

Les traductions de la Cour de justice

La libre circulation et ses dérogations entre domination, transposition et reconnaissance

A. BAILLEUX*

« La langue porte sur elle les stigmates du pouvoir et exerce à son tour, du pouvoir ; le droit, qui est établi de force et qui installe la force à son tour, existe inéluctablement dans la dépendance de la langue. La tâche comme la tentative de réaliser la *justice* se joue dans l'espace de ces scissions croisées. (...) Dans le champ accidenté, déchiré que forment droit, langue et pouvoir, *justesse* est condition nécessaire de *justice* »¹.

Introduction

Dans leur dernier ouvrage, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE faisaient de la construction européenne un témoin central de l'émergence du droit en réseau, ce droit sans frontières et sans centre qui se développe dans l'ignorance de rapports hiérarchiques univoques². Les réflexions d'alors trouvent aujourd'hui leur prolongement dans l'exploration du thème de l'intégration européenne à la lumière d'un nouveau paradigme. La figure de la traduction – c'est bien d'elle qu'il s'agit – apparaît en effet comme un outil prometteur pour penser la grammaire de ce réseau, pour dégager la syntaxe de cette nouvelle langue, plurielle et complexe, dans laquelle se dit le droit contemporain.

De même qu'elle illustre à merveille le modèle du réseau, la construction européenne semble témoigner de la fécondité du paradigme de la traduction. Les langues, les traditions, les cultures se parlent et s'entremêlent dans cette entreprise d'intégration que l'on aurait tort de ramener à l'édification d'une nouvelle tour de Babel. Au-delà de ces premières intuitions cependant, le tableau demeure passablement flou. C'est qu'après tout, tant la grille que l'objet d'analyse échappent à la netteté des définitions simples. Que recouvre le concept de traduction, par-delà le sens premier qu'on lui attribue généralement ? A quoi renvoie le processus de construction de ce droit européen à la fois si proche et si lointain des ordres juridiques nationaux, tout en même temps omniprésent et insaisissable ? Et puis surtout, comment rendre compte, à l'intersection de l'analyseur et de l'analysé, de ces phénomènes inhérents à la construction européenne qui entretiennent des liens ambigus avec le paradigme de la traduction ? Que l'on pense notamment aux jeux de *pouvoir* qui ne cessent d'opposer les acteurs de l'ordre juridique européen, ou au mécanisme de la *transposition* qui régit la réception (d'une partie) du droit communautaire (dérivé) dans les systèmes nationaux.

Ces questions sont actuellement au coeur des préoccupations du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, dont le thème de réflexion porte sur « la construction des droits

* Aspirant du F.N.R.S. rattaché aux Facultés universitaires Saint-Louis. E-mail : bailleux@fusl.ac.be. L'auteur remercie vivement D. Dumont, I. Hachez, F. Ost et J. van Meerbeeck pour leur relecture attentive d'une version préliminaire de cet article.

¹ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, 5ème éd., trad. O. Jouanjan, coll. Léviathan, Paris, PUF, 1996 (éd. orig., Duncker & Humblot, 1993), p.379.

² 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, p.65-78.

européens : pouvoirs, transpositions, traductions ». Les pages qui suivent n'ont évidemment pas l'ambition d'apporter des réponses définitives à ces interrogations. En analysant un domaine spécifique du droit communautaire à travers le prisme de la traduction, elles entendent simplement ouvrir le débat et nourrir la discussion. On ne s'étonnera pas dès lors d'y trouver des prises de position tranchées et des observations parfois trop schématiques pour rendre justice à la complexité de ce champ d'investigation. Que le lecteur nous pardonne d'avance d'avoir cédé à certains raccourcis dans la présentation et l'analyse de la jurisprudence communautaire. Ces simplifications – somme toute limitées – ont été dictées à la fois par un souci didactique et par le désir de susciter la controverse.

Comme l'indique le titre de cette contribution, c'est le contentieux des libertés de circulation devant la Cour de justice qui figurera au cœur de nos réflexions. Le paradigme de la traduction permettra d'éclairer d'une lumière nouvelle ce domaine bien connu du droit communautaire. En retour, cet ancrage dans le droit positif nous amènera à mieux définir les contours du thème de la traduction, à en tester la fécondité, et à interroger ses relations avec les notions de « transposition » et de « pouvoir », ces deux autres termes de l'équation proposée par le S.I.E.J.. Ajoutons qu'à ces questions, nous suggérerons des réponses à la fois grossières et éminemment subjectives, qui ne demandent qu'à être contestées, complétées ou confirmées.

Ces réflexions seront divisées en trois parties. Il s'agira d'abord de formuler quelques observations préliminaires sur les liens qui unissent la traduction, la fonction de juger et le marché intérieur³ (I). On se penchera ensuite sur la manière dont la traduction se reflète dans l'opération de qualification juridique telle que la pratique la Cour de justice dans le contentieux des libertés de circulation (II). Enfin, l'on constatera que le processus juridictionnel de construction de la norme applicable à ce type de contentieux demeure lui aussi tributaire d'une forme de traduction (III).

I. La traduction, le juge et la construction du marché intérieur

Avant de se lancer à l'assaut de la jurisprudence communautaire et de plonger dans les arcanes du droit positif, il convient de faire un pas en arrière et d'aiguiser ses instruments d'analyse. C'est que le paradigme de la traduction ne se manipule pas sans précaution. Appliqué au droit, et plus précisément à la fonction de juger, il exige un certain nombre de précisions conceptuelles (A). Transposé au droit communautaire, et singulièrement au droit du marché intérieur, il commande une mise en contexte théorique (B).

A. Sur la traduction dans l'office du juge – Considérations préliminaires

Entendue à la fois comme « le transfert d'un message verbal d'une langue dans une autre » et « comme l'interprétation de tout ensemble signifiant à l'intérieur d'une même communauté linguistique »⁴, la traduction n'est assurément pas étrangère à l'opération de *iuris-dictio* dont s'acquittent les juges. Du général au particulier, du passé au présent, du fait au droit, ceux-ci s'attachent à construire des ponts entre des registres du discours et des univers langagiers différents. Ces cursives analogies entre le juge et le traducteur demandent toutefois à être formalisées pour déployer toute leur fécondité. À cet égard, on voudrait formuler deux séries

³ Nous ne nous intéresserons pas ici au processus d'harmonisation des législations nationales. Le champ de cette étude sera limité à l'intégration économique *négative* impulsée par la Cour à travers les libertés de circulation garanties dans le traité CE.

⁴ F. OST, « Les détours de Babel. La traduction comme paradigme », inédit, p.9.

d'observations ; d'une part, montrer que sous la plume des juges, la traduction revêt généralement trois formes différentes (1); d'autre part, expliquer que lorsqu'elle s'invite dans les prétoires, la traduction entretient avec l'autorité des rapports étroits, qui ne sont pas sans conséquence sur sa propre pratique (2).

1. Comparaison, incorporation, effectuation

Il semble possible de distinguer trois lieux privilégiés d'expression de la traduction au sein du jugement juridique. Le premier est à la fois le plus évident et le plus transversal. Nul n'ignore que la technique de la *comparaison* est inhérente à la fonction de juger. Elle informe l'ensemble du raisonnement juridique, depuis la qualification de la cause jusqu'à la décision finale en passant par la détermination et parfois même l'élaboration de la règle de droit applicable. Elle implique de traduire, au sein du litige soumis *hic et nunc* à l'appréciation du juge, des éléments externes susceptibles de contribuer à sa résolution. L'application par analogie d'une règle en vigueur dans un autre domaine de l'ordre juridique, le recours au droit comparé pour conforter ou pour guider une construction prétorienne, la référence à une jurisprudence antérieure bâtie sur des cas similaires, sont autant de techniques couramment utilisées par les juges, et qui s'apparentent à des formes de traduction d'un univers juridique à l'autre.

Mais la traduction n'est pas seulement une alliée de circonstance, qui étoffe ponctuellement le raisonnement juridique. Qui n'aperçoit qu'en réalité, l'opération de transfert d'un message d'un univers langagier à un autre s'inscrit au cœur de toute décision fondée en droit ? Plus précisément, il convient d'observer que les deux étapes qui mènent invariablement tout litige à sa résolution judiciaire s'apparentent à des opérations de traduction. Il s'agit d'abord du processus de qualification, par lequel le juge inscrit le cas de l'espèce dans les catégories du répertoire juridique. Sans même s'aventurer à la suite d'Alain PAPAUX sur la voie de l'abduction⁵, force est de constater qu'en plaquant les mots du droit sur les faits de la cause, qu'en transformant les revendications exprimées dans la langue commune en des griefs adaptés au langage juridique, le juge fait oeuvre traductrice. Après la traduction-*comparaison*, c'est ici la traduction-*incorporation* qui est en jeu et qui vise le travail infini de décodage et d'insertion, au sein des catégories juridiques, de discours étrangers au langage du droit. On ajoutera que ce processus de traduction-incorporation trouve également à s'exercer dans les situations où le juge, confronté à un vocabulaire *juridique étranger*, s'emploie à l'intégrer dans son propre droit à travers la recherche d'équivalents fonctionnels.

La traduction dans le langage juridique ne suffit toutefois pas à l'élaboration de la décision de justice. Celle-ci requiert l'accomplissement d'un second mouvement, que Friedrich MÜLLER a cerné sous le terme de « concrétisation »⁶. Selon cet auteur – et au risque de céder à de nombreux raccourcis –, même lorsqu'il est coulé dans un texte de loi, le langage juridique, avec ses concepts, ses catégories et ses principes, n'est pas directement normatif. Son inscription dans le domaine du droit est toujours tributaire d'une effectuation, d'une interprétation, d'une concrétisation – en un mot : d'une traduction. Cette entreprise de « traduction-effectuation » – ainsi la nommerons-nous –, c'est évidemment d'abord au juge qu'elle incombe, dont la décision opère une véritable transmutation : du langage à la norme, du texte au droit, de l'abstrait au concret.

⁵ A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction*, Bruxelles – Paris – Zurich, Bruylant – LGDJ – Schultess, 2003.

⁶ F. MÜLLER, *op. cit.*, *passim*.

Nous verrons un peu plus loin comment, et notamment à l'aide de la comparaison, le juge communautaire s'acquitte de cette double opération de traduction – qualification et concrétisation – lorsqu'il est appelé à déterminer les contours du principe de libre circulation.

2. L'autorité de chose traduite

Ainsi placée au cœur de la *iuris-dictio*, la traduction acquiert un statut particulier. Opérée par le juge, elle ne se ramène pas à une activité de l'esprit, « désintéressée » ou « artisanale », n'ayant d'autre but que d'aboucher des univers langagiers différents et de mettre en communication des mondes isolés les uns des autres. Flanquée du glaive et du bandeau de la justice, la traduction se trouve *institutionnalisée*. Cette mise au service du pouvoir – au sens le plus neutre du terme – s'accompagne inévitablement de deux corollaires, qui « dénaturent » quelque peu l'opération de traduction. D'une part, celle-ci se voit assigner une visée *performative* ; d'autre part, elle se voit revêtue d'une *autorité* formelle, qu'elle emprunte à son auteur.

L'opération de traduction prend alors une tout autre perspective. D'abord, il ne s'agit plus simplement de *s'efforcer* de construire des ponts, mais bien d'y *parvenir* ; l'interdiction du *non liquet* transforme l'obligation de moyen du traducteur en une obligation de résultat. Ensuite, il ne s'agit pas tant de bâtir *des* ponts que d'en édifier *un seul*. Telle est l'idée reçue auprès d'un grand nombre de juristes, qui veut qu'à chaque situation de fait corresponde une et une seule traduction en droit. On peut même aller plus loin et, s'inspirant d'un certain positivisme juridique, affirmer qu'il s'agit moins de *construire* un pont que d'en *dévoiler* l'existence aux parties. Enfin, même si l'on adhère à une vision moins idéalisée de la fonction de juger, il faut encore reconnaître que tout contentieux s'apparente au mieux à un *concours de traductions*. Le juge teste la solidité des ponts bâtis par les parties et, si nécessaire, y substitue sa propre construction.

Par ces comparaisons imagées, l'on cherche à montrer qu'une fois associée au droit – et donc au pouvoir –, la traduction en véhicule aussi les mythes et les postulats. S'il conduit à jeter un regard nouveau sur l'activité juridictionnelle, le paradigme traductif se trouve, en retour, transformé par l'objet qu'il entend éclairer. On aurait tort d'ignorer ce phénomène de contamination – ou de fécondation – réciproque. Une fois institutionnalisée et asservie à l'exercice de l'autorité, la traduction s'écarte largement des visions idéalisées dont se prennent à rêver parfois les philosophes. Et ce serait une erreur que d'analyser la fonction de juger au prisme de la traduction sans tenir compte du contexte institutionnel dans lequel s'inscrit la *iuris-dictio*⁷.

Mais si la traduction se transforme au contact de l'autorité, l'inverse n'en est pas moins vrai. Une fois conçu comme un processus traductif, l'exercice de l'*imperium* par le juge prend une

⁷ « Le travail qu'exigent les textes de normes *doit* conduire à des décisions pratiques (...). Le jugement qui (...) coupe court au discours, pris dans cette fonction, n'est que pouvoir : l'un des moments stratégiques au cours desquels le *pouvoir* d'Etat ôte son masque. Et pourtant, cette capacité de couper court au discours (...) existe *certes en fait*, mais demeure *vaine*. L'Etat fait violence au langage (il ne peut faire autrement, c'est sa *raison d'être*) ; mais le langage lui rend ses coups. Les textes de l'Etat *sont* pouvoir ; mais ils demeurent des textes, ils restent de l'écrit) jusqu'au Jugement dernier, de nouveaux énoncés pourront être reliés aux énoncés des jugements (...). Les textes de décision (...) produits par l'Etat, comme d'ailleurs ses textes de normes, ne sont rien d'autres que des piliers dressés en travers du flot du discours : mais des piliers faits de la même eau, même s'ils sont protégés par les tireurs d'élite de l'appareil d'Etat, postés sur les berges » (F. Müller, *op. cit.*, p.382-383).

tout autre résonance. Loin de découler naturellement de sa place dans la hiérarchie des normes et du statut formel de son émetteur, l'autorité de la décision apparaît grandement tributaire de ses qualités intrinsèques. Le juge ne peut donc pas se contenter de traduire. Pour garantir l'autorité de sa décision, il doit s'efforcer de donner au litige la meilleure traduction possible, celle qui emportera l'adhésion de ses lecteurs et de la communauté juridique tout entière⁸.

B. Sur la traduction dans le cadre du marché intérieur – Une double tension fondatrice

Ces considérations théoriques ne sont pas sans pertinence pour notre objet d'étude. Les prétoires de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après, Cour de justice ou CJCE) sont incontestablement un lieu de traduction autant que de pouvoir. Traduction, parce que les langues et les droits ne cessent jamais d'y communiquer et de s'y mélanger, guidés par l'espoir de fonder un esperanto à même de soutenir la construction européenne. Pouvoir, parce qu'en l'absence d'un législateur fort et face à des textes souvent lapidaires, la cohérence du système juridique commande aux juges de Luxembourg d'intervenir pour combler les trous et souffler dans les voiles du navire européen.

Ce « *leadership* » de la Cour de justice s'est révélé – et se révèle encore – particulièrement décisif dans la mise en œuvre et le bon fonctionnement du marché intérieur. Nul n'ignore à cet égard que les libertés de circulation constituent les piliers de l'intégration économique dans l'ordre juridique communautaire. Consacrées dès 1957 dans le traité de Rome⁹, elles se trouvent fermement ancrées au cœur de la « constitution économique européenne » et ont connu un développement exceptionnel sous l'impulsion de la Cour de justice. Dès 1963, le principe de l'effet direct – vertical – fait son apparition dans le domaine de la libre circulation des marchandises¹⁰. Dix ans plus tard, il se voit appliqué à la libre circulation des travailleurs¹¹, à la liberté d'établissement¹² et à la libre prestation des services¹³, avant de s'immiscer dans les rapports entre particuliers¹⁴. Refusant de les reléguer au rang de principes ou d'objectifs politiques, la Cour fait ainsi des libertés de circulation les instruments privilégiés d'une intégration économique *bottom-up*. Elle transforme les particuliers en « chiens de garde » des engagements contractés par les Etats et s'arroge du même coup une place centrale dans la construction du marché intérieur.

On observera que cette place s'apparente en réalité à un siège d'arbitre. Interprète des principes fondateurs du traité, la Cour de justice est sans cesse appelée à concilier les impératifs du marché intérieur et la protection d'intérêts nationaux concurrents. Tout comme

⁸ Sur cette notion de communauté juridique, fort proche des « auditoires » de Chaïm PERELMAN, cf. P. MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, P.U.F., 2005, p.217-225.

⁹ Et même, quelques années auparavant, dans le traité de Paris sur la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier. A ce sujet, cf. W. MAAS, « The Genesis of European Rights », *J.C.M.S.*, 2005, vol.43, p.1009-1025.

¹⁰ Aff. 26/62 *Van Gend & Loos*, 5 février 1963, *Rec.*, 1963, p.1, concernant l'article 25 CE (12 CEE). Concernant l'article 28 CE, cf. aff. 74/76 *Meroni*, 22 mars 1977, *Rec.*, 1977, p.557.

¹¹ Aff. 167/73 *Commission c. France*, 4 avril 1974, *Rec.*, 1974, p.359, confirmé dans aff. 41/74 *Van Duyn*, 4 décembre 1974, *Rec.*, 1974, p.1337.

¹² Aff. 2/74 *Reyners*, 21 juin 1974, *Rec.*, 1974, p.1299.

¹³ Aff. 33/74 *Van Binsbergen*, 3 décembre 1974, *Rec.*, 1974, p.1299.

¹⁴ Sur l'effet direct horizontal des libertés de circulation, cf. déjà aff. 36/74 *Walrave et Koch*, 12 décembre 1974, *Rec.*, 1974, p.1405, pts.17-18. Plus récemment, cf. C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, 1996, p.1-4921 ; C-281/98 *Angonese*, 6 juin 2000, *Rec.*, 2000, p.I-4139. L'effet direct horizontal n'a encore jamais été explicitement reconnu dans le champ de la libre circulation des marchandises.

les juges de Strasbourg, la Cour de Luxembourg est engagée dans un travail constant de pondération des intérêts. Elle s'efforce de tracer les limites de la libre circulation en statuant sur la légitimité des atteintes portées à ce principe par les Etats au nom de la poursuite d'objectifs d'intérêt général.

À bien y réfléchir, on peut même aller plus loin et constater que ce siège d'arbitre tout-puissant est également un fauteuil de traducteur consciencieux. Au niveau de la qualification comme au stade de la concrétisation, la CJCE est amenée à jouer les entremetteurs entre des univers différents. Nous verrons plus loin comment, en construisant des comparables et en développant des interfaces, elle s'emploie à traduire dans le langage et dans les formes du droit les conflits entre des logiques qui s'opposent. Pour l'heure, on se contentera de se demander quelles sont ces logiques antagoniques, ces intérêts divergents qui, derrière les mots du droit, se combattent devant la Cour de justice.

Notre hypothèse est la suivante : les oppositions entre la libre circulation et la poursuite de politiques nationales concurrentes expriment la double tension qui traverse l'ensemble de la construction européenne – en tout cas dans son versant « communautaire ». Elles traduisent la difficulté de concilier, d'une part, les impératifs du marché et la satisfaction de valeurs non-marchandes, et d'autre part, la dynamique centripète de l'intégration européenne et la sauvegarde d'un certain degré d'autonomie nationale. Nul ne contestera que cette double tension (marchand – non-marchand, unité – diversité) se laisse particulièrement bien apercevoir dans le contentieux relatif aux libertés de circulation. Celui-ci met – presque – toujours en scène les mêmes adversaires. D'un côté, la tendance *uniformisante* du *marché* intérieur, qui vise à décroquer les économies nationales et à dissoudre les entraves au commerce intracommunautaire ; de l'autre, la volonté des Etats de protéger, selon des standards qui leur sont *propres*, des intérêts *non-marchands* tels que la santé publique, l'environnement ou la sécurité des consommateurs.

Certains objecteront peut-être que cette tension est vite résolue au profit de l'unité et du marché. Après tout, l'intégration européenne n'est-elle pas l'histoire d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples », selon la formule consacrée déjà dans le préambule du traité de Rome ? Et cette visée unificatrice ne se nourrit-elle pas prioritairement de l'idéologie du marché et du commerce, dont le langage se comprend pareillement dans tous les Etats ?

Pour pertinente qu'elle puisse paraître, cette objection ne rend pas justice à la complexité de la construction européenne. Elle conçoit celle-ci comme une entreprise hégémonique, exclusivement guidée par la loi du marché et par le fantasme de l'unité parfaite. Or, il convient de remarquer que les oppositions « marchand/non-marchand » et « unité/diversité » sont moins tranchées qu'elles n'en ont l'air. Ainsi, il est évident qu'au sein de la construction européenne, la diversité ne se conçoit que dans un cadre commun, et qu'en retour, le processus d'intégration politique serait voué à l'échec s'il visait à supprimer toutes les différences entre des Etats plus que jamais jaloux de leur souveraineté. De même, on observera que la protection des valeurs non-marchandes est à la fois une condition nécessaire à la réalisation du marché intérieur et la finalité ultime de celui-ci. Condition parce que sans elle, il n'y aurait pas de consensus politique possible ; finalité parce qu'aux termes mêmes de l'article 2 du traité CE, l'établissement d'un marché commun ne représente qu'un moyen pour favoriser « (...) un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé (...), un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie (...) ».

C'est donc au cœur d'un processus *dialectique*, et non pas unidirectionnel, que s'inscrit l'œuvre traductrice de la Cour de justice. Celle-ci est invitée à construire l'édifice européen dans un mouvement constant de va-et-vient entre des forces aussi antithétiques que complémentaires. Nous verrons que grande sera parfois la tentation d'imposer la dynamique uniformisante du marché au mépris des intérêts légitimes des Etats. Nul doute cependant que ces traductions hégémoniques manqueront de convaincre le cercle des lecteurs auquel elles s'adressent. Il faut en effet y insister, c'est de leur fidélité à la diversité des intérêts en présence que dépendra la qualité des traductions – et, partant, l'autorité des décisions – rendues par les juges de Luxembourg.

Les pages qui suivent tenteront de prendre la mesure de cette fidélité dans la jurisprudence communautaire relative aux libertés de circulation et à leurs dérogations. Elles en traqueront les expressions et en souligneront les déficiences, au double stade de la qualification (II) et de la concrétisation (III).

II. La qualification comme « traduction – incorporation »

L'écart entre le fait et le droit ménage à celui qui opère la conversion de l'un à l'autre une liberté très importante – et, s'agissant du juge, un pouvoir qui ne l'est pas moins. L'autonomie dont jouit le « traducteur » se révèle particulièrement large lorsqu'aux circonstances factuelles soumises à son examen ne correspondent que des catégories juridiques imprécises et inadaptées. Il appartient alors à l'interprète d'opérer des distinctions supplémentaires, de créer des concepts inédits, en d'autres termes, de tailler de nouvelles cottes dans le matériau juridique afin de serrer au plus près la complexité du réel.

Cette liberté et ce pouvoir, le traducteur-juge – celui dont la traduction a une vocation instituante et performative – peut les exercer de bien des façons. Tantôt ils peuvent servir à des fins de *domination*, et conduire à une lecture biaisée des enjeux sous-jacents au litige ; tantôt au contraire, ils peuvent être mobilisés dans un véritable effort de *transposition*, qui tente d'aménager toutes les dimensions du problème au sein du langage juridique sans trop en déformer la grammaire initiale ; tantôt enfin, ils peuvent être mis au service d'un projet plus ambitieux encore – mais qui ne restera jamais qu'un horizon régulateur – , qui vise la *reconnaissance* totale des données véhiculées par la langue source, et implique dès lors un profond remaniement des structures syntaxiques de la langue cible.

La jurisprudence relative aux libertés de circulation peut être analysée à la lumière de cette typologie. Elle contient à la fois des traductions hégémoniques (A) et hospitalières (B), et laisse ouverte la voie vers des traductions authentiquement « relevantes »¹⁵ (C).

¹⁵ A la suite de F. OST, on emprunte ce terme à J. DERRIDA (*Qu'est-ce qu'une traduction « relevante » ?*, Paris, L'Herne (Cahiers), p.14-15) : « 'Relevante', cet adjectif (...) doit moins être compris ici comme ce qui convient, ce qui paraît approprié, que comme ce qui est de nature à « relever » l'œuvre traduite. Relever au triple sens de ce qui donne du goût à une préparation culinaire (...), de ce qui élève, tire vers le haut, spiritualise, et enfin et surtout au sens hégélien de *aufheben* : ce qui élève en remplaçant cela même qu'il détruit. Une traduction relevante serait donc une version qui réaliserait l'*Aufhebung* du texte traduit : une mise à mort (on s'en sépare en effet, on abandonne son enveloppe originaire) et en même temps un dépassement qui conserve (F. OST, (« Les détours de Babel – La traduction comme paradigme », inédit, p.43). Appliquée à la jurisprudence communautaire, la traduction relevante s'entend d'un idéal régulateur qui invite à une reconnaissance pleine et entière de l'étrangeté (la diversité, les valeurs non-marchandes...) au sein de la « langue » du droit européen. S'engager dans la voie de cette reconnaissance, c'est reconnaître le caractère « construit » de la « syntaxe » du droit communautaire et accepter d'en réaménager les catégories et les concepts afin de faire pleinement droit à

A. La qualification, lieu de domination – traductions hégémoniques

La Cour de justice a longtemps privilégié une lecture extrêmement généreuse des libertés de circulation inscrites dans le traité. Peu soucieuse de l'intention des rédacteurs de celui-ci¹⁶, elle déclara dès 1974 que la libre circulation des marchandises s'opposait à « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »¹⁷. Dans la foulée, les juges de Luxembourg consacrèrent le principe de reconnaissance mutuelle, commandant aux États d'accepter sans restriction les marchandises légalement produites et fabriquées dans l'État membre d'exportation¹⁸. Cette jurisprudence très libérale infiltra bientôt le régime des autres libertés de circulation. Les mesures nationales susceptibles « de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice (...) d'une liberté fondamentale garantie par le traité »¹⁹ furent désormais considérées *prima facie* comme incompatibles avec ce dernier. En intégrant toute forme de gêne à l'exercice du commerce intracommunautaire dans la catégorie juridique des entraves à la libre circulation, la Cour faisait la part belle aux impératifs du marché et à la dynamique centripète de l'intégration européenne.

Il en alla tout différemment de la protection des valeurs non-marchandes et de la sauvegarde de la diversité, qui demeurèrent longtemps en marge des traductions opérées par la Cour de justice. Le potentiel destructeur de la libre circulation n'avait pourtant pas échappé aux négociateurs du traité de Rome, lesquels prirent soin d'y introduire un certain nombre de dérogations. Depuis lors, l'ordre public, la santé publique et la sécurité publique font office de portes de sortie pour les États, leur permettant, sous réserve de bonne foi et de proportionnalité, d'échapper à l'emprise des libertés de circulation^{20 21}. La Cour de justice a cependant toujours usé de ces catégories juridiques avec parcimonie. S'appuyant sur leur statut d'exception, elle n'a jamais cessé d'en donner une interprétation stricte.

Cette asymétrie entre la place réservée à la libre circulation et celle concédée aux intérêts concurrents porte assurément la marque d'une traduction hégémonique. Alors que toute activité économique transfrontière bénéficie de la protection des « quatre libertés », les politiques nationales concurrentes ne reçoivent une traduction en droit communautaire que dans les limites étroites de catégories juridiques d'autant plus rigides et étriquées qu'elles sont interprétées strictement.

des logiques et des intérêts qui lui sont *a priori* moins familiers que ceux véhiculés par la dynamique centripète du marché intérieur.

¹⁶ En ce sens, cf. G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, p.291 et s., spéc. p.316-317.

¹⁷ Aff. 8/74 *Dassonville*, 11 juillet 1974, *Rec.*, 1974, p.837, pt.5.

¹⁸ Aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (« Cassis de Dijon »), 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649.

¹⁹ C-19/92 *Kraus*, 31 mars 1993, *Rec.*, 1993, p.I-1663, pt.32, en ce qui concerne la liberté d'établissement. Dans le même sens, C-55/94 *Gebhard*, 30 novembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4165, pt.37. En ce qui concerne la libre prestation des services et la libre circulation des travailleurs, cf. respectivement, *mutatis mutandis*, C-384/93 *Alpine Investments*, 10 mai 1995, *Rec.*, 1995, p.I-1141, pt.38, et C-415/93 *Bosman*, 15 décembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4921, pt.103.

²⁰ Cf. l'article 30 pour la libre circulation des marchandises, l'article 38 pour la libre circulation des travailleurs, l'article 46 pour la liberté d'établissement, et l'article 55 pour la libre prestation des services.

²¹ A ces exceptions d'ordre général, il convient d'ajouter, dans le domaine des marchandises, la protection de la moralité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux et la protection de la propriété industrielle et commerciale.

On ajoutera que ces traductions hégémoniques en appellent inévitablement d'autres, qui en prennent l'exact contre-pied. Rappelons à cet égard que l'immense majorité des affaires qui touchent à la libre circulation arrivent à la Cour par le biais de la procédure de renvoi préjudiciel. Ce dialogue institutionnalisé entre le juge national et la Cour de justice repose avant tout sur un esprit de coopération et de confiance. Or, on est en droit de penser que la promotion inconditionnelle de l'unité et du marché par les juges de Luxembourg est de nature à susciter la défiance des juridictions nationales. Celles-ci peuvent alors être tentées de « rétablir l'équilibre » en opérant à leur tour des dénis de traduction dans leur ordre juridique interne. Rien de plus facile pour un juge – en tout cas en première instance et en appel – que de décliner l'invitation des parties au litige à poser une question préjudicielle à la Cour de justice. Il lui suffira, par exemple, de refuser de voir dans la réglementation contestée devant lui un obstacle à une liberté de circulation.

B. La qualification, lieu de transposition – traductions hospitalières

Reconnaissons toutefois que la Cour de justice s'est depuis longtemps départie de cette approche hégémonique. Les objectifs d'intérêt général invoqués par les Etats pour déroger aux libertés de circulation sont désormais affranchis du carcan des exceptions prévues par le traité. Dans le célèbre arrêt *Cassis de Dijon* concernant la libre circulation des marchandises, les juges de Luxembourg ont ainsi déclaré qu'« [e]n l'absence d'une réglementation commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation d'un produit doivent être acceptées dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs »²².

La Cour reconnaissait ainsi aux Etats le droit de déroger aux lois du marché intérieur pour des motifs qui n'étaient pas explicitement prévus par le traité. Elle a rapidement souligné²³ que seules les mesures non discriminatoires – *i.e.*, indistinctement applicables – pouvaient bénéficier de ce régime d'exception, et ce pour autant qu'elles soient proportionnées à l'objectif poursuivi²⁴. Cette « théorie »²⁵ des exigences impératives d'intérêt général ne tarda pas à percoler dans le domaine des autres libertés de circulation. Aux quelques objectifs d'intérêt général identifiés dans l'arrêt « *Cassis de Dijon* » vinrent bien vite s'en ajouter d'autres, sans qu'il soit jamais possible d'en dresser une liste définitive.

Cette réceptivité accrue aux intérêts non-marchands et à la diversité des sensibilités nationales a trouvé un prolongement inattendu dans la consécration progressive des droits fondamentaux au sommet de l'ordre juridique européen. Nous ne reviendrons pas sur cette histoire désormais bien connue qui, depuis le silence du traité de Rome jusqu'à la proclamation de la Charte des droits fondamentaux, a vu les droits de l'homme s'arroger une place sans cesse plus centrale dans la construction européenne. Rappelons simplement qu'en propulsant les droits fondamentaux au statut de principes généraux du droit communautaire, la Cour de justice n'a pas joué le moindre des rôles dans ce processus de « traduction-incorporation »

²² Aff. 120/78 *Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (« *Cassis de Dijon* »), 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649, pt.8.

²³ Cf. aff. 113/80 *Commission c. Irlande*, 17 juin 1981, *Rec.*, 1981, p.1625.

²⁴ Aff. 261/81 *Rau*, 10 novembre 1982, *Rec.*, 1982, p.3961, pt.12.

²⁵ Cf. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *R.T.D.E.*, 1998, p.191-236.

qui est en même temps un processus de « traduction-comparaison ». En s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et des instruments internationaux ratifiés par ceux-ci, la CJCE a élaboré un véritable catalogue jurisprudentiel de droits de l'homme opposables aux autorités européennes.

Cette consécration prétorienne n'a pas manqué d'être utilisée par les Etats membres désireux de déroger aux quatre libertés. De plus en plus souvent, ceux-ci invoquent en effet la nécessité de protéger les droits de l'homme pour justifier une entorse à la libre circulation. Ainsi en est-il par exemple de l'affaire *Familiapress*²⁶, dans laquelle le gouvernement autrichien invoqua la nécessité de sauvegarder la liberté de la presse à l'appui d'une décision d'interdiction de vente d'un hebdomadaire allemand qui proposait à ses lecteurs des mots croisés et des énigmes assortis de prix à gagner. En plaçant tous les concurrents sur un pied d'égalité, la défense faite aux éditeurs de distribuer des prix ou des cadeaux liés à la vente de périodiques entendait maintenir une saine compétition et garantir le pluralisme de la presse.

Les autorités autrichiennes déployèrent la même stratégie argumentative dans l'affaire *Schmidberger*²⁷ pour justifier leur passivité face au blocage – pendant une trentaine d'heures – de l'autoroute du Brenner causé par le rassemblement d'un groupe écologiste. Le gouvernement estima en effet qu'il était tenu de protéger la liberté de réunion et d'expression des manifestants, lesquels avaient tenté d'attirer l'attention du public sur les dégâts environnementaux générés par l'intense circulation de poids lourds dans cette région sensible des Alpes.

Enfin, c'est encore le langage des droits de l'homme qui fut mobilisé dans l'affaire *Omega*²⁸. Le gouvernement allemand y expliqua qu'en interdisant l'exploitation d'un jeu consistant à tuer – fictivement, bien entendu – ses adversaires au moyens de fausses mitraillettes émettant un rayon laser, l'autorité de police de Bonn avait simplement relayé les inquiétudes de la population locale, laquelle considérait que l'organisation d'un tel jeu portait atteinte à la dignité humaine.

Dans ces trois affaires comme dans d'autres, la Cour de justice a reconnu la légitimité des motifs invoqués par les Etats, pourtant prioritairement dictés par des préoccupations étrangères au droit communautaire. Cette traduction « hospitalière » de principes inspirés des droits constitutionnels nationaux témoigne, dans le chef de la Cour de justice, d'une sensibilité accrue à la protection des valeurs non-marchandes et au respect de l'identité des peuples européens.

Selon la logique des vases communicants, cette reconnaissance toujours plus appuyée de la légitimité des politiques nationales s'est accompagnée d'un rétrécissement – relatif et sectoriel – du champ d'application des libertés de circulation. On rappellera à cet égard que pour endiguer les excès auxquels donnaient lieu sa jurisprudence *Dassonville – Cassis de Dijon*, la Cour de justice a entrepris de restreindre le champ d'application de l'article 28 CE. Opérant un revirement de jurisprudence retentissant, elle a déclaré dans son illustre arrêt *Keck et Mithouard* qu'« (...) il y a lieu de considérer que, contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici, n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le

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

²⁷ C-112/00 *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c Republik Österreich*, 12 juin 2003, *Rec.*, 2003, p.I-5659.

²⁸ C-36/02 *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellung GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, 14 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-6911.

commerce entre les États membres (...) l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent *certaines modalités de vente*, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, *en droit comme en fait*, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres »²⁹.

Sans nous étendre sur les enseignements de l'arrêt *Keck* et sur les développements jurisprudentiels auxquels il a donné lieu³⁰, on remarquera simplement qu'il inaugure un mouvement de rétrécissement de la libre circulation des marchandises. Cette tendance se trouve aujourd'hui renforcée par d'autres tentatives prétorienne visant à resserrer les conditions d'application de la libre circulation. Et tandis que certains arrêts s'emploient à exporter la jurisprudence *Keck* au-delà du commerce des marchandises³¹, d'autres s'efforcent de dégager une règle quantitative visant à exclure du champ d'application des quatre libertés les atteintes trop insignifiantes ou aléatoires qui y seraient portées³². Fait significatif, il semble que seule la jurisprudence relative à la libre circulation des personnes – et en particulier des citoyens économiquement non actifs – soit épargnée par cette évolution. Rien que de très logique après tout, dès lors que l'activisme dans ce domaine ne saurait être assimilé à une forme de militantisme en faveur du marché et de l'ultralibéralisme.

On ne peut que se réjouir de cette double évolution – relativisation des pôles « unité » et « valeurs marchandes » d'un côté, et valorisation des pôles « diversité » et « valeurs non-marchandes » de l'autre. Elle exprime la volonté de la Cour de justice de traduire le plus fidèlement possible, dans le langage du droit communautaire, les aspirations légitimes des États. Elle cherche à rendre compte de la double tension qui structure l'entreprise d'établissement du marché intérieur. Elle représente en ce sens une traduction « hospitalière » qui *transpose*, dans le langage communautaire, des concepts et des intérêts qui lui sont *a priori* étrangers.

Il reste que cette transposition a ses limites. Elle intègre certes l'étranger, mais ne l'assimile pas pleinement. Elle fait droit aux revendications des États, mais ne se permet pas de se les réapproprier. La traduction prend ici encore la forme d'une importation brute, d'une transplantation d'un certain nombre de concepts dans un langage trop rigide pour être réellement accueillant. En résultent d'importantes difficultés. Les traductions sont parfois approximatives, regroupant sous un même terme dans la langue cible une multiplicité d'idées

²⁹ C-267 et 268/91, *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, 1993, p.6097, §16 (nous soulignons).

³⁰ Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à la brillante synthèse de C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford, OUP, 2004, p.128-154. *Adde* : R. KOVAR, « *Dassonville, Keck* et les autres : de la mesure avant toute chose », *R.T.D.E.*, 2006, p.213-247.

³¹ Pour une transposition approximative dans le domaine des services, cf. C-544 et 545/03 *Mobistar et Belgacom Mobiles*, 8 septembre 2005, *Rec.*, p.I-7723. Sur les tentatives de limitation du champ d'application de la libre prestation des services, cf. J. MEULMAN, H. DE WAELE, « A Retreat from *Säger* ? Servicing or Fine-Tuning the Application of Article 49 EC », *L.I.E.I.*, 2006, vol.33, p.207-228. Cf. également les conclusions rendues le 14 décembre 2006 par l'AG KOKOTT dans l'affaire *Aklagaren* (C-142/05, non encore publié au Recueil), proposant d'approfondir la jurisprudence *Keck* en étendant aux modalités d'utilisation des produits l'exception actuelle, relative aux modalités de *vente*.

³² Cf.e.a. C-93/92 *CMC Motorradcenter*, 13 octobre 1993, *Rec.*, 1993, p.I-5009, pt.12 ; C-67/97 *Bluhme*, 3 décembre 1998, *Rec.*, 1998, p.I-8033, pt.22 ; C-134/03 *Viacom outdoor*, 17 février 2005, *Rec.*, 2005, p.I-1167, pt.38 ; C-20/03 *Openbaar Ministerie c. Marcel Burmanjer, René Alexander Van Der Linden, Anthony De Jong*, 16 décembre 2004, *Rec.*, p.4135. Pour un commentaire critique de ce dernier arrêt, cf. A. BAILLEUX, N. BONBLED, « De l'art de poser une question préjudicielle (et d'y répondre) – De Bruges à Bruges en passant par Bruxelles et Luxembourg », *R.I.E.J.*, 2007, p.219-253, spéc. p.243-249.

véhiculées dans la langue source. Ainsi en est-il de la catégorie des « raisons impératives d'intérêt général », dont la plasticité englobe virtuellement tous les intérêts avancés par les Etats pour déroger au principe de libre circulation.

Par d'autres côtés en revanche, ces transpositions font preuve d'une déférence excessive envers la terminologie employée dans la langue source. Celle-ci se trouve alors sacralisée, idéalisée, adoptée sans recul critique et bien vite exposée à toutes les manipulations. Que l'on s'avise à cet égard du succès grandissant du « discours des droits de l'homme » qui, s'il continue de conquérir les prétoires de la Cour de justice, risque bien d'y paralyser tout effort réflexif³³. S'il est vrai qu'à la faveur de la Charte des droits fondamentaux, tout intérêt non-marchand peut être relié à la protection d'un droit de l'homme, alors il faut constater l'échec du traducteur qui, succombant aux effets de mode et à la crainte de déplaire à l'émetteur du message, reçoit sans discernement un champ lexical menaçant pour la richesse de la langue cible. Si un usage critique des droits de l'homme en fait la meilleure grammaire d'un nouvel esperanto juridique, une adhésion immodérée au « discours des droits » risque de transformer celui-ci en un chant des sirènes, dont la dangereuse beauté séduit et empêche de penser pareillement dans toutes les langues.

Enfin, ces transpositions un peu rapides contribuent à troubler la netteté de termes utilisés couramment dans la langue cible. Plus que jamais, les contours des libertés de circulation sont aujourd'hui difficiles à cerner. La prise en compte croissante des intérêts des Etats semble conduire à un usage plus prudent mais aussi plus malaisé du principe de libre circulation. À la fois droits fondamentaux et instruments du marché intérieur, les quatre libertés ne sortent pas indemnes de ces processus de traduction hospitalière.

C. La qualification, lieu de reconnaissance – traductions relevantes

Face à ces difficultés, reste la reconnaissance. Horizon régulateur de toute entreprise de traduction, elle implique une compréhension et une assimilation pleine et entière du message véhiculé dans la langue d'origine. Condition nécessaire d'une traduction authentiquement « relevante »³⁴, elle exige une réappropriation, un retravail du lexique de la langue source afin d'en restituer toutes les virtualités dans la langue cible. Celle-ci subit en retour une remise en question et un réaménagement de ses propres structures.

Dans le cadre de la qualification juridique, cette réappropriation trouve sans doute sa meilleure expression dans le processus d'abduction théorisé par Alain PAPAUX. Citant Henri BATTIFOL, celui-ci rappelle qu'« on parvient à trouver une communauté de nature entre deux institutions différentes en considérant moins leur structure que leur fonction »³⁵. Et plus loin, avec Pierre MAYER : « (...) l'essentiel, en matière de qualification, ne réside pas dans les *concepts* auxquels on a recours pour définir les catégories, mais dans les *intérêts* pratiques qui s'attachent à l'extension qu'on leur donne »³⁶.

³³ Cet avertissement se limite bien évidemment au droit du marché intérieur. Il est peut-être également inutile. Rien ne dit en effet que si une telle rhétorique des droits de l'homme devait se développer, la Cour s'en montrerait dupe. Il reste qu'elle devrait alors affiner sa jurisprudence actuelle. En outre, on précisera que cet avertissement s'adresse à tout principe et à tout concept reçu sans la distance critique nécessaire à la traduction.

³⁴ Cf. *supra*, note n°15.

³⁵ A. PAPAUX, *op. cit.*, p.483.

³⁶ *Id.*, p.484.

Appliquée à notre objet d'étude, où nous entraîne la voie de l'abduction ? À traverser le miroir juridique, très certainement. À retourner au fond du marché intérieur et à rappeler, encore et toujours, que les concepts juridiques qu'il véhicule ne sont jamais qu'une traduction de la double tension qui le structure de part en part. Mais encore, se demandera-t-on, comment se... traduit cette attention renouvelée à l'« infrastructure » idéologique qui sous-tend la « superstructure » juridique du marché commun ? Par la mise en tension de ces couples de contraires – marchand/non-marchand, unité/diversité –, dans une perspective résolument dialectique. Et ensuite, s'interrogera-t-on, comment cette posture théorique prend-elle forme dans le raisonnement juridique ? Nos réflexions sont encore trop inchoatives pour pouvoir fournir à cette question une réponse satisfaisante. Du reste, il serait vain d'y chercher une réponse définitive dès lors que la reconnaissance est un idéal qui se pratique tous les jours sans jamais s'atteindre.

Pour autant, certaines idées émergent d'elles-mêmes à la faveur de ce décentrement. Si l'on admet que les droits fondamentaux et les raisons impératives d'intérêt général ne sont que des enveloppes destinées à abriter la *diversité* des sensibilités nationales et la poursuite de valeurs *non-marchandes*, si l'on admet ensuite que la libre circulation n'est elle-même qu'un concept incarnant la force *centripète* du *marché*, alors plus rien ne nous empêche de désacraliser ces artefacts du langage juridique, de les triturer, de les recomposer et d'y en adjoindre d'autres. Au terme de cette opération – qui ne dispense pas de la fidélité au texte des traités –, on peut espérer se rapprocher de l'idéal du juge-traducteur : rendre justice à la complexité des faits qui lui sont soumis, et le faire dans un langage clair et conventionnellement défini, compréhensible tant de ses lecteurs que des traducteurs qui poursuivront son oeuvre.

III. La concrétisation comme « traduction – effectuation »

Le processus de traduction des intérêts des parties au litige dans le langage juridique ne représente pour autant qu'une première étape dans l'opération de *iuris-dictio*. Une fois réalisée cette conversion, le traducteur-juge doit ensuite en dégager la norme juridique applicable au cas de l'espèce. On aurait tort de négliger cette deuxième phase du raisonnement opéré par le juge. Remarquons en effet que la qualification juridique d'une situation de fait ne suffit pas à déterminer le droit qui y correspond. Tout juste permet-elle d'identifier les *sources* du droit – ce que F. MÜLLER appelle les éléments de concrétisation – nécessaires à la construction de la norme : tel article du traité, tel précédent jurisprudentiel, tel principe d'interprétation, tels commentaires doctrinaux. S'ensuit alors le « travail de concrétisation », qui consiste à inscrire ces sources dans la sphère du droit, à les *traduire* dans le champ normatif, en d'autres termes, à procéder à leur effectuation³⁷. Cette seconde étape dans la résolution du litige laisse elle aussi une grande liberté au traducteur-juge. C'est donc sans surprise qu'elle génère tantôt des traductions hégémoniques (A), tantôt des traductions hospitalières (B), tantôt enfin l'espoir de traductions véritablement pertinentes (C).

³⁷ Cette effectuation implique en réalité la construction successive d'une norme générale – règle générale de résolution du cas – et d'une norme-décision – application de la règle générale au cas de l'espèce. Ce double mouvement, sur lequel nous n'insisterons pas dans la présente étude, semble apparaître plus clairement sous la plume de W. FIKENTSCHER, tel que commenté par R. KOLB : « Le juge doit d'abord construire la prémisses majeure, c'est-à-dire la prémisses normative. Il y a ici un parallélisme avec la doctrine de F. Müller : la norme est construite par une sorte de concrétisation *in casu*. (...) Il s'agit (...) d'abord de construire la norme au regard du cas individuel ; et ensuite de construire le cas individuel au regard de la norme » (R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.43).

A. La concrétisation, lieu de domination – traductions hégémoniques

Aujourd'hui encore, la jurisprudence communautaire donne à la libre circulation le statut de principe et aux intérêts concurrents, celui d'exceptions. Si les Etats peuvent déroger aux impératifs du libre-échange, ils doivent cependant justifier pareille entorse en démontrant que leur action poursuit un objectif légitime – nous n'y reviendrons plus – et respecte le principe de proportionnalité. En vertu de ce dernier, les mesures envisagées doivent être aptes à atteindre l'objectif poursuivi (test d'adéquation), elles ne doivent pas porter atteinte à la libre circulation davantage que nécessaire (test de nécessité), et les bénéfices qu'elles génèrent au regard de l'objectif poursuivi doivent être supérieurs aux coûts qu'elles entraînent pour le libre commerce (test de proportionnalité *s.s.*).

Exercé avec sévérité, le contrôle de proportionnalité peut servir efficacement des visées hégémoniques. Dans certains arrêts de la Cour de justice, il apparaît ainsi comme un instrument de domination au service du marché et de la dynamique centripète de l'intégration européenne. Si la Cour s'aventure rarement dans une opération explicite de mise en balance des intérêts, la prédominance du marché sur des objectifs concurrents transparaît parfois au niveau du test de nécessité. On se limitera à en épinglez deux exemples particulièrement illustratifs. Dans le premier, la haute juridiction a estimé que la détermination, pour chaque producteur, d'un quota annuel de boissons pouvant être commercialisées dans un emballage non consigné n'était pas nécessaire à la protection de l'environnement³⁸. Dans le second, elle a jugé que les autorités allemandes avaient fait preuve d'excès de zèle dans la protection du consommateur en interdisant la commercialisation de barres chocolatées dont la quantité par unité de conditionnement avait été augmentée de 10 % mais dont la bande mentionnant « + 10% » sur l'emballage occupait une surface supérieure à 10 % de celui-ci³⁹. Nul doute que les réglementations en cause dans ces deux affaires contribuaient respectivement à la préservation de l'environnement et à la sauvegarde des intérêts des consommateurs. Dès lors, en estimant que ces mesures – certes radicales – avaient une utilité marginale trop faible par rapport à leur coût pour le commerce intracommunautaire, la Cour a substitué son jugement de valeur à celui des autorités nationales.

Dans d'autres décisions, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour s'est avéré insensible aux arguments tirés de la diversité – linguistique, historique, socio-culturelle – des situations nationales. Deux illustrations suffisent ici encore à étayer notre propos. Dans une affaire *Commission c. Allemagne*⁴⁰, la Cour de justice a considéré que la protection des consommateurs allemands n'exigeait pas de refuser la dénomination de « bière » aux boissons contenant d'autres ingrédients que du malt d'orge, du houblon, de la levure et de l'eau. Elle a en effet estimé qu'une telle législation contribuait à la cristallisation des habitudes et des attentes des consommateurs nationaux, et contrecarrait de la sorte un des objectifs du marché commun. La Cour fut également appelée à se prononcer sur la perspicacité des consommateurs allemands dans une affaire concernant une interdiction de commercialiser des produits cosmétiques assortis de la dénomination « clinique »⁴¹. Cette interdiction était justifiée par le fait que le terme « clinique » risquait d'induire le consommateur en erreur, suscitant en lui l'impression que les produits concernés avaient des propriétés thérapeutiques.

³⁸ Aff. 302/86, *Commission c. Danemark*, 20 septembre 1988, *Rec.*, 1988, p.4607.

³⁹ C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. c. Mars GmbH*, 6 juillet 1995, *Rec.*, 1995, p.I-1923.

⁴⁰ Aff.178/84, 12 mars 1987, *Rec.*, 1987, p.1227.

⁴¹ C-315/92 *Verband Sozialer Wettbewerb eV contre Clinique Laboratoires SNC et Estée Lauder Cosmetics GmbH*, 2 février 1994, *Rec.*, 1994, p.I-317.

Sans se demander si le risque de confusion était plus grand pour des locuteurs allemands que pour d'autres citoyens européens, la Cour écarta une telle justification au motif que « ces produits sont régulièrement commercialisés dans les autres pays sous la dénomination "Clinique" sans que l'usage d'une telle dénomination entraîne apparemment d'erreur pour les consommateurs » (pt.21).

Sans conteste, la Cour exerce ici un contrôle particulièrement approfondi. D'une part, elle apprécie elle-même la proportionnalité de la mesure mise en cause, refusant par-là de s'en remettre aux lumières du juge national. D'autre part, elle suggère bien souvent aux Etats l'adoption de certaines mesures alternatives, censées réaliser l'objectif poursuivi à moindres frais pour le commerce intracommunautaire.

Tout comme on a pu l'observer au stade de la qualification, cette attitude hégémonique est ici aussi de nature à inspirer la méfiance des juridictions nationales. Fort logiquement, celles-ci sont à leur tour tentées d'ignorer les impératifs de l'intégration économique et de court-circuiter le mécanisme du renvoi préjudiciel à la Cour de justice. En statuant elles-mêmes sur la compatibilité d'une mesure nationale avec la libre circulation, elles entendent rendre à la diversité et aux valeurs non-marchandes la place que leur dénie la Cour de justice. Deux affaires britanniques nous permettront de prendre toute la mesure de ce phénomène.

Au cours de l'hiver 1994, des organisations de défense des animaux se réunirent plusieurs semaines durant dans un port du Sussex afin d'empêcher le départ quotidien de bateaux transportant du bétail vers l'étranger. Appelée à la rescousse pour contenir les manifestants, la police locale permit aux transporteurs de continuer leur activité économique. Après deux mois, le « *Chief Constable* » – le chef de la police locale – estima qu'au vu des ressources financières dont il disposait, il lui était impossible de continuer à assurer la protection quotidienne des bateaux tout en maintenant efficacement l'ordre dans le reste de sa juridiction. Il décida dès lors de limiter la surveillance du port à deux jours par semaine. Incapables de poursuivre leurs activités et menacés par la faillite, les transporteurs et les éleveurs concernés intentèrent un recours contre cette décision⁴².

En première instance, la *Divisional Court* accueillit favorablement la demande des transporteurs. Si, sur le plan du droit national, elle considéra que le *Chief Constable* n'avait pas agi de manière déraisonnable au sens des « *Wednesbury principles* » - principe de bonne administration de droit britannique – , elle estima en revanche que la décision du chef de la police était contraire à la libre circulation des marchandises et ne pouvait être justifiée par des considérations d'ordre public. La Cour d'appel réforma ce jugement⁴³. Elle considéra que le *Chief Constable* avait dû mettre en balance la liberté de commerce des transporteurs, les droits des résidents du Sussex à la sûreté, et la liberté de manifestation des défenseurs des animaux. Estimant que le droit communautaire laissait au *Chief Constable* une large marge d'appréciation dans l'arbitrage de ces différents intérêts, la Cour déclara que ce dernier avait agi de manière proportionnée et que sa décision était couverte par l'exception d'ordre public. La *House of Lords* confirma cet arrêt⁴⁴. A son estime, les autorités de police jouissaient d'une grande latitude dans la pondération des différents intérêts à la cause. L'existence de cette marge d'appréciation devait conduire à rejeter non seulement le grief – tiré du droit national –

⁴² Sur cette affaire, cf. C. BARNARD, I. HARE, "The Right to Protest and the Right to Export: Police Discretion and the Free Movement of Goods", *M.L.R.*, 1997, p.394-411; SZYSCZAK E., "Fundamental Values in the House of Lords", *E.L.R.*, 2000, p.443-451.

⁴³ Arrêt du 28 janvier 1997, [1997] EWCA Civ 861.

⁴⁴ [1998] UKHL 40.

fondé sur le caractère « déraisonnable » de la décision du *Chief Constable*, mais aussi le moyen – de droit communautaire – selon lequel une telle décision constituait une atteinte disproportionnée à la libre circulation. Il fallait en effet considérer que le test de proportionnalité en droit communautaire et le « *Wednesbury reasonableness test* » laissaient un même pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales. Il était dès lors tout naturel que leur application aboutît à des résultats identiques. L'affaire était clôturée, et le droit communautaire n'avait été d'aucune utilité à sa résolution. Que les navires transportant le bétail appareillaient pour les Etats-Unis ou pour la France n'importait guère aux yeux des *Lords*, pas plus que l'« oubli » d'interroger la Cour de justice sur cette délicate pondération des intérêts.

La seconde affaire concernait des ressortissants anglais qui, après avoir été impliqués dans des actes de violence à l'issue de matches de football, s'étaient vus interdire de quitter le pays chaque fois que l'équipe britannique jouait à l'étranger⁴⁵. Ces sanctions avaient été prises en vertu du *Football Spectators Act* de 1989 tel que modifié par le *Football Disorder Act* de 2000, qui entendait prévenir et réprimer les actes de hooliganisme. Les requérants contestèrent la légalité des mesures qui avaient été prises à leur encontre. Ils prétendaient que les sanctions qui les frappaient violaient non seulement la libre circulation des personnes consacrée aux articles 18 et 49 CE⁴⁶, mais aussi le droit à un procès équitable (art.6 CSDH), le principe de la légalité des incriminations et des peines (art.7 CSDH), et le droit à la vie privée et familiale (art.8 CSDH). Ces arguments échouèrent tant en première instance⁴⁷ qu'en appel⁴⁸. Les juridictions britanniques estimèrent qu'il ne leur incombait pas de poser une question préjudicielle à la Cour de justice dès lors que la solution du cas leur apparaissait suffisamment claire. Pour sévères qu'elles pussent paraître, de telles restrictions à la libre circulation étaient proportionnées à la sauvegarde d'exigences impératives d'intérêt général telles que la courtoisie internationale (« *international comity* »), la nécessité de protéger la réputation du Royaume Uni et le souci d'éviter les pertes financières qui résulteraient d'une exclusion des clubs anglais des compétitions internationales.

Les décisions examinées ci-dessus montrent que si les juridictions nationales sont les juges « naturels » du droit communautaire, elles s'acquittent parfois de leur mission avec une légèreté qui frise l'irrévérence. Le stade de la concrétisation laisse apparaître des vellétés de domination et de résistance dont s'accommode mal le principe de coopération censé présider à l'édification de l'ordre européen.

B. La concrétisation, lieu de transposition – traductions hospitalières

Bien souvent toutefois, le processus de concrétisation abrite des traductions hospitalières, qui s'efforcent de faire droit à la diversité des sensibilités nationales et à l'importance des valeurs non-marchandes. Ces intérêts opposés à la dynamique du marché intérieur se trouvent ainsi

⁴⁵ Pour un exposé plus complet de cette affaire, cf. E. DEARDS, "Human rights for football hooligans ? *Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire, Miller v. Leeds Magistrates Court, Lilley v. Director of Public Prosecutions*", *E.L.R.*, 2002, p.206-217; Id., "Human rights for football hooligans ? *Gough & Smith v. Chief Constable of Derbyshire*", *E.L.R.*, 2002, p.765-770; G. PEARSON, "A Cure Worse than the Disease? Reflections on *Gough and Smith v. Chief Constable of Derbyshire*", *Entertainment Law*, 2002, vol.1, n°2, p.92-102; Id., "Qualifying for Europe? The Legitimacy of Football Banning Orders 'On Complaint' under the Principle of Proportionality", *Entertainment and Sports Law Journal*, 2005, vol.3, n°1.

⁴⁶ En tant que touristes se rendant à l'étranger, les requérants rentraient dans le champ d'application de l'article 49 CE au titre de « destinataire de services ».

⁴⁷ 13 juillet 2001, [2001] EWHC Admin 554.

⁴⁸ 20 mars 2002, [2002] EWCA Civ 351.

pris en compte dans l'opération de construction et d'application de la norme.

Le surcroît d'attention porté aux valeurs non-marchandes s'exprime généralement par l'octroi d'une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales. Depuis longtemps, la Cour estime ainsi qu'« (...) il appartient aux États membres, à défaut d'harmonisation et dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes »⁴⁹.

De même les États se voient-ils reconnaître un pouvoir discrétionnaire accru lorsque, pour justifier une atteinte à la libre circulation, ils invoquent la protection d'un droit fondamental reconnu dans l'ordre juridique européen. L'affaire *Schmidberger* décrite plus haut en est certainement le meilleur exemple, qui marque incontestablement un tournant dans les rapports entre droits de l'homme et libertés de circulation. Pour la première fois, la Cour abandonne quelque peu son approche « pro-marché ». Les droits fondamentaux n'y apparaissent plus seulement comme des motifs de *dérogation* aux libertés de circulation mais également comme des intérêts concurrents – et équivalents – à ceux-ci⁵⁰. La Cour relève à cet égard que tant la libre circulation des marchandises que les liberté d'expression et de réunion tolèrent certaines limitations. Elle estime dès lors nécessaire d'opérer une « conciliation » (pt.77), pour laquelle « [i]l 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 » (pt.81). Dans la foulée, la Cour de justice « blanchit » l'attitude des autorités autrichiennes au motif que celles-ci, « (...) compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui doit leur être reconnu en la matière, ont *raisonnablement* pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires » (pt.93 – nous soulignons). On ne manquera pas de déduire de ces quelques mots que la Cour « place la barre » plus bas qu'à l'accoutumée. Loin d'un contrôle de proportionnalité plein et entier, le juge communautaire se contente d'apprécier le caractère raisonnable de la mesure nationale⁵¹.

La *self-restraint* manifestée par la Cour en cas de conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation peut également conduire à un alourdissement des missions confiées au juge de renvoi. Dans l'affaire *Familiapress* examinée précédemment, la Cour de justice

⁴⁹ C-192/01 *Commission c. Danemark*, 23 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-9693, pt.42. Dans le même sens, cf. e.a. aff. 97/83 *Melkunie*, 6 juin 1984, *Rec.*, 1984, p.I-2367 ; aff.174/82 *Sandoz*, 14 juillet 1983, *Rec.*, 1983, p.2445 ; C-320/93 *Ortscheit*, 10 novembre 1994, p.I-5243 ; C-387/99 *Commission c. Allemagne*, 29 avril 2004, *Rec.*, p.I-3751 ; C-24/00 *Commission c. France*, 5 février 2004, *Rec.*, 2004, p.I-1277 ; C-395/97 *Heinonen*, 15 juin 1999, *Rec.*, 1999, p.I-3599 ; C-434/04 *Ahokainen et Leppik*, 28 septembre 2006, non encore publié au Recueil.

⁵⁰ En ce sens, cf. le commentaire rendu par le président de la Cour de justice, selon lequel « [a]yant (...) placé face à face liberté fondamentale et droit fondamental comme des fondement essentiels mais qui tolèrent respectivement des exceptions, la Cour estime qu'il faut mettre en balance les intérêts en présence et déterminer si un juste équilibre a été respecté entre eux – tâche revenant aux autorités nationales compétentes qui disposent pour ce faire d'un large pouvoir d'appréciation ». Et un peu plus loin : « (...) c'est justement parce que la Cour n'a pas souhaité établir de rapport hiérarchique entre liberté fondamentale et droit fondamental qu'elle a préféré la voie de la mise en balance des intérêts, incombant d'ailleurs aux autorités compétentes, se réservant de vérifier que les restrictions à une liberté fondamentale ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour assurer la protection d'un droit fondamental » (V. SKOURIS, « L'interaction entre les libertés fondamentales et les libertés publiques en droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Léger*, Paris, Pédone, 2006, p.497-506, spéc. p.502 et 503).

⁵¹ Pour d'autres arrêts dans lesquels le contrôle de proportionnalité se mue en un contrôle d'absence de disproportion, cf. 384/93 *Alpine Investments*, 10 mai 1995, *Rec.*, p.I-1141, pt.51 ; C-316/95 *Generics*, 9 juillet 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3929, pt.33

constate ainsi que l'interdiction de commercialisation de magazines assortis de prix à gagner protège certes le pluralisme et la liberté d'expression des « petits » éditeurs autrichiens, mais porte en même temps atteinte à la libre circulation desdits magazines ainsi qu'à la liberté d'expression de leurs éditeurs. Face à ce conflit de libertés, la Cour laisse au juge *a quo* le soin d'apprécier la proportionnalité de la mesure nationale, non sans lui avoir préalablement fourni un certain nombre de directives.

Ces formes de délégation aux autorités locales s'avèrent particulièrement courantes lorsque la poursuite de l'objectif non-marchand s'inscrit dans un contexte socio-culturel propre à chaque Etat. Tempéré par le recours à la marge d'appréciation, le contrôle de proportionnalité se révèle ici nettement plus ouvert à la diversité des sensibilités et des traditions nationales. La Cour a ainsi reconnu que la fermeture des magasins le dimanche pouvait répondre à un objectif d'intérêt général au regard des particularités socio-culturelles de l'Etat qui l'instaurait⁵². Les réglementations relatives à l'exploitation des jeux de hasard et à la commercialisation de boissons alcoolisées font elles aussi l'objet d'une jurisprudence respectueuse des spécificités nationales⁵³. Les Etats se voient reconnaître un large pouvoir d'appréciation dans ces domaines éminemment tributaires des us et coutumes locaux. Du reste, la Cour de justice confie parfois le contrôle de proportionnalité au juge *a quo*, censé mieux connaître le contexte sociétal dans lequel s'inscrit la mesure litigieuse⁵⁴.

L'affaire *Omega* décrite plus haut illustre sans doute le plus clairement la déférence de la Cour à l'égard des sensibilités nationales. L'Allemagne avait invoqué le respect de la dignité humaine et la sauvegarde de l'ordre public à l'appui d'une mesure d'interdiction d'exploitation de jeux consistant à tirer sur ses adversaires à l'aide de fausses mitraillettes. L'avocat général Stix-Hackl estima que cette affaire opposait une liberté de circulation à un droit fondamental – la dignité humaine – qui, de par sa place particulière et prépondérante en droit allemand, était sans équivalent dans l'ordre juridique communautaire. Suivant le raisonnement de son avocat général, la Cour considéra que l'Allemagne pouvait à bon droit se prévaloir de l'exception d'ordre public. Elle déclara à cet égard que « 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. Il faut donc (...) reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité »⁵⁵. La Cour poursuivit en rappelant qu'« [i]l n'est pas indispensable (...) que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause » (pt.37).

À n'en point douter, les arrêts commentés ci-dessus véhiculent des traductions hospitalières. Ils témoignent du désir de rendre justice à la double tension qui parcourt la construction européenne. Attelée à son travail de concrétisation, la Cour prête l'oreille aux préoccupations

⁵² Cf. *Torfaen* ; C-169/91 *Stoke-on-Trent*, 16 décembre 1992, *Rec.*, 1992, p.I-6635.

⁵³ Concernant les jeux de hasard, cf. e.a. C-275/92 *Schindler*, 24 mars 1994, *Rec.*, 1994, p.I-1039, pt.61. Dans le même sens, cf. e.a. C-124/97 *Läärä*, 21 septembre 1999, *Rec.*, 1999, p.I-6067 ; C-67/98 *Zenatti*, 21 octobre 1999, *Rec.*, 1999, p.I-7289 ; C-6/01 *Anomar*, 11 septembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-8621. Cette marge d'appréciation semble avoir été revue à la baisse dans les arrêts C-243/01 *Gambelli*, 6 novembre 2003, *Rec.*, 2003, p.I-13031, et C-338/04, 359/04, 360/04 *Placanica e.a.*, 6 mars 2007, non encore publié au Recueil. Concernant la réglementation relative à la commercialisation – et la promotion – de boissons alcoolisées, cf. e.a. C-395/97 *Heinonen*, précité ; C-405/98 *Gourmet*, 8 mars 2001, *Rec.*, 2001, p.I-1795 ; C-434/04 *Ahokainen et Leppik*, précité.

⁵⁴ Cf.e.a. les affaires *Gourmet* et *Ahokainen* précitées.

⁵⁵ Arrêt *Omega* précité, pt.31 et références citées.

des Etats. Entre valeurs marchandes et non-marchandes, entre unité et diversité, elle assure ainsi l'équilibre nécessaire à la survie de l'édifice européen.

Ces transpositions ne sont cependant pas à l'abri de toute critique. Ponctuelles, hâtives, les concessions qu'elles ménagent aux intérêts opposés à l'intégration économique ne semblent obéir à aucune logique systématique prédéfinie. Ce manque de vue d'ensemble entraîne deux dérives, comparables à celles que l'on a pu observer au même stade dans le cadre de l'opération de qualification juridique. Le souci de prendre en compte les préoccupations des Etats membres conduit la Cour de justice à leur accorder tantôt trop de poids (i), tantôt pas assez (ii).

(i) L'excès de générosité de la Cour trouve à s'exprimer dans la confiance parfois démesurée qu'elle accorde aux autorités locales en réservant à celles-ci un large pouvoir d'appréciation. La jurisprudence *Schmidberger* semble ainsi indiquer qu'en cas de conflit entre une liberté de circulation et un droit fondamental, la Cour se limitera désormais à effectuer un contrôle à la marge, pleinement respectueux de l'autonomie des Etats. Cette attitude de retrait doit assurément être approuvée dès lors qu'elle confie la prise de décision à des instances qui bénéficient d'une plus grande légitimité, tant en termes de proximité que – souvent – de représentativité⁵⁶. Elle pourrait cependant ouvrir la porte à certaines dérives. Qui ne voit en effet que face à cette nouvelle jurisprudence, les Etats seront tentés de recourir autant que possible au langage des droits fondamentaux pour échapper à l'emprise des libertés de circulation ? Le développement de pareille « rhétorique des droits de l'homme » est d'autant plus à craindre qu'il s'autorise de la Charte des droits fondamentaux elle-même, dont le contenu englobe virtuellement toutes les valeurs non-marchandes susceptibles d'être invoquées par les Etats. Par où l'on retrouve le paradoxe signalé par S. VAN DROOGHENBROECK dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme : « l'extension des droits (...), promue par la Cour, conduit à un recul de l'effectivité que leur assure le « contrôle européen », car génératrice de conflits pour la résolution desquels les Etats se voient concéder une large marge d'appréciation »⁵⁷.

Ce pouvoir d'appréciation, ce n'est pas toujours aux autorités responsables de l'édiction de la norme contestée que la Cour le confie. Le juge *a quo* se voit de plus en plus souvent assigner la tâche délicate d'arbitrer les conflits entre la libre circulation et la poursuite de politiques nationales. La Cour lui laisse ainsi le soin d'apprécier tantôt la sincérité de l'Etat⁵⁸, tantôt la

⁵⁶ Cette solution semble aller dans le sens préconisé par R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, 2002 (éd orig 1986), p.422.

⁵⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation », *J.T.D.E.*, 1999, p.165. Cf. également le *caveat* adressé à la Cour par l'AG Jacobs dans ses conclusions précédant l'arrêt *Schmidberger* : « À première vue, il pourrait paraître excessif, et comme représentant une ingérence inacceptable, de se demander si un État membre qui invoque un droit fondamental particulier reconnu dans son ordre juridique interne poursuit un objectif d'intérêt public légitime. On peut toutefois imaginer un instant un ordre juridique (purement hypothétique) d'un État membre qui reconnaisse expressément le droit fondamental d'être protégé contre la concurrence déloyale d'autres firmes et, en particulier, de firmes établies à l'étranger, ou une jurisprudence admettant un tel droit comme un aspect du droit fondamental de libre activité économique, ou le droit fondamental de propriété. Il convient en outre de garder à l'esprit qu'en dépit d'un consensus de base, qui se reflète dans la Convention européenne des droits de l'homme, sur un noyau de droits qui doivent être considérés comme fondamentaux, il y a un certain nombre de divergences entre les « catalogues » des droits fondamentaux des États membres, qui reflètent souvent l'histoire et la politique culturelle particulières d'un État membre donné. On ne saurait donc exclure automatiquement qu'un État membre qui invoque la nécessité de protéger un droit reconnu comme fondamental par le droit national n'en poursuive pas moins un objectif qui doit être considéré comme illégitime au regard du droit communautaire » (pts 96 à 98).

⁵⁸ Cf. e.a. l'arrêt C-338/04, 359/04, 360/04 *Placanica*, précité.

nécessité⁵⁹, la proportionnalité⁶⁰ ou le caractère discriminatoire⁶¹ de la mesure mise en cause. Pareilles délégations sont pleinement justifiées lorsqu'elles touchent à des questions de pur fait ou à des domaines dans lesquels s'expriment des sensibilités nationales très différentes. Hormis ces cas de figure, il n'est cependant pas sûr que ces formes de subsidiarité juridictionnelle soient très pertinentes. Si elles évitent au juge communautaire d'écorner son autorité en s'aventurant dans de délicates pondérations d'intérêts, elles engendrent de nouveaux problèmes de traduction, néfastes à l'application uniforme du droit communautaire⁶². Ces problèmes de traduction éprouvés par les juges du fond à la lecture des arrêts de la Cour de justice débouchent tantôt sur des erreurs de traduction – les « consignes » du juge communautaire sont mal interprétées⁶³ –, tantôt sur des dénis de traduction – ces consignes sont tout simplement ignorées⁶⁴.

(ii) Ces excès de générosité s'inscrivent en outre dans un cadre par trop rigide. Les transpositions de la Cour de justice réservent certes une place à la diversité et au non-marchand dans la jurisprudence relative aux libertés de circulation. Mais cette place demeure celle de l'exception, de la dérogation, bref, de l'étranger au sein de l'ordre communautaire. Même assouplie par le recours à la marge d'appréciation, la gangue de la proportionnalité continue de donner aux libertés de circulation une primauté de principe face à laquelle les Etats doivent sans cesse se justifier. L'affaire *Schmidberger* elle-même ne rompt pas totalement avec ce schéma de pensée lesté d'un préjugé en faveur du marché⁶⁵. Il ne s'agit pas de contester absolument cette prééminence des libertés de circulation, qui découle à la fois de la lettre et de l'esprit du traité CE. On est toutefois en droit de se demander si cette approche uniforme en trois temps (entrave – justification – proportionnalité) permet réellement de refléter – de traduire – avec toute la fidélité voulue la double tension qui sous-tend l'entreprise de construction du marché intérieur. Prisonnière des catégories du droit communautaire, la transposition révèle ici encore ses limites.

⁵⁹ Cf. e.a. aff.94/82 *Procédure pénale c. De Kikvorsch*, 17 mars 1983, *Rec.*, 1983, p.947 ; C-85/94 *Piageme*, 12 octobre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-2955.

⁶⁰ Cf. e.a. C-34 à C-36/95 *De Agostini*, 9 juillet 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3843 ; C-441/04 *A-Punkt Schmuckhandels*, 23 février 2006, *Rec.*, 2006, p.I-2093 ; C-405/98 *Gourmet*, précité ; C-85/94 ; C-434/04 *Ahokainen* précité ; C-368/95 *Familiapress*, précité ; C-20/03 *Burmanjer*, précité.

⁶¹ Cf.e.a. les arrêts C-441/04 *A-Punkt* et C-20/03 *Burmanjer*, précités.

⁶² Sur le partage des compétences entre la CJCE et les juges nationaux au niveau du contrôle de proportionnalité des mesures étatiques, cf.e.a. J.H. JANS, "Proportionality Revisited", *L.I.E.I.*, 2000, p.239-265, spéc. p.255-259 ; G. DAVIES, "The Division of Powers between the European Court of Justice and National Courts: A Critical Look at Interpretation and Application in the Preliminary Reference Procedure", disponible sur <http://irs.ub.rug.nl/ppn/290811872> ; F. JACOBS, « Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law », in E. ELLIS, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Hart, 1998, p.2-21, spéc. p.19-20 ; T. TRIDIMAS, « Proportionality in Community Law : Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny », in E. ELLIS, *op. cit.*, p.65-84, spéc. p.78-80.

⁶³ Cf. le jugement du tribunal de Bruges rendu suite à l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Burmanjer*, décrit et analysé in A. BAILLEUX, N. BONBLED, *loc. cit.*, p.246-249

⁶⁴ Cf. la décision rendue par le juge autrichien suite à l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Familiapress*, mentionnée in A. BIONDI, "Free Trade, A Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights", *E.H.R.L.R.*, 2004, p.56

⁶⁵ On notera ainsi que si l'arrêt s'engage résolument dans une voie nouvelle et plus respectueuse des droits fondamentaux, il ne consacre pas pour autant une rupture totale avec la jurisprudence antérieure. D'une part, la Cour continue de raisonner sur le mode « principe-exception » : les droits fondamentaux n'interviennent que dans un second temps, après qu'une entorse à la libre circulation a été identifiée. D'autre part, une fois les droits de l'homme invoqués, les juges se limitent à constater que « 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 circulation des marchandises » (pt.74 – nous soulignons).

C. La concrétisation, lieu de reconnaissance – traductions relevantes

Une fois encore, donc, il faut tenter le pari de la reconnaissance et s'engager sur la voie des traductions relevantes. Répétons-le, c'est en vain que l'on espérerait fournir une traduction parfaite des enjeux sous-jacents au contentieux des libertés de circulation. Tout comme le traducteur doit renoncer à l'espoir de refléter dans la langue-cible toutes les subtilités de la langue-source, bien naïf serait le juge – ou l'auteur de doctrine – qui prétendrait convertir dans la norme qu'il construit, sans perte de sens aucune, la pluralité des intérêts au litige.

L'impossibilité de la tâche ne doit cependant pas dissuader de s'y atteler. Tout comme nous plaidons pour un enrichissement du langage du droit communautaire – du « vocabulaire » du marché intérieur – au niveau de la qualification des faits, il semble nécessaire de libérer l'opération de concrétisation des contraintes juridiques dans lesquelles elle est artificiellement maintenue⁶⁶. S'il est vrai que les catégories juridiques ne sont que des artefacts langagiers, alors il faut reconnaître que les sources du droit – le traité en tête – ne sont rien d'autre que des balises servant à orienter le travail de construction de la norme assigné au juge-traducteur. Dans les matières qui nous occupent, celui-ci doit se sentir d'autant plus libre de ses mouvements que ces balises émettent des signaux flous qui portent la marque de la double tension dont on a déjà tant parlé.

Nous revoilà donc, à nouveau, dans le champ éthéré des directives théoriques : la traduction relevante exigera du juge qu'il mette sans cesse en tension les pôles de ces deux couples de contraires qui forment l'épine dorsale du marché intérieur ; qu'entre unité et diversité, entre économie et non-marchand, il fasse œuvre dialectique ; qu'il contribue de la sorte à l'idéal de « développement durable » qui se trouve au cœur de la construction européenne.

Ces recommandations gagnent sans doute en précision lorsque l'on y adjoint une autre balise susceptible de guider le travail du traducteur. Si l'œuvre traduite doit être *fidèle* à la langue d'origine, elle doit également être *compréhensible* des lecteurs auxquels elle s'adresse. Comme on a eu l'occasion de le souligner plus haut, cette exigence prend un relief particulier dans le domaine du droit, lorsqu'associée à l'autorité, la traduction se fait instituante. Rien d'étonnant dès lors à ce qu'appelé à utiliser un vocabulaire clair au stade de la qualification juridique, le juge soit invité, au niveau de la concrétisation de la norme, à créer un système de règles dépourvu(es) d'ambiguïté.

Borné en amont par l'exigence de fidélité et en aval par le défi de la clarté, l'espace dans lequel se déploie la traduction relevante gagne quelque peu en netteté. Appliqué au contentieux relatif à la libre circulation, il commande d'adopter un système de résolution des conflits qui soit à la fois plus clair et plus sophistiqué que l'approche uniforme en trois temps aujourd'hui suivie par la jurisprudence. Comme pour la qualification juridique cependant, on se gardera – pour l'heure – d'en dire davantage. C'est que la traduction est un travail patient qui ne s'improvise pas...

⁶⁶ Sur cette question, cf. M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ-Bruylant, 2005

Conclusion

Arrivés au terme de cette étude, on voudrait s'interroger sur l'utilité de celle-ci en tentant de répondre à deux questions : d'une part, en quoi le paradigme de la traduction a-t-il permis d'enrichir notre compréhension de la jurisprudence communautaire relative aux libertés de circulation et à leurs dérogations ? D'autre part, dans quelle mesure l'examen de cette jurisprudence a-t-il contribué à affiner les contours de notre triple grille de lecture (pouvoir – transposition – traduction) ?

La première question appelle une observation préalable relative à la fonction de juger. Le paradigme de la traduction nous rappelle que si le réel n'existe que par la médiation du langage, le langage lui-même est avant tout un produit de l'esprit. Le droit est composé de catégories et de concepts contingents et infiniment malléables dont l'unique fonction consiste à véhiculer un message, à traduire dans le langage juridique et dans la sphère du droit à la fois des faits – les intérêts des parties à la cause – et des valeurs – les conceptions de la justice en vigueur dans la société. Si l'on admet que le droit n'est que traduction et que le juge n'est que traducteur, alors il faut reconnaître qu'aucun jugement n'est totalement vrai ou faux, mais qu'il est plus ou moins « juste » – au sens de la justesse d'un ton plus que de l'exactitude d'une réponse. La traduction souligne encore l'importance de l'intelligibilité de l'œuvre interprétée, qui n'a de sens que pour autant qu'elle soit comprise par l'auditoire auquel elle s'adresse. Appliquée à la *iuris-dictio*, cette exigence prend une résonance particulière dans l'impératif de sécurité juridique, qui découle naturellement de la fonction instituante de la décision de justice.

Une fois transposées au droit du marché intérieur, ces considérations amènent à prendre distance par rapport aux concepts qui, des raisons impérieuses d'intérêt général à l'exception d'ordre public en passant par le principe de proportionnalité, déterminent à eux seuls les contours de la jurisprudence communautaire. Le paradigme de la traduction nous invite à aller voir derrière les mots pour s'interroger sur ce qu'ils désignent. Cette « définition par la fonction » conduit à observer que les notions centrales du droit des libertés de circulation sont toutes orientées vers l'articulation de deux tensions inhérentes à la construction européenne. La *iuris-dictio* de la Cour de justice s'inscrit au cœur de ces relations antagoniques entre valeurs marchandes et non-marchandes d'une part, et entre unité et diversité de l'autre. La justesse des traductions opérées par la Cour dépendra dès lors de leur capacité à rendre justice à cette double tension sans jamais céder à un excès de casuistique qui nuirait à leur intelligibilité. C'est sans doute ce double horizon régulateur – fidélité et intelligibilité – plus qu'un attachement indu aux « mots du droit » qui est appelé à guider la jurisprudence de la Cour de justice dans ce domaine.

Il ne sera guère plus difficile de répondre à notre seconde interrogation. Nul doute que notre grille de lecture ressort enrichie de ce premier contact avec le droit positif européen. Au départ de cette étude, on notait que si tout jugement juridique était tributaire d'une opération de traduction, cette traduction était irrémédiablement marquée du sceau du pouvoir. La jurisprudence communautaire nous a permis de constater que cette combinaison de la liberté du traducteur et de l'autorité du juge pouvait emprunter les chemins les plus divers. Et que si elle était de nature à servir des desseins hégémoniques, elle prenait bien souvent la forme plus conciliante de transpositions, tentant d'appriivoiser l'étrangeté de la langue d'origine au sein du répertoire de la langue cible. Il nous a même été donné d'observer, en creux de la jurisprudence de la Cour de justice, le sillon d'une voie plus ambitieuse encore, qui met

l'autorité du juge au service d'un idéal de reconnaissance, et ouvre grand les structures de la langue cible à l'étrangeté de la langue source.

On répétera que ces conclusions sont provisoires. Elles se limitent à jeter des idées qui demandent à être dégrossies et mises à l'épreuve de la discussion. Elles confirment néanmoins les intuitions qui ont déterminé le choix du thème actuel de réflexion du Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques. Elles attestent à la fois de la fécondité du paradigme de la traduction – et de ses deux corollaires – pour aborder l'étude du droit en réseau, et de la pertinence du cadre européen pour prendre toute la mesure de cette fécondité.
