

[1595] Voir *supra*, nº 362 et s.

[1596] E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, vol. 294, p. 154.

[1597] J. Habermas, *La technique et la science.…*, préc., p. 100.

politique et appartenait donc au niveau national[1598]. Cela se manifestait notamment dans le domaine du droit social :

> *L'Europe fut conçue selon des principes d'une unité politique duale. Sa « constitution économique n'était pas politique dans le sens qu'elle n'était pas soumise à des interventions de nature politique. Cela était sa raison d'être constitutionnelle-supranationale. La politique sociale était conçue comme une matière entièrement différente. Elle appartenait au domaine de la législation politique et, comme telle, devrait demeurer nationale. Les fondements sociaux du marché pouvaient et même devaient être réalisés par les Etats membres de diverses manières – et, pendant une décennie et demie, cet équilibre s'est montré stable*[1599].

1185. Nous constaterons par la suite que cette dualité se perpétue et fonde la jurisprudence sur la marge d'appréciation. Après l'avoir constaté à partir d'une étude des arrêts de la Cour (A), nous tâcherons de répondre à certaines objections possibles relatives à l'analyse de cette jurisprudence (B).

A. Analyse de la jurisprudence

1186. Nous allons par la suite relever les deux « angles morts » du raisonnement technique de la Cour, où peut s'épanouir l'autonomie des Etats membres, tel qu'il se dégage de la jurisprudence.

1187. Nous ne nous attarderons pas sur le premier « angle mort », qui a déjà fait l'objet de nos analyses. Avant de considérer la jurisprudence sur la marge d'appréciation, il faut simplement se rappeler du fait que la Cour reconnaît l'autonomie des Etats membres pour choisir les objectifs à poursuivre. L'initiative pour adopter telle ou telle autre mesure en poursuite de tel ou tel autre but correspond entièrement aux autorités étatiques, qui jouissent ainsi d'un pouvoir entièrement discrétionnaire sur ce point[1600]. Comme le dit par exemple la Cour dans l'arrêt *Liga Portuguesa,* « *[l]es États membres sont […] libres de fixer les objectifs de leur politique en matière de jeux de hasard et, le cas échéant, de définir avec précision le niveau de protection recherché* »[1601]. Elle évite ainsi d'émettre

---

[1598] C. Joerges et F. Rödl, « Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval* », (2009) 15.1 *European Law Journal*, pp. 1-19, pp. 3-5.

[1599] *Ibid.*, p. 5 : « Europe was conceived according to principles of a dual polity. Its 'economic constitution' was non-political in the sense that it was not subject to political interventions. This was its constitutional-supranational *raison d'être*. Social policy was treated as a categorically distinct subject. It belonged to the domain of political legislation, and, as such, had to remain national. The social embeddedness of the market could, and, indeed, should, be accomplished by the Member States in various ways— and, for a decade and a half, the balance appears to have been stable ».

[1600] J. Rivers, « Proportionality and Variable… », préc., p. 199.

[1601] CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633, para. 59.

des jugements de valeur sur l'importance ou légitimité des principes ou intérêts méritant protection, se bornant à soumettre les mesures adoptées à un contrôle technique d'efficience économique selon le critère de Pareto[1602]. Cette espace d'autonomie dérive ainsi des limites du raisonnement technique, puisqu'un raisonnement de ce genre est incapable de fournir une réponse à la question de savoir quels objectifs il convient de poursuivre.

1188. Le deuxième « angle mort », sur lequel nous allons principalement nous concentrer, correspond à la doctrine dite de la « marge d'appréciation » des Etats membres. Nous verrons qu'elle est invoquée par la Cour pour justifier le choix de ne pas porter de regard sur la proportionnalité d'une mesure étatique lorsque les motifs justificatifs soulevés par les Etats membres ne s'accommodent pas d'une analyse technique et instrumentale, notamment lorsqu'ils sont de nature morale ou présentent une connexion intime avec les particularités culturelles de l'Etat en question. Ainsi, cet espace d'autonomie dérive aussi, par contrecoup, de la nature technique du principe de proportionnalité.

1189. Nous l'avons constaté auparavant : la transformation du principe de proportionnalité en un test de type technique, impliquant une évaluation coûts-bénéfices des mesures étatiques et utilisant comme seul critère de jugement le modèle d'efficience dit de Pareto, se reflète, entre autres, dans la réduction de la notion d'« objectif poursuivi » à celle « d'effet invoqué ». Il a ainsi été constaté que la recherche de l'intention des autorités étatiques ayant adopté la réglementation en question, qu'elle soit appréhendée en termes subjectifs ou objectifs, est parfaitement indifférente.

1190. Cette constatation en présuppose une autre, nous l'avons aussi déjà observé : à l'appui de la réglementation faisant l'objet du contrôle du juge ne pourront être soulevés que des effets *concrets*. La simple invocation par les Etats membres de valeurs abstraites ne s'accommode pas aisément du type de raisonnement technique qu'implique la proportionnalité.

1191. En effet, la question du caractère adéquat d'une mesure, soit celle de l'existence d'un lien de causalité l'unissant à l'effet escompté, n'a guère de sens si au lieu d'un résultat spécifique ledit effet consiste tout simplement en la promotion d'une certaine valeur abstraite. L'argument rationnel moyen-fin « *présuppose que la fin poursuivie soit*

[1602] Rappelons aussi que ne font pas obstacle à cette conclusion les déclarations de la Cour, de nature purement rhétorique, soulignant l'importance de tel ou tel autre principe, ainsi que l'exclusion des motifs de nature économique, laquelle dériverait de la nature technique du principe de proportionnalité. Voir *supra*, n° 147 et s.

précise et quantifiable. Cette précision des fins poursuivies convainc qu'il ne peut s'agir de « fins ultimes », mais bien d'effet concret recherché, dans un contexte déterminé »[1603].

1192. Admettons par exemple que l'Etat défenseur estime que la mesure protège une valeur de type institutionnelle, soit la souveraineté nationale. Admettons également qu'il est dit que les conceptions axiologiques particulières audit Etat lui imposent de figer un régime comme celui qui est en cause. La Cour pourra alors difficilement se prononcer sur l'adéquation technique de la mesure. Elle devrait au contraire s'interroger sur la question de savoir si la mesure correspond véritablement à la moralité invoquée, ou se situe comme le prétend l'Etat à l'intérieur de son domaine de souveraineté. Ces interrogations ne sauraient pourtant trouver réponse à l'aide d'une méthodologie de type technique. Elles exigent au contraire un raisonnement de nature dogmatique, puisque la Cour serait amenée à interpréter les notions de moralité ou de souveraineté, devant par exemple choisir de se remettre à l'interprétation autonome des Etats membres ou au contraire en construire une commune à tous, pour après déduire en aval la solution au litige par le biais d'un syllogisme.

1193. Le test de nécessité présente les mêmes difficultés. Faute d'un résultat concret escompté, il devient extrêmement malaisé de déterminer si d'autres mesures alternatives hypothétiques existent, qui soient tout aussi efficaces que celle qui fait l'objet du contrôle. Bien évidemment, l'affirmation « la mesure X est tout aussi efficace que la mesure Y dans la défense de la moralité publique de l'Etat membre Z » relève du non-sens[1604]. Ainsi, certaines questions sont par leur nature difficilement compréhensibles à partir du langage, par hypothèse limité, de la proportionnalité.

1194. Ainsi, confrontée à une mesure au soutien de laquelle l'Etat membre en question se borne à invoquer une valeur abstraite ou de type moral, la Cour pourrait choisir de modifier la nature de son raisonnement, abandonnant ses prétentions techniques pour analyser la question d'un point de vue dogmatique. Alternativement, elle pourrait

[1603] B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Paris : Dalloz, 2009, nº 434.

[1604] A ce propos, l'avis de Benjamin Rémy nous semble particulièrement pertinent. Il estime que certaines normes ne répondent à d'autre objectif que le simple fait d'être édictées. Ces normes ne seraient utilement comprises à l'aide d'une analyse finaliste (comme celui qui véhicule le principe de proportionnalité). Le but d'une norme qui vise par exemple à protéger la partie faible dans des rapports contractuels pourrait être satisfait dans son édiction même, car consacrant un nouvel équilibre entre, mettons, les principes de l'autonomie contractuelle des parties et celui de protection de la partie faible, plus favorable à ce dernier que selon l'état précédent du droit positif. Le contrôle de proportionnalité ne serait par conséquent approprié à l'égard des normes de ce type, lesquelles se borneraient à établir des droits et des obligations sans prétendre contribuer à la réalisation d'un certain résultat. Les normes empreintes de considérations de type moral tombent dans cette catégorie : elles se bornent à consacrer une certaine vision dogmatique sur ce qui est juste ou conforme aux bonnes mœurs. Voir B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris : Dalloz, 2008, p. 352 et 355.

néanmoins forcer les choses et opter pour poursuivre son enquête habituelle de type technique sur l'efficience parétienne.

1195. Si elle optait pour cette dernière option, il en résulterait probablement, comme le note M. Barak, que la réglementation serait presque toujours jugée disproportionnée : « *plus l'objectif est abstrait, plus probablement une mesure alternative moins restrictive du droit paraîtra comme étant tout aussi efficace* »[1605]. En effet, un haut niveau d'abstraction rend tout jugement d'efficacité malaisée. A vouloir malgré tout conduire cette comparaison, toute mesure paraîtra équivalente du point de vue de son efficacité lorsque la référence prise est une valeur d'une grande abstraction[1606].

1196. Nous pouvons certes identifier des exemples où la Cour procède pourtant à analyser une question qui serait de son propre aveu irréductiblement morale ou porteuse de considérations d'une grande abstraction, en faisant comme si elle pouvait néanmoins être abordée comme n'importe quelle autre question technique. L'arrêt *Laval* nous offre probablement le meilleur exemple. Il est affirmé ici que le principe de respect de la dignité humaine « *doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité* »[1607]. Autrement dit, le respect de la dignité humaine est également soumis à l'impératif du calcul d'efficience, ce que la Cour entreprend de faire dans le reste du jugement. Bien évidemment, la notion de dignité ne s'accommode guère de cette forme de raisonnement. Comme le dit l'Avocate générale Stix-Hackl à propos de l'affaire *Omega*, « *[r]ares sont les notions juridiques plus difficiles à appréhender que celle de dignité humaine* »[1608], laquelle « *plonge ses racines dans l'apparition dans les pays de culture européenne d'une image de l'homme en tant qu'être indépendant et capable d'autodétermination* » et qui interdit qu'il puisse être « *ravalé au rang de chose, d'objet* »[1609]. Affirmons dès lors sans hésitation que, en soumettant des notions telles que la dignité à un calcul d'efficience, le contrôle de proportionnalité devient un véritable lit de Procruste et conduit à des absurdités.

[1605] A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights…*, préc., p. 332 : « the higher the purpose's level of abstraction, the more likely it is to find alternative means which limit the right to a lesser extent and which can fulfill the goal at the same level of efficiency ».

[1606] « The Constitutionalisation of Party Autonomy », (2010) 6 *Journal of Private International Law*, pp. 155-193, spéc. p. 167 et s.

[1607] CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 94.

[1608] *Omega*, concl. AG Stix-Hackl, rendues le 18 mars 2004, para. 74.

[1609] *Ibid*., para. 78.

1197. Ceci dit, aucune des deux options que nous venons de relever ne constitue la manière habituelle de la Cour d'aborder ce problème. Quelle est donc sa réponse de principe ?

1198. Dans le passé, à propos d'une question très sensible de moralité publique, elle a choisi d'éviter le problème en interprétant restrictivement le domaine couvert par la libre prestation de services. C'est l'exemple du fameux arrêt *Grogan*, où la Cour a évité de devoir se prononcer sur la proportionnalité de la posture irlandaise fermement à l'encontre de l'avortement, en estimant que le lien entre la mesure prohibitive en cause et les interruptions médicales de grossesse pratiquées par les cliniques établies dans un autre État membre était « *trop ténu* » pour entraver la libre circulation des services dans ce domaine[1610]. Pourtant, la jurisprudence plus récente la Cour ne fait plus montre de cette attitude prudente. A propos de la réglementation de la prostitution, question tout aussi controversée et empreinte de considérations morales que l'avortement, elle n'a pas hésité à juger que l'activité était protégée par les libertés de circulation, en relevant simplement qu'« *il suffit de constater qu'elle consiste en une activité par laquelle le prestataire satisfait, à titre onéreux, une demande du bénéficiaire sans produire ou céder des biens matériels* »[1611].

1199. La réponse de la Cour ne consiste donc pas à s'échapper du problème par des subterfuges interprétatifs, comme elle l'avait fait lors de l'affaire *Grogan*. Elle décide au contraire de l'aborder par le biais d'une alternative : soit elle *concrétise* le motif invoqué pour rendre la mesure susceptible d'une analyse technique de sa proportionnalité ; soit elle se remet à la marge d'appréciation des Etats membres, une fois que la nature abstraite du motif invoqué est avérée. La marge d'appréciation émerge ainsi comme notion construite à l'encontre de la nature technique du contrôle de proportionnalité, permettant la canalisation des mesures non redevables de cette méthodologie.

1200. A propos de la première alternative, relevons quelques arrêts à titre illustratif. Dans l'arrêt *Apothekerkammer*, où la « *raison impérieuse d'intérêt général* » invoquée était celle de « *protection de santé publique* », la Cour examine néanmoins l'efficience de la réglementation allemande à l'aune de l'objectif plus « *précis* » « *visant à assurer un*

[1610] CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec*. p. I-04685, para. 24. Les difficultés ressenties par la Cour pour aborder une question d'une grande complexité morale se sont manifestées par les réponses contradictoires qu'elle a données aux arguments de l'Irlande faisant valoir le caractère moral de la question soulevée. En effet, la Cour déclare que, « [q]uelle que soit la valeur de tels arguments du point de vue moral, il y a lieu de considérer qu'ils ne peuvent avoir d'influence sur la réponse à la première question posée ». Pourtant, elle ajoute aussitôt qu' « [e]n effet, il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle du législateur des États membres où les activités en cause sont légalement pratiquées » (para. 20).

[1611] CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-268/99, *Rec*. p. I-08615. Notons pourtant que dans cette affaire la Cour de justice n'a pas dû se prononcer sur la proportionnalité de la mesure en question.

approvisionnement en médicaments de la population sûr et de qualité »[1612]. Dans l'arrêt *Josemans*, il est dit que la mesure en question cherche à lutter contre le « *tourisme de la drogue* », notamment « *à mettre fin aux nuisances causées par le grand nombre de touristes voulant acheter ou consommer du cannabis dans des coffee-shops dans la commune de Maastricht* ». Le problème soulevé par les autorités néerlandaises est illustré plus concrètement encore : « *environ 10 000 visiteurs par jour et un peu plus de 3,9 millions de visiteurs par an, dont 70 % ne résideraient pas aux Pays-Bas* »[1613]. Cet objectif, un résultat concret à atteindre, se rattacherait à des objectifs certes plus abstraits, tenant notamment au « *maintien de l'ordre public* » et à la « *protection de la santé des citoyens* »[1614], principes de portée très générale est donc moins aisément analysables en termes d'efficacité et d'efficience.

1201. Nous allons pourtant nous concentrer sur la deuxième option, celle consistant à délaisser l'examen de proportionnalité, pour se confier à son tour à l'appréciation des Etats membres.

1202. En droit communautaire, la doctrine de la « marge d'appréciation » est associée, communément, à la jurisprudence *Van Duyn* et *Henn et Darby*, qui date des années soixante-dix. Dans la première décision, la Cour déclare que, bien que la notion d'ordre public soit d'interprétation stricte lorsqu'elle est invoquée afin de déroger aux libertés fondamentales de circulation, « *les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation* » [1615]. Dans la seconde affaire, à propos de l'interdiction à l'importation de produits pornographiques, la Cour souligne que le Royaume-Uni est en droit d'adopter une telle mesure pour des raisons de moralité publique, en dépit du fait que d'autres Etats se montrent plus laxistes dans ce domaine et même malgré le fait que la commercialisation de ces produits n'était pas complètement interdite à l'intérieur du Royaume-Uni [1616]. Comme il est dit dans l'arrêt *Adoui et Cornuaille*, « *le droit communautaire n'impose pas aux Etats membres une échelle*

[1612] CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec*. p. I-04171, para. 27-8.

[1613] CJUE, 16 décembre 2010, *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, aff. C-137/09, *Rec*. p. I-13019, para. 63.

[1614] *Ibid.*, para. 65.

[1615] CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, aff. 41-74, *Rec*. p. 01337, para. 18.

[1616] CJCE, 14 décembre 1979, *Regina c. Maurice Donald Henn et John Frederick Ernest Darby*, aff. 34/79, *Rec*. p. 03795, para. 21.

uniforme de valeurs en ce qui concerne l'appréciation des comportements pouvant être considérés comme contraires à l'ordre public »[1617].

1203. La doctrine de la « marge d'appréciation » est souvent présentée comme une « importation » par la CJUE de la jurisprudence de la CEDH, dont la raison d'être serait similaire[1618]. La leçon à tirer des arrêts précités semble claire : lorsque l'entrave à la circulation intracommunautaire est le produit d'une mesure se situant dans un « domaine sensible »[1619], car touchant à la notion d'ordre public, les autorités nationales disposeront d'un pouvoir d'appréciation pratiquement sans limite[1620]. Dans l'arrêt *Van Duyn* un ressortissant néerlandais s'était vu refuser l'entrée au Royaume-Uni en raison de son appartenance à l'Eglise de la scientologie, organisation considérée par ce pays comme un « danger social ». Dans *Henn et Darby* était en jeu la régulation de la pornographie. Les deux questions étaient évidemment très sensibles au Royaume-Uni.

1204. La seule limite imposée aux Etats membres consiste à vérifier que l'exception d'ordre public ne soit invoquée frauduleusement à des fins économiques, comme le soulignait déjà l'arrêt *Rutili*, rendu en 1975[1621]. Ceci se traduit principalement en l'exigence d'une certaine cohérence de la part de l'Etat membre en question, de sorte qu'une activité qualifiée comme contraire à l'ordre public doit l'être indépendamment de la nationalité de la personne responsable de ladite activité. Dans la décision *Conegate*, rendue en 1986 et dont les circonstances d'espèce sont très similaires à celles de *Henn et Darby*, la CJUE se montre moins prête à valider la justification présentée par le Royaume-Uni sans un certain contrôle, en proclamant :

[1617] CJCE, 18 mai 1982, *Rezguia Adoui c. État belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille c. État belge*, aff. jointes 115 et 116/81, *Rec.* p. 01665, para. 8.

[1618] J. A. Sweeney, « A 'Margin of Appreciation'… », préc. Cette doctrine fut établie pour la première fois dans le grand arrêt *Handyside* (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. no. 5493/72), à propos des restrictions à la liberté d'expression. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg admet que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme », qu'il est impossible de « dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la "morale" », et que, de surcroît, « [g]râce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre » (para. 48). La tâche de la Cour « consiste uniquement à vérifier que les juridictions anglaises ont agi de bonne foi, de manière raisonnable et dans les limites de la marge d'appréciation consentie aux États contractants par l'article 10 par. 2 », au lieu d'appliquer directement la Convention aux faits (para. 47). Trois grandes raisons militent ainsi en faveur d'une « marge d'appréciation non illimitée » (para. 49) : le caractère subsidiaire du système de la Convention, la diversité juridico-culturelle des Etats, et la proximité des autorités nationales.

[1619] C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2010, 3ème éd., p. 174 ; M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine.*…, préc., nº 63.

[1620] J.A. Sweeney, « A 'Margin of Appreciation'… », préc. ; C. Barnard, « Derogations, Justifications… », préc., p. 292.

[1621] CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36-75, *Rec*. p. 01219, para. 30.

> *Un État membre ne saurait invoquer des raisons de moralité publique pour interdire l'importation de certaines marchandises en provenance d'autres États membres lorsque sa législation ne comporte aucune interdiction de fabriquer ou de commercialiser ces mêmes marchandises sur son territoire*[1622].

1205. Dans l'arrêt *Ateiza Olazabal*, de manière pratiquement identique, la Cour de justice déclare de nouveau :

> *[…] un État membre ne saurait, en vertu de la réserve relative à l'ordre public […], adopter des mesures à l'encontre d'un ressortissant d'un autre État membre en raison d'un comportement qui, dans le chef des ressortissants du premier État membre, ne donne pas lieu à des mesures répressives ou à d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement*[1623].

1206. Cette exigence pourrait être comprise également comme dérivant du principe de non-discrimination (soit, une considération externe à la proportionnalité) : punir chez les ressortissants étrangers ce qui est toléré à l'égard des nationaux y est bien évidemment contraire. En tout cas, l'exigence en question se distingue parfaitement du contrôle de proportionnalité déployé normalement par la Cour pour juger de la justification des restrictions à la circulation, du fait de son caractère minimal : elle laisse une grande marge d'appréciation aux Etats membres pour adopter des mesures qui risqueraient autrement d'être déclarées inefficaces et donc contraires au droit primaire de l'Union.

1207. Le lien entre la marge d'appréciation et la nature morale des considérations justificatives invoquées se perpétue dans la jurisprudence récente. Dans l'arrêt *Omega*, où les autorités allemandes prétendaient interdire un jeu, offert au public dans l'établissement de la société Omega, consistant à « jouer à tuer », en raison de son incompatibilité avec le respect de la dignité humaine, principe au sommet de la Constitution fédérale. Le motif allégué était de nouveau de nature morale ou culturelle : les autorités ne concevaient pas leur interdiction comme un instrument pour atteindre un but particulier, mais tout simplement pour entériner leur opposition à ce que la société allemande considère comme une banalisation intolérable de la violence. Le principe de proportionnalité s'accommode donc mal d'une mesure pareille, visant justement à vérifier l'efficience économique des règlementations. La Cour a par conséquent préféré se confier à la doctrine de « la marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »[1624]. Certes, elle insiste sur la validité du principe de proportionnalité et semble

[1622] CJCE, 11 mars 1986, *Conegate Limited c. HM Customs & Excise*, aff. 121/85, *Rec.* p. 01007, para. 16.

[1623] CJCE, 26 novembre 2002, *Ministre de l'Intérieur c. Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01, *Rec.* p. I-10981, para. 42. Voir aussi CJCE, 18 mai 1982, *Rezguia Adoui c. État belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille c. État belge*, aff. jointes 115 et 116/81, *Rec.* p. 01665, para. 8.

[1624] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, para. 31.

prétendre vérifier que l'interdiction allemande y est conforme[1625]. Pourtant, le test de nécessité déployé est pratiquement illusoire : la Cour se satisfait du caractère non-excessif de la mesure litigieuse en constatant qu'a été interdite « *uniquement la variante du jeu laser qui a pour objet de tirer sur des cibles humaines et donc de «jouer à tuer» des personnes* »[1626]. Bien évidemment il s'agit d'une version « creuse » de la nécessité car ce qui était en jeu était la nécessité de *l'interdiction* en soi.

1208. La Cour souligne ainsi le triple lien entre la diversité, la nature morale des enjeux, et l'autonomie des Etats membres. Cette affirmation apparaît souvent dans ses jugements. Dans l'arrêt *Jany*, par exemple, concernant la régulation de la prostitution :

> *[e]n ce qui concerne l'immoralité de l'activité de prostitution […] il importe de rappeler également que, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle des législateurs des États membres où une activité prétendument immorale est légalement pratiquée*[1627].

1209. L'arrêt *Dynamic Medien* mérite aussi d'être également cité, à propos de la protection des enfants :

> *[…] il convient de relever qu'il n'est pas indispensable que les mesures restrictives édictées par les autorités d'un État membre pour protéger les droits de l'enfant […] correspondent à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne le niveau et les modalités de cette protection […]. Cette conception pouvant varier d'un État membre à l'autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation certaine*[1628].

1210. Il semblerait que lorsque la mesure en cause porte sur des « *choix socioculturels essentiels à la Nation* », la Cour attribue une large marge d'appréciation. Ainsi, comme le note un auteur, « le *test de nécessité devient largement formel* », cette condition étant considérée « *satisfaite d'office* »[1629]. Récemment, la doctrine s'est beaucoup intéressée à la question des identités constitutionnelles nationales[1630], dont la garantie est désormais

---

[1625] *Ibid.*, para. 36.

[1626] *Ibid.*, para. 39.

[1627] CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-268/99, *Rec*. p. I-08615, para. 56.

[1628] CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, aff. C-244/06, *Rec*. p. I-00505, para. 44.

[1629] A. Raclet, *Droit communautaire des affaires.…*, préc., nº 458-464.

[1630] V. Constantinesco, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergences ou contradictions ? Contrepoint ou hiérarchie ? », in *Mélanges Manin*, Pedone, 2010, pp. 79-94 ; A. Levade, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle :

invoquée dans des contentieux divers[1631], dont notamment pour justifier des entraves à la circulation[1632]. Cette dernière jurisprudence, comme nous le verrons, confirme nos conclusions précédentes.

1211. En effet, dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, par exemple, confrontée à la loi autrichienne d'origine constitutionnelle d'abolition de la noblesse, laquelle constituerait la mise en œuvre du principe plus général de « l'égalité en droit de tous les citoyens autrichiens » contribuant ainsi à configurer « l'identité nationale » de l'Autriche, la Cour a opté pour octroyer une large marge d'appréciation aux autorités étatiques, s'abstenant de s'interroger sur l'existence de mesures alternatives moins restrictives des libertés attachées à la citoyenneté européenne[1633], pour déclarer sans plus d'explications que « *[e]n refusant de reconnaître les éléments nobiliaires d'un nom tel que celui de la requérante au principal, les autorités autrichiennes compétentes en matière d'état civil ne semblent pas être allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent* »[1634]. Aussi, déjà en 1989, la Cour semble avoir exercé un contrôle très faible de la conformité de la mesure en cause dans l'arrêt *Groener*, à propos de l'exigence de la connaissance de l'irlandais pour accéder à un emploi dans l'enseignement que le gouvernement irlandais justifiait au nom de la promotion de « *l'usage de cette langue comme moyen d'expression de l'identité et de la culture nationales* »[1635]. Cette jurisprudence confirme donc le lien entre un contrôle de proportionnalité à intensité faible et l'invocation de principes de type abstrait, moral ou culturel.

1212. Un autre exemple porte sur des considérations de sécurité nationale. Il s'agit de l'arrêt *Campus Oil*, où était en cause la réglementation irlandaise imposant aux importateurs de pétrole de s'approvisionner auprès d'une société nationale qui exploitait une raffinerie installée en Irlande. En notant « *l'importance exceptionnelle comme source d'énergie dans l'économie moderne* » des produits pétroliers, ainsi que leur rôle

---

comment concilier l'inconciliable », *eod. loc.*, pp. 109-128 ; D. Simon, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence communautaire », in L. Burgorgue Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011, p. 27 et s.

[1631] Voir p.ex. évoquant la « tradition constitutionnelle » du Royaume-Uni, CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec*. p. I-07917.

[1632] CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec*. p. I-09999, concl. AG Poiares Maduro, para. 31-2.

[1633] CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec.* p. I-13693, para. 81 et s.

[1634] *Ibid.*, para. 93.

[1635] CJCE, 28 novembre 1989, *Anita Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, aff. C-379/87, *Rec.* p. 03967, para. 18.

fondamental « *pour l'existence d'un Etat* »[1636], la Cour admet que le but invoqué de la réglementation en cause « *d'assurer, en tout temps, un approvisionnement minimal en produits pétroliers dépasse des considérations de nature purement économique et peut donc constituer un objectif couvert par la notion de sécurité juridique* »[1637]. Elle décide ensuite de réduire le contrôle de sa justification à un niveau d'intensité presque insignifiant. Ainsi, la nature du but invoqué justifierait, car dépassant la dimension purement économique, que l'Etat membre reste souverain.

1213. Notons que, surtout dans la jurisprudence récente, il n'est pas nécessaire d'avoir formellement recours à l'exception d'ordre public pour déclencher l'octroi la marge d'appréciation[1638]. Dans un autre domaine très chargé de considérations morales, la régulation des jeux de hasard, la législation britannique examinée par la Cour en 1994 à propos de l'affaire *Schindler* est justifiée au regard des « raisons impérieuses d'intérêt général » tenant notamment à la « protection des consommateurs » et de « l'ordre social »[1639]. La Cour souligne que la nature particulière des loteries, possédant des implications « *d'ordre moral, religieux ou culturel* », justifie que la Cour omette toute analyse de la nécessité de la mesure litigieuse, se bornant à exiger qu'elle soit conforme à l'interdiction de traitement discriminatoire :

> *[…] les autorités nationales disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comportent la protection des joueurs […] il leur revient d'apprécier non seulement s'il est nécessaire de restreindre les activités des loteries, mais aussi de les interdire, sous réserve que ces restrictions ne soient pas discriminatoires*[1640].

1214. En définitive, la marge d'appréciation concédée aux Etats membres pour restreindre légitimement les libertés de circulation pour des considérations d'ordre moral semble la plus large possible, excluant toute forme de contrôle autre que la vérification du caractère non-discriminatoire de la mesure en question. Comme le dit l'Avocate générale Stix-Hackl, les Etats disposent ainsi d'une « *certaine marge de manœuvre pour*

[1636] CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited et autres c. Ministre pour l'Industrie et l'Energie et autres*, aff. 72/83, *Rec*. p. 02727, para. 34.

[1637] *Ibid*., para. 35.

[1638] A l'origine, la marge d'appréciation semblait inséparable de la notion d'ordre public. Voir p.ex. CJCE, 27 octobre 1977, *Régina c. Pierre Bouchereau*, aff. 30-77, *Rec*. p. 01999, para. 34-5 : « Les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétences une marge d'appréciation dans les limites imposées par le Traité et les dispositions prises pour son application ». Une telle limite est l'exigence « d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société ».

[1639] M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine.…*, préc., nº 73.

[1640] CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-01039, para. 61.

prendre des décisions à caractère discrétionnaire ou fondées sur des jugements de valeur »[1641].

B. Examen des objections possibles

1215. Qu'en est-il pourtant des proclamations, reprises fréquemment dans la jurisprudence, de la validité des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union ?

1216. En effet, la Cour prétend garantir leur respect, à l'encontre autant des dispositions adoptées par les institutions communautaires que des règlementations nationales dans des domaines couverts par le droit de l'Union. Ainsi, il est dit solennellement dans l'arrêt *ERT* :

> *[…] selon une jurisprudence constante les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. A cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré […]. La convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet égard, une signification particulière […]. Il en découle que […] ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec le respect des droits de l'homme ainsi reconnus et garantis*[1642].

1217. Comment donc soutenir que la Cour refuse de réaliser des jugements de valeur, étant donné qu'elle se proclame garante des droits fondamentaux, et se dit inspirée par les traditions constitutionnelles des Etats membres, tout en s'inclinant devant la « signification particulière » de la Convention européenne des droits de l'homme ? Ne trouvons-nous pas ici le signe d'un véritable « ordre public européen » ?[1643] Ce serait par

[1641] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, concl. AG Stix-Hackl, para. 102.

[1642] CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, aff. C-260/89, *Rec*. p. I-02925, para. 41.

[1643] A. Mills, *The Confluence of Public…*, préc., p. 197: « The idea of European 'public policy' transforms not only the content but also the character of the 'public policy' exception. To the extent that public policy is European in its origin and conception, it is no longer a source of national variation in the application of the rules of private international law, through a residual expression of national policy and values ». Voir dans ce sens l'arrêt *Krombach*, qui semble signaler l'émergence d'un véritable ordre public européen, la Cour affirmant que, « si les États contractants restent, en principe, libres de déterminer […] conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention. Dès lors, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant », CJCE, 28 mars 2000, *Dieter Krombach c. André Bamberski*, aff. C-7/98, *Rec*. p. I-01935, para. 22-3. Voir aussi CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, aff. C-38/98, *Rec*. p. I-02973, para. 27-8.

ailleurs cohérent avec la rupture marquée par le Traité d'Amsterdam, par lequel les Etats ont confié à l'Union la poursuite d'objectifs de nature non-économique[1644]. Signalons en outre que dans l'arrêt *Omega*, cité supra à l'appui de notre thèse sur son refus de juger des questions de nature morale, la Cour souligne pourtant que « *l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit* », si bien que la question de savoir si, « *en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome* »[1645] ne revêt plus d'importance. Voici donc une Cour de justice qui ne craint pas de pratiquer des jugements de valeur et d'exhiber des positions dogmatiques, les présentant comme communes à tous les Etats membres ?

1218. Malgré le langage employé par la Cour, apparemment non-équivoque, nous souhaiterions, ici comme ailleurs[1646], mettre en exergue son caractère trompeur, car contredit radicalement par la jurisprudence.

1219. En effet, l'affirmation par laquelle la Cour se présente comme garante des droits fondamentaux apparaît démentie dans la jurisprudence sur la justification des entraves nationales à la circulation. Voyons de nouveau l'arrêt *Omega*. Dans son jugement, la Cour déclare :

> *Le respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre prestation de services*[1647].

1220. Examinons attentivement la contradiction contenue dans ce paragraphe. Le respect des droits fondamentaux s'impose tant à l'Union qu'à ses Etats membres. Ceci semble cohérent avec la position prise par la Cour dans l'arrêt *ERT* précité et encore remontant aux arrêts *Internationale Handelsgesellschaft* et *Nold*, comme garante des droits fondamentaux, puisque ceux-ci feraient « *partie intégrante des principes généraux du droit* », dans « *le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté* »[1648]. Or, nous apprenons aussitôt que la protection desdits droits n'est qu'un « intérêt légitime »

[1644] C. Joerges et F. Rödl, « Informal Politics… », préc., pp. 5-6.

[1645] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, para. 34.

[1646] Voir *supra*, nº 985-988.

[1647] CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609, para. 35.

[1648] CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70, *Rec*. p. 01125, para. 4 ; CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. 4-73, *Rec*. p. 00491.

susceptible de justifier une restriction économique, dans le respect du principe de proportionnalité [1649]. Aucune différence donc avec d'autres motifs justificatifs qui pourtant ne posséderaient pas le titre de noblesse des droits fondamentaux, comme par exemple l'objectif tenant à la « *fidélisation du personnel* », invoqué par l'entreprise British Airways au soutien d'une mesure en entrave à la circulation[1650]. Ainsi, il est radicalement faux de prétendre que la Cour assure le respect des droits fondamentaux à l'encontre des Etas membres. Cette garantie incombe entièrement à ceux-ci, puisqu'ils sont les seuls compétents pour adopter des mesures qui les protégeraient. Le rôle de la Cour consiste au contraire à passer ces mesures au crible du contrôle de proportionnalité, quitte à octroyer, comme nous l'avons exposé auparavant, une marge d'appréciation aux autorités étatiques en raison de la nature morale de la question impliquée. A la rigueur, le rôle exercé par la Cour aurait pour effet de rendre plus difficile aux Etats membres la protection des droits fondamentaux, en la soumettant au « deuxième regard » du filtre de la proportionnalité.

1221. Ainsi, l'espace couvert par le droit communautaire se caractérise non pas par l'émergence d'un véritable intérêt général transeuropéen, qui dépasse les intérêts « locaux » des Etats membres, mais plutôt par le triomphe de la rationalité technique qui se passe justement de l'idée d'un « intérêt », général ou particulier. Ceci explique que la Cour de justice n'identifie pas dans le cadre de la proportionnalité un intérêt général propre à l'Union (comme elle le ferait nécessairement par ailleurs si elle employait une véritable forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts)[1651].

1222. Nous ne pouvons que conclure que des phrases telles que « *[l]e respect des droits fondamentaux s'imposant tant à la Communauté qu'à ses États membres…* » sont, du moins dans le présent contexte, parfaitement vides de sens, de simples artifices rhétoriques. Vient ici à l'esprit la solennelle proclamation de Groucho Marx : « *Voici mes principes. S'ils vous déplaisent, j'en ai d'autres* ».

1223. Exactement la même chose peut être dite à propos des arrêts *Viking* et *Laval*, où la Cour proclame en tout solennité que l'Union présente « *non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des*

[1649] En effet, la Cour ajoute aussitôt (para. 36) : « Toutefois, il convient de relever que des mesures restrictives de la libre prestation des services ne peuvent être justifiées par des motifs liés à l'ordre public que si elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent à garantir et seulement dans la mesure où ces objectifs ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives ».

[1650] CJUE, 10 mars 2011, *Maurits Casteels c. British Airways plc*, aff. C-379/09, *Rec.* p. I-01379, para. 32.

[1651] A. Raclet, *Droit communautaire des affaires…*, préc., nº 467. Il faut néanmoins rappeler de nouveau l'exception que suppose le domaine de la protection des consommateurs, où la Cour a établi le standard du consommateur avisé, limite de protection que les Etats membres ne sauraient pas dépasser. Voir *supra*, nº 171.

capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale »[1652]. A la lecture d'une telle déclaration, il semblerait de nouveau que la Cour reconnaît au droit communautaire une dimension véritablement dogmatique, possédant aussi une « finalité sociale ». Les deux jugements pourtant le démentent. D'un côté, les mesures en question (des actions collectives entreprises par des associations syndicales) ont été soumises à une évaluation de l'efficience comme n'importe quelle autre action entravant la libre circulation. D'un autre côté, l'exercice des libertés de circulation n'a pas été examiné à la lumière de ses conséquences sociales[1653]. Ainsi, comme le signale M. Fallon, « *ce n'est pas sans paradoxe qu'une problématique centrée sur la protection sociale du travailleur soit abordée sous l'angle de la sauvegarde des intérêts de l'employeur* »[1654]. Ces arrêts marquent donc « *l'expansion d'une logique économique* », et non pas le contraire[1655].

1224. Le raisonnement de la Cour a parfois de quoi laisser perplexe. Dans l'arrêt *Omega* elle déclare, comme nous venons de souligner, que le respect de la dignité humaine est « indéniablement » assuré par l'ordre juridique communautaire, ce qui rendrait superfétatoire la question de l'importance de ce principe dans l'ordre juridique allemand. Cela semble remettre en cause nos conclusions précédentes sur l'absence des jugements de valeur dans le raisonnement de la Cour. Pourtant, la Cour se contredit radicalement dans les paragraphes suivants. En effet, lorsqu'elle se penche sur l'analyse de la justification de l'interdiction du jeu, elle relève premièrement que ladite interdiction « *correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne* ». La Cour examine la proportionnalité de la mesure à l'aune du niveau de protection que l'Allemagne entend garantir, pour conclure finalement à sa nécessité[1656]. La question de savoir si le droit communautaire consacre ou non le principe de respect de la dignité

[1652] *Viking*, préc., para. 79 ; *Laval*, préc., para. 105.

[1653] C. Joerges et F. Rödl, « Informal Politics… », préc., p. 15, où les auteurs signalent qu'il est particulièrement paradoxal que dans ces affaires cas le droit de grève des syndicats finnois n'ait pas été compromis au nom d'une constitution économique, mais plutôt sous la bannière d'une constitution à double face.

[1654] M. Fallon, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 781-818, p. 784.

[1655] Voir à cet égard la réflexion générale d'un auteur, à l'émergence progressive de la notion de citoyenneté européenne : « Faut-il y voir le signe d'une transformation d'une Communauté économique en une Union des hommes, s'éloignant des considérations économiques ? La réponse ne peut être que nuancée… jusqu'à la négative ! Si la citoyenneté offre aux ressortissants de l'Union le droit de circuler et de séjourner librement dans l'ensemble de l'espace communautaire, elle induit des effets d'ordre économique. Au-delà du marché unique du travail ou de l'activité productrice, le droit communautaire se dirige vers un marché unique de la consommation, ou encore de la formation, voire de l'éducation. La citoyenneté ne déconnecte pas le droit communautaire d'une logique économique, elle traduit tout aussi bien l'expansion de cette logique », P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, préc., p. 11.

[1656] *Omega*, préc., para. 39.

humaine est parfaitement indifférente. Cet élément ne joue un rôle quelconque dans l'examen de la justification de la mesure étatique, la Cour se limitant à vérifier qu'elle soit efficiente selon le critère de Pareto.

1225. En définitive, malgré les formules vagues de la Cour et la qualité pour le moins contestable de son raisonnement, nous ne pouvons qu'insister sur nos conclusions précédentes. Une grande marge d'appréciation est concédée aux Etats membres lorsque le motif justificatif s'avère de nature morale. Au contraire, l'espace normatif occupé par l'Union se veut purement technique. Ainsi se dessine également un nouveau principe de définition de l'autonomie des Etats membres, alternatif au principe d'attribution : les questions techniques sont le monopole de l'Union tandis que les questions morales sont abandonnées à la diversité des règlementations nationales.

§ 2 – Le caractère arbitraire et instable de la définition jurisprudentielle de la marge d'appréciation des Etats membres

1226. A la lumière de ce qui vient d'être montré, la marge d'appréciation remplit une triple fonction. Elle servirait tout d'abord à compenser, au profit des Etats membres, dont l'autonomie semblerait menacée du fait de l'interprétation expansive des libertés de circulation, le rôle insignifiant occupé par le principe d'attribution dans le système jurisprudentiel et l'ingérence judiciaire que suppose le contrôle de proportionnalité des mesures étatiques en entrave au commerce intracommunautaire. La perte serait ainsi équilibrée, en gardant malgré cette triple menace une discrétion pratiquement totale sur les domaines de plus grande sensibilité nationale.

1227. Ensuite, la marge d'appréciation remplirait une fonction de légitimation de l'appréciation par la Cour de justice de la proportionnalité desdites mesures. L'admission de l'existence de certaines questions de caractère non-économique, poussées à l'intérieur du domaine d'appréciation de la Cour par l'effet de l'interprétation extensive des libertés fondamentales de circulation, qui ne s'accommoderaient guère d'un raisonnement de type technique, protège la CJUE des voix l'accusant de concéder une part démesurée à l'idéal technocratique. En effet, la Cour n'affirme pas l'inexistence de questions de nature morale mais simplement laisse celles-ci à l'appréciation des Etats membres.

1228. Nous estimons avoir été fidèles jusqu'ici à une description de la définition de l'autonomie des Etats membres opérée par la Cour par le biais de la notion de la marge d'appréciation dans l'application du principe de proportionnalité. Pourtant, notre démonstration se doit désormais de procéder à relever le caractère profondément défectueux de ce système. Son vice remonterait jusqu'à la racine, à la distinction qui sépare le technique du dogmatique. De cette dichotomie dérive la distinction entre les mesures dont l'évaluation de la proportionnalité reste dans les mains des autorités nationales, car ayant des implications d'ordre moral, et celles dont le contrôle est pris en

charge par le juge communautaire, car présentant un caractère purement technique. Pourtant, cette dichotomie s'avère, à notre avis, incapable de fonder avec une quelconque stabilité la démarcation des compétences des Etats membres.

1229. Bien qu'elle soit inscrite dans la jurisprudence de la Cour, la dichotomie séparant la question technique de la question non-technique est, bien entendu, entièrement fallacieuse. Il n'existe pas de domaine juridique dépourvu de considérations d'ordre moral. Ainsi, tous les domaines du droit sont susceptibles d'être appréhendés en termes instrumentaux ou au contraire d'un point de vue strictement dogmatique. Or, assumer une perspective à l'exclusion de l'autre fait nécessairement violence à la réalité juridique. Même des domaines répondant en apparence à une logique purement technique ou économique comme le droit des contrats ont des fondements culturels[1657] et moraux très profonds[1658]. A l'inverse, le droit de famille, champ qui tire principalement son contenu de positions dogmatiques indémontrables [1659] , peut également remplir un rôle instrumental[1660].

1230. Il est donc futile de prétendre, comme le veut la Cour de justice et une partie considérable de la doctrine, résoudre la tension entre les deux dimensions du droit en attribuant chacune à un organe différent. Cette division est impossible, tout le droit étant essentiellement de nature « bidimensionnelle », à la fois instrument et référence dogmatique [1661] . Au demeurant, la possibilité de qualifier une question comme fonctionnelle ou dogmatique est en elle-même postulée de façon indémontrable.

1231. Le caractère fallacieux de la dichotomie qui voudrait séparer le domaine technique du non-technique entraine une conséquence d'importance capitale sur la question qui nous occupe, celle de l'identification des questions couvertes par l'autonomie des Etats membres par le biais de la doctrine jurisprudentielle de la marge d'appréciation. En effet, étant donné qu'il est radicalement impossible de trouver des critères qui permettraient raisonnablement d'identifier les questions à caractère non-technique, nous devons nécessairement conclure que la ligne de démarcation de la

[1657] P. Legrand, « Legal Systems Are Not Converging », (1996) 45 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 52-81.

[1658] Voir p.ex. A. Supiot, « La valeur de la parole donnée », *Droit Social*, 2004, p. 541.

[1659] Voir p.ex. C. Labrusse-Riou, « L'adoption de l'enfant incestueux », in *Écrits de Bioéthique*, Paris : PUF, 2007, p. 356 et s., spéc. p. 374.

[1660] Voir p.ex. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York : Aspen Publishers, 2011, 8ème éd., Chapitre « Family and Sex Law ».

[1661] A. Supiot, *Homo juridicus…*, préc., p. 24 : « L'erreur profonde, et l'irréalisme foncier, des juristes qui croient réaliste d'expulser les considérations de justice de l'analyse du Droit est d'oublier que l'homme est un être bidimensionnel, dont la vie sociale se déploie à la fois sur le terrain de l'être et sur celui du devoir-être ».

compétence de la Cour de justice face à celle des Etats membres est parfaitement arbitraire. Il pourrait avoir sa cohérence propre quoique non avouée. Entre les mains des magistrats de la Cour, elle sert à justifier n'importe quelle décision. Dans ce sens, la doctrine de la marge d'appréciation se montre circulaire : la qualification des motifs justificatifs comme étant de caractère moral ou non-technique serait en toute rigueur l'effet et non pas la raison de l'octroi aux Etats membres d'une marge d'appréciation.

1232. Cette conclusion se reflète dans l'évolution de certains domaines. Comme le montre l'exemple de la jurisprudence sur la règlementation des loteries et des jeux de hasard, la question de savoir si une certaine question est d'ordre moral ou technique est plutôt une question de perspective : ce que la Cour considérait d'emblée trop abstrait pour permettre un contrôle de proportionnalité, elle le considère aujourd'hui susceptible d'une évaluation coûts-bénéfices concrète[1662].

1233. Examinons plus attentivement la très longue série de décisions de la CJUE en ce domaine, rendues depuis l'arrêt *Schindler* précité.

1234. Dans ce dernier, la Cour avait accordé aux autorités nationales une liberté presque totale pour réguler les jeux de hasard comme elles le jugeraient opportun. En raison de la nature particulière des loteries, ayant des implications « *d'ordre moral, religieux ou culturel* », la Cour s'est abstenue, rappelons-le, d'examiner la nécessité de la législation en question, se bornant à exiger qu'elle ne consacre pas des traitements discriminatoires[1663].

1235. Or, dans un deuxième temps, peu de temps après 1999, à l'occasion de l'affaire *Läärä*, bien que la Cour finisse par valider le régime en question, elle consacre néanmoins 12 paragraphes à l'analyse de sa justification, s'interrogeant entre autres si

[1662] Entre autres, ceci permet à la Cour de réaliser des manœuvres stratégiques, se fondant sur une notion de marge d'appréciation qu'elle manipule à sa guise. La jurisprudence sur la réglementation des jeux de hasard laisse entrevoir de telles manœuvres. La grande portée du premier jugement soumettant les législations nationales au respect des libertés de circulation même en absence d'un traitement discriminatoire, semble atténuée par l'octroi aux autorités nationales d'une grande marge d'appréciation, rendant ainsi l'impact pratique de cet arrêt pratiquement insignifiant sur l'autonomie des Etats membres (arrêt *Schindler*, préc.). Les arrêts ultérieurs pourtant ôtent aux Etats cette autonomie, en réduisant progressivement la marge octroyée. La même démarche semble à l'œuvre dans l'arrêt *Omega* et ses épigones. La déclaration choquante de la Cour soumettant le principe de respect de la dignité humaine au contrôle de proportionnalité reste pourtant largement inaperçue car l'Allemagne continue à jouir d'une grande marge d'appréciation. Elle disparaît pourtant dans l'arrêt Laval, où la Cour se réclame justement du précédent de l'arrêt Omega pour imposer le contrôle de proportionnalité aux actions collectives des syndicats.

[1663] CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-01039, para. 61.

d'autres régimes seraient aussi efficaces que celui en vigueur [1664] . La marge d'appréciation laissée aux autorités étatiques n'est plus un pouvoir discrétionnaire absolu, comme il semblait l'être à la suite de l'arrêt *Schindler*.

1236. Dans un troisième temps, en 2003, la Cour semble revenir en arrière à la position de l'arrêt Schindler, pour octroyer une marge d'appréciation presque totale aux Etats membres. Dans l'arrêt *Anomar* elle déclare qu'« *il appartient aux seules autorités nationales, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, de définir les objectifs qu'elles entendent sauvegarder, de déterminer les moyens qui leur paraissent les plus propres à les concrétiser et de prévoir des modalités d'exploitation et de pratique des jeux plus ou moins contraignantes* »[1665]. Pourtant, cette position de principe est abandonnée deux mois après, dans l'arrêt *Gambelli*, puisque la Cour n'accepte plus de s'en remettre au jugement des autorités nationales, préférant déléguer le contrôle de proportionnalité aux juges nationaux, tout en leur fournissant quelques indications essentielles. Ainsi, la Cour signale dans cet arrêt, à l'égard de la nécessité d'une partie du régime en cause, ce qui suit :

> *[…] exclure la possibilité pour les sociétés de capitaux cotées sur les marchés réglementés des autres États membres d'obtenir des concessions pour la gestion des paris sportifs, alors surtout que d'autres moyens existent pour contrôler les comptes et les activités de telles sociétés, peut apparaître comme une mesure allant au-delà de ce qui est nécessaire pour juguler la fraude*[1666].

1237. Voici donc une véritable évaluation coûts-bénéfices, qui ne laisse pas apparaître l'idée même d'une marge d'appréciation étatique. La CJUE en outre examine les dispositions du régime litigieux individuellement, au lieu de porter une appréciation globale comme dans les affaires *Schindler* ou même *Läärä*, et introduit la nouvelle condition du caractère « cohérent et systématique » de la règlementation. Notons aussi, de façon plus significative encore, que la Cour « dé-moralise » les objectifs précédemment qualifiés comme étant « d'ordre moral ». La législation en cause n'est plus examinée à l'aune des valeurs abstraites, mais plutôt au regard d'objectifs concrets, des résultats factuels à atteindre. Ainsi, dans l'arrêt *Gambelli* figurent parmi les motifs justificatifs « *la nécessité de réduire les occasions de jeu* »[1667] ou « *d'éviter le risque que*

[1664] CJCE, 21 septembre 1999, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd et Oy Transatlantic Software Ltd c. Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) et Suomen valtio (Etat finlandais)*, aff. C-124/97, *Rec*. p. I-06067, para. 30-42. Voir aussi CJCE, 21 octobre 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec*. p. I-07289.

[1665] CJCE, 11 septembre 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) et autres c. Estado portugués*, aff. C-6/01, *Rec*. p. I-08621, para. 87.

[1666] CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale c. Piergiorgio Gambelli e.a.*, aff. C-243/01, *Rec*. p. I-13031, para. 74.

[1667] *Ibid.*, para. 69

les concessionnaires de jeux soient impliqués dans des activités criminelles ou frauduleuses »[1668]. L'on ne se situe dans des abstractions telles que la simple invocation de l'ordre public ou la moralité nationale. Ainsi, le lien unissant le motif justificatif à la mesure adoptée n'est plus de nature abstraite : il faut vérifier une véritable relation de cause à effet entre les restrictions (appréciation de fait) et la réduction des occasions de jeu (appréciation de fait aussi). L'arrêt *Lindman* nous offre aussi un excellent exemple. A propos de cette affaire, la Cour observe que :

> *[…] le dossier transmis à la Cour par la juridiction de renvoi ne révèle aucun élément de nature statistique ou autre permettant de conclure à la gravité des risques liés à la pratique des jeux de hasard ni, a fortiori, à l'existence d'une relation de connexité particulière entre de tels risques et la participation des ressortissants de l'État membre concerné à des loteries organisées dans d'autres États membres*[1669].

1238. A partir de ce moment, la question de savoir si les objectifs justificatifs sont d'ordre moral n'a plus aucune importance. La Cour ayant décidé de soumettre la réglementation nationale en matière de jeux de hasard au filtre de la proportionnalité, la question s'accommode désormais d'une analyse purement technique, sans que puissent transparaître des aspects de nature morale.

1239. La jurisprudence ultérieure demeure hésitante. Certains arrêts confirmeraient que la question de la marge d'appréciation ne présente désormais en matière de régulation des jeux de hasard aucune particularité par rapport à d'autres domaines où des considérations morales ne sont pas en principe impliquées[1670]. Dans d'autres, instances, pourtant, un certain recul peut être observé. Dans l'arrêt *Sjöberg et Gerdin*, par exemple, il est dit qu'il est « *loisible à un État membre de limiter l'exploitation des jeux de hasard en confiant celle-ci à des organismes publics ou caritatifs* » pour des considérations « *d'ordre culturel, moral ou religieux […] [s]elon l'échelle des valeurs propre à chacun des États membres et eu égard au pouvoir d'appréciation dont ceux-ci disposent* »[1671]. La Cour omet après toute analyse de la nécessité de la réglementation en cause pour conclure qu'elle serait justifiée[1672].

[1668] *Ibid.*, para. 74.

[1669] CJCE, 13 novembre 2003, *Diana Elisabeth Lindman*, aff. C-42/02, *Rec.* p. I-13519.

[1670] CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales c. Massimiliano Placanica e.a.*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Rec.* p. I-01891 ; CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633 ; CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie*, aff. C-203/08, *Rec*. p. I-04695.

[1671] CJUE, 8 juillet 2010, *Procédures pénales c. Otto Sjöberg (C-447/08) et Anders Gerdin (C-448/08)*, aff. jointes C-447/08 et C-448/08, *Rec*. p. I-06921, para. 43.

[1672] *Ibid.*, para. 45.

1240. Quoi qu'il en soit, l'évolution jurisprudentielle décrite ci-dessus, tendant généralement à soumettre la réglementation des jeux de hasard à un contrôle de plus en plus rigoureux, illustre comment une réduction de la marge d'appréciation résulte d'une « concrétisation » de l'évaluation de la Cour de la justification de la mesure. Elle confirmerait ainsi d'un côté le lien de la marge d'appréciation avec des motifs justificatifs de type moraux, et d'un autre côté le caractère arbitraire de la distinction.

1241. Cette constatation, entraîne-t-elle la futilité des stratégies des Etats défendeurs dans le cadre de la procédure contentieuse ? Nous avons vu que l'appréciation de la proportionnalité d'une mesure dépend en grande partie des motifs invoqués devant la Cour. L'arrêt *Alpine Investments* en fournit le meilleur exemple. La réglementation en cause a ici été jugée justifiée, malgré sa portée extraterritoriale, en raison du fait qu'elle visait à « *sauvegarder la réputation des marchés financiers néerlandais* »[1673], car « *la nature et l'étendue de cette protection a une incidence directe sur la bonne réputation des services financiers néerlandais* »[1674]. Or, si l'Etat néerlandais avait tenté de défendre sa législation au nom de la protection des consommateurs, la Cour aurait estimé sa portée extraterritoriale disproportionnée[1675].

1242. Il est difficile de discerner dans l'état actuel de la jurisprudence le pouvoir dont disposent les Etats pour conduire la Cour à leur octroyer une marge d'appréciation, par le biais du choix des motifs justificatifs invoqués. Il serait par exemple possible d'envisager que, dans l'arrêt *Gourmet*, concernant des restrictions de l'Etat suédois à la publicité des boissons alcooliques, les autorités étatiques auraient bénéficié d'une marge d'appréciation plus large si, au lieu d'alléguer que la législation cherchait « *à lutter contre l'abus d'alcool* » et plus généralement à protéger la « *santé publique* » [1676] (objectifs évoquant une perspective technique), elles avaient invoqué les graves enjeux de type moral et culturel propres à la société suédoise. Une telle stratégie de défense aurait vraisemblablement poussé la Cour à se remettre à l'appréciation dogmatique des autorités dudit Etat.

1243. Ceci dit, cette possibilité semblerait aller à l'encontre du principe, maintes fois repris dans la jurisprudence, empêchant les Etats membres de définir unilatéralement la notion d'ordre public, notion à partir de laquelle a émergé la doctrine de la marge

[1673] CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, *Rec*. p. I-01141, para. 41.

[1674] *Ibid.*, para. 43.

[1675] La Cour l'admet explicitement : « il est vrai que la protection des consommateurs sur le territoire des autres États membres n'incombe pas, en tant que telle, aux autorités néerlandaises », *ibid*.

[1676] CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795, para. 27.

d'appréciation[1677]. Déjà dans l'arrêt *Rutili* il est dit que, « *en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation des travailleurs* », la portée de la notion d'ordre public « *ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté* »[1678]. Dès lors, il est difficilement admissible que les Etats définissent à leur guise le domaine couvert par les questions de type moral ouvrant la porte à leur autonomie, libre du « deuxième regard » de la proportionnalité.

1244. En outre, la Cour s'est montrée à plusieurs occasions très peu compréhensive devant les arguments visant à faire reconnaître un espace d'autonomie des Etats membres. L'exemple le plus remarquable reste à cet égard le couple d'arrêts *Viking* et *Laval*. Dans les deux arrêts, certains Etats et des organisations syndicales soutenaient, par application analogique de l'arrêt *Albany* en matière de droit de la concurrence[1679], que le caractère fondamental s'attachant au droit de mener une action collective devrait faire échapper les actions collectives au champ d'application de la liberté fondamentale d'établissement. L'argument a été rejeté catégoriquement – aucun domaine n'échappe aux libertés de circulation, insiste la Cour[1680] –, et l'action collective des grévistes a ensuite été soumise à une évaluation coûts-bénéfices, sans que les autorités suédoises et finlandaises se soient vues accorder une marge d'appréciation quelconque.

1245. En toute rigueur, l'exemple de ces arrêts ne nous apporte guère d'enseignements sur les contours de la marge d'appréciation, puisque les plaideurs ont soulevé l'argument au stade de la qualification de l'entrave, et non pas dans la phase ultérieure de l'application du principe de proportionnalité, où se pose la question du niveau d'intensité du contrôle du juge. Ces arrêts nous montrent néanmoins l'attitude vigilante de la Cour à l'égard des arguments prétendant immuniser des pans du droit national du filtre de la proportionnalité par l'affirmation de la nature dogmatique des jugements impliqués.

1246. Ces questions doivent rester pour le moment sans réponse, et toute analyse sur ce dernier point relèvera nécessairement en grande partie de la spéculation. Toutefois, il est

[1677] Voir p.ex. CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier minister*, aff. C-54/99, *Rec*. p. I-01335, para. 17 ; *Omega*, préc., para. 30.

[1678] CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36-75, *Rec*. p. 01219, para. 27.

[1679] CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, aff. C-67/96, *Rec.* p. I-05751.

[1680] CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779, para. 38 et s. ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767, para. 86 et s. Rappelons la fameuse conclusion de M. Lenaerts : « There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community », « Constitutionalism and the many faces of Federalism » (1990) 38 *American Journal of Comparative Law*, pp. 205-263, p. 220.

possible de conclure au caractère largement arbitraire de la distinction entre questions de nature technique et de nature morale, ce qui rend la jurisprudence en ce domaine extrêmement instable et donc mouvante. Ce qui s'inscrivait hier profondément dans la culture d'un Etat membre, et ne semblait donc susceptible d'être évalué du point de vue de sa rationalité instrumentale, ne saurait plus être perçu aujourd'hui que comme une pratique injustifiable car gaspillant des ressources sans nécessité[1681].

1247. En dehors de ce domaine précis, les auteurs se montrent par ailleurs généralement sceptiques quant à la possibilité d'identifier une ligne de démarcation entre le domaine du technique et celui de la dogmatique. C'est le cas notamment de Castoriadis, qui écrivait :

> *[…] rien ne permet de déterminer a priori l'endroit où passera la frontière du symbolique, le point à partir duquel le symbolique empiète sur le fonctionnel. On ne peut fixer ni le degré général de symbolisation, variable selon les cultures, ni les facteurs qui font que la symbolisation se porte avec une intensité particulière sur tel aspect de la vie de la société considérée*[1682].

1248. Ainsi, la frontière entre les deux est, nous dit M. Encinas de Munagorri, essentiellement « fragile »[1683]. De surcroît, étant donné que de la distinction entre le technique et non-technique dépend la répartition de pouvoir entre l'Union et les Etats membres, entre ce qui doit faire l'objet d'une appréciation harmonisée ou au contraire relève de l'appréciation de chaque Etat membre, la question devient par conséquent un lieux d'affrontement, une question « *politiquement chargée* », selon la terminologie de Sheila Jasanoff[1684].

[1681] Voir la critique radicale de Schmitt : « Nous tenons enfin une explication de l'être d'âme de cette génération pour qui l'âge de la technique n'était rien d'autre que la mort de l'esprit ou qu'une mécanique sans âme. Nous reconnaissons le pluralisme de la vie de l'esprit et nous savons que le secteur dominant de notre existence spirituelle ne peut pas être un domaine neutre et que c'est une erreur de résoudre un problème politique en posant en antithèses le mécanique et l'organique, la mort et la vie. Une vie qui n'a plus que la mort en face d'elle n'est plus de la vie, elle est pure impuissance et détresse. Celui qui ne se connaît d'autre ennemi que la mort, et qui ne voit dans cet ennemi qu'une mécanique tournant à vide, est plus proche de la mort que de la vie, et l'antithèse facile qui oppose l'organique au technique est en elle-même d'un mécanisme primitif. Un regroupement qui ne veut voir qu'esprit et vie d'un côté, que mort et mécanique de l'autre, ne signifie rien, si ce n'est le renoncement à la lutte, et ne représente guère que des regrets romantiques. Car la vie n'affronte pas la mort, ni l'esprit le néant de l'esprit. L'esprit lutte contre l'esprit et la vie contre la vie, et c'est de la vertu d'un savoir intègre que naît l'ordre des choses humaines. *Ab integro nascitur ordo* », C. Schmitt, *La notion de politique*, Flammarion, 1992, p. 151.

[1682] C. Castoriadis, *L'institution imaginaire*…, préc., p. 185-6.

[1683] R. Encinas de Munagorri, « Expert et expertise », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., pp. 686-690, p. 687 : « L'emprise des experts sur le pouvoir de décider semble difficile à éviter. La difficulté s'explique par l'impossibilité de cantonner l'expert à un domaine purement technique dénué de toute considération juridique ou politique et à la fragilité de la distinction entre le fait et le droit, entre les jugements de fait et les jugements de valeur ».

[1684] S. Jasanoff, « Contested Boundaries in Policy-Relevant Science », (1987) 17.2 *Social Studies of Science*, pp. 195-230, p. 224: « The lines between science, policy, and the areas where the two are mixed

1249. En tout cas, il demeure que la définition du domaine relevant d'une appréciation technique – et donc corrélativement du domaine laissé à la libre appréciation des autorités étatiques – est réalisée par la Cour de justice. Plus elle interprète généreusement ce qui doit être le produit d'une évaluation en termes de coûts et bénéfices, plus l'autonomie des Etats membres en souffre. Dit autrement, le processus d'intégration de l'Union s'accompagne ainsi de l'expansion du domaine de ce qui est considéré comme technique – et par conséquent de la réduction corrélative du non technique, soit du culturel, de la morale, de l'axiologique, de l'irrationnel.

1250. Aussi, malgré le caractère arbitraire de la démarcation (ou justement grâce à ce caractère), il semblerait qu'une tendance constante existe vers l'expansion du domaine technique, et donc vers la réduction progressive de la marge d'appréciation des Etats. En effet, des domaines tels que le droit de travail ou la réglementation des jeux de hasard sont aujourd'hui jugés par la Cour comme redevables d'une évaluation purement technique, en application d'un principe d'efficience parétienne. En outre, bon nombre d'auteurs signalent l'extension récente des libertés de circulation et l'application d'une logique économique au domaine du droit de la famille et du statut personnel[1685].

1251. Nous pourrions situer cette expansion dans le principe même d'intégration, qui pousserait toujours la Cour dans la direction de l'activisme judiciaire. Mais il est également possible de le lier à la nature agressive du raisonnement technicien. M. Edelman remarque à cet égard :

> *La pensée technicienne est une pensée de l'utilité et de la fructification, qui apparaît comme un mode de connaissance tendanciellement dominant. L'être de la technique menace ainsi tout autre « dévoilement » de la Nature et de l'Homme, c'est-à-dire toute autre connaissance qui viserait à autre chose qu'elle-même en tant que technique. Ainsi, la*

---

are difficult to draw not merely because science is indeterminate, but because the effort to make such distinctions is politically charged ».

[1685] Voir p.ex. la littérature sur l'affaire britannique *Blood* (*R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood* [1997] 2 All ER 687, Court of Appeal), où le juge britannique a estimé que la libre prestation de services permettrait aux particuliers de contourner la législation nationale interdisant le prélèvement de gamètes afin de pratiquer une insémination *post mortem* : J.-S. Bergé, « Tourisme procréatif et droit communautaire européen des échanges : le cas Blood », in M.-T. Meulders-Klein, R. Deech et P. Vlaardingerbroek (éds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, La Haye : Kluwer Law International, 2002, pp. 599-605 ; D. Morgan et R.G. Lee, « In the Name of The Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly », (1997) 60 *Modern Law Review*, pp. 840-856. Un auteur s'interroge justement à cet égard sur le caractère peu adapté des normes et du raisonnement propres au droit communautaire pour aborder les questions de ce type : « [T]he potential of EC law to undermine legally enshrined national ethical or moral choices begs the question of whether European-level rules are best equipped to fulfil the function of legal enforcement of these types of moral or ethical choices made by European society or societies », T.K. Hervey, « Buy Baby: The European Union and Regulation of Human Reproduction », (1998) 18 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 207-233.

> *technique se pense du point de vue de la technique et tend à discréditer toute autre pensée qui ne le penserait pas de ce point de vue*[1686].

1252. Du point de vue de la rhétorique, la même conclusion s'impose. Comme le notait Perelman, l'argument fondé sur les connaissances de l'action jouit de l'avantage sur les arguments rivaux de n'avoir jamais à se justifier :

> *L'argument pragmatique qui permet d'apprécier quelque chose en fonction de ses conséquences, présentes ou futures, a une importance directe pour l'action. Il ne demande, pour être admis par le sens commun, aucune justification. Le point de vue opposé, chaque fois qu'il est défendu, nécessite au contraire une argumentation ; telle l'affirmation que la vérité doit être préconisée, quelles qu'en soient les conséquences, parce qu'elle possède une valeur absolue, indépendante de celles-ci*[1687].

1253. Dès lors, il est légitime de se montrer sceptique quant à l'aptitude de la jurisprudence de la Cour, notamment celle d'émergence récente relative à la protection des identités constitutionnelles nationales, à préserver durablement l'autonomie étatique face à l'expansion d'un raisonnement technicien. Inscrite dans le principe de proportionnalité est la promesse de l'harmonisation totale par la voie de la technique, de l'abandon un jour des particularités « irrationnelles » des Etats membres[1688], lesquelles, tant qu'elles continueront à exister, feront inévitablement obstacle au progrès technique[1689].

[1686] B. Edelman, *La personne en danger*, Paris : PUF, 1999, p. 400. Voir aussi J. Habermas, *La technique et la science…*, préc., pp. 57-58 : « La conscience technocratique ne reflète pas tellement la dissolution de telle ou telle structure morale que le refoulement de la « moralité » en tant que catégorie dans l'existence en général ».

[1687] C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, préc., pp. 358-359.

[1688] P. Legendre, *Leçons VII.…*, préc., pp. 97-8 : « Aussi, dans le contexte contemporain d'idéalisation scientifique et du nouveau type d'affrontements des idéaux où l'économie et la technologie sont au premier rang dans le discours, une culture quelle qu'elle soit ne saurait être traitée ouvertement en ennemi ; elle n'est plus qu'une société sous-développée ou en voie de développement, une entité à laquelle le développement fait défaut et qui, grâce aux méthodes nouvellement promues, accédera inévitablement *un jour* au statut universel des sociétés industrielles. Le Management n'a pas d'ennemi, étant l'allié du développement. Sur cette pente d'évolution de nos représentations, la conservation des cultures devient un thème industrialiste et l'idée de conquête s'efface devant le thème prometteur du changement des mentalités ».

[1689] *Ibid.*, p. 97 : « L'interrogation sur la différenciation des cultures, c'est-à-dire sur la raison d'être de styles institutionnels aussi variés, n'entre pas dans le champ des gestionnaires, sauf si ceux-ci perçoivent, qu'il y a là obstacles à l'action ; dans ce cas, ladite culture se trouve happée par une machine à classer, qui la dépèce en éléments capables d'être investis en paramètres mesurables ».

CONCLUSION GÉNÉRALE

1254. Il est facile de sous-estimer l'importance d'une exigence aussi apparemment banale que celle de proportionnalité. M. Van Drooghenbroeck réclamait déjà que l'on prenne « *l'idée simple* » de la proportionnalité « *au sérieux* »[1690]. Nous croyons l'avoir fait. En effet, l'un des objectifs principaux de la thèse a été de mettre en relief l'impact radical du principe de proportionnalité, lequel ne saurait même rester enfermé dans les confins d'une catégorie bien définie.

1255. Ainsi, nous avons d'abord montré l'impact du principe de proportionnalité d'un point de vue *formel*, dans la mesure où la forme de raisonnement du juge communautaire en ressort transformée. Aucune des trois interprétations avancées communément sur cette question ne nous semblent valides (le principe de proportionnalité serait une règle abstraite applicable de façon syllogistique ; le principe de proportionnalité se caractériserait par l'absence de formalité, octroyant au juge une liberté totale ; le principe de proportionnalité supposerait une mise en balance des intérêts). Au contraire, le principe de proportionnalité développé par la Cour de justice consiste en une évaluation de nature empirique des coûts et bénéfices entrainés par les mesures étatiques.

1256. Ensuite, nous nous sommes intéressé à l'impact du principe de proportionnalité d'un point de vue *substantiel*. A l'encontre de ceux qui le conçoivent comme une technique parfaitement neutre et inoffensive, il a été montré que ce principe impose aux Etats membres de « mieux réglementer » et d'éviter les inefficiences. Dès lors, le raisonnement s'appuie sur une légitimation de type technocratique, qui vient de la prétendue objectivité de l'évaluation de purs faits. En outre, ce principe n'est pas une simple exception au fonctionnement normal du principe de la libre circulation mais s'érige plutôt en normalité. En ce sens, il faut conclure que les libertés de circulation ne possèdent pas une valeur intrinsèque mais ont pour seul contenu d'imposer le respect du principe proportionnalité (et donc d'efficience).

1257. Enfin, il a été question de s'interroger sur son impact sur le plan *institutionnel*. La distinction entre normes matérielles et institutionnelles est inapplicable au principe de proportionnalité, celui-ci ne pouvant être qualifié ni comme l'une ni comme l'autre. Ainsi, il suppose également le bouleversement de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres. En tant que norme d'efficience, le principe de proportionnalité conduit à anéantir les compétences étatiques. Cependant, l'autonomie des Etats membres ne disparaît pas, puisque la Cour reconnaît un espace normatif dévolu

[1690] S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

aux autorités étatiques pour les choix qui ne seraient pas réductibles à un raisonnement purement technique.

1258. L'intérêt de ces enseignements ne se limite pas pour autant au seul principe de proportionnalité. Comme nous l'avions annoncé dans l'Introduction à cette thèse, ce principe est le reflet d'une certaine culture juridique, spécifique de l'Union européenne. En d'autres termes, l'interaction entre le droit communautaire et le principe de proportionnalité est de type dialectique : d'une part, l'insertion de principe au sein du droit communautaire fait subir à celui-ci des transformations considérables ; d'autre part, cette insertion fait acquérir au principe de proportionnalité une consistance particulière, qui reflète les particularités de la « mentalité »[1691] propre à ce contexte.

1259. Dès lors, quelle image le principe de proportionnalité nous renvoie-t-il de « l'âme » du droit de l'Union ? L'image est en réalité familière[1692]. Malgré l'intérêt qu'ont suscité des voies prometteuses – telles que le principe de subsidiarité, les droits de l'homme, la nature constitutionnelle des Traités ou la citoyenneté européenne[1693] –, un discours fondé exclusivement sur l'efficience, le marché et la technocratie semble de plus en plus fort et envahissant.

1260. Ainsi, le cas de l'Union est un exemple particulièrement représentatif des difficultés propres aux sociétés pluralistes. Faute d'une base de croyances communes suffisamment solide, de telles sociétés ressentent un besoin accru d'identifier des références neutres, susceptibles d'arbitrer les conflits d'intérêts et de garantir l'unité sociale. Les efforts pour rendre « *commensurable l'incommensurable* »[1694] s'inscrivent en ce sens : ils aspirent à trouver une référence neutre dans la réalité objective et la technique et non pas dans des croyances irrationnelles et indémontrables. Il n'est pas étonnant que la Cour de justice ne justifie pas ses décisions en termes de mise en balance

[1691] P. Legrand, « European Legal Systems are not Converging », (1996) 45 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 52-81, pp. 56-57.

[1692] J.H.H. Weiler, « The Transformation of Europe », (1990-1991) 100 *Yale Law Journal*, pp. 2403-2483, p. 2477, où l'auteur décrit comment le Traité de Maastricht a signifié « a highly politicized choice of ethos, ideology and political culture: the culture of 'the market'", where the removal of barriers to free movement was a means to maximize utility, premised on the assumption of formal equality of individuals, in which market efficiency was prized above other competing values ».

[1693] S. Wernicke, « Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens », (2007) 13.3 *European Law Journal*, pp. 380–407.

[1694] C. Schmitt, *La tiranía de los valores* (*Die Tyrannei der Werte*, trad. espagnole par S. Abad), Buenos Aires : Hydra, 2010, p. 95: « Quizá se anuncia en tal modo de hablar algo muy sencillo y actual: una sociedad múltiple, esto es, híper-desarrollada, pluralista, compuesta por numerosos grupos heterogéneos, tiene que transformar el espacio público adecuado a ella en un campo de ejercicio para manifestaciones de la lógica del valor. Los intereses grupales aparecen entonces como valores en la medida en que transforman categorías jurídicas esenciales en valores ubicados en un sistema adecuado a dichos intereses. La transformación en valores, «la puesta-en-valor», hace conmensurable lo inconmensurable ».

d'intérêts[1695]. Or, la prévalence d'un discours technocratique, est-elle le fruit d'un choix conscient ? Peut-être a-t-elle été imposée par un groupe dominant ? Ou dérive-t-elle simplement de l'impossibilité d'une véritable communication entre les différentes cultures européennes autrement qu'en termes techniques ? La question mérite assurément une réflexion approfondie.

1261. Quelques derniers mots quant aux évolutions possibles du droit de l'Union, telles qu'elles se refléteraient dans l'application du principe de proportionnalité. Tout au long de cette étude, nous avons constaté que des exceptions à une conception technique de ce principe existent – l'arrêt *Schmidberger* en offre probablement la meilleure illustration[1696]. Dès lors, il n'est pas possible d'exclure que la jurisprudence avance dans des nouvelles directions. Un autre modèle est pensable. Néanmoins, il convient d'hésiter quant à la possibilité d'un prochain nouveau tournant dans le droit de l'Union. Aujourd'hui, la crise de la dette ne semble pas avoir donné lieu à une remise en cause d'un modèle technocratique, mais plutôt à son renforcement[1697]. Garantira-t-il pourtant la survie et le progrès de l'Union ? Nous n'en sommes pas convaincu.

[1695] Voir à cet égard B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham : Duke University Press, 1963, pp. 181-182 : « where several states have different policies, and also legitimate interests in the application of their policies, a court is in no position to "weigh" the competing interests, or evaluate their relative merits, and choose between them accordingly. […] assessment of the respective values of the competing legitimate interests of two sovereign states, in order to determine which is to prevail, is a political function of a very high order. This is a function that should not be committed to courts in a democracy. It is a function that the courts cannot perform effectively, for they lack the necessary resources ».

[1696] Voir *supra*, nº 260-266.

[1697] Voir à cet égard E. Chiti, P.G. Teixeira, « The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis », (2013) 50 *Common Market Law Review*, pp. 683–708.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 2006, 2ème éd.

C. Barnard, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2010, 3ème éd.

J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, 1997, 6éme éd.

J. Boulouis et R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Dalloz, 1991, 5ème éd.

D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, Paris : PUF, 2007.

R. Chapus, *Droit administratif général*, Monchrestien, 2001, 15ème éd.

P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2006.

P. Craig et G. de Búrca, *EU Law. Texts, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2008, 4ème éd.

Ch. Debbasch, *Droit administratif*, Economica, 2002, 6ème éd.

L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 2006, 4ème éd.

M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, PUF, 2010, 2ème éd.

M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Louvain-la-Neuve : Academia-Bruylant, 2002, 2ème éd.

P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2010, 6ème éd.

J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 1990, 3ème éd.

E. Mackaay, *L'analyse économique du droit*, Bruxelles : Bruylant, 2000.

P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris : Montchrestien, 2010, 10ème éd.

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York : Aspen Publishers, 2011, 8ème éd.

P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LDGJ, 2008.

B. Seiller, *Droit administratif*, Flammarion, 2011, 4ème éd.

G.R. Stone *et al.*, *Constitutional Law*, Aspen Publishers, 2009, 6ème éd.

T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2006, 2ème éd.

S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, 2011, 5ème éd.

II. THESES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES COLLECTIFS

J. Aglo, *Norme et symbole : les fondements philosophiques de l'obligation*, Ed. L'Harmattan, 1998.

R. Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Madrid : Colegio de Registradores, 2004.

R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (*Theorie der Grundrechte*, trad. espagnole par E. Garzón Valdés), Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

A. Arnull, « Owning Up to Fallibility: Precedent and the Court of Justice », (1993) 30 *Common Market Law Review*, pp. 247-266.

A. Arnull, « The Americanization of EU Law Scholarship », in *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, pp. 415-431.

C. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris : Dalloz, 2002

M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Barcelona : Ariel, 2006.

J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002.

A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

J.J. Barceló, « Precedent in European Community Law », in N. MacCormick et R. Summers (éds.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Ashgate-Dartmouth, 1997, pp. 407-436.

H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris : LGDJ, 1979.

D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004.

O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris : PUF, 2007.

O. Beaud et P. Pasquino (dir.), *La controverse sur "le gardien de la constitution" et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Editions Panthéon-Assas, 2007.

J. Bengoetxea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Oxford : Clarendon Press, 1993.

D. Boden, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, thèse dactyl., 2002.

J. Bomhoff, *Two Discourses of Balancing*, thèse, 2012.

M. Broberg et N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford University Press, 2010.

S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemnd, communautaire et français*, Dalloz, 2001.

J.L. Coleman, *Markets, morals, and the law*, Cambridge et New York : Cambridge University Press, 1988.

B. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham : Duke University Press, 1963.

L.M. Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid : Thomson/Civitas, 2003.

N. Duxbury, *Random Justice: On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford University Press, 2002.

R. Dworkin, *Law's Empire*, Londres : Fontana Press, 1986.

R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge : Harvard University Press, 1977.

J. Habermas, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris : Gallimard, 1973.

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961.

Ph. Heck, *El problema de la creación del derecho* (*Das Problem der Rechtsgewinnung*, trad. espagnole par M. Entenza), Granada : Comares, 1999.

B. Edelman, *La personne en danger*, Paris : PUF, 1999.

B. Edelman, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, Paris : Hermann Éditeurs, 2007.

N. Emiliou, *The principle of proportionality in European Law*, Londres : Kluwer Law International, 1996.

M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris : LGDJ, 1992.

J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, 2009.

E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial* (*Der Staat der Industriegesellschaft*, trad. esp. par L. López Guerra et J. Nicolás Muñiz), Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1975.

A. Garapon et I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003.

B. Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Paris : Dalloz, 2009.

D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille,* LGDJ, 2000.

J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes* (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, trad. fr. par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme), Paris : Gallimard, 1997.

J. Habermas, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris : Gallimard, 1973.

V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux - étude critique des méthodes*, Paris : GLN Ed., 1990.

J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris : Economica, 2010.

M. Ho-Dac, *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne*, Bruxelles : Bruylant, 2012.

M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford et New York : Oxford University Press, 1992.

J. Israël, *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerpen et Oxford : Intersentia, 2005.

M.A. Jarvis, *The Application of EC Law by National Courts. The Free Movement of Goods*, Oxford : Clarendon Press, 1998.

D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

H. Kelsen, *Théorie générale des normes* (*Allgemeine Theorie der Normen*, trad. fr. par O. Beaud et F. Malkani), PUF, 1996.

H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (*Reine Rechtslehre*, trad. fr. par Ch. Eisenman), Paris : Dalloz, 1962.

D. Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*, Cambridge-London : Harvard University Press, 1997.

T.S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, The University of Chicago Press, 1996, 3ème éd.

Y.-E. Le Bos, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010.

M. Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford/New York : Oxford University Press, 2004.

S. Le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

P. Legendre, *Leçons VII. Le désir politique de Dieu : Etude sur les montages de l'Etat et du Droit*, Fayard, 1988.

N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2005.

P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris : Dalloz, 1973.

C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, PUF, 1993.

A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law. Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law*, Cambridge University Press, 2009.

P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

R.-E. Papadopoulou, *Principes généraux du droit et droit communautaire. Origines et concrétisation*, Athènes : Sakkoulas/Bruxelles : Bruylant, 1996.

G. Pavlakos (éd.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford et Portland, Oregon : Hart Publishing, 2007.

C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles : Editions de l'Université de Bruxelles, 2008.

X. Philippe, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille et Economica, 1990.

M. Poiares Maduro, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999.

R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York : Aspen Publishers, 2011, 8ème éd.

A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris : Dalloz, 2002.

P. Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 2009.

P. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Paris : Armand Colin, 2009.

B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Paris : Dalloz, 2008.

S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris : LGDJ, 1980.

A. Schiavone, *Ius : L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008.

C. Schmitt, *La notion de politique*, Flammarion, 1992.

C. Schmitt, *La tiranía de los valores* (*Die Tyrannei der Werte*, trad. espagnole par S. Abad), Buenos Aires : Hydra, 2010.

C. Schmitt, *Théologie politique* (*Politische Theologie*, trad. fr. par J.-L. Schlegel), Paris : Gallimard, 1988.

C. Schmitt, *Théorie de la constitution* (*Verfassungslehre*, trad. fr. par L. Deroche), Paris : PUF, 2008.

J. Snell, *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationship between the Freedoms*, Oxford University Press, 2002.

A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, Quadrige/PUF, 2002.

A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Éditions du Seuil, 2005.

L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris : Economica, 2008.

S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : Bruylant, 2001.

F. Viangalli, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

F. Violet, *Articulation entre la norme technique et la règle de droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

A. Vlachogiannis, *Les juges de la Cour Suprême des Etats-Unis et la notion de constitution vivante*, thèse dactyl., 2011.

L. Vogel et E. Van den Abeele, *Better Regulation: a critical assessment*, European Trade Union Institute, 2010.

R. Von Ihering, *El espíritu del Derecho romano*, Madrid : Marcial Pons, 2005.

G. Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, 1996.

G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (*Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*, trad. espagnole par M. Gascón), Madrid : Trotta, 2008, 8ème éd.

III. ARTICLES, COURS, COMMENTAIRES ET CONTRIBUTIONS

Editorial : « The Court of Justice in the Limelight – again », (2008) 45 *Common Market Law Review*, pp. 1571-1579.

L. Adamovich, « Marge d'appréciation du législateur et principe de proportionnalité dans l'appréciation des restrictions prévues par la loi au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1991, pp. 291-300.

T. A. Aleinikoff, « Constitutional Law in the Age of Balancing », (1987) 96 *Yale Law Journal*, pp. 943-1005.

R. Alexy, « Balancing, Constitutional Review, and Representation » (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law*, pp. 572-581.

K. Alter, « Explaining national court acceptance of European Court jurisprudence: a critical evaluation of theories of legal integration » in A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet et J. Weiler (éds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Oxford : Hart Publishing, 1998, pp. 227-252.

B. Ancel, « Droit international privé », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 491-497.

L. Assier-Andrieu, « Coutume et usage », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 317-326.

M. Audit, « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *Journal de droit international*, 2006, pp. 1333-1363.

L. Azoulai, « Introduction », in L. Azoulai *et al.*, *Deconstructing EU Federalism Through Competences*, EUI Working Papers LAW no. 2012/06, pp. 1-4.

L. Azoulai, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2008, pp. 29-45

L. Azoulai, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 842-860.

J.M. Balkin, « Nested Oppositions », (1990) 99 *Yale Law Journal*, pp. 1669-1705.

R. Baratta, « Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC », *IPRax*, 2007, pp. 4-11.

C. Barnard, comm. sous l'arrêt *Bidar*, (2005) 42 *Common Market Law Review*, pp. 1465-1489.

C. Barnard, « Derogations, Justifications and the Four Freedoms : Is State Interest Really Protected ? », in C. Barnard et O. Odudu, *The Outer Limits of EU Law*, Oxford : Hart Publishing, 2009, pp. 273-305.

C. Barnard, « Trailing a New Approach to the Free Movement of Goods ? » (2009) 68 *Cambridge Law Journal*, pp. 288-290.

C. Barnard et S. Deakin, « Market Access and Regulatory Competition », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 197-223.

C. Barnard et S. Deakin, « Negative and Positive Harmonization of Labor Law in the European Union », (2002) 8 *Columbia Journal of European Law*, pp. 389-413.

O. Beaud, « La fédération entre l'Etat et l'empire », in B. Théret (éd.), *L'Etat, la finance et le social: Souveraineté nationale et construction européenne*, Paris : La Découverte, 1995, pp. 282-305.

J. Bengoetxea, N. MacCormick et L. Moral Soriano, « Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice », in G. de Búrca et J.H.H. Weiler, *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001, pp. 43-85.

J.-S. Bergé, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », in J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles : Bruylant, 2003, pp. 206-33.

J.-S. Bergé, « Tourisme procréatif et droit communautaire européen des échanges : le cas Blood », in M.-T. Meulders-Klein, R. Deech et P. Vlaardingerbroek (éds.), *Biomedicine, the Family and Human Rights*, La Haye : Kluwer Law International, 2002, pp. 599-605.

N. Berman, « Modernism, Nationalism, and the Rhetoric of Reconstruction » (1992) 4 *Yale Journal of Law and the Humanities*, pp. 351-380.

G. Bermann, « Droit comparé et droit international : alliés ou ennemis ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, pp. 519-529.

G. Bermann, « Proportionality and subsidiarity », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 75-99.

G. Bermann, « Taking subsidiarity seriously », (1994) 94 *Columbia Law Review*, pp. 331-456.

G. Betlem, « Cross-Border Private Enforcement of Community Law », in J.A.E. Vervaele et al. (éds.), *Compliance and Enforcement of European Community Law*, La Haye : Kluwer Law International, 1999, pp. 391-418.

F. Blöbel and P. Spath, « The Tale of Multilateral Trust and the European Law of Civil Procedure » (2005) 30(4) *European Law Review*, pp. 528-547.

E.-W. Böckenförde, « Pour une critique de la fondation axiologique du droit », in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 77-97.

E.-W. Böckenförde, « Théorie et interprétation des droits fondamentaux », in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2000, pp. 253-277.

J. Bomhoff, « Balancing, the Global and the Local: Judicial Banalncing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law », (2008) 31 *Hastings International & Comparative Law Review*, pp. 555-586.

J. Bomhoff, « The Reach of Rights: The "Foreign" and the "Private" in Conflict of Laws, State Action and Fundamental Rights Cases with Foreign Elements », (2008) 71 *Law & Contemporary* Problems, pp. 39-71.

Y. Borgmann-Prebil, « The Rule of Reason in European Citizenship », (2008) 14.3 *European Law Journal*, pp. 328 -350.

J. Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, p. 53 et s.

L. Boy, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, 2007.

J. Brage Camazano, « La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra », disponible sur : http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Comunicacion_J_Brage.pdf

G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. II, pp. 297-306.

L. Brilmayer, « Rights, Fairness, and Choice of Law », (1988-1989) 98 *Yale Law Journal*, pp. 1277-1319.

Ph. Brun, « Causalité juridique et causalité scientifique », *Revue Lamy de droit civil* 2007/40, n° 2630.

A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1994-1995, pp. 209-237.

G. Calabresi, « Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho », *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1985, t. II, pp. 219-228.

A. Calsamiglia Blancafort, « Eficiencia y derecho », (1987) 4 *Doxa*, pp. 267-287.

G. Canselier, « De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle », *Revue trimestrielle de droit civile* 2010, pp. 41-54.

W.L. Cary, « Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware », (1974) 83 *Yale Law Journal*, pp. 663-705.

V. Champeil-Desplats, « L'arrêt *Koné*, produit et source de contraintes », in *Théorie des contraintes juridiques*, in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2005, pp. 53-61.

V. Champeil-Desplats, « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : Les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e diritto*, 2001, pp. 59-70.

V. Champeil-Desplats et M. Troper, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2005, pp. 11-23.

J. Chevallier, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue de droit public*, 1998, pp. 659-714.

E. Chiti, P.G. Teixeira, « The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis », (2013) 50 *Common Market Law Review*, pp. 683–708.

F.M. Coffin, « Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice », (1988) 63 *New York University Law Review*, pp. 16-42.

C. Combe, « Prérogative », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 1187-1190.

V. Constantinesco, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergences ou contradictions ? Contrepoint ou hiérarchie ? » in *Mélanges Manin*, Pedone, 2010, pp. 79-94.

W.W. Cook, « The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws », (1924) 33 *Yale Law Journal*, pp. 457-488.

B. Cossman, « Betwixt and Between Recognition: Migrating Same-Sex Marriages and the Turn Toward the Private », (2008) 71-SUM *Law and Contemporary Problems*, pp. 153-168.

G. Davies, « Abstractness and concreteness in the Preliminary Reference Procedure: Implications for the Division of Powers and Effective Market Regulation », in N.N. Shuibhne (éd.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2006, pp. 210-244.

G. Davies, « Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time », (2006) 43 *Common Market Law Review*, pp. 63-84.

G. de Búrca, « The principle of proportionality and its application in EC Law », (1993) 13 *Yearbook of European Law*, pp. 105-150.

G. de Búrca, « Unpacking the Concept of Discrimination in EC and International Trade Law », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 181-194.

F. de Cecco, « Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights », (2006) 43 *Common Market Law Review*, pp. 9-30.

R. de la Feria, « Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New Principle of EC Law through Tax », (2008) 45 *Common Market Law Review*, pp. 395-441.

M. Dougan, « Enforcing the Single Market: The judicial Harmonisation of National Remedies and Procedural Rules », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 153-180.

M. Dougan, « Minimum Harmonization and the Internal Market », (2000) 37 *Common Market Law Review*, pp. 853-885.

M. Dougan, « The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship » (2006) 31 *European Law Review*, pp. 613-641.

R. Dworkin, « Is Wealth a Value? », (1980) 9 *Journal of Legal Studies*, pp. 191–226.

B. Edelman, note sur l'arrêt *Gouda*, *Recueil Dalloz*, 1992, pp. 534-540.

C.-D. Ehlremann, « The Modernization of EC Antitrust Policy. A Legal and Cultural Revolution », (2000) *Common Market Law Review*, pp. 537-590.

J. Elster, « Droit et causalité », in *Théorie des contraintes juridiques*, in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2005, pp. 117-121.

R. Encinas de Munagorri, « Expert et expertise », in D. Alland et S. Rials (éds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 686-690.

M. Fallon, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 781-818.

M. Fallon, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, 1995, vol. 253, pp. 9-282.

M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique* communautaire, Paris : Dalloz, 2004, pp. 31-80.

M. Fallon, note sur l'arrêt *Arblade*, *Revue critique de droit international privé*, 2000, pp. 728-737.

M. Fallon et J. Meeusen, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, vol. 4, pp. 37-66.

E.A. Farnsworth, « Changer d'avis : le droit des décisions regrettées », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 315-344.

N. Fennelly, « Legal Interpretation at the European Court of Justice », (1996) 20 *Fordham International Law Journal*, pp. 656-679.

C.O. Finkelstein, « When the Rule Swallows the Exception », in *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Frederick Schauer*, Oxford : Hart Publishing, 1999, pp. 147-175.

Ph. Franceskakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Revue critique de droit international privé*, 1966, pp. 1-18.

T. Franck, « On Proportionality of Countermeasures in International Law », (2008) 102 *American Journal of International Law*, pp. 715-767.

D.-U. Galetta, « Le principe de proportionnalité », in J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles : Bruylant, 2007, pp. 357-376.

L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 1-42.

P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Revue critique de droit international privé*, 1992, pp. 425-454.

R. García Manrique, « Acerca del valor moral de la seguridad juridical », (2003) *Doxa* vol. 26, pp. 477-515.

F.J. Garcimartín Alférez, « Harmonization, State of Origin or State of Destination: an Outline of the EU Legislator's Dilemma from an Economic Standpoint », in M. Audit, H. Muir Watt, É. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris : LGDJ, 2008, pp. 253-260.

E. Georgitsi, « La proportionnalité comme instrument de « conciliation » des normes antagonistes. Regard critique sur l'identification et la résolution des conflits de normes en contentieux constitutionnel comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2011, pp. 559-584.

T.F. Gieryn, « Boundaries of Science », in S. Jasanoff et al., *Handbook of Science and Technology Studies*, Sage Publications, 1995, pp. 393-443.

C. Glymour et F. Eberhardt, « Hans Reichenbach », in E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Ed. hiver 2012, disponible sur: http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/reichenbach/.

M. Golding, « Discovery and Justification in Science and Law », in A. Pecznik, L. Lindahl et B. van Roermund (éd.), *Theory of Legal Science. Proceedings of the Conference on Legal Theory and Philosophy of Science, Lund, Sweden, December 11-14*, 1983, Dordrecht : Reidel Publishing Company, 1984, pp. 295-305.

N. Green, « Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK", in E. Ellis (éd.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, pp. 145-164.

L. González Vaqué, « La sentencia *Mickelsson y Roos* del TJCE: goodbye Keck y Mithouard! », (2009) 31 *Revista Española de Derecho Europeo*, pp. 389-406.

N. Green, « Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK », in E. Ellis (éd.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, pp. 145-164.

S. Grundmann, « Internal Market Conflict of Laws: From Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order », in A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 5-29.

D. Gutmann, « Droit subjectif », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 529-533.

J. Habermas, « Conférence de Jürgen Habermas : Pourquoi l'Europe a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel ? », *Cahiers de l'Urmis*, 7 juin 2001, disponible sur : http://urmis.revues.org/10.

K. Hailbronner, « Union Citizenship and Access to Social Benefits », (2005) 42 *Common Market Law Review*, pp. 1245-1267.

L. H. Hansen, « The Development of the Circumvention Principle in the Area of Broadcasting », (1998) 25 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 111-138.

T.C. Hartley, « The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws », (2005) 54 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 813-828.

T.K. Hervey, « Buy Baby: The European Union and Regulation of Human Reproduction », (1998) 18 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 207-233.

M. Hesselink, « The General Principles of Civil Law: Their Nature, Roles and Legitimacy », *Amsterdan Law School Legal Studies Research Paper No. 2011-35/Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2011-14*, disponible sur : http://ssrn.com/abstract=1932146.

V. Heuzé, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP*, 2005.I.130, pp. 671-676.

V. Heuzé, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois », *JCP*, éd. G, 2008.I.116, pp. 20-23.

V. Heuzé, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, pp. 393-415.

Lord Hoffmann, « The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law », in E. Ellis (éd.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, pp. 107-115.

M. Horwitz, « The History of the Public/Private Distinction », (1981-1982) 130 *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 1423-1428.

L. Idot, « Les produits », in M. Audit, H. Muir Watt, É. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris : LGDJ, 2008, pp. 37-56.

V. Jackson, « Being Proportional about Proportionality », (2004) 21 *Constitutional Commentary*, pp. 803-859.

F. Jacobs, « Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law », in E. Ellis (éd.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 1999, pp. 1-21.

J.H. Jans, « Proportionality Revisited », (2000) 27.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 239-265.

S. Jasanoff, « Contested Boundaries in Policy-Relevant Science », (1987) 17.2 *Social Studies of Science*, pp. 195-230.

T. Jeremy Gunn, « Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis », (2005) 19 *Emory International Law Review*, pp. 465-498.

Ch. Joerges, « "Deliberative Political Processes" Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making ? », (2006) 44 *Journal of Common Market Studies*, pp. 779-802.

C. Joerges et F. Rödl, « Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval* », (2009) 15.1 *European Law Journal*, pp. 1-19.

P.W. Kahn, « The Court, the Community and the Judicial Balance: The Jurisprudence of Justice Powell », (1987) 97 *Yale Law Journal*, pp. 1-60.

D. Kennedy, « A Semiotics of Legal Argument », *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, vol. III-2, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 309-365.

D. Kennedy, « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », in R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia et S. Weatherill (éds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford : Hart Publishing, 2011, pp. 185-220.

D. Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication », (1976) 89 *Harvard Law Review*, pp. 1685-1778.

D. Kennedy, « Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance » (2005) 27.1 *Sydney Law Review*, pp. 1-24.

D. Kennedy, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality : Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought », (2008) 55 *Hastings Law Journal*, pp. 1031-1076.

L. Kornhauser, « A Guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law », (1979-1980) 8 *Hofstra Law Review*, pp. 591-639.

L. Kornhauser, « L'analyse économique du droit », *Revue de synthèse*, 1985, vol. 106, pp. 313-329.

L. Kornhauser, « The Economic Analysis of Law », in E.N. Zalta (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Ed. Fall 2011, disponible sur : http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/legal-econanalysis/

M. Kumm, « Democracy is not Enough : Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review », *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 118 (2009), pp. 1-38.

M. Kumm, « Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm », in M. Poiares Maduro et L. Azoulai (ed.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of Rome*, Hart, 2009, p. 106 et s.

M. Kumm, « What do you have in virtue of having a constitutional right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », in S. Paulsen et G. Pavlakos (éds.), *Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy*, Oxford : Hart Publishing, 2007, pp. 131-166.

B. Kunoy, « A Union of National Citizens: The Origins of the Court's Lack of Avant-gardisme in the *Chen* case » (2006) 43.1 *Common Market Law Review*, pp. 179-190.

R. La Porta, F. López-de-Silanes et A. Shleifer, « The Economic Consequences of Legal Origins », (2008) 46.2 *Journal of Economic Literature*, pp. 285-332.

P. Lagarde, « Le principe de proximité en droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1986, vol. 196.

P. Lagarde, « Rapport de synthèse », in A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 283-295.

P. Lagarde, « Reconnaissance, mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 479-502.

N. Lavender, « The Problem of the Margin of Appreciation », (1997) 4 *European Human Rights Law Review*, pp. 380-390.

P. Legrand, « Legal Systems Are Not Converging », (1996) 45 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 52-81.

K. Lenaerts, « Constitutionalism and the many faces of Federalism » (1990) 38 *American Journal of Comparative Law*, pp. 205-263.

K. Lenaerts et T. Corthaut, « Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law », (2006) 31 *European Law Review*, pp. 287-315.

A. Levade, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable », in *Mélanges Manin*, Pedone, 2010, pp. 109-128.

G. Marcou, « La notion juridique de régulation », *Actualité juridique droit administatif*, 2006, pp. 347-353.

G. Marenco, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *Cahiers de droit européen*, 1984, pp. 292-364.

P. Martens, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles : Bruylant, 1992, t. I, pp. 49-68.

A. Marzal Yetano, « The Constitutionalisation of Party Autonomy », (2010) 6 *Journal of Private International Law*, pp. 155-193.

G. Mathisen, « Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement », (2010) 47 *Common Market Law Review*, pp. 1021-1048.

P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Revue critique de droit international privé*, 1979, pp. 1-30.

P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *L'architecture du droit. Mélanges en l-honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, pp. 679-691.

P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'Honneur de Paul Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, pp. 547-573.

A. McHarg, « Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », (1999) 62 *Modern Law Review*, pp. 671-696.

P. Mengozzi, « Evolution de la méthode suivie par la jurisprudence communautaire en matière de protection de la confiance légitime : De la mise en balance des intérêts, cas par cas, à l'analyse en deux phases », *Revue du marché unique européen*, 1997, vol. 4, pp. 13-29.

J. Mertens de Wilmars et J. Steenbergen, « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 449 et s.

R. Michaels, « EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory », (2006) 2 *Journal of Private International Law*, pp. 195-242.

C. Million-Delsol, « L'idée de subsidiarité, la question européenne et la tentation du modèle impérial », *Revue Tocqueville*, 1993, vol. XIV, nº 2, p. 53 et s.

M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *Journal de droit international*, 1996, pp. 889-908.

D. Morgan et R.G. Lee, « In the Name of The Father? Ex parte Blood: Dealing with Novelty and Anomaly », (1997) 60 *Modern Law Review*, pp. 840-856.

K. Mortelmans, « The Relationship between the Treaty Rules and Community Measures for the Establishment and Functioning of the Internal Market – Towards a Concordance Rule », (2002) 39 *Common Market Law Review*, pp. 1303-1346.

P. Morvan, « Principes », in in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2ème éd., 2007, pp. 1201-1204.

H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit international privé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2005, vol. 307, pp. 25-383.

H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 503-527.

H. Muir Watt, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Revue critique de droit international privé*, 1986, pp. 425- 455.

A. Nuyts, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 745-790.

J. Öberg, « The Principle of Proportionality, Federalism and Judicial Review in the Law of Free Movement », in L. Azoulai *et al.*, in *Deconstructing EU Federalism Through Competences*, EUI Working Papers LAW no. 2012/06, pp. 65-87.

C. O'Brien, « Real Links, Abstract Rights and False Alarms: The Relationship between the ECJ's ''Real Links'' Case Law and National Solidarity », (2008) 33.5 *European Law Review*, pp. 643-665.

N. O'Connor, « The Road to Nowhere - European Gambling Law from Schindler to Bwin Liga and Beyond », bettingmarket.com 2009, disponible sur : http://www.bettingmarket.com/eurolaw222428.htm.

O. Odudu, « The public/private distinction in EU Internal Market Law », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 826-41.

A. Ogus, « Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law », (1999) 48.2 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 405-418.

P. Oliver et W.-H. Roth, « The Internal Market and the Four Freedoms », (2004) 41 *Common Market Law Review*, pp. 407-441.

F. Ost, « Juge pacificateur, juge arbitre, juge entraîneur : trois modèles de justice », in P. Gérard, M. van de Kerchove et F. Ost (éds.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacements*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 1-70.

C. Pardo, « Otro modo de comprender el Derecho (la aproximación histórica y comparatista) », in *Otra Forma de Comprender el Derecho*, Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 17-20.

C. Pardo, « Reivindicación del Concepto de Derecho Subjetivo », in *Robert Alexy, Derechos Sociales y Ponderación*, Madrid : Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 371-404.

T. Pasquiet-Briand, « Emile Boutmy et le modèle constitutionnel anglais : intelligence narrative, explication psychologique et fonction prudentielle de la Constitution anglaise », in *L'influence*

politique et juridique de l'Angleterre en Europe, Actes du Colloque international de l'AFHIP, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012, pp. 415-428.

E. Pataut, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux du comité français de droit international privé*, 2006-2008, pp. 71-114.

E. Pataut, « Liberté d'établissement et droit international privé des sociétés : un pas de plus », *Recueil Dalloz*, 2004, pp. 491-494.

E. Pataut, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in A. Fuchs, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 117-143.

J. Paul, « Free Trade, Regulatory Competition and the Autonomous Market Fallacy », (1994) 1 *Columbia Journal of European Law*, pp. 29-62.

P. Pecho, « Good-Bye Keck ? A Comment on the Remarkable Judgment in Commission v. Italy, C-110/05 », (2009) 36.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 257-272.

F. Péraldi Leneuf, « La Cour de justice et la libéralisation des jeux en ligne : l'exigence de cohérence. A propos de l'arrêt *Santa Casa* », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010, pp. 7-30.

V. Perju, « Proportionality and Freedom – An Essay on Method in Constitutional Law », (2012) 1.2 *Journal of Global Constitutionalism*, pp. 334-367.

O. Pfersmann, « Critique de la théorie des « contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris : LGDJ/Bruxelles : Bruylant, 2005, pp. 123-143.

F. Pollaud-Dulian, « A propos de la sécurité juridique », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2001, pp. 487-504.

R.A. Posner, « The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication », (1980) 8 *Hostra Law Revi*ew, pp. 487–507.

L. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Revue critique de droit international privé*, 1993, pp. 401-423.

D.H. Regan, « The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause », (1985-1986) 84 *Michigan Law Review*, pp. 1091-1287.

N. Reich, « How Proportionate is the Proportionality Principle? », Contribution presentée dans la conference tenue à Oslo sur le sujet « The Reach of Free Movement », 18-19 mai 2011.

O. Remien, « European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice » (2001) 38 *Common Market Law Review*, pp. 53-86.

H.S. Richardson, « The Stupidity of the Cost-Benefit Standard », in M.D. Adler et E.A. Posner (éds.), *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, Chicago et Londres : The University of Chicago Press, 2001, pp. 135-167.

A. Rigaux, « Mesures d'effet équivalent. De l'examen, dans une situation "purement interne", de la compatibilité des limitations nationales de publicité avec la libre circulation des marchandises, la libre prestation de service et le respect des droits fondamentaux », *Europe*, mai 2004, pp. 18-19.

C. Ritter, « Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimon, Dzodzi and Article 234 » (2006) 31 *European Law Review*, pp. 690-710.

J. Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review », (2006) 65.1 *Cambridge Law Journal*, pp. 174-207.

P. Rodière, note sur l'arrêt *Rush Portuguesa*, *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 635-640.

G.P. Romano, « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I/Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », in A. Bonomi, E. Cashin Ritaine et G.P. Paolo Romano (éds.), *La Convention de Lugano : passé, présent et devenir : actes de la 19e Journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, Genève : Schulthess, 2007, pp. 165-210.

M.D. Rosen, « Extraterritoriality and Political Heterogeneity in American Federalism », (2002) 150 *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 855-963.

F. Rubio Llorente, « Ley y juez desde el punto de vista del principio de igualdad », in *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 633-652.

B. Rudden, « Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1985, pp. 91–103.

F. Saint-Bonnet, « Exception, nécessité, urgence », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 673-678.

G. Samuel, « "Le Droit Subjectif" and English Law », (1987) 46.2 *Cambridge Law Journal*, pp. 264-286.

R. Savatier, « Le Marché commun au regard du droit international privé », *Revue critique de droit international privé*, 1959, pp. 237-258.

T.M. Scanlon, « Adjusting Rights and Balancing Values », (2004) 72 *Fordham Law Review*, pp. 1477-1486.

P. Schammo, « Arbitrage and Abuse of Rights in the EC Legal System », (2008) 14.3 *European Law Journal*, pp. 351-376.

F. Schauer, « Exceptions », (1991) 58 *University of Chicago Law Review*, pp. 871-904.

C. Schmitt, « El defensor de la Constitución » (*Der Hüter der Verfassung*, trad. espagnole par M. Sánchez Sarto et R.J. Brie), in *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid : Tecnos, 2009.

C. Schmitt, « Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial », in *Posiciones ante el derecho*, Madrid : Tecnos, 2012.

J. Scott, « Mandatory or Imperative Requirements in the EU and the WTO », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 269-294.

J. Shaw, « European Union Legal Studies in Crisis ? Towards a New Dynamic », (1996) 16 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 231-253.

A. Sen, « The Discipline of Cost-Benefit Analysis », in M.D. Adler et E.A. Posner (éds.), *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*, Chicago/Londres : The University of Chicago Press, 2001, pp. 95-116.

D. Simon, comm. sous CJUE, 19 juillet 2012, *SIA Garkalns c. Rīgas dome*, aff. C-470/11, *Europe*, 2012 Octobre, pp. 34-5.

D. Simon, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence communautaire », in L. Burgorgue Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2011, p. 27 et s.

D. Simon et F. Lagondet, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, juillet 1997, p. 7 et s.

D. Simon et A. Rigaux, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *Mél. Guy Isaac*, Toulouse : PUSS, 2004, pp. 557-585.

C.T. Smith et T. Fetze, « The Uncertain Limits of the European Court of Justices's Authority : Economic Freedom Versus Human Dignity », (2004) 10 *Columbia Journal of European Law*, pp. 445-490.

J. Snell, « The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan? », (2010) 47 *Common Market Law Review*, pp. 437-472.

J. Snell, « True Proportionality and Free Movement of Goods and Services », (2000) *European Business Law Review*, pp. 50-57.

K. E. Sørensen, « Abuse of Rights in Community Law: a Principle of Substance or Merely Rhetoric? », (2006) 43 *Common Market Law Review*, pp. 423-459.

E. Spaventa, « From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards a (Non-)Economic European Constitution », (2004) 41 *Common Market Law Review*, pp. 743-773.

R. St. John Macdonald, « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan : A. Giuffrè, 1987, vol. 3, pp. 187-208.

E. Stein, « Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution », (1981) 75 *American Journal of International law*, pp. 1-27.

A. Stone Sweet, « How the European Legal System Works - and Does Not Work: Override, Non-Compliance, and Majoritarian Activism in International Regimes », non publié (2011), disponible sur: http://works.bepress.com/alec_stone_sweet/39.

A. Stone Sweet, « Investor-State Arbitration: Proportionality's New Frontier », (2010) 4.1 *Law and Ethics of Human Rights*, pp. 47-76.

A. Stone Sweet et J. Mathews, « All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing », (2011) 60 *Emory Law Journal*, pp. 799-875.

A. Stone Sweet et J. Mathews, « Proportionality Balancing and Global Constitutionalism », (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, pp. 72-164.

A. Supiot, « Grandeur et petitesses des professeurs de droit », *Les Cahiers du Droit*, vol. 42, nº 3, sept. 2001, pp. 595-614.

A. Supiot, « Justicia social y liberalización del comercio internacional », in *Actualidad de la justicia social : liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, Barcelone : J.M. Bosch, 2008, pp. 421-446.

A. Supiot, « La valeur de la parole donnée (à propos des chômeurs "recalculés") », *Droit Social*, 2004, pp. 541-547.

A. Supiot, « The Dogmatic Foundations of the Market », (2000) 29.4 *Industrial Law Journal*, pp. 321-345.

A. Supiot, « Voilà l'économie communiste de marché », *Le Monde*, 25 janvier 2008.

J.A. Sweeney, « A 'Margin of Appreciation' in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights », (2007) 34.1 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 27-52.

F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP* G, 15 juin 2009, pp. 52-57.

Ph. Théry, « Compétence », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 247-251.

A. Trabucchi, « L'effet erga omnes des décisions préjudicielles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1974, pp. 56-87.

D. Triantafyllou, « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », *Revue française de droit administratif*, 2000, pp. 246-253.

T. Tridimas, « Abuse of Right in EU Law: Some Reflections with particular Reference to Financial Law », *Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 27/2009*, disponible sur : http://ssrn.com/abstract=1438577.

M. Troper, « Normativisme », in D. Alland et S. Rials (éds.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 1704-1709.

M.V. Tushnet, « The Possibilities of Comparative Constitutional Law », (2003) 108 *Yale Law Journal*, pp. 1225-1309.

G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *Revue française de droit administratif*, 2009, pp. 641-656.

S. Van den Bogaert, « Horizontality: The Court Attacks? », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oxford et Portland Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 123-153.

H. van Harten, « Proportionality in Decentralized Action; the Dutch Court Experience in Free Movement of Services and Freedom of Establishment Cases », (2008) 35.3 *Legal Issues of Economic Integration*, pp. 217-230.

A. Von Bogdandy, « Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch » (2010) 16.2 *European Law Journal*, pp. 95-111.

P. Wachsmann, « Qualification » in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 1277-1283.

N. Walker, « Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay » (2005) 25 *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 581-601.

S. Weatherill, « Competence Creep and Competence Control », (2004) 23 *Yearbook of European Law*, pp. 1-55.

S. Weatherill, « European Private Law and the Constitutional Dimension », in F. Cafaggi (éd.), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford University Press, 2006, pp. 79-106.

S. Weatherill, « Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market », in C. Barnard et J. Scott (éds.), *The Law of the Single European Market: Unpacking the Premises*, Oregon : Hart Publishing, 2002, pp. 41-74.

S. Weatherill, « Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods: Mapping the Frontiers of Market Deregulation », (1999) 36 *Common Market Law Review*, pp. 51-85.

J.H.H. Weiler, « The Transformation of Europe », (1990-1991) 100 *Yale Law Journal*, pp. 2403-2483.

S. Wernicke, « Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens », (2007) 13.3 *European Law Journal*, pp. 380–407.

M. Wilderspin et X. Lewis, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *Revue internationale de droit international privé*, 2002, pp. 1-37 et 289-313.

G. Xynopoulos, « Proportionnalité », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/Lamy-PUF, 2007, 2ème éd., pp. 1251-1253.

E. Zoller, « Aspects internationaux du droit constitutionnel. Contribution à la théorie de la fédération », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2002, vol. 294.

IV. TEXTES OFFICIELS

Accord interinstitutionnel « mieux légiférer » du. 16 décembre 2003, *JOCE* n° C-321 du 31 décembre 2003.

Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt *Cassis de Dijon*, *JO* nº C 256, 3 octobre 1980.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, COM(2001) 398 final, *JO* C 255, 13 septembre 2001.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne », COM(2005) 97 final.

Communication de la Commission « Résultat de l'examen des propositions législatives en instance devant le législateur », COM(2005) 462 final.

Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne » COM(2010) 543 final.

Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

Directive 2006/123/CE du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Directive 2011/24/UE du 9 mars 2011 du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers.

Livre blanc « Gouvernance européenne » COM(2001) 428 final.

Livre vert de la Commission sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, COM(96) 721, janvier 1997.

Parlement européen. Discours de Günter Verheugen (Speech/05/541) du 27 septembre 2005.

Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial.

Règlement (CE) Nº 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»).

Règlement (CE) Nº 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »).

TABLE DES DÉCISIONS CITÉES

I. UNION EUROPEENNE

CJCE, 22 mars 1961, *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. jointes 42 et 49/59, *Rec*. p. 00101.

CJCE, 6 avril 1962, *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Robert Bosch GmbH et Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn.*, aff. 13-61, *Rec*. p. 00089.

CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, *Rec*. p. 00003.

CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV c. Administration fiscale néerlandaise*, aff. jointes 28-30/62, *Rec*. p. 00061.

CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6-64, *Rec*. p. 01141.

CJCE, 3 avril 1968, *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH c. Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67, *Rec.* p. 00211.

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70, *Rec*. p. 01125.

CJCE, 31 mars 1971, *Commission des Communautés européennes c. Conseil des Communautés européennes*, aff. 22-70, *Rec*. p. 00263.

CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*, aff. 4-73, *Rec.* p. 00491.

CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, aff. 8/74, *Rec*. p. 00837.

CJCE, 3 décembre 1974, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, aff. 33/74, *Rec*. p. 01299.

CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, aff. 41/74, *Rec*. p. 01337.

CJCE, 12 décembre 1974, *B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch c. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo*, aff. 36-74, *Rec.* p. 01405.

CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'intérieur*, aff. 36-75, *Rec*. p. 01219.

CJCES, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabe*na, aff. 43-75, *Rec*. p. 00455.

CJCE, 5 octobre 1977, *Carlo Tedeschi c. Denkavit Commerciale s.r.l.*, aff. 5-77, *Rec*. p. 01555.

CJCE, 27 octobre 1977, *Régina c. Pierre Bouchereau*, aff. 30-77, *Rec*. p. 01999.

CJCE, 7 février 1979, *J. Knoors c. Secrétaire d'État aux affaires économiques*, aff. 115/78, *Rec*. p. 00399.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec*. p. 00649.

CJCE, 8 novembre 1979, *P.B. Groenveld BV c. Produktschap voor Vee en Vlees*, aff. 15/79, *Rec*. p. 03409.

CJCE, 14 décembre 1979, *Regina c. Maurice Donald Henn et John Frederick Ernest Darby*, aff. 34/79, *Rec*. p. 03795.

CJCE, 22 janvier 1981, *Dansk Supermarked A/S c. A/S Imerco*, aff. 58/80, *Rec*. p. 00181.

CJCE, 7 avril 1981, *NV United Foods et PVBA Aug. Van den Abeele c. État belge*, aff. 132/80, *Rec*. p. 00995.

CJCE, 5 mai 1981, *Firma Anton Dürbeck c. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, aff. 112/80, *Rec*. p. 01095.

CJCE, 17 décembre 1981, *Procédure pénale c. Alfred John Webb*, aff. 279/80, *Rec*. p. 03305.

CJCE, 17 décembre 1981, *Procédure pénale c. Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten BV*, aff. 272/80, *Rec*. p. 03277.

CJCE, 3 février 1982, *Société anonyme de droit français Seco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. jointes 62 et 63/81, *Rec*. p. 00223.

CJCE, 18 mai 1982, *Rezguia Adoui c. État belge et ville de Liège et Dominique Cornuaille c. État belge*, aff. jointes 115 et 116/81, *Rec*. p. 01665.

CJCE, 6 octobre 1982, *Srl CILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, aff. 283/81, *Rec*. p. 03415.

CJCE, 24 novembre 1982, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, aff. 249/81, *Rec.* p. 04005.

CJCE, 15 décembre 1982, *Procédure pénale c. Oosthoek's Uitgeversmaatschappij BV*, aff. 286/81, *Rec*. p. 04575.

CJCE, 13 juillet 1983, *Sandro Forcheri et Marisa Marino, épouse Forcheri, c. État belge et Asbl Institut supérieur de sciences humaines appliquées - École ouvrière supérieure*, aff. 152/82, *Rec*. p. 02323.

CJCE, 14 juillet 1983, *Procédure pénale c. Sandoz BV*, aff. 174/82, *Rec*. p. 02445.

CJCE, 7 février 1984, *Duphar BV et autres c. État néerlandais*, aff. 238/82, *Rec*. p. 00523.

CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil Limited et autres c. Ministre pour l'Industrie et l'Energie et autres*, aff. 72/83, *Rec*. p. 02727.

CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc et autres c. SARL "Au blé vert" et autres*, aff. 229/83. *Rec*. p. 00001.

CJCE, 9 mai 1985, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. 21/84, *Rec*. p. 01355.

CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c. Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec*. p. 02605.

CJCE, 15 janvier 1986, *Pietro Pinna c. Caisse d'allocations familiales de la Savoie*, aff. 41/84, *Rec.* p. 00001.

CJCE, 11 mars 1986, *Conegate Limited c. HM Customs & Excise*, aff. 121/85, *Rec*. p. 01007.

CJCE, 12 juin 1986, *Bernhard Schloh c. SPRL Auto contrôle technique*, aff. 50/85, *Rec*. p. 01855.

CJCE, 10 juillet 1986, *D. H. M. Segers c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, aff. 79/85, *Rec*. p. 02375.

CJCE, 4 décembre 1986, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. 205/84, *Rec*. p. 03755.

CJCE, 12 mars 1987, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. 178/84, *Rec*. p. 01227.

CJCE, 15 octobre 1987, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c. Georges Heylens et autres*, aff. 222/86, *Rec.* p. 04097.

CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders et autres c. État néerlandais*, aff. 352/85, *Rec*. p. 02085.

CJCE, 21 juin 1988, *Sylvie Lair c. Universität Hannover*, aff. 39/86, *Rec*. 03161.

CJCE, 27 septembre 1988, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, aff.81/87, *Rec*. p. 05483.

CJCE, 16 mai 1989, *R. Buet et SARL Educational Business Services (EBS) c. Ministère public*, aff. 382/87, *Rec*. p. 01235.

CJCE, 18 mai 1989, *The Queen c. Royal Pharmaceutical Society of Great Britain, ex parte Association of Pharmaceutical Importers et autres*, aff. jointes 266 et 267/87, *Rec*. p. 01295.

CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c. B & Q plc.*, aff. C-145/88, *Rec.* p. 03851.

CJCE, 28 novembre 1989, *Anita Groener c. Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, aff. C-379/87, *Rec.* p. 03967.

CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Ld^{a} c. Office national d'immigration*, aff. C-113/89, *Rec*. p. I-01417.

CJCE, 23 mai 1990, *Procédure pénale c. Gourmetterie Van den Burg*, aff. C-169/89, *Rec*. p. I-02143.

CJCE, 3 octobre 1990, *Procédure pénale c. Marc Gaston Bouchoucha*, aff. C-61/89, *Rec*. p. I-03551.

CJCE, 17 octobre 1990, *SA CNL-SUCAL NV c. HAG GF AG*, aff. C-10/89, *Rec*. p. I-03711.

CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, *Rec*. p. I-04023.

CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, aff. C-339/89, *Rec*. p. 00107.

CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres*, aff. C-260/89, *Rec*. p. I-02925.

CJCE, 25 juillet 1991, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd.*, aff. C-76/90, *Rec*. p. I-04221.

CJCE, 25 juillet 1991, *Commission des Communautés européennes c. Royaume des Pays-Bas*, aff. C-353/89, *Rec*. p. I-04069.

CJCE, 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et autres c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-288/89, *Rec*. p. I-04007.

CJCE, 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres*, aff. C-221/89, *Rec*. p. I-03905.

CJCE, 4 octobre 1991, *Commission des Communautés européennes c. Irlande*, aff. C-93/89, *Rec*. p. I-04569.

CJCE, 4 octobre 1991, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-246/89, *Rec*. I-04585.

CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec*. p. I-04685.

CJCE, 8 avril 1992, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-62/90, *Rec.* p. I-02575.

CJCE, 7 juillet 1992, *Mario Vicente Micheletti et autres c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, aff. C-369/90, *Rec*. p. I-04239.

CJCE, 7 juillet 1992, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal et Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, aff. C-370/90, *Rec*. p. I-04265.

CJCE, 9 juillet 1992, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, aff. C-2/90, *Rec*. p. I-04431.

CJCE, 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council c. B & Q plc.*, aff. C-169/91, *Rec.* p. I-06635.

CJCE, 3 février 1993, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-148/91, *Rec*. p. I-00487.

CJCE, 30 mars 1993, *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig*, aff. C-168/91, *Rec*. p. I-01191.

CJCE, 19 mai 1993, *Tj. Twijnstra c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, aff. C-81/91, *Rec*. p. I-02455.

CJCE, 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter GmbH c. Pelin Baskiciogullari*, aff. C-93/92, *Rec*. p. I-05009.

CJCE, 24 novembre 1993, *Procédure pénale c. Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 et C-268/91, *Rec.* p. I-06097.

CJCE, 2 février 1994, *Verband Sozialer Wettbewerb eV c. Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*, aff. C-315/92, *Rec*. p. I-00317.

CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec*. p. I-01039.

CJCE, 28 avril 1994, *Albert Hoorn c. Landesversicherungsanstalt Westfalen*, aff. C-305/92, *Rec*. p. I-01525.

CJCE, 9 août 1994, *Raymond Vander Elst c. Office des migrations internationales*, aff. C-43/93, *Rec*. p. I-03803.

CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*, aff. C-23/93, *Rec*. p. I-04795.

CJCE, 5 octobre 1994, *Procédure pénale c. Johannes Gerrit Cornelis van Schaik*, aff. C-55/93, *Rec*. p. I-04837.

CJCE, 9 février 1995, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA et M6 Publicité SA*, aff. C-412/93, *Rec*. p. I-00179.

CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, *Rec*. p. I-01141.

CJCE, 6 juillet 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. c. Mars GmbH*, aff. C-470/93, *Rec*. p. I-01923.

CJCE, 17 octobre 1995, *Procédure pénale c. Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf et Otto Holzer*, aff. C-83/94, *Rec*. p. I-03231.

CJCE, 17 octobre 1995, *Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen GmbH c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-70/94, *Rec*. p. I-03189.

CJCE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, *Rec*. p. I-04165.

CJCE, 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA c. Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman*, aff. C-415/93, *Rec*. p. I-04921.

CJCE, 28 mars 1996, *Procédure pénale c. Michel Guiot et Climatec SA*, aff. C-272/94, *Rec*. p. I-01905.

CJCE, 30 avril 1996, *Ingrid Boukhalfa c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-214/94, *Rec*. p. I-02253.

CJCE, 23 mai 1996, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, aff. C-5/94, *Rec*. p. I-02553.

CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag et Ronny Forsberg c. MSL Dynamics Ltd.*, aff. C-43/95, *Rec*. p. I-04661.

CJCE, 12 décembre 1996, *Reisebüro Broede c. Gerd Sandker*, aff. C-3/95, *Rec*. p. I-06511.

CJCE, 13 mai 1997, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-233/94, *Rec*. p. I-02405.

CJCE, 5 juin 1997, *VT4 Ltd c. Vlaamse Gemeenschap*, aff. C-56/96, *Rec*. p. I-03143.

CJCE, 5 juin 1997, *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxidiotikon Grafeion (SETTG) c. Ypourgos Ergasias*, aff. C-398/95, *Rec*. p. I-03091.

CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-368/95, *Rec*. p. I-03689.

CJCE, 9 juillet 1997, *Konsumentombudsmannen (KO) c. De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) et TV-Shop i Sverige AB (C-35/95 et C-36/95)*, aff. jointes C-34/95, C-35/95 et C-36/95, *Rec*. p. I-03843.

CJCE, 9 décembre 1997, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-265/95, *Rec*. p. I-06959.

CJCE 19 mars 1998, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd.*, aff. C-1/96, *Rec*. I-01251.

CJCE, 28 avril 1998, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, aff. C-120/95, *Rec*. p. I-01831.

CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, aff. C-158/96, *Rec*. p. I-01931.

CJCE, 28 avril 1998, *Jessica Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas län, anciennement Skattemyndigheten i Kopparbergs län*, aff. C-118/96, *Rec*. p. I-01897.

CJCE, 14 juillet 1998, *Aher-Waggon GmbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-389/96, *Rec*. p. I-04473.

CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, aff. C-212/97, *Rec*. p. I-01459.

CJCE, 21 septembre 1999, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd et Oy Transatlantic Software Ltd c. Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) et Suomen valtio (Etat finlandais)*, aff. C-124/97, *Rec*. p. I-06067.

CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, aff. C-67/96, *Rec.* p. I-05751.

CJCE, 21 octobre 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, aff. C-67/98, *Rec*. p. I-07289.

CJCE, 23 novembre 1999, *Procédures pénales c. Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL (C-369/96) et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL (C-376/96)* aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec.* p. I-08453.

CJCE, 13 janvier 2000, *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG c. Lancaster Group GmbH*, aff. C-220/98, *Rec*. p. I-00117.

CJCE, 27 janvier 2000, *Volker Graf c. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, aff. C-190/98, *Rec.* p. I-00493.

CJCE, 3 février 2000, *Charalampos Dounias c. Ypourgio Oikonomikon*, aff. C-228/98, *Rec.* p. I-00577.

CJCE, 14 mars 2000, *Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier minister*, aff. C-54/99, *Rec*. p. I-01335.

CJCE, 28 mars 2000, *Dieter Krombach c. André Bamberski*, aff. C-7/98, *Rec.* p. I-01935.

CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-52/00, *Rec.* p. I-03827.

CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, aff. C-38/98, *Rec.* p. I-02973.

CJCE, 6 juin 2000, *Staatssecretaris van Financiën c. B.G.M. Verkooijen*, aff. C-35/98, *Rec.* p. I-04071.

CJCE, 6 juin 2000, *Roman Angonese c. Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, aff. C-281/98, *Rec*. p. I-04139.

CJCE, 5 octobre 2000, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-376/98, *Rec*. p. I-08419.

CJCE, 12 octobre 2000, *Ruwet SA c. Cidre Stassen SA et HP Bulmer Ltd.*, aff. C-3/99, *Rec*. p. I-08749.

CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland-Stärke GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, aff. C-110/99, *Rec*. p. I-11569.

CJCE, 1er février 2001, *Procédure pénale c. Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun et Grandvision Belgium SA, civilement responsable, en présence de l'Union professionnelle belge des médecins spécialistes en ophtalmologie et chirurgie oculaire*, aff. C-108/96, *Rec*. p. I-00837.

CJCE, 8 mars 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, aff. C-405/98, *Rec*. p. I-01795.

CJCE, 13 mars 2001, *PreussenElektra AG c. Schhleswag AG, en présence de Windpark Reußenköge III GmbH et Land Schleswig-Holstein*, aff. C-379/98, *Rec*. p. I-02099.

CJCE, 15 mars 2001, *Procédure pénale c. André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, aff. C-165/98, *Rec*. p. I-02189.

CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99, *Rec*. p. I-06193.

CJCE, 27 septembre 2001, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Wieslaw Gloszczuk et Elzbieta Gloszczuk*, aff. C-63/99, *Rec*. p. I-06369.

CJCE, 23 octobre 2001, *Procédure pénale c. Xavier Tridon*, aff. C-510/99, *Rec*. p. I-07777.

CJCE, 25 octobre 2001, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-493/99, *Rec*. p. I-08163.

CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ldª (C-49/98), Portugaia Construções Ldª (C-70/98) et Engil Sociedade de Construção Civil SA (C-71/98) c. Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft et Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha (C-50/98), Tudor Stone Ltd (C-52/98), Tecnamb-Tecnologia do Ambiante Ldª (C-53/98), Turiprata Construções Civil Ldª (C-54/98), Duarte dos Santos Sousa (C-68/98) et Santos & Kewitz Construções Ldª (C-69/98)*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Rec*. p. I-07831.

CJCE, 20 novembre 2001, *Aldona Malgorzata Jany et autres c. Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-268/99, *Rec*. p. I-08615.

CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Ldª*, aff. C-164/99, *Rec*. p. I-00787.

CJCE, 25 avril 2002, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-52/00, *Rec*. p. I-03827.

CJCE, 6 juin 2002, *Land Hessen c. G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH*, aff. C-360/00, *Rec*. p. I-05089.

CJCE, 6 juin 2002, *Sapod Audic c. Eco-Emballages SA*, aff. C-159/00, *Rec*. p. I-05031.

CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop c. Office national de l'emploi*, aff. C-224/98, *Rec.* p. I-06191.

TPI, 1 septembre 2002, *Alpharma Inc. c. Conseil de l'Union européenne*, aff. T-70/99, *Rec*. p. II-03495.

TPI, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c. Conseil de l'Union européenne*, aff. T-13/99, *Rec.* p. II-03305.

CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-413/99, *Rec*. p. I-07091.

CJCE, 24 octobre 2002, *Procédure pénale c. Gottfried Linhart et Hans Biffl*, aff. C-99/01, *Rec*. p. I-09375.

CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, aff. C-208/00, *Rec*. p. I-09919.

CJCE, 26 novembre 2002, *Ministre de l'Intérieur c. Aitor Oteiza Olazabal*, aff. C-100/01, *Rec.* p. I-10981.

CJCE, 10 décembre 2002, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, aff. C-491/01, *Rec*. p. I-11453.

CJCE, 16 janvier 2003, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. C-388/01, *Rec.* p. I-00721.

CJCE, 21 janvier 2003, *Bacardi-Martini SAS et Cellier des Dauphins c. Newcastle United Football Company Ltd.*, aff. C-318/00, *Rec.* p. I-00905.

CJCE, 13 mai 2003, *V.G. Müller-Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA et E.E.M. van Riet c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, aff. C-385/99, *Rec*. p. I-04509.

CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec*. p. I-05659.

CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur Ltd (C-20/00) et Hydro Seafood GSP Ltd (C-64/00) c. The Scottish Ministers*, aff. jointes C-20/00 et C-64/00, *Rec*. p. I-07411.

CJCE, 11 septembre 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) et autres c. Estado portugués*, aff. C-6/01, *Rec*. p. I-08621).

CJCE, 23 septembre 2003, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, aff. C-109/01, *Rec*. p. I-09607.

CJCE, 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, aff. C-167/01, *Rec.* p. I-10155.

CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello c. État belge*, aff. C-148/02, *Rec*. p. I-11613.

CJCE, 6 novembre 2003, *Franca Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, aff. C-413/01, *Rec*. p. I-13187.

CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale c. Piergiorgio Gambelli e.a.*, aff. C-243/01, *Rec*. p. I-13031.

CJCE, 6 novembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, aff. C-358/01, *Rec*. p. I-13145.

CJCE, 13 novembre 2003, *Diana Elisabeth Lindman*, aff. C-42/02, *Rec.* p. I-13519.

CJCE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, aff. C-116/02, *Rec.* p. I-14693.

CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval*, aff. C-322/01, *Rec.* p. I-14887.

CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, aff. C-71/02, *Rec*. p. I-03025.

CJCE, 15 juillet 2004, *Douwe Egberts NV c. Westrom Pharma NV et Christophe Souranis, agissant sous le nom commercial "Établissements FICS" et Douwe Egberts NV c. FICS-World BVBA*, aff. C-239/02, *Rec.* p. I-07007.

CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-442/02, *Rec*. p. I-08961.

CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. Filipe Pereira Félix*, aff. C-60/03, *Rec.* p. I-09553.

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec*. p. I-09609.

CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, aff. C-200/02, *Rec*. p.I-09925.

CJCE, 21 octobre 2004, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-445/03, *Rec*. p. I-10191.

CJCE, 14 décembre 2004, *The Queen, à la demande de Swedish Match AB et Swedish Match UK Ltd c. Secretary of State for Health*, aff. C-210/03, *Rec*. p. I-11893.

CJCE, 1er mars 2005, *Andrew Owusu c. N. B. Jackson, agissant sous le nom commercial "Villa Holidays Bal-Inn Villas" et autres*, aff. C-281/02, *Rec.* p. I-01383.

CJCE, 15 mars 2005, *The Queen, à la demande de Dany Bidar c. London Borough of Ealing et Secretary of State for Education and Skills*, aff. C-209/03, *Rec.* p. I-02119.

CJCE, 17 mars 2005, *Karl Robert Kranemann c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-109/04, *Rec*. p. I-02421.

CJCE, 8 septembre 2005, *Mobistar SA c. Commune de Fléron et Belgacom Mobile SA c. Commune de Schaerbeek*, aff. jointes C-544/03 et C-545/03, *Rec*. p. I-07723.

CJCE, 15 septembre 2005, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, aff. C-464/02, *Rec*. p. I-07929.

CJCE, 15 septembre 2005, *Office national de l'emploi c. Ioannis Ioannidis*, aff. C-258/04, *Rec.* p. I-08275.

CJCE, 24 novembre 2005, *Georg Schwarz c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg*, aff. C-366/04, *Rec*. p. I-10139.

CJCE, 13 décembre 2005, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, aff. C-446/03, *Rec.* p. I-10837.

CJCE, 19 janvier 2006, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-244/04, *Rec.* p. I-00885.

CJCE, 21 février 2006, *Halifax plc e.a. c. Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-255/02, *Rec*. p. I-01609.

CJCE, 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec*. p. I-07917.

CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd c. Commissioners of Inland Revenue*, aff. C-196/04, *Rec*. p. I-07995.

CJCE, 14 septembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos AE, anciennement Trofo Super-Markets AE et Carrefour Marinopoulos AE c. Elliniko Dimosio, Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*, aff. jointes C-158/04 et C-159/04, *Rec*. p. I-08135.

CJCE, 28 septembre 2006, *Procédure pénale c. Jan-Erik Anders Ahokainen et Mati Leppik*, aff. C-434/04, *Rec*. p. I-09171.

CJCE, 26 octobre 2006, *K. Tas-Hagen et R. A. Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, aff. C-192/05, *Rec.* p. I-10451.

CJCE, 11 janvier 2007, *ITC Innovative Technology Center GmbH c. Bundesagentur für Arbeit*, aff. C-208/05, *Rec.* p. I-00181.

CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales c. Massimiliano Placanica e.a.*, aff. jointes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Rec.* p. I-01891.

CJCE, 14 avril 2007, *Deponiezweckverband Eiterköpfe c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-6/03, *Rec.* p. I-02753.

CJCE, 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed c. Skatteministeriet*, aff. C-321/05, *Rec*. p. I-05795.

CJCE, 18 juillet 2007, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-490/04, *Rec*. p. I-06095.

CJCE, 23 octobre 2007, *Rhiannon Morgan c. Bezirksregierung Köln et Iris Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, aff. jointes C-11/06 et C-12/06, *Rec.* p. I-09161.

CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec*. p. I-10779.

CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05, *Rec*. p. I-11767.

CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, aff. C-244/06, *Rec*. p. I-00505.

CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, aff. C-346/06, *Rec.* p. I-01989.

CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, aff. C-265/06, *Rec*. p. I-02245.

CJCE, 19 juin 2008, *Commission des Communautés européennes c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-319/06, *Rec*. p. I-04323.

CJCE, 14 octobre 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul*, aff. C-353/06, *Rec*. p. I-07639.

CJCE, 18 novembre 2008, *Jacqueline Förster c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, aff. C-158/07, *Rec*. p. I-08507.

CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, aff. C-210/06, *Rec*. p. I-09641.

CJCE, 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts et Santurel Inter BVBA*, aff. C-205/07, *Rec*. p. I-09947.

CJCE, 10 février 2009, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. C-110/05, *Rec.* p. I-00519.

CJCE, 10 février 2009, *Allianz SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, aff. C-185/07, *Rec.* p. I-00663.

CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, aff. C-169/07, *Rec*. p. I-01721.

CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-445/06, *Rec*. p. I-02119.

CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a. c. Saarland et Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales*, aff. jointes C-171/07 et C-172/07, *Rec*. p. I-04171.

CJCE, 19 mai 2009, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, aff. C-531/06, *Rec.* p. I-04103.

CJCE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson et Joakim Roos*, aff. C-142/05, *Rec*. p. I-04273.

CJCE, 4 juin 2009, *Athanasios Vatsouras (C-22/08) et Josif Koupatantze (C-23/08) c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, *Rec.* p. I-04585.

CJCE, 16 juillet 2009, *The Queen, à la demande de Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-428/07, *Rec.* p. I-06355.

CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd c. Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, aff. C-42/07, *Rec.* p. I-07633.

CJCE, 12 novembre 2009, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne*, aff. C-154/08, *Rec*. p. I-00187.

CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, aff. C-135/08 (non encore publié au *Rec.*).

CJUE, 1 juin 2010, *José Manuel Blanco Pérez et María del Pilar Chao Gómez c. Consejería de Salud y Servicios Sanitarios et Principado de Asturias*, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, *Rec*. p. I-04629.

CJUE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd c. Minister van Justitie*, aff. C-203/08, *Rec*. p. I-04695.

CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd et Ladbrokes International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator*, aff. C-258/08, *Rec*. p. I-04757.

CJUE, 8 juillet 2010, *Procédures pénales c. Otto Sjöberg (C-447/08) et Anders Gerdin (C-448/08)*, aff. jointes C-447/08 et C-448/08, *Rec*. p. I-06921.

CJUE, 15 juillet 2010, *Commission européenne c. République fédérale allemande*, aff. C-271/08, *Rec*. p. I-07091.

CJUE, 5 octobre 2010, *Georgi Ivanov Elchinov c. Natsionalna zdravnoosiguritelna kasa*, aff. C-173/09, *Rec*. p. I-08889.

CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*, aff. jointes C-92 et 93/09, *Rec.* p. I-11063.

CJUE, 16 décembre 2010, *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, aff. C-137/09, *Rec*. p. I-13019.

CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec.* p. I-13693.

CJUE, 10 mars 2011, *Maurits Casteels c. British Airways plc*, aff. C-379/09, *Rec.* p. I-01379.

CJUE, 15 septembre 2011, *Olivier Halley, Julie Halley et Marie Halley c. Belgische Staat*, aff. C-132/10, *Rec*. p. I-08353.

CJUE, 6 octobre 2011, *Philippe Bonnarde c. Agence de Services et de Paiement*, aff. C-443/10 (à paraître dans le *Rec*.).

CJUE, 29 novembre 2011, *National Grid Indus BV c. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, aff. C-371/10 (à paraître dans le *Rec*.).

CJUE, 12 juillet 2012, *HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica et HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd c. Bundesminister für Finanzen*, aff. C-176/11 (à paraître dans le *Rec*.).

CJUE, 19 juillet 2012, *SIA Garkalns c. Rīgas dome*, aff. C-470/11 (à paraître dans le *Rec*.).

II. CONSEIL DE L'EUROPE

CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. 5493/72.

CEDH, 12 août 1991, *Philis c. Grèce*, req. 12750/87, 13780/88 et 14003/88.

CEDH, 28 Juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, req. 76240/01.

III. FRANCE

Cass. Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, nº 6.

CE, 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est, Rec. Lebon*, p. 409, concl. Braibant.

Cass. Civ. 1re, 17 mai 1983, *Soc. Lafarge, Revue critique de droit international privé*, 1985, p. 346, note B. Ancel..

CC, Décision nº 2010-25 QPC du 16 septembre 2010, *JO* du 16 septembre 2010 p. 16847.

IV. ETATS-UNIS

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

Southern Pac. Co. v. Jensen, 244 U.S. 205 (1917)

United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938).

Schneider v. State, 308 U.S. 147 (1939).

Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, Inc., 348 U.S. 483 (1955).

Pike v. Bruce Church, Inc., 397 U.S. 137, 142 (1970).

Healy v. Beer Institute, Inc., 491 U.S. 324 (1989).

V. ROYAUME-UNI

R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood [1997] 2 All ER 687, Court of Appeal

VI. ARBITRAGE

Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c. République de l'Equateur, aff. CIRDI No. ARB/06/11

INDEX DES DÉCISIONS

Aciéries du Temple, 284
Adoui et Cornuaille, 470, 471
Aher-Waggon, 371, 434, 448, 457
Ahokainen, 82, 83, 88, 119, 120, 150, 248, 313, 314, 366, 367, 368, 369
Akrich, 342, 350
Albany, 485
Alfa Vita, 53, 83, 151, 324, 367, 442
Allemagne c. Parlement et Conseil, C-233/94, 211, 400, 426
Allemagne c. Parlement et Conseil, C-376/98, 307
Alpine Investments, 56, 67, 158, 206, 207, 208, 318, 319, 484
Alsthom, 297, 327
Angonese, 326
Anomar, 482
Apothekerkammer, 60, 78, 133, 322, 324, 369, 438, 439, 468, 469
Arblade, 56, 93, 176, 191, 192, 195, 361, 362, 371, 449, 457, 502
Association of Pharmaceutical Importers, 215, 404
Bacardi-Martini, 151
Baumbast, 223, 349
Bidar, 224, 225, 434, 435, 498
Biologische Producten, 355, 356
Blanco Pérez, 59, 60, 61, 98, 430, 435, 439
Bond van Adverteerders, 56, 57, 75, 76, 155, 236, 347, 368
Bonnarde, 165, 316
Booker Aquacultur, 146, 230
Bosman, 63, 296, 297, 325, 326, 420
Bouchereau, 474
Bouchoucha, 345
Boukhalfa, 210
British Airways, 63, 71, 74, 477
Buet, 448
Cadbury Schweppes, 348, 353
CaixaBank, 39, 162, 322, 323, 369, 404
Campus Oil, 73, 75, 457, 473, 474
Carolene Products, 402
Cartesio, 388, 389
Centros, 56, 66, 72, 74, 231, 232, 233, 234, 291, 296, 340, 342, 348, 351, 352, 353, 354, 366, 392, 449
CILFIT, 164
Cinéthèque, 30, 52, 165, 308, 403
Clinique et Estée Lauder, 310
Commission c. Allemagne C-271/08, 100
Commission c. Allemagne, 205/84, 216, 359
Commission c. Allemagne, C-244/04, 51, 170, 171, 184, 187
Commission c. Allemagne, C-490/04, 167

Commission c. Allemagne, C-493/99, 360
Commission c. Allemagne, C-62/90, 94
Commission c. Belgique, C-2/90, 434
Commission c. Conseil, 22-70, 380
Commission c. Danemark, C-464/02, 323
Commission c. Espagne, C-154/08, 216
Commission c. Espagne, C-358/01, 81, 119
Commission c. France, 21/84, 52, 215
Commission c. France, C-265/95, 302, 326
Commission c. France, C-52/00, 82, 327
Commission c. Irlande, 249/81, 52, 215
Commission c. Irlande, C-93/89, 349
Commission c. Italie, C-388/01, 77
Commission c. Italie, C-531/06, 84, 438
Commission c. Luxembourg, C-319/06, 157, 180, 362
Commission c. Luxembourg, C-445/03, 166, 170, 180
Commission c. Pays-Bas, C-353/89, 347
Commission c. Portugal, C-265/06, 55, 91, 112, 314
Commission c. Royaume-Uni, C-246/89, 349
Compassion in World Farming, 234, 235, 237
Conegate, 168, 471
Costa c. ENEL, 28
Da Costa, 164
Daily Mail, 388, 389
Dansk Supermarked, 326
Danske Slagterier, 179
Dassonville, 52, 54, 215, 306, 308, 312
Data Delecta, 352
De Agostini, 150, 151, 183, 191, 414
Decker, 73, 76, 453
Defrenne, 325
Denkavit, 449
Deponiezweckverband, 449
Desquenne, 226, 352, 358, 359
Deutscher Apothekerverband, 70, 76, 99, 369, 384
D'Hoop, 292
Douwe Egberts, 186, 295, 450
Duphar, 73, 403
Dynamic Medien, 54, 55, 114, 161, 162, 472
Eglise de scientologie, 154, 189, 190, 191, 485
Elchinov, 415
Elliniki Radiophonia Tiléorassi, 475
Emsland-Stärke, 342, 343, 351, 353
Espagne c. Royaume-Uni, C-145/04, 473
Estée Lauder c. Lancaster, 81, 119
ex parte Blood, 487

Factortame, 56, 349
Familiapress, 78, 147, 148, 155, 156, 158, 441
Fedesa, 38, 110, 111, 134, 403, 451
Finalarte, 57, 58, 98, 154, 156, 352, 362
Förster, 221, 225, 226
Gambelli, 145, 361, 405, 482
Garcia Avello, 56, 65, 66, 72, 94, 155, 159, 167, 291, 296, 321, 385, 402, 449
Gasser, 192, 279, 280, 282, 283
Gebhard, 193, 236, 318, 320, 321, 322, 324, 511
Gloszczuk, 350
Gouda, 58, 67, 73, 143, 144, 187, 209, 235, 347, 502
Gourmet, 55, 82, 104, 105, 156, 319, 320, 442, 484
Groener, 473
Groenveld, 310, 311, 315, 316, 318
Grogan, 389, 468
Grunkin, 14, 15, 16, 56, 65, 155, 209, 210, 218, 219, 291, 449, 457
Grzelczyk, 222
Guiot, 357, 361, 362
Gysbrechts, 84, 257, 316
HAG, 166
Halifax, 340, 342
Halley, 93, 94
Handyside, 470
Hartlauer, 129, 130, 180, 190, 322, 324, 371, 381, 382, 384
Healy, 383
Hedley Lomas, 234, 235
Henn et Darby, 168, 469
HIT hoteli, 68, 84, 149, 163
Horvath, 435
Inspire Art, 232, 234, 353, 392
Internationale Handelsgesellschaft, 37, 182, 324, 476, 506
Ioannidis, 186
ITC, 61
Jany, 233, 468, 472
Josemans, 60, 184, 185, 187, 469
Karner, 109, 110
Keck, 55, 112, 166, 236, 309, 310
Knoors, 340
Kofoed, 337, 341, 342
Kohll, 73, 76
Konstantinidis, 291
Korematsu, 453
Kranemann, 72, 94, 323
Krombach, 475
Läärä, 405, 481, 482
Ladbrokes, 98, 99, 134, 145

Lair, 349
Laval, 43, 56, 71, 95, 97, 99, 113, 114, 130, 167, 168, 228, 229, 298, 326, 329, 385, 402, 413, 452, 454, 464, 467, 477, 478, 481, 485, 505
Leclerc, 339
Leifer, 209
Liga Portuguesa, 67, 70, 83, 94, 149, 153, 207, 208, 406, 439, 440, 443, 464, 483
Lindman, 483
Linhart et Biffl, 81
Lochner, 19
Mac Quen, 152
Marks & Spencer, 58, 236, 349
Mars, 310
Mazzoleni, 56, 147, 148
Micheletti, 390
Mickelsson et Roos, 55, 112, 184, 215, 295, 314
Molkerei-Zentrale, 166
Müller-Fauré, 76, 185, 191
National Grid, 94
Ninni-Orasche, 349, 350
Nold, 476
Occidental, 36
Omega, 71, 82, 83, 114, 129, 317, 318, 320, 403, 404, 413, 467, 471, 475, 476, 478, 481, 485
Oosthoek, 308
Oteiza Olazabal, 151, 471
Pfizer, 439, 440
Philis, 230
Pike, 107, 108
Pinna, 229
Placanica, 145, 361, 406, 413, 483
Portugaia Construções, 57, 58, 98, 151, 154, 156, 158, 352, 362, 524
Princesse de Bauffremont, 337
Reisebüro Broede, 360, 404, 414
Renault, 475
Rewe-Zentral, 54, 67, 75, 79, 144, 236, 308, 432
Ricordi, 68, 75, 432, 433
Rottmann, 391, 392
Rüffert, 157, 228, 362
Rush Portuguesa, 143, 144, 227, 235, 236, 510
Rutili, 470, 485
Ruwet, 81, 119
Safir, 82
Säger, 193, 317, 412, 413
Sandoz, 437, 438
Sapod Audic, 326
Sayn-Wittgenstein, 216, 434, 473

Schindler, 39, 173, 207, 404, 405, 406, 412, 413, 452, 474, 481, 482, 508
Schloh, 54
Schmidberger, 100, 111, 113, 114, 115, 315, 316, 326, 372, 453, 456, 491
Schneider, 107
Schwarz, 446
Segers, 344
SETTG, 73, 76, 77
SIA Garkalns, 401, 443, 511
Singh, 345
Sjöberg, 94, 390, 483
Soc. Lafarge, 66, 336
Southern Pac., 32
Sporting Exchange, 99, 134, 146, 483
Stoke-on-Trent, 111, 112, 113, 114, 310, 441
Swedish Match, 147
Tas-Hagen, 387
Tobacco, 426
Torfaen, 142, 149, 248, 309, 441
Tridon, 82, 84, 152, 441, 446
TV10, 341, 342, 345, 346, 347, 348, 351
Twijnstra, 189
Überseering, 66, 74, 232, 234, 392
United Foods, 356
van Binsbergen, 336
Van den Burg, 234
van Duyn, 193, 469
van Gend & Loos, 28, 123
van Schaik, 236
Vander Elst, 208, 235
Vatsouras, 292
Verkooijen, 75
Veronica, 346, 347
Viking, 43, 70, 71, 97, 99, 113, 114, 130, 142, 153, 154, 195, 216, 298, 326, 329, 332, 385, 413, 449, 452, 454, 464, 477, 478, 485, 505
Ville Nouvelle Est, 106, 108
Volker Graf, 323
Volker und Markus Schecke, 108
VT4, 347
Wagner, 202, 203, 204, 205, 541
Walrave, 325
Webb, 173, 226, 357
Werner, 209
West Tankers, 283
Wolff, 58, 151, 228
Zenatti, 53, 54, 145, 405, 482
Zhu, 390, 391

TABLE DE MATIÈRES

INTRODUCTION 13

I. UNE ANOMALIE 13

II. CONSIDÉRATIONS MÉTHODOLOGIQUES 18

A. La tendance à confondre l'explication et la justification 28

B. Critique de la théorie dite des contraintes juridiques 31

III. LE CONTEXTE CHOISI 35

IV. LA DYNAMIQUE 41

PREMIERE PARTIE : UNE FORME DE RAISONNEMENT 47

TITRE I. UNE EVALUATION COUTS-BENEFICES 50

CHAPITRE 1. L'EMPIRISME DES COMPOSANTES DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE 51

SECTION 1. Le calcul des bénéfices : le test d'appropriation 52

§ 1 – La justification par la voie exclusive des effets produits 52

A. La réduction de la notion de but à celle d'effet 53

B. L'indifférence de la qualification formelle des mesures en cause du point de vue du droit international privé 63

§ 2 – La confusion du test de la légitimité des buts avec le test d'adéquation 68

A. Le choix des objectifs à poursuivre incombe aux Etats membres 69

B. La question de l'exclusion des objectifs de nature économique 72

SECTION 2. Le calcul des coûts : le test de nécessité 78

§ 1 – L'ambigüité de la notion de nécessité 78

§ 2 – L'absence de détermination quant au niveau approprié de protection 81

CHAPITRE 2. L'ABSENCE D'UNE FORME DE RAISONNEMENT DE MISE EN BALANCE D'INTERETS 85

SECTION 1. La constatation de l'absence d'une forme de raisonnement de mise en balance de la jurisprudence communautaire 90

§ 1 – L'absence du test de proportionnalité *stricto sensu* 90

§ 2 – Un langage parfois équivoque 95

§ 3 – L'absence de la notion de valeur 100

§ 4 – Comparaison avec la jurisprudence où est employée une forme de raisonnement de mise en balance 105

§ 5 – Les cas exceptionnels où la Cour applique les libertés de circulation en employant une forme de raisonnement de mise en balance 110

SECTION 2. La réfutation des interprétations insistant sur l'existence d'une forme de raisonnement de mise en balance d'intérêts 115

§ 1 – La position doctrinale qui conçoit les décisions de la Cour de justice comme opérant nécessairement une mise en balance d'intérêts 115

§ 2 – Le rejet des interprétations essentialistes 121

A. La mise en balance d'intérêts comme outil analytique et comme forme de raisonnement 121

B. La confusion des deux dimensions de l'analyse 125

TITRE II. L'INCOMPATIBILITE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE AVEC UNE FORME DE RAISONNEMENT SYLLOGISTIQUE 132

CHAPITRE 1. L'EXCLUSION DU SYLLOGISME JUDICIAIRE 133

SECTION 1. La tendance doctrinale à concevoir la proportionnalité comme un principe substantiel d'application syllogistique 133

§ 1 – La tendance en droit communautaire à ranger le principe de proportionnalité parmi les principes généraux du droit 134

§ 2 – La tendance à concevoir le raisonnement juridique comme essentiellement syllogistique 137

SECTION 2. L'incompatibilité du syllogisme juridique avec le principe de proportionnalité 141

§ 1 – Le caractère *in concreto* de l'appréciation de la proportionnalité 141

A. La réfutabilité des conclusions de la Cour 142

B. Le contrôle de proportionnalité, réalisée au vu des modalités concrètes d'application des réglementations nationales 145

C. L'éclatement de la division de compétences entre la CJUE et les juridictions nationales 148

D. La charge de la preuve 157

E. L'absence d'efforts interprétatifs 160

§ 2 – Le rôle insignifiant des décisions antérieures dans l'appréciation de la proportionnalité 163

A. Le faible rôle de la jurisprudence dans le raisonnement de la Cour dans des domaines autres que le principe de proportionnalité 163

B. Le rôle insignifiant de la jurisprudence dans l'appréciation de la proportionnalité 169

CHAPITRE 2. L'IMPOSSIBILITE DE CONCEVOIR LES LIBERTES DE CIRCULATION COMME DES REGLES ABSTRAITES 175

SECTION 1. L'exclusion d'une conception légaliste de la sécurité juridique 175

§ 1 – L'incompatibilité du principe de proportionnalité avec la notion de droit subjectif 175

A. Précisions sur la notion de droit subjectif et son rapport avec une conception légaliste de la sécurité juridique 176

B. L'impossibilité de concevoir les libertés de circulation comme des droits subjectifs 179

§ 2 – L'impossibilité d'une régulation de la prévisibilité offerte par les réglementations étatiques 183

A. La régulation de la sécurité juridique comme moyen pour garantir l'efficacité des mesures étatiques 184

B. L'aporie de la régulation de la sécurité juridique 189

SECTION 2. L'exclusion de la dogmatique du droit des conflits de lois 193

§ 1 – Les interprétations des libertés de circulation fondées sur la dogmatique du droit des conflits de lois 194

A. Présentation des thèses 194

1. La thèse du manque d'impact des libertés de circulation sur les règles de conflit étatiques 195

2. La thèse de la règle de conflit « cachée » 198

B. La réfutation des thèses 202

1. La réalité de l'application du principe de proportionnalité au champ d'application territorial des réglementations étatiques 202

a. L'exemple de la jurisprudence de la CEDH : l'arrêt Wagner 203

b. La jurisprudence de la CJUE 205

2. L'impossibilité d'interpréter les libertés de circulation comme des règles de conflit 211

§ 2 – Les libertés de circulation, intervenant au stade de l'application des règles étatiques 213

A. Les libertés de circulation, intervenant au stade de l'application des règles étatiques 214

B. L'incapacité des codifications législatives à éradiquer l'application du principe de proportionnalité 221

1. La Directive citoyenneté 2004/38 222

2. La Directive sur le détachement des travailleurs 96/71 226

SECTION 3. L'exception du contenu essentiel des libertés de circulation 229

§ 1 – Le contenu essentiel des libertés de circulation, exception à l'application du principe de proportionnalité 230

§ 2 – La possibilité de concevoir les libertés de circulation comme des règles abstraites à partir de leur contenu essentiel 233

DEUXIÈME PARTIE : UN CONTENU SUBSTANTIEL 238

TITRE I. UN PRINCIPE D'EFFICIENCE 240

CHAPITRE 1. UNE NORME DE NATURE TECHNIQUE 241

SECTION 1. Précisions sur la notion de norme technique 241

§ 1 – La norme technique, à mi-chemin entre l'être et le devoir-être 241

§ 2 – Une légitimation technocratique 244

SECTION 2. La constatation de la nature technique du principe de proportionnalité 248

§ 1 – Le principe de proportionnalité comme principe d'efficience 248

A. Une norme unitaire imposant une évaluation de l'efficience selon le critère de Pareto 249

B. Une norme imposant aux autorités étatiques de « mieux légiférer » 252

C. La pauvreté technique des évaluations coûts-bénéfices réalisées par la Cour de justice 255

§ 2 – La légitimation par l'efficience 259

§ 3 – L'exclusion d'une conception axiologique du principe de proportionnalité 265

A. L'incompatibilité des conceptions technique et axiologique du principe de proportionnalité 267

B. La possibilité d'interpréter les différents tests du principe de proportionnalité à partir de paradigmes différents 273

CHAPITRE 2. LA NATURE INSTRUMENTALE DES LIBERTES DE CIRCULATION 278

SECTION 1. La tentation d'une conception non-légaliste des droits individuels 278

§ 1 – Les deux conceptions antagoniques de la prévisibilité 278

§ 2 – Le renouveau de la théorie des droits acquis comme expression d'une conception non-légaliste des droits individuels 286

SECTION 2. L'incompatibilité des libertés de circulation avec une conception non-légaliste des droits individuels 290

§ 1 – Un modèle *sui generis* de sécurité juridique 290

§ 2 – La valeur extrinsèque des libertés de circulation 296

TITRE II. UN PRINCIPE PARADIGMATIQUE 304

CHAPITRE 1. L'ENTRAVE A LA CIRCULATION COMME PRESOMPTION D'INEFFICIENCE 305

SECTION 1. La banalisation de la notion d'entrave 305

§ 1 – La jurisprudence *Cassis de Dijon* : la libre circulation des marchandises comme garantie face à la disparité de lois 306

§ 2 – La jurisprudence récente : la libre circulation permettant la remise en cause de toute restriction ayant un effet sur le commerce 312

A. La libre circulation des marchandises 312

B. Les autres libertés de circulation 317

SECTION 2. L'exclusion du droit civil des contrats 325

§ 1 – L'extension « horizontale » limitée des libertés de circulation 325

§ 2 – L'entrave comme perturbation de la libre concurrence 327

CHAPITRE 2. L'ENTRAVE A LA CIRCULATION COMME CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE 334

SECTION 1. L'absorption d'autres figures 335

§ 1 – La prohibition de l'abus de droit communautaire 335

A. La thèse qui interprète l'abus de droit communautaire comme la limite du champ d'application des libertés de circulation 336

B. L'absorption de la figure de l'abus de droit par le principe de proportionnalité 343

§ 2 – Le test d'équivalence 355

A. L'interprétation initiale du test d'équivalence comme alternative au principe de proportionnalité 355

B. L'évolution jurisprudentielle, conduisant à la dissolution du test d'équivalence dans le contrôle de proportionnalité 358

SECTION 2. Le caractère non-exceptionnel du principe de proportionnalité 363

§ 1 – Le caractère non-exceptionnel du principe de proportionnalité d'un point de vue formel 364

A. L'absence d'une règle alternative.....365
B. L'absence d'un principe d'interprétation restrictive 368
§ 2 – Le caractère non-exceptionnel du principe de proportionnalité d'un point de vue matériel 370
A. L'absence d'une dérogation fondée sur un principe extérieur supérieur.....371
B. L'absence d'une dérogation fondée sur l'évidence manifeste 372

PARTIE III – UN PRINCIPE INSTITUTIONNEL 376

TITRE I. LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE COMME PRINCIPE DE DEFINITION DE L'AUTONOMIE DES ETATS MEMBRES 378

CHAPITRE 1. LA SUBORDINATION DU PRINCIPE D'ATTRIBUTION AUX LIBERTÉS DE CIRCULATION 379

SECTION 1. L'opposition entre normes matérielles et normes institutionnelles....379

SECTION 2. La nature artificielle de la distinction entre normes matérielles et institutionnelles.....382

§ 1 – L'empiètement sur les compétences étatiques.....382
§ 2 – L'effet harmonisateur des libertés de circulation.....390

CHAPITRE 2. LA RESURGENCE DE L'AUTONOMIE ETATIQUE DANS L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ 395

SECTION 1. L'appréciation de la marge d'appréciation des autorités contrôlées, étape inévitable dans l'application du principe de proportionnalité 395
§ 1 – La nécessité d'une décision sur la marge d'appréciation des autorités contrôlées 396
§ 2 – L'intensité variable du contrôle de proportionnalité 401

SECTION 2. La nature emboîtée de l'opposition matériel-institutionnel.....407

§ 1 – Le phénomène des oppositions « emboîtées » (« *nesting* »).....407
§ 2 – La nature emboîtée de l'opposition institutionnel-matériel dans la jurisprudence sur la libre circulation 412

TITRE II. L'AUTONOMIE DES ETATS MEMBRES A L'EPREUVE DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE..... 418

CHAPITRE 1. L'ANÉANTISSEMENT DES COMPÉTENCES ÉTATIQUES 419

SECTION 1. La signification théorique du modèle technico-fonctionnel de répartition des compétences, illustrée à l'aide de l'exemple du principe de subsidiarité 419

§ 1 – Les deux modèles du principe de subsidiarité 419

§ 2 – Le choix de la Cour de justice en faveur d'un modèle technico-fonctionnel de subsidiarité 424

SECTION 2. Le principe proportionnalité comme principe technico-fonctionnel de répartition des compétences 427

§ 1 – L'incompatibilité du principe de proportionnalité avec l'autonomie politique des Etats membres 428

A. La contradiction entre la nature technique du principe de proportionnalité et la notion de marge d'appréciation 428

B. L'impossibilité de soulever des arguments justificatifs de type institutionnel 431

§ 2 – Les expressions du principe de proportionnalité comme principe technico-fonctionnel de répartition des compétences 436

A. L'appréciation des incertitudes empiriques par les autorités étatiques..... 436

B. L'appréciation des éléments empiriques par les juridictions nationales..... 440

CHAPITRE 2. LA RÉSURGENCE DE L'AUTONOMIE ÉTATIQUE PAR LE BIAIS DE LA MARGE D'APPRÉCIATION..... 445

SECTION 1. Les interprétations erronées de la jurisprudence sur la marge d'appréciation..... 445

§ 1 – La thèse de l'absence d'harmonisation..... 446

§ 2 – La thèse du manque de légitimité de la Cour..... 450

§ 3 – La thèse de l'importance des intérêts en jeu 452

§ 4 – La thèse du pur pragmatisme 455

SECTION 2. L'interprétation proposée : l'autonomie des Etats membres, fondée fragilement sur la dichotomie opposant le fonctionnel au dogmatique..... 458

§ 1 – La dichotomie opposant le fonctionnel au dogmatique..... 459

§ 2 – L'élaboration jurisprudentielle : l'autonomie étatique pour réaliser des jugements dogmatiques 462

A. Analyse de la jurisprudence..... 464

B. Examen des objections possibles 475

§ 2 – Le caractère arbitraire et instable de la définition jurisprudentielle de la marge d'appréciation des Etats membres 479

CONCLUSION GÉNÉRALE 489

BIBLIOGRAPHIE.....492

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX.....492
II. THESES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES COLLECTIFS.....493
III. ARTICLES, COURS, COMMENTAIRES ET CONTRIBUTIONS.....498
IV. TEXTES OFFICIELS.....514

TABLE DES DÉCISIONS CITÉES.....516

I. UNION EUROPEENNE.....516
II. CONSEIL DE L'EUROPE.....531
III. FRANCE.....531
IV. ETATS-UNIS.....531
V. ROYAUME-UNI.....532
VI. ARBITRAGE.....532

INDEX DES DÉCISIONS.....533