

Les droits de l'homme face à la libre circulation – Un nouveau conflit porté devant la Cour de justice

(C-470/03 *A.G.M.-Cos.MET Srl c. Suomen valtio, Tarmo Lehtinen*,
17 avril 2007 (gde ch.))

Antoine BAILLEUX*

Introduction

L'arrêt rendu le 17 avril dernier dans l'affaire *AGM Cos.MET* était attendu de longue date. Prononcée en formation de grande chambre près de dix-huit mois après que l'avocat général Juliane Kokott eut présenté ses conclusions, la décision de la Cour traite de questions à la fois techniques et sensibles. Dans la ligne des arrêts *Familiapress*¹, *Schmidberger*² et *Omega*³, elle s'emploie – notamment – à arbitrer un conflit entre le respect de la libre circulation d'une part, et la protection d'un droit fondamental de l'autre. L'importance de cette question, qui touche à la place respective des droits de l'homme et du marché au fondement de l'ordre juridique communautaire, justifie assurément que l'on consacre un bref commentaire à l'affaire *AGM*.

Cette affaire est d'autant plus intéressante que le conflit qu'elle met en scène revêt une configuration inédite. Le droit fondamental y est opposé, non pas directement à une disposition du traité consacrant la liberté de circulation, mais bien plutôt à une mesure de droit dérivé visant à rapprocher les législations nationales. Celle-ci fait défense aux Etats membres d'entraver la commercialisation des produits qui satisfont aux exigences essentielles en matière de sécurité et de santé telles que définies par le législateur communautaire. Intervenant à la suite d'une forme d'intégration économique *positive*, cette interdiction – qui ne peut être remise en cause par l'Etat que moyennant le respect d'une procédure très stricte – est incontestablement plus précise et plus inconditionnelle que l'obligation de respect de la libre circulation des marchandises qui découle directement de l'article 28 du traité CE. L'opposition entre droit de l'homme et liberté de circulation qui s'exprime dans l'affaire *AGM* est donc à la fois plus intense et plus complexe que celles qui ont été traitées jusqu'ici par la Cour de justice.

Laissant dans l'ombre d'autres questions survenues au cours de cette affaire – portant notamment sur le régime communautaire de la responsabilité de l'Etat et de ses fonctionnaires –, l'on se concentrera ici sur la manière dont les juges du Kirchberg se sont attachés à arbitrer ce conflit d'un nouveau genre. Après avoir décrit les faits du litige (1), l'on procédera à une

* Aspirant du Fonds National de la Recherche Scientifique (FNRS), rattaché aux Facultés universitaires Saint-Louis. L'auteur remercie vivement S. van Drooghenbroeck pour ses commentaires judicieux et pour sa relecture attentive d'une première version de la présente note.

¹ C-368/95 *Vereinigte Familiapress c. Heinrich Bauer Verlag*, 26 juin 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3689.

² C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, 12 juin 2003, *Rec.*, 2003, p.I-5659.

³ C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellung GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-6911.

description (2) et à un commentaire critique (3) de l'arrêt de la Cour ainsi que des conclusions de l'avocat général Juliane Kokott.

1. Les faits du litige

À l'origine de cette affaire se trouvent une série de questions préjudicielles posées à la Cour de justice par un tribunal de première instance finlandais. Celui-ci avait à connaître d'une action en responsabilité intentée contre l'Etat finlandais par l'entreprise italienne A.G.M. pour violation d'une directive concernant le rapprochement des législations nationales relatives aux machines⁴. La société A.G.M. commercialisait des ponts élévateurs de véhicule qui avaient été déclarés conformes aux exigences de la directive par un organisme de certification agréé. Cette présomption de conformité était attestée par la marque CE, apposée sur les élévateurs. La sécurité de ces machines et leur conformité aux normes communautaires furent néanmoins publiquement mises en doute par M. Lehtinen, un fonctionnaire du ministère finlandais des Affaires sociales et sanitaires. Relayées par la presse écrite et télévisée, ces déclarations provoquèrent une chute abrupte des ventes de la société A.G.M. sur le marché finlandais.

L'entreprise italienne estima qu'en laissant s'exprimer M. Lehtinen, l'Etat finlandais avait violé l'article 4 de la directive relative aux machines, selon lequel « les Etats membres ne peuvent pas interdire, restreindre ou entraver la mise sur le marché et la mise en service sur leur territoire des machines (...) qui satisfont à la présente directive ». Pour leur défense, les autorités finlandaises estimèrent que cette atteinte à la liberté de circulation était justifiée à la fois, sur le « fond », par des exigences de protection de la santé humaine, et, sur la « forme », par le nécessaire respect de la liberté d'opinion du fonctionnaire. La juridiction finlandaise chargée du dossier interrogea la Cour à la fois sur l'existence d'une infraction à la libre circulation et sur l'étendue de la responsabilité de l'Etat et/ou du fonctionnaire qui était l'auteur de ces déclarations.

2. Les conclusions de l'avocat général et l'arrêt de la Cour

Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour, l'AG Kokott souligne d'abord que toute mesure étatique entravant la commercialisation d'une machine conforme à la directive 98/37/CE doit être déclarée contraire au principe de libre circulation consacré à l'article 4 de cette directive. Or, constate-t-elle, les ponts élévateurs de véhicules commercialisés par AGM bénéficient d'une présomption de conformité à la directive, qui n'a pas été renversée par les parties à la cause. Mme Kokott en déduit que pour déterminer l'existence d'une violation de l'article 4 de la directive, il suffit de répondre à la question suivante : les restrictions au commerce intracommunautaire engendrées par les déclarations publiques de l'un de ses fonctionnaires sont-elles imputables à l'Etat finlandais ?

L'avocat général confie au juge de renvoi le soin de déterminer si, eu égard à la manière dont elles ont été perçues par leurs destinataires, les déclarations du fonctionnaire s'apparentent à un comportement privé ou bien plutôt à des prises de position de l'autorité publique. Si le juge *a quo* opte pour la première alternative, il doit alors conclure à l'absence de violation de l'article 4 de la directive. Certes, explique l'avocat général, nul n'ignore depuis l'affaire

⁴ Directive 98/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux machines, *J.O.*, L 207, p.1.

« guerre des fraises »⁵ que l'Etat est tenu à une obligation positive de protection du commerce intracommunautaire contre les actes des particuliers. Cependant, l'arrêt *Schmidberger* enseigne qu'une entorse à cette obligation peut être justifiée par le souci de respecter les droits fondamentaux des « fauteurs de trouble ». Or, il faut constater qu'en l'espèce, le fonctionnaire a fait un usage légitime de sa liberté d'expression en formulant des mises en garde fondées sur son expertise et motivées par un objectif de protection de la santé. Dès lors, conclut l'avocat général, l'Etat a pu estimer, dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation, « (...) que les restrictions résiduelles à la libre circulation des marchandises provoquées par les déclarations personnelles de M. Lehtinen étaient acceptables parce qu'une protection plus étendue n'aurait pas été possible sans restreindre de manière disproportionnée la liberté d'expression de M. Lehtinen » (pt.125).

En revanche, poursuit l'AG Kokott, le juge de renvoi doit conclure à la violation de l'article 4 de la directive s'il estime que les déclarations de M. Lehtinen ont été perçues comme exprimant le point de vue de l'autorité publique. Dans une telle hypothèse, la restriction du commerce intracommunautaire ne peut être justifiée par la protection de la liberté d'expression dès lors que « l'Etat membre lui-même ne dispose d'aucune liberté d'expression. (...) L'Etat membre doit garantir à ses sujets de droit la liberté d'expression et ne peut la revendiquer à leur égard » (pt.119). L'avocat général ajoute que dans un tel cas, la violation de l'article 4 de la directive fonde également un droit à la responsabilité de l'Etat sur la base du droit communautaire. En effet, d'une part, la norme violée confère des droits aux particuliers, d'autre part, la violation de cette norme est suffisamment caractérisée, et enfin, il existe un lien de cause à effet entre la faute de l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées. L'AG Kokott conclut en affirmant que si le droit communautaire ne s'oppose pas à la mise en cause de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, il ne l'exige pas pour autant.

Dans son arrêt, la Cour endosse la majeure partie du raisonnement avancé par l'avocat général. Elle observe ainsi que les autorités finlandaises n'ont pas remis en cause la présomption de conformité à la directive qui s'attache aux ponts élévateurs commercialisés par la société AGM. Elle fournit ensuite au juge national certains critères qui lui permettront de déterminer si les déclarations de M. Lehtinen sont imputables à l'Etat finlandais dans la mesure où elles ont pu être perçues comme des « positions que le fonctionnaire prend avec l'autorité de sa fonction » (pt.57). La Cour ajoute que si tel devait être le cas, il faudrait en conclure que la Finlande a contrevenu à l'article 4 de la directive. Une telle atteinte, poursuit-elle, ne saurait être justifiée par un objectif de protection de la santé dès lors que les autorités nationales n'ont pas fait usage des mécanismes de sauvegarde qui leur étaient offerts par l'article 7 de la directive. Par ailleurs, « les Etats membres ne sauraient se prévaloir de la liberté d'expression de leurs fonctionnaires pour justifier une entrave et, de ce fait, échapper à leur propre responsabilité en droit communautaire » (pt.72).

Tout comme son avocat général, la Cour estime qu'une telle violation de la libre circulation engage la responsabilité de la Finlande sur le fondement du droit communautaire. Elle note à cet égard que le principe de libre circulation consacré à l'article 4 de la directive ne laisse aucune marge d'appréciation aux Etats membres. La haute juridiction en déduit que la simple méconnaissance d'une telle disposition constitue une violation caractérisée du droit communautaire, qui fait naître un droit à réparation dans le chef de sa victime. L'engagement de la responsabilité de l'Etat, termine la Cour, ne préjuge pas de l'établissement de la responsabilité de M. Lehtinen conformément aux dispositions du droit national.

⁵ C-265/95 *Commission c. France*, 9 décembre 1997, *Rec.*, 1997, p. I-6959.

3. Commentaire

Cet arrêt – et les conclusions qui le précèdent – est intéressant à plus d'un titre. Sur les rapports entre le principe de libre circulation et le droit à la liberté d'expression, la décision de la Cour est aussi intrigante par ce qu'elle tait (a) que par ce qu'elle affirme (b).

a) Un silence déconcertant – la responsabilité de l'Etat pour les actes commis par des personnes privées

Ce qui frappe d'emblée, c'est l'ambiguïté du raisonnement adopté par la Cour pour déterminer l'existence d'une entrave au commerce intracommunautaire imputable aux autorités finlandaises. Tout comme son avocat général, la Cour laisse le juge *a quo* devant l'alternative suivante : soit les déclarations de M. Lehtinen sont assimilables à un comportement privé, soit elles doivent être attribuées à l'Etat lui-même. Fait remarquable cependant, la suite de l'arrêt n'explore que l'une de ces deux hypothèses : *si* le juge estime que M. Lehtinen a agi en tant qu'organe de l'Etat, *alors* il doit conclure à l'existence d'une entrave imputable à ce dernier, qui ne souffre aucune justification et qui engage la responsabilité des pouvoirs publics. En revanche, la Cour ne souffle mot sur les conséquences auxquelles mèneraient la conclusion inverse. Contrairement à son avocat général, elle ne précise pas que même si les déclarations de M. Lehtinen ont été faites en sa qualité de personne privée, l'Etat reste astreint à une obligation *positive* de protection de la libre circulation – laquelle, comme l'indique l'avocat général, peut éventuellement être méconnue pour assurer la sauvegarde de la liberté d'expression de cette personne privée.

Ce silence se prête à de nombreuses interprétations. On peut d'abord y voir un oubli de la part de la Cour, une simple inadvertance liée à la technicité de l'affaire et à l'importance des autres questions soulevées par la juridiction de renvoi. Cependant, outre qu'elle n'est pas très charitable, une telle interprétation n'est sans doute pas conforme à la réalité. On conçoit mal qu'onze membres de la plus haute juridiction de l'Union européenne aient, en dépit des conclusions de leur avocat général, manqué d'opérer un rapprochement entre cette affaire et la théorie des obligations positives.

Surgit alors une autre interprétation, à la fois plus naturelle et plus surprenante, de ce mystérieux silence. Si la Cour n'a pas jugé bon de se pencher plus avant sur l'hypothèse du « comportement privé », c'est parce qu'elle considère que dans un tel cas, les déclarations de M. Lehtinen n'emportent pas d'atteinte à la libre circulation. Au premier abord, une telle affirmation peut sembler cohérente avec la jurisprudence de la Cour. On sait bien qu'à l'inverse de la libre circulation des travailleurs et des services, la libre circulation des marchandises ne s'est jamais vu octroyer un effet direct horizontal. Rien d'étonnant dès lors à ce que les actions d'un particulier ne *constituent* pas, comme telles, une violation de la libre circulation⁶. Faut-il pour autant en déduire que de tels comportements ne sont pas susceptibles d'*entraîner* une atteinte au droit communautaire ? Non, à en croire les arrêts *Commission c. France* et *Schmidberger* qui ont établi à charge des Etats une obligation positive de protection

⁶ Ceci est d'autant plus vrai qu'en l'espèce, le principe de libre circulation est consacré à l'article 4 de la directive, lequel s'adresse expressément et exclusivement aux Etats membres. Rappelons en outre que la Cour refuse en règle générale d'accorder aux directives un effet direct horizontal.

de la libre circulation des marchandises contre les agissements de personnes privées⁷. Le silence de la Cour dans l'arrêt AGM signalerait-il dès lors un revirement par rapport à cette jurisprudence ? Rien n'interdit de le penser. Une fois encore toutefois, une telle explication manque de convaincre pleinement. Imagine-t-on la Cour opérer une révision d'une telle ampleur sans l'affirmer explicitement ? Les arrêts *Hag II*⁸ et *Keck et Mithouard*⁹ tendent à démontrer que la Cour n'est pas coutumière des révolutions silencieuses, décelables au seul bénéfice d'une lecture *a contrario* de ses propos.

On peut encore voir dans ce silence le signe, non pas d'une rupture avec l'arrêt *Schmidberger*, mais au contraire d'un prolongement de celui-ci. Il se peut que la Cour ait considéré que si l'Etat est bel et bien tenu d'assurer le respect des libertés de circulation, cette obligation est néanmoins *inapplicable* lors qu'elle entre en conflit avec la protection d'un droit fondamental – en l'occurrence la liberté d'expression de M. Lehtinen. Une telle interprétation inscrit le silence de la Cour dans la ligne des arrêts *Schmidberger* et *Omega* qui, en conférant aux Etats une marge d'appréciation particulièrement large, semblent offrir un statut spécial aux dérogations aux libertés de circulation qui reposent sur la nécessité de protéger les droits de l'homme. S'il devait être interprété de la sorte, un tel silence représenterait un véritable bond en avant pour la protection des droits fondamentaux ; ceux-ci n'apparaîtraient plus simplement comme un motif de *dérogation* aux libertés de circulation, mais bel et bien comme un motif d'*inapplication* de celles-ci. Les réglementations nationales visant à la protection d'un droit de l'homme recevraient ainsi le même traitement que celui qui, depuis l'arrêt *Keck et Mithouard*, s'applique aux mesures régissant les modalités de vente¹⁰. Cette interprétation semble toutefois contredite par les prises de position, postérieures à l'arrêt, des avocats généraux Poiares Maduro¹¹ et Mengozzi¹². Du reste, il est peu probable que les juges de Luxembourg aient voulu dire tant de choses en... restant muets.

Plus raisonnablement, il faut sans doute considérer que le silence de la Cour de justice trahit sa propre évaluation des faits de l'espèce. S'ils ne s'attardent pas sur l'hypothèse du « comportement privé », c'est parce que les juges du Kirchberg savent que celle-ci ne correspond pas à la réalité. Envisagé de la sorte, le silence de la Cour doit être interprété soit comme une anticipation de la décision du juge de renvoi, soit comme un moyen de pression sur celui-ci. Pareille explication semble à première vue se heurter au bon sens. La Cour de justice n'a pas besoin de recourir à des voies détournées pour communiquer au juge national sa propre appréciation des faits de la cause. Du reste, pourquoi aurait-elle pris la peine d'adresser au juge *a quo* une liste détaillée des critères lui permettant de déterminer la nature exacte – privée ou officielle – des propos tenus par M. Lehtinen ? La Cour n'a pas pour

⁷ Relevons qu'aux yeux de l'AG Poiares Maduro, « il n'y a pas de différence sur le fond » entre un effet horizontal direct et un effet horizontal indirect – découlant de l'obligation positive de protection à charge de l'Etat. L'avocat général semble ainsi estimer que la reconnaissance de l'un suffit à justifier la consécration de l'autre (Cf. conclusions présentées le 23 mai 2007 dans l'affaire C-438/05 *The International Transport Workers' Federation e.a. c. Viking e.a.*, non encore publié au Recueil, pt.40).

⁸ C-10/89 *Hag GF*, 17 octobre 1990, *Rec.*, 1990, p.I-3711.

⁹ C-267 et 268/91 *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, 1993, p.I-6097.

¹⁰ Dans le même sens, cf. A. ALEMANNI, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur », *R.D.U.E.*, 2004, n°4, p.709-751, spéc. p.746-747.

¹¹ Conclusions présentées le 23 mai 2007 dans l'affaire précitée C-438/05 *The International Transport Federation e.a. c. Viking e.a.*, pts.20-28.

¹² Conclusions présentées le 23 mai 2007 dans l'affaire C-341/05 *Laval un Partneri Ltd*, non encore publié au Recueil, pts.60-91 : « Ecarter dans toutes les hypothèses l'applicabilité des libertés de circulation (...) au motif de garantir la protection des droits fondamentaux reviendrait en réalité à consacrer une hiérarchie entre des règles ou des principes de droit primaire qui, si elle n'est pas nécessairement dénuée de pertinence, n'est pas admise en l'état actuel du droit communautaire » (pt.84).

habitude de dissimuler ses positions derrière des faux-semblants. Cette relative maladresse peut cependant s'expliquer par le souci de satisfaire deux exigences contradictoires. D'une part, la Cour réaffirme ainsi le principe de l'autonomie du juge du fond dans l'appréciation des questions de fait. D'autre part, elle prend garde de ne pas « piéger » les Etats en rendant un arrêt sur des questions qui n'apparaissent pas clairement dans l'ordonnance de renvoi. Il est en effet probable que bon nombre d'Etats aient jugé inutile d'intervenir dans l'affaire *AGM* dès lors que celle-ci semblait concerner des actes accomplis par un fonctionnaire en sa qualité officielle. Il y a fort à parier que les observations soumises à la Cour auraient été bien plus nombreuses si l'ordonnance de renvoi avait explicitement interrogé les juges de Luxembourg sur l'obligation de protection à charge de l'Etat contre les agissements de personnes privées. Si cette interprétation est la plus vraisemblable, force est toutefois de reconnaître qu'elle ne s'impose pas non plus avec la force de l'évidence à la lecture de l'arrêt.

b) Un raisonnement surprenant – la protection de la liberté d'expression, incapable de justifier une atteinte à la libre circulation

Ce silence énigmatique n'est pas la seule source de perplexité générée par l'arrêt de la Cour. Rappelons que selon celle-ci – et selon son avocat général –, les déclarations de M. Lehtinen emportent nécessairement une violation de l'article 4 de la directive s'il s'avère que ces déclarations sont assimilables à un acte de l'Etat. Les juges de Luxembourg toute comme leur avocat général considèrent en effet que la nécessité de sauvegarder la liberté d'expression de M. Lehtinen ne saurait justifier l'atteinte à la libre circulation causée par les déclarations de ce dernier. Les explications – laconiques – fournies en soutien de cette affirmation ne sont pourtant pas pleinement convaincantes.

L'avocat général estime à cet égard que l'Etat finlandais ne saurait invoquer le respect de son propre droit à la liberté d'expression – exercé par le truchement de son fonctionnaire – dès lors que les Etats ne disposent pour eux-mêmes d'aucune liberté d'expression. Cette affirmation péremptoire est pourtant loin de faire l'unanimité dans la doctrine spécialisée. De nombreux commentateurs de la Convention européenne des droits de l'homme considèrent que les personnes morales de droit public – en ce compris l'Etat – sont titulaires des droits fondamentaux au même titre que les particuliers et que les autres personnes morales¹³. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme – ainsi que celle de certaines juridictions nationales¹⁴ – apporte du reste quelque crédit à cette position. Selon certains, dans

¹³ Cf. e.a. J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p.72-74 ; J. VELU, « La Convention européenne des droits de l'homme et les personnes morales de droit public », *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t.1^{er}, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1972, p.589-617 ; R. FINALY, « Grondrechtsbescherming van rechtspersonen », *NJCM-Bulletin*, 1991, p.105-120 ; ID., « Grondrechten voor publiekrechtelijke rechtspersonen ; een beschouwing naar aanleiding van het arrest Rost van Tonningen », *NJCM-Bulletin*, 1994, p.610-622. *Contra*, cf. C. KORTMANN, « Vrijheid van meningsuiting voor de regering ? », *N.J.B.*, 1993, p.333-334 ; R. LAWSON, H. SCHERMERS, *Leading Cases of the European Court of Human Rights*, 2nd ed., Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1999, p.463. Pour une opinion plus nuancée, cf. E. DOMMERING, noot onder E.H.R.M., *Castells t. Spanje, N.J.*, 1994, nr.102, p.386-388. Pour des considérations plus théoriques sur la transposition aux Etats de la catégorie juridique « droits fondamentaux », cf. J-D. MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats dans le système communautaire? », in X, *La dynamique du droit européen en début de siècle - Etude en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, p.463-477 ; F. POIRAT, « La doctrine des 'droits fondamentaux' de l'Etat », *Droits*, 1992, n°16, p.83-91 ; J-M. FERRY, *La question de l'Etat européen*, coll. nrf essais, Paris, Gallimard, 2000, spéc. p.108-115.

¹⁴ Cf. e.a. l'arrêt du Hoge Raad néerlandais dans l'affaire *Rost van Tonningen t. Nederland* (RvdW 1993, 39) : « Tel qu'il est inscrit aussi bien dans la Constitution que dans les traités internationaux, le droit à la liberté d'expression, dont le gouvernement peut également se prévaloir, implique que l'Etat ne peut être attaqué en droit

les affaires *Castells c. Espagne*¹⁵ et surtout *Allenet de Ribemont c. France*¹⁶, la CEDH « (...) seemed to suggest that ‘the authorities’ enjoy ‘the freedom to impart information’ under Article 10 »¹⁷. On ajoutera que la jurisprudence communautaire elle-même reconnaît aux Etats la jouissance de certains droits fondamentaux. Ainsi en est-il par exemple des droits de la défense et du respect du principe de contradictoire en matière de contrôle des aides d’Etat¹⁸.

Indépendamment de ces observations, il convient de remarquer que dans l’affaire qui nous occupe, les déclarations de M. Lehtinen n’exprimaient *pas* la position officielle de l’Etat finlandais. Si certains éléments ont pu faire naître une telle impression dans le chef de l’observateur non avisé, un examen plus détaillé des circonstances de l’espèce révèle que M. Lehtinen s’est vu réprimander par sa hiérarchie pour avoir exprimé ses opinions personnelles sous des apparences officielles. On mesure la distance qui sépare cette situation du cas de figure dans lequel un Etat prend position de manière formelle et univoque par le biais de l’un de ses porte-parole attitrés. Les données de l’affaire *AGM* auraient ainsi été fort différentes si le ministère des Affaires sociales et sanitaires avait relayé les inquiétudes de M. Lehtinen dans un communiqué officiel. Dans pareille situation, seule l’invocation d’un hypothétique droit à la liberté d’expression propre à l’Etat aurait pu, éventuellement, justifier une entorse aux obligations communautaires de celui-ci.

En revanche, tout autre est la question de savoir si, dans l’affaire *AGM*, la Finlande pouvait invoquer la liberté d’expression de *son fonctionnaire*, même si celui-ci donnait l’impression d’agir dans une capacité officielle. On sait que la Cour de justice a répondu par la négative à cette question : « (...) les Etats membres ne sauraient se prévaloir de la liberté d’expression de leurs fonctionnaires pour justifier une entrave et, de ce fait, échapper à leur propre responsabilité en droit communautaire » (pt.72). Cette affirmation n’a toutefois rien d’évident¹⁹. Jamais la CEDH n’a considéré que les fonctionnaires étaient privés de leur droit à la liberté d’expression du simple fait qu’ils agissaient au nom et pour compte de l’Etat²⁰. Les juridictions communautaires ont elles-mêmes reconnu à de nombreuses reprises que les fonctionnaires des institutions européennes jouissaient du droit à la liberté d’expression²¹.

On rétorquera sans doute que dans l’affaire *AGM*, la Cour de justice a contesté non pas l’existence d’un droit à la liberté d’expression dans le chef de M. Lehtinen, mais bien la

sur base du fait que l’opinion ainsi exprimée par le gouvernement est injuste » (nous traduisons). Dans le contexte certes différent du droit de l’immigration, les juridictions irlandaises – en ce compris la Cour suprême – ont affirmé à maintes reprises que « [t]here are fundamental rights of the State itself as well as fundamental rights of the individual citizens, and the protection of the former may involve restrictions in circumstances of necessity on the latter » (*Oshetu v Ireland* [1986] I.R. 733, 746 ; *Laurentiu v Minister for Justice* [2000] 1 ILRM 1, 50 ; *Article 26 and the Illegal Immigrants (Trafficking) Bill 1999, Re* [2000] 2 IR 360).

¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt du 23 avril 1992, série A 236. Pour un arrêt plus récent concernant la liberté d’expression d’un organe de l’Etat, cf. Cour eur. dr. h., *Baczowski and others v. Poland*, arrêt du 3 mai 2007.

¹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt du 10 février 1995, série A 308, spéc. pt.38.

¹⁷ R. LAWSON, H. SCHERMERS, *op. cit.*, p.463.

¹⁸ Cf. e.a. C-288/96 *Allemagne c. Commission*, 5 octobre 2000, *Rec.*, 2000, p.I-8237. Dans un domaine similaire, cf. C-48/90 et C-66/90 *Pays-Bas e.a. c. Commission*, 12 février 1992, *Rec.*, 1992, p.I-565.

¹⁹ « Pourquoi un fonctionnaire de l’autorité ne pourrait-il pas se prévaloir de la liberté d’expression s’il affirme ainsi publiquement : j’estime telle politique justifiée, ou : je ne suis pas d’accord avec telle politique, ou : je peux fournir des preuves à l’appui de la justesse de telle politique. Il jouit de cette liberté d’expression dans les limites de la relation juridique statutaire » (E. DOMMERING, *loc. cit.*, p.387-388. Nous traduisons).

²⁰ Cf. e.a. Cour eur. dr. h. *De Diego Nafria c. Espagne*, arrêt du 14 mars 2002. Dans cet arrêt, la Cour admet simplement que le fonctionnaire peut être tenu à un devoir de réserve.

²¹ Cf.e.a. aff. 100/88 *Oyowe et Traore c. Commission*, 13 décembre 1989, *Rec.*, p.4285 ; C-274/99P *Connolly c. Commission*, 25 octobre 2000, *Rec.*, p.I-1611 ; T-76/03 *Meister c. OHMI*, 28 octobre 2004, *RecFP.*, p. I-A-325 et II-1477 ; T-82/99 *Cwik c. Commission*, 14 juillet 2000, *RecFP.*, p. I-A-155 et II-713

possibilité pour l'Etat d'invoquer la protection de ce droit pour justifier un manquement à ses obligations communautaires. Ainsi précisée, l'affirmation de la Cour n'en demeure pas moins ambiguë et surprenante. Outre que l'on peine à en saisir les motifs, il faut reconnaître que ce *dictum* est quelque peu équivoque. Il signifie soit que les Etats ne sont pas *admis* à se prévaloir de la liberté d'expression de leur fonctionnaire, soit que l'invocation d'une telle exception – formellement recevable – est *insuffisante* pour « contrer » l'impératif de libre circulation « renforcée » consacré dans l'article 4 de la directive.

Quelle que soit sa signification exacte, cette exclusion de l'argument fondé sur la protection de la liberté d'expression place les Etats devant un dilemme peu réjouissant. Supposons en effet que les autorités finlandaises aient empêché M. Lehtinen d'exprimer publiquement ses doutes sur la sécurité des machines commercialisées par AGM. Rien ne permet d'affirmer qu'une telle censure, nécessaire pour la protection du commerce intracommunautaire²², n'aurait pas été condamnée par la C.E.D.H. au nom du droit à la liberté d'expression de M. Lehtinen. Prisonniers de l'étau des droits de l'homme et du marché, les Etats se retrouvent ainsi confrontés à un choix impossible : enfreindre le commerce intracommunautaire ou violer un droit de l'homme ; essayer une condamnation à Strasbourg ou encourir les foudres de Luxembourg.

On ne manquera pas d'apercevoir dans cet imbroglio juridique le signe d'une mutation qui affecte l'ensemble du droit contemporain. Autrefois organisés à la manière d'une pyramide, selon un modèle hiérarchique strict et univoque, nos ordres juridiques revêtent aujourd'hui les formes changeantes et complexes du réseau²³. Qui ne voit en effet qu'à la faveur de la mondialisation du droit, de la montée en puissance des juges et de l'érosion de la souveraineté étatique, le droit s'écrit désormais à plusieurs mains dans un espace juridique sans frontières et sans centre ? Qui ne voit en outre qu'à peine de sombrer dans le chaos, ce droit en réseau exige une étroite coordination entre les différents foyers qui le constituent ?

La Cour de justice n'est assurément pas restée sourde à cet impératif de coopération. Sa jurisprudence est tout entière constituée de « dialogues entre juges », qui empruntent tantôt la voie institutionnalisée du recours préjudiciel, tantôt le tour plus informel de la citation ou de la prise en compte de décisions étrangères. Appliqué à l'affaire *AGM* cependant, cet impératif de coordination invitait sans doute la Cour à franchir un pas supplémentaire. Il lui demandait peut-être d'*anticiper* la réaction qui aurait été celle de la Cour européenne des droits de l'homme si la Finlande avait muselé la liberté d'expression de M. Lehtinen. L'existence d'un

²² La société AGM semble considérer que toute entrave à la commercialisation de ses machines aurait pu être évitée par la diffusion d'un communiqué officiel visant à démentir les allégations de M. Lehtinen (cf. les conclusions de l'AG Kokott, pt.46). S'il ne porte pas atteinte à la liberté d'expression de ce dernier, un tel procédé nous paraît toutefois d'une efficacité fort relative. Il est peu probable qu'un communiqué officiel aurait suffi à dissiper toutes les inquiétudes des clients potentiels de la société AGM et à compenser entièrement la « gêne » causée au commerce intracommunautaire par les déclarations de M. Lehtinen. Le supérieur hiérarchique de M. Lehtinen a du reste déclaré plusieurs fois à la presse que les opinions de ce dernier n'engageaient que lui. Ces rectifications n'ont manifestement pas réussi à apaiser les craintes des acheteurs potentiels. Seule une censure préalable aurait dès lors efficacement pu empêcher la formation de toute entrave à la libre circulation des élévateurs de véhicules commercialisés par AGM. Or, il semble bien que la simple présence d'une entrave à la libre circulation imputable à l'Etat suffit à entraîner une violation de l'article 4 de la directive. Cette disposition impose en effet aux Etats une obligation de résultat bien plus que de moyen. Partant, l'Etat finlandais n'aurait pas pu se dédouaner en invoquant des mesures qui, bien qu'adoptées en réaction aux déclarations de M. Lehtinen, ne seraient pas parvenues à contrer efficacement les effets de celles-ci.

²³ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

risque de condamnation à Strasbourg l'aurait alors conduite à faire preuve de davantage d'indulgence à l'égard des autorités finlandaises.

Cette indulgence ne devait pas nécessairement déboucher sur un constat de non-violation de l'article 4 de la directive. Elle aurait tout aussi bien pu se manifester au stade de la détermination de la *responsabilité* de l'Etat au regard du droit communautaire. La Cour a en effet estimé que l'article 4 de la directive ne laissait aux Etats membres qu'une marge d'appréciation « considérablement réduite ». Elle en a déduit que la méconnaissance de cette disposition par les autorités finlandaises constituait une violation du droit communautaire suffisamment caractérisée pour engager la responsabilité de celles-ci. Cette chaîne de raisonnement n'était pourtant pas inévitable. En s'inspirant de sa jurisprudence *Schmidberger*, la Cour n'aurait-elle pas pu trouver ici une élégante porte de sortie au dilemme opposant les droits de l'homme aux libertés de circulation ? Après avoir déclaré que *d'ordinaire*, « (...) les obligations énoncées à l'article 4, §1, de la directive n'accordent pas de marge d'appréciation aux Etats membres » (pt.82), elle aurait pu poursuivre en considérant que dans le cas d'un conflit avec un droit de l'homme, les Etats conservent une certaine marge d'appréciation. Et conclure qu'en l'occurrence, cette marge d'appréciation fait obstacle à l'engagement de la responsabilité des autorités finlandaises sur base du droit communautaire²⁴.

Conclusion

L'arrêt *AGM* verse une nouvelle pièce au dossier des conflits entre droits fondamentaux et libre circulation. Il n'est pas dit pour autant qu'il contribue à le clarifier. D'abord étrangement silencieuse sur la question des obligations positives attachées à la libre circulation des marchandises, la Cour balaie ensuite un peu vite l'exception tirée de la protection de la liberté d'expression. Il se dit que bien souvent, les silences et les raccourcis qui parsèment un arrêt sont les signes d'autant de divergences d'opinion au sein de la formation de jugement. On ne s'étonnera pas de ce que des juges originaires de toutes les parties de l'Europe peinent à s'accorder sur des questions aussi chargées symboliquement. Reste cependant à espérer qu'au fil des affaires, la Cour parviendra à développer une méthode claire, cohérente et rigoureuse pour arbitrer ces conflits entre des principes fondateurs de l'ordre juridique européen.

²⁴ Cette position laisserait ouverte la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat dans la mesure et selon les conditions prévues par le droit finlandais.