

Du génie juridique au juge traducteur. La face cachée du droit dans la jurisprudence de la Cour de justice

Troisième leçon :

Le génie juridique en action (1) : les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice

Antoine Bailleux

*Laboratoire « Forces du droit »,
Université Paris 8, 18 novembre 2014.*

1. Etat des lieux de la jurisprudence

A. Conflits

[Oppositions entre les impératifs de la libre circulation et les exigences de protection ou de respect des droits de l'homme]

a. Les lieux du conflit

i. Conflits explicites

[La présence d'un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation est reconnue explicitement]

ex. : C-112/00 *Schmidberger* (libre circulation des marchandises c. liberté de réunion et de manifestation)

ii. Conflits manqués

[La présence d'un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation n'est pas reconnue explicitement, alors même que l'intérêt brandi à l'encontre de la liberté de circulation est un droit fondamental consacré dans la jurisprudence de la Cour]

ex. : Aff. 60/84 *Cinéthèque* (libre circulation des marchandises c. liberté d'expression)

iii. Conflits potentiels

[La présence d'un conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation n'est pas reconnue explicitement alors même que l'intérêt brandi à l'encontre de la liberté de circulation est un droit fondamental reconnu par certains acteurs de l'ordre juridique européen]

ex. : C-157/99 *Smits et Peerbooms* (libre prestation des services c. droit à la santé)

En s'opposant – du moins prima facie – à ce que les Etats subordonnent à une autorisation préalable le remboursement de soins de santé reçus dans un autre Etat membre, la libre prestation des services mettait en péril la stabilité des politiques sociales menées au niveau national

b. La résolution du conflit

i. Les droits fondamentaux comme exigence impérative d'intérêt général

[La protection d'un droit fondamental apparaît comme une « simple » raison impérative d'intérêt général susceptible de justifier une atteinte à une liberté]

de circulation, pourvu que cette atteinte soit proportionnée et non-discriminatoire]

ex. : C-288/89 *Gouda*

ii. Les droits fondamentaux comme raison expresse prévue par le traité

[La protection d'un droit fondamental apparaît comme nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public ou de la moralité publique, et constitue de ce fait une raison expresse d'intérêt général, susceptible de justifier tout type d'atteinte à une liberté de circulation. Dans l'évaluation de la proportionnalité de l'atteinte, les autorités nationales se voient reconnaître une certaine marge d'appréciation eu égard à la diversité des sensibilités et des traditions culturelles et morales des Etats membres]

ex. C-36/02 *Omega*

iii. Les droits fondamentaux comme intérêt communautaire concurrent

[La protection d'un droit fondamental apparaît comme un impératif d'importance équivalente à l'exigence de respect des libertés de circulation. L'examen d'une atteinte à la libre circulation qui obéit à pareil motif commande une pondération d'intérêts, pour laquelle les autorités nationales se voient accorder une large marge d'appréciation]

ex. C-112/00 *Schmidberger*

iv. Les droits fondamentaux comme motif d'inapplication du droit communautaire

[Toute action – d'un Etat membre ou d'un particulier – qui vise la sauvegarde ou qui constitue l'exercice d'un droit fondamental tombe en dehors du champ d'application du droit communautaire. Raisonement toujours rejeté par la Cour]

(contre-)ex. : C-341/05 *Laval*

B. Alliances

[Partenariats entre les impératifs de la libre circulation et les exigences de protection ou de respect des droits de l'homme]

a. Visée des alliances

i. Alliances économiques

[Alliances visant à promouvoir le libre-échange]

ex. : C-260/89 *ERT* (libre prestation des services + liberté d'expression)

ii. Alliances citoyennes

[Alliances visant à favoriser la libre circulation des citoyens]

ex. : C-482 et C-493/01 *Orfanopoulos* (libre circulation des citoyens + droit à la vie privée et familiale)

b. Origine/intensité des alliances

i. Alliances génétiques

[Alliances desquelles procèdent les libertés de circulation]

Alliances économiques : Libre exercice de l'activité économique + dynamique du marché intérieur

Alliances citoyennes : Liberté de circuler + dynamique du marché intérieur

ii. Alliances contingentes

[Situations dans lesquelles une atteinte à la libre circulation constitue simultanément et indépendamment une atteinte à un droit fondamental (alliances contingentes passives). Ces situations surgissent notamment dans les cas où l'exercice de la libre circulation se double de l'exercice d'un droit fondamental (alliances contingentes actives)]

ex. : Alliance économique active : C-370/05 *Uwe Kay Festeren* (libre circulation des capitaux + droit de choisir librement sa résidence)

mesure danoise soumettant « [...] l'acquisition d'un domaine agricole à la condition que l'acquéreur établisse sa résidence fixe sur ce domaine » (pt.21 de l'arrêt). Le requérant, un citoyen allemand poursuivi pénalement pour ne pas avoir établi sa résidence principale sur la propriété foncière qu'il avait achetée, estimait que la législation danoise emportait une entrave à la libre circulation des capitaux et/ou à la liberté d'établissement. Interrogée par la juridiction a quo, la Cour de justice considéra que ladite législation « [...] restreint non seulement la liberté des mouvements des capitaux, mais également le droit pour l'acquéreur de choisir librement sa résidence, droit qui lui est pourtant garanti par l'article 2, paragraphe 1, du protocole n°4 à la [CEDH] » (pt.35).

Alliance citoyenne passive : Aff. 118/75 *Watson & Belmann* (libre circulation des personnes + droit à la vie privée)

Cette loi obligeait d'une part les ressortissants étrangers à se présenter à un poste de police dans les trois jours suivant leur arrivée sur le sol italien, et imposait d'autre part aux ressortissants italiens hébergeant des étrangers de communiquer dans les vingt-quatre heures l'identité de ces derniers aux autorités de l'Etat. Ces obligations étaient assorties de sanctions pénales relativement lourdes.

iii. Alliances nécessaires

[Situations dans lesquelles une atteinte à un droit fondamental constitue une entrave à l'exercice effectif de la libre circulation]

ex. Alliance économique : C-208/00 *Überseering* (liberté d'établissement + droit à un juge)

refuser la capacité d'ester en justice à une société dont le siège effectif avait été transféré dans ledit Etat membre, mais qui avait été constituée dans un Etat membre étranger.

ex. Alliance citoyenne : C-60/00 *Carpenter* (libre prestation des services + droit à la vie privée et familiale)

iv. Alliances volontaires

[Situations dans lesquelles une atteinte à un droit fondamental constitue, ipso facto et par principe, une atteinte à la libre circulation]

ex. : Alliance économique : liberté de circulation + non-discrimination sur base de la nationalité ou de l'origine

ex. : Alliance citoyenne : AG Jacobs dans C-168/91 *Konstantinidis* (liberté de circulation + socle commun de droits fondamentaux)

un ressortissant grec qui s'était installé en Allemagne pour y exercer sa profession de kinésithérapeute. Celui-ci estimait qu'en procédant à une translittération erronée de son nom – Konstantinidis en alphabet grec était devenu Konstadinidis dans la version « latine » – les autorités allemandes de l'état civil avaient porté atteinte à sa liberté d'établissement

Mais supposons que l'on considère que le traitement imposé par les autorités allemandes à M. Konstantinidis n'est pas discriminatoire. Cela signifie-t-il qu'il ne saurait être contraire à l'article 52, bien qu'il porte atteinte aux droits fondamentaux de M. Konstantinidis ? [...] Supposons qu'un Etat

membre introduise un code pénal draconien en vertu duquel le vol est punissable de l'amputation de la main droite. Un ressortissant d'un autre Etat membre se rend dans ce pays en exerçant les droits de libre circulation [...], vole une miche de pain et est condamné à avoir la main droite coupée. Cette peine constituerait sans nul doute une sanction inhumaine et dégradante, contraire à l'article 3 [CEDH]. Mais constituerait-elle également une atteinte aux droits de la personne au titre du droit communautaire, même si elle était appliquée de façon non discriminatoire ? Nous pensons que oui.

A notre avis, un ressortissant communautaire qui se rend dans un autre Etat membre en qualité de travailleur salarié ou non salarié au sens des articles 48, 52 ou 59 du traité n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'Etat d'accueil ; il a droit, en outre, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la [CEDH]. En d'autres termes, il a le droit d'affirmer "civis europeus sum" et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux. » (pts 45-46 ; souligné dans le texte).

Toujours pas aujourd'hui : cf. rétropédalage après Ruiz Zambrano.

v. Alliances de voisinage

[Situations dans lesquelles la libre circulation communautaire, quoiqu'inapplicable au cas d'espèce, sert d'agent de liaison entre le droit communautaire et les droits fondamentaux]

ex. : Alliance économique : AG Poiars Maduro dans C-72/03 *Carbonati* (libre circulation des marchandises + principe de non-discrimination)

ex. : Alliance citoyenne : C-109/01 *Akrich* (libre circulation des personnes + droit à la vie privée et familiale)

refus des autorités britanniques de révoquer l'ordonnance d'expulsion prononcée à l'encontre de M. Akrich, un ressortissant d'origine marocaine marié à une citoyenne britannique. Celui-ci avait été précédemment expulsé, conformément à son désir, vers l'Irlande, où résidait et travaillait son épouse. Après être restés quelques mois sur le sol irlandais, M. et Mme Akrich avaient décidé de retourner vivre au Royaume-Uni. Ils avaient dès lors demandé la révocation de l'ordonnance d'expulsion de M. Akrich en se fondant sur le droit de Mme Akrich à la liberté de circulation (art.39 CE) et sur l'article 10, §1, du règlement n°1612/68, qui accorde au conjoint du travailleur – communautaire – migrant le droit de venir s'installer avec ce dernier dans l'Etat membre d'accueil.

La Cour rappela toutefois que l'article 10, §1er n'était pas d'application dans le cas de l'espèce. En effet, cette disposition visait à éviter qu'un citoyen européen soit dissuadé d'aller travailler dans un autre Etat membre en raison des liens familiaux qu'il conserve dans son pays d'origine. Or, M. Akrich ne résidait légalement ni au Royaume-Uni, ni en Irlande. Dès lors, Mme Akrich ne pouvait en toute logique être dissuadée d'exercer son droit à la libre circulation par la perspective que son mari perde un droit de résidence qu'il n'avait jamais eu.

A peine était-elle parvenue à cette conclusion que la Cour s'empressa de rappeler au juge national que « [l]orsque le mariage est authentique et que, au moment du retour du citoyen de l'Union dans l'Etat membre dont il a la nationalité, son conjoint, ressortissant d'un pays tiers, avec lequel il vivait dans l'Etat membre qu'il quitte, ne séjourne pas légalement sur le territoire d'un Etat membre, il convient néanmoins de tenir compte du droit au respect de la vie familiale au sens de l'article 8 de la [CEDH]. Ce droit fait partie des droits fondamentaux qui [...] sont protégés dans l'ordre juridique communautaire » (pt.58). Ce rappel adressé aux autorités étatiques ne manque pas de surprendre dans un arrêt qui constate d'abord l'impuissance du droit communautaire. L'absence de toute atteinte à la libre circulation

n'empêche pas la Cour de donner ses consignes aux juges nationaux sur la question du respect des droits de l'homme. Cette audace témoigne sans doute de la difficulté qu'éprouve la Cour à abandonner « ses » citoyens dans des situations qui, tout en présentant un élément transfrontière, ne mettent pas directement en jeu des droits liés à la liberté de circulation.

c. Effet des alliances

i. Complémentation de la libre circulation

[Les griefs tirés d'une atteinte à la libre circulation et à un droit fondamental se complètent, attaquant la mesure querellée sous deux angle différents, bornant l'autonomie des Etats à partir de deux points différents]

ex. : Alliances économiques : AG van Gerven dans C-159/90 *Grogan* (libre prestation des services et liberté d'expression)

ex. : Alliances citoyennes : AG Stix-Hackl dans C-60/00 *Carpenter* (libre prestation des services et droit à la vie privée et familiale)

L'avocat général s'y prononce en détail sur la compatibilité des mesures en cause avec les règles de libre circulation. Concernant les droits fondamentaux en revanche, elle se fait nettement plus prudente, se limitant à fournir au juge national des directives qu'il lui incombera de transposer au cas de l'espèce. Après avoir expurgé le litige de sa composante proprement communautaire – les libertés de circulation et les mesures de droit dérivé qui en dérivent – l'avocat général laisse aux autorités nationales le soin d'évaluer, in concreto, la proportionnalité de la mesure au regard des droits fondamentaux

ii. Renforcement de la libre circulation

[Les griefs tirés d'une atteinte à la libre circulation et à un droit fondamental se renforcent mutuellement, accroissant la sévérité du contrôle exercé sur la mesure querellée]

ex. : Alliances économiques : C-370/05 *Uwe Kay Festersen* (libre circulation des capitaux et droit de choisir librement sa résidence)

« [d]ans une telle appréciation, il y a lieu de tenir compte de la circonstance que ladite obligation restreint non seulement la liberté des mouvements des capitaux, mais également le droit pour l'acquéreur de choisir librement sa résidence, droit qui lui est pourtant garanti par l'article 2, paragraphe 1, du protocole n°4 à la [CEDH] [...]. L'obligation de résidence portant ainsi atteinte à un droit fondamental garanti par la [CEDH] s'avère dès lors particulièrement contraignante » (pts.35 et 37 – nous soulignons). L'effet cumulatif des droits de l'homme et de la libre circulation apparaît ici très clairement. Il s'agit non pas de juxtaposer deux griefs appelant une évaluation différente mais d'accumuler la « force normative » de l'un et de l'autre dans le cadre d'une même pesée d'intérêts

ex. : Alliances citoyennes : C-459/99 *MRAX* (libre circulation des travailleurs et droit à la vie privée et familiale)

La Cour y déclare que la liberté de circulation – telle que mise en œuvre par les directives 68/360 et 73/148 – oblige les Etats membres à accorder aux ressortissants d'Etats tiers, membres de la famille d'un travailleur migrant, « toutes facilités pour obtenir les visas qui leur seraient nécessaires ». À elle seule toutefois, la libre circulation n'interdit pas formellement aux Etats de refouler de telles personnes lorsqu'elles ne sont pas en possession d'un visa en règle. La Cour poursuit néanmoins en affirmant que « [c]ompte tenu de l'importance que le législateur communautaire a attachée à la protection de la vie

familiale [...], le refoulement est, en tout état de cause, disproportionné et, partant, interdit si le ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un ressortissant d'un État membre, est en mesure de prouver son identité ainsi que le lien conjugal et s'il n'existe pas d'éléments de nature à établir qu'il représente un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique au sens des articles 10 de la directive 68/360 et 8 de la directive 73/148 » (pt.61 ; nous soulignons).

iii. Extension de la libre circulation

[Les griefs tirés d'une atteinte à un droit fondamental entraînent une extension du champ d'application de la libre circulation]

1. Effet d'entraînement

[Une atteinte à un droit fondamental est jugée contraire à la libre circulation communautaire parce qu'elle rend moins attrayant l'exercice de celle-ci]

ex. : Alliance économiques : C-506/04 *Wilson* (liberté d'établissement + droit au juge)

Dans un arrêt *Wilson*, elle fut ainsi amenée à déclarer que le contrôle juridictionnel imposé par l'article 9 de la directive 98/5 était « l'expression d'un principe général de droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et qui a également été consacré dans les articles 6 et 13 de la [CEDH] » (pt.46). A ce titre, il fallait considérer que l'article 9 de la directive s'oppose « [...] à une procédure de recours dans laquelle la décision de refus de l'inscription [à l'ordre des avocats] [...] doit être contestée, en premier degré, devant un organe composé exclusivement d'avocats exerçant sous le titre professionnel de l'Etat membre d'accueil et, en appel, devant un organe composé majoritairement de tels avocats, alors que le pourvoi en cassation devant la juridiction suprême de cet Etat membre ne permet un contrôle juridictionnel qu'en droit et non en fait.

ex. : Alliances citoyennes : C-148/02 *Avello* (libre circulation des citoyens + droit au nom) : une inégalité de traitement en matière de transmission du nom patronymique est considérée comme une atteinte à la liberté de circulation d'un ressortissant espagnol.

2. Effet de libéralisation

[Le rappel « rhétorique » des liens « génétiques » entre la liberté de commerce ou le droit au travail et la libre circulation des richesses sert à justifier une interprétation large des « quatre libertés »]

ex. : AG La Pergola dans C-212/97 *Centros* (liberté d'établissement + liberté commerciale)

concernait une réglementation danoise interdisant la création, sur le territoire national, de succursales de sociétés dont le siège social avait été établi dans un pays étranger dans le seul but de contourner la sévérité de la législation danoise. La Cour avait déjà consacré le droit pour les Etats de se doter de législations visant à empêcher les « abus » de liberté de circulation. Contre toute attente cependant, l'avocat général La Pergola – bientôt suivi par la Cour – considéra que la mesure

d'interdiction danoise constituait une entrave à la liberté d'établissement des ressortissants danois. À l'appui de cette interprétation extensive de la liberté d'établissement, il déclara : « Le droit d'établissement est essentiel aux fins de la mise en oeuvre des objectifs préfigurés par le traité, qui entend garantir, indistinctement à tous les citoyens communautaires, la liberté d'entreprise économique à travers les instruments apprêtés par le droit national, en leur assurant la chance de s'insérer sur le marché, quelles que soient les intentions qui habitent concrètement le bénéficiaire. Autrement dit, il s'agit de protéger l'opportunité d'une initiative économique et, ensemble avec elle, la liberté commerciale de se servir des instruments prévus à cette fin dans les ordres juridiques des États membres . »

3. Effet d'humanisation

[Le rappel « rhétorique » des liens « génétiques » entre le droit de circuler librement et la libre circulation des citoyens sert à justifier une interprétation large de celle-ci]

ex. : AG Geelhoed dans C-413/99 *Baumbast* (libre circulation des citoyens + droit de circuler et résider librement)

Dans ses conclusions, l'avocat général Geelhoed considéra que l'article 18 CE garantissait le « droit fondamental » du citoyen européen « de circuler et de séjourner sur le territoire de l'Union européenne ». Il poursuivit en expliquant que non seulement ce droit existait indépendamment des modalités d'exécution inscrites dans le droit dérivé, mais qu'en outre, ces modalités d'exécution ne pouvaient en aucun cas le « vider de son contenu matériel ». En soutien de cette position, il rappela que le droit de circuler et de résider librement sur le territoire de l'Union est consacré dans la Charte des droits fondamentaux, laquelle interdit toute limitation qui ne respecte pas le « contenu essentiel » de ce droit ou qui méconnaît le principe de proportionnalité. L'avocat général en conclut qu'eu égard aux circonstances propres de l'espèce – M. Baumbast travaillait en dehors de l'Union européenne et disposait de ressources suffisantes –, la condition relative à l'assurance-maladie ne pouvait suffire à dénier à M. Baumbast et à sa famille le droit de résider au Royaume-Uni

2. A la recherche d'une traduction « géniale »

A. Observations générales

a. Liberté

- i. Indétermination des catégories « libertés de circulation » et « droits fondamentaux » : pas de déf dans les traités
- ii. Indétermination des rapports entre ces catégories (conflits et alliances) : alliances génétiques, nécessaires, volontaire comme jeux de langages. Idem pour conflits, liés à interprétation large de LC.

➔ Assumer ce flou au lieu de le dissimuler derrière une approche formaliste ou essentialiste

➔ Reconstruire des catégories juridiques qui fassent justice aux valeurs qu'elles traduisent et à l'intégrité du droit de l'UE.

b. Contraintes

i. Au niveau de la qualification (construction du droit cognitif)

1. Du côté de la langue source, une double tension

- a. Valeurs marchandes – non marchandes
- b. Unité – Diversité

2. Du côté de la langue cible, des concepts juridiques fondateurs : le scepticisme benthamien n'est pas une option.

ii. Au niveau de la concrétisation (construction du droit normatif)

1. Du côté de la langue source, l'idéal du développement durable : non aux traductions hégémonistes (jp Dassonville) ou déférentes (inflation des droits de l'homme et paralysie). Mise en tension dialectique de ces couples d'opposés.

2. Du côté de la langue cible, une exigence :

- a. D'identité : le droit règle les comportements futurs (vecteur de sécurité juridique) ➔ impossible inflation des « cas tragiques ».

b. D'intégrité

- i. intelligibilité : à un mot correspond un sens
- ii. rationalité : jeu des présomptions et logique formelle
- iii. bon sens : $a + b \neq a + a$

B. Mise en pratique (voir le tableau en annexe)

a. Nature de l'atteinte :

- i. Rétrécissement du champ d'application aux situations de discrimination (pénalisation de l'exercice du droit à la libre circulation en désavantageant ceux qui en font usage par rapport aux « nationaux sédentaires ») et d'empêchement total (par opposition aux situations de gêne)

- ii. Traduction de la nature spécifique des libertés de circulation en tant qu'outils servant la mise en place d'un espace unifié mais non totalement dérégulé.

b. Justification de l'atteinte

4 catégories : prendre la catégorie juridique des droits fondamentaux au sérieux sans renoncer au génie juridique (c'est-à-dire sans renoncer à la traduction en droit) implique d'analyser à frais nouveaux ce que traduisent ces droits fondamentaux. Ce travail ne peut s'opérer qu'à l'aide de l'interdisciplinarité. Dans ce cas-ci, recours (modeste) à la philosophie politique, à la théorie générale du droit (distinction entre juste (normes) et bien (valeurs)), et à la science politique (unité v. diversité).

- 1. Juste au niveau de la philosophie politique (cadre prépolitique) et juste au niveau de la théorie du droit (atouts de Dworkin ; droits de Habermas) : Unité à la base de l'Union

➔ droits nécessaires à un Etat de droit (justice + administration), démocratique (la liberté d'expression et d'information (art.11), et la liberté de réunion et d'association (art.12) – les droits à l'égalité et à la non-discrimination proclamés aux articles 20, 21 et 23 de la Charte, ainsi que certains droits compris dans le Titre V de la Charte, relatif à la citoyenneté – droit de vote et d'éligibilité (art.39-40) et droit de pétition (art.44). le droit à la sécurité sociale et à l'aide sociale reconnu à l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux . La raison en est que sans solidarité sociale minimale, il n'y a pas de vivre-ensemble et donc pas d'autonomie collective possible. Si l'on adhère à une conception finaliste et républicaine des droits de l'homme, alors il faut considérer que ceux-ci entraînent un devoir à charge de la collectivité, qui consiste à ne pas laisser l'un quelconque de ses membres au bord de la route, isolé dans sa misère. A défaut de reconnaître ce droit à un niveau de vie suffisant – « notamment en termes de logement, vêtements et alimentation », rappelle P. Gérard –, le projet d'autonomie collective ne peut pas réellement décoller, et demeure réduit au simple cadre libéral assurant la coexistence pacifique de monades individuelles et indifférentes au sort de leur voisin) **et pluraliste** (droit à la vie (art.2 de la Charte), le droit à l'intégrité de la personne (art.3), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (art.4), l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art.5), le droit à la liberté et à la sûreté (art.6), le droit au respect de la vie privée et familiale (art.7 et 9), la liberté de pensée, de conscience et de religion (art.10) ainsi que le droit à la propriété personnelle (art.17)

La première catégorie regrouperait ainsi les droits « les plus » fondamentaux, pareillement reconnus, au niveau de la Communauté et des Etats-membres,

comme des normes cardinales fondatrices d'une société juste.

Ils lui fournissent un cadre « a-politique » ou « prépolitique » qui, s'il ne prétend pas à la neutralité, entend toutefois assurer la cohésion de la société – on retrouve ici le thème de l'unité – autour d'une poignée de principes fondateurs. Cette première catégorie s'inscrit ainsi dans un paradigme typiquement libéral – au sens de la philosophie politique. Elle pourvoit la société d'une moralité « fine », qui assure la coexistence paisible des différentes conceptions de la vie bonne et garantit à la fois l'autonomie publique et privée.

Le statut « déontologique » de ces droits les place ainsi en quelque sorte en dehors du jeu politique et de la négociation permanente d'intérêts et de valeurs qui en forme le principe.

2. Bien au niveau de la philosophie politique (valeurs, moralité épaisse d'un Etat) et juste au niveau de la théorie du droit : Diversité

➔ ordre public constitutionnel

les droits considérés comme des normes fondatrices par un ou plusieurs Etats-membres, et reconnus comme des valeurs – représentant une conception respectable de la vie bonne – au niveau supranational.

3. Bien au niveau de la philosophie politique (moralité épaisse de l'UE) et bien au niveau de la théorie du droit (téléologique : principes) : Unité

➔ principes fondamentaux

La troisième catégorie engloberait des principes représentant, tant aux yeux des Etats que de la Communauté, des valeurs nécessairement concurrentes, porteuses de projets politiques différents, demandant à être combinées et synthétisées dans les actions des pouvoirs publics.

4. Objectifs légitimes : Bien au niveau de la philosophie politique (moralité épaisse de l'UE) et bien au niveau de la théorie du droit (téléologique : principes) : Diversité.

intérêts plus pragmatiques, à la fois subordonnés au respect des normes et des valeurs et nécessaires au maintien d'une société juste et à la réalisation de projets politiques véhiculant une conception de la vie bonne

- c. Exception de l'étau : l'atteinte causée à la libre circulation est motivée par une obligation internationale relative à la protection d'un droit ou d'un principe fondamental.
- d. Bonne foi : lutte contre les desseins protectionnistes, premier objectif des libertés de circulation.
- e. Adéquation et nécessité : différence dans les présomptions ; différence entre nécessité et proportionnalité *stricto sensu*
- f. Proportionnalité *stricto sensu in abstracto*:
 - i. Poids variable des différents types de motifs de dérogation
 - ii. Importance des alliances contingentes
- g. Proportionnalité *stricto sensu in concreto* (éviter sauts vers l'humanité) et établissement de la faute (violation suffisamment caractérisée d'une règle conférant des droits aux particuliers).

1557. – (i) *Schmidberger*¹ – Le blocage de l'autoroute du Brenner par des manifestants autrichiens ne constitue pas même une atteinte *prima facie* à la libre circulation des marchandises. Ne créant aucune discrimination entre « libres circulants » et « nationaux sédentaires », n'aboutissant pas à empêcher le commerce intracommunautaire – des itinéraires *bis* étaient prévus –, la fermeture de l'autoroute durant une trentaine d'heures n'est pas *prima facie* contraire à l'article 28 CE².

1558. – (ii) *Omega*³ – Dès lors qu'elle empêche *de iure* l'exercice de la libre prestation des services, l'interdiction d'exploitation d'un jeu consistant à atteindre ses adversaires à l'aide d'une mitrailleuse émettant des rayons laser constitue à n'en pas douter une atteinte *prima facie* à la libre circulation. Cette interdiction peut cependant déroger à la libre prestation des services dans la mesure où, visant à protéger la dignité humaine telle que consacrée dans l'article 1 de la *Grundgesetz*, elle entend sauvegarder l'ordre public constitutionnel allemand. Il paraît difficile de remettre en cause la bonne foi des autorités nationales, lesquelles n'ont par ailleurs guère de mal à prouver qu'une telle interdiction est à la fois adéquate et nécessaire à l'objectif poursuivi. Enfin, dès lors qu'elle ne vise que certaines variantes des jeux organisés par le prestataire de services étranger, cette interdiction ne paraît pas instaurer une grave disproportion entre la protection des valeurs constitutionnelles et le respect de la libre circulation.

¹ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°625-628 ; 685-695.

² Raisonement différent de celui de la Cour : « Il résulte de ce qui précède que le fait pour les autorités compétentes d'un État membre de ne pas avoir interdit un rassemblement qui a entraîné le blocage complet, pendant près de 30 heures sans interruption, d'une voie de communication importante, telle que l'autoroute du Brenner, est de nature à restreindre le commerce intracommunautaire de marchandises et il doit, dès lors, être considéré comme constituant une mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, en principe incompatible avec les obligations du droit communautaire résultant des articles 30 et 34 du traité, lus en combinaison avec l'article 5 de celui-ci, à moins que ce défaut d'interdiction puisse être objectivement justifié » (pt.64 de l'arrêt).

³ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°629-630 ; 675-684 ; 692-696.

1559. – (iii) *Familiapress*⁴ – L’interdiction autrichienne de vente de périodiques assortis de prix à gagner constitue bien évidemment une atteinte *prima facie* à la libre circulation des marchandises, dans la mesure où elle empêche l’accès de produits étrangers au marché national. Cette atteinte est cependant justifiée par la protection de la liberté d’expression des petits éditeurs autrichiens, mais cette justification ne paraît toutefois pas assez impérieuse pour être blanchie au titre de l’exception de l’état. L’argument tiré de la protection des droits fondamentaux aboutit à transférer la charge de la preuve objective sur les épaules du requérant. Celui-ci peut alors tenter de convaincre la juridiction nationale que la mesure d’interdiction querellée obéit en réalité à des motifs protectionnistes. Il peut également s’efforcer de prouver que cette mesure ne réussit pas le contrôle de proportionnalité. A cet égard, si pareille interdiction satisfait sans aucun doute au test d’adéquation, il n’est pas sûr qu’elle remplisse l’exigence de nécessité. En revanche, si elle s’avère bel et bien nécessaire, il sera difficile d’établir que cette mesure instaure une grave disproportion entre les intérêts en présence. Elle n’affecte en effet que légèrement la liberté d’expression et la liberté de circulation des opérateurs étrangers, lesquels demeurent libres de commercialiser en Autriche une version quelque peu « allégée » de leurs périodiques⁵.

1560. – (iv) *Dynamic Medien*⁶ – Rappelons que cette affaire concerne une réglementation allemande qui interdit la vente par correspondance de vidéogrammes n’ayant pas été soumis au contrôle de l’organisme national compétent et n’ayant pas fait l’objet d’une classification aux fins de la protection des mineurs. A la suite de l’AG Mengozzi, il faut considérer qu’une telle réglementation ne porte pas atteinte à la libre circulation de producteurs étrangers établis en Allemagne. Elle n’instaure en effet aucune discrimination entre eux et les « nationaux sédentaires », et elle ne les empêche pas d’accéder au marché national. En revanche, pareille interdiction méconnaît la libre circulation des opérateurs économiques étrangers dès lors qu’elle fait peser sur eux une *dual burden* et, partant, les désavantage par rapport à leurs concurrents établis en Allemagne. Cette discrimination *de facto* peut être justifiée par le souci de protéger les enfants contre des programmes télévisuels susceptibles de heurter leur sensibilité. Contrairement ce que laissent entendre les conclusions de l’avocat général, il semble cependant difficile de considérer que cet objectif relève de l’ordre public constitutionnel allemand. En revanche, il ne fait pas de doute qu’une telle mesure entend assurer la promotion d’un *principe* fondamental – la protection des droits de l’enfant. A cet égard, l’Allemagne peut tenter de se prévaloir de l’exception de l’état en montrant que sa réglementation est en réalité dictée par la Convention pour la protection des droits de l’enfant. Si elle n’y parvient pas – ce qui est probable – et si sa bonne foi n’est pas remise en cause, il ne lui sera pas difficile de montrer que sa législation est à la fois adéquate et nécessaire à la protection de ces droits. En revanche, il n’est pas exclu que l’on puisse démontrer qu’une telle mesure est disproportionnée, tant paraît minime le bénéfice qu’en retire la protection des enfants – protection déjà assurée par des contrôles similaires dans l’Etat d’origine des vidéocassettes – au regard de la gravité de l’entrave qui en résulte pour le commerce intracommunautaire⁷.

1561. – (v) *Medipac*⁸ – Rappelons que dans cette affaire, un hôpital grec – « organisme de droit public assimilé à l’Etat »⁹ – avait émis un appel d’offres relatif à des produits médicaux disposant du

⁴ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°621-624.

⁵ Solution différente de celle de la Cour, qui laisse au juge national le soin de contrôler la proportionnalité de la mesure, et partant sa *conformité* au droit communautaire. Ce type de délégation est interdit dans notre modèle qui demande simplement au juge national de contrôler la proportionnalité *in concreto*, et donc l’*applicabilité* au cas de l’espèce, d’une atteinte *déjà blanchie* par le juge communautaire. Cf. *supra*, n°1551 et s.

⁶ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°638-340 ; 678-679.

⁷ Solution différente de celle préconisée par l’avocat général, qui laisse une grande marge d’appréciation aux autorités nationales dès lors que selon ce dernier, la protection des mineurs ressortit à la sauvegarde de l’ordre public allemand.

⁸ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°764 et 799.

⁹ Cf. pt.33 de l’arrêt.

marquage CE – et partant, présumés conformes aux exigences communautaires en matière de sécurité. Un des soumissionnaires fut néanmoins évincé au motif que les produits qu’ils proposaient, quoique bénéficiant du marquage CE, présentaient des risques pour la sécurité des patients. Incontestablement, cette éviction emporte une violation de la directive 93/42 relative aux dispositifs médicaux, dès lors qu’elle méconnaît la clause de libre circulation et la procédure de dérogation qui s’y trouvent contenues. Pas plus que l’arrêt de la Cour notre traduction relevante ne permet à l’hôpital de justifier cette violation en arguant de la protection de la santé de ses patients, dès lors qu’elle assimile le droit à la santé à un principe – et non à un droit – fondamental. La violation paraît donc irrémédiable, sauf à remettre en cause la légalité de la directive ou à se prévaloir d’une disposition dérogatoire de droit dérivé.

1562. – (vi) *AGM Cos.Met*¹⁰ – La passivité de l’Etat face aux doutes exprimés publiquement, par l’un de ses fonctionnaires¹¹, quant à la sécurité de machines étrangères bénéficiant du marquage CE, entraîne dans son chef une violation de la directive relative à la sécurité des produits. Contrairement cependant à l’hôpital grec dans le cas précédent, les autorités nationales peuvent en l’occurrence se prévaloir de la protection d’un droit fondamental – la liberté d’expression de leur fonctionnaire¹². Il appartient alors à la société AGM de montrer que la protection de la liberté d’expression aurait pu être assurée d’une manière moins dommageable pour le commerce intracommunautaire. Alternativement – mais avec une moindre probabilité de succès –, il lui est loisible d’établir l’existence d’une grave disproportion entre les intérêts en présence. Si la passivité des autorités est jugée contraire au droit communautaire, le juge national doit encore se prononcer sur la responsabilité civile de l’Etat. Afin d’établir l’existence d’une violation caractérisée du droit communautaire, il lui faut mettre en balance la précision de la clause de libre circulation contenue dans la directive violée d’une part, et la vaste marge d’appréciation dont disposent les Etats lorsqu’ils protègent un droit fondamental, d’autre part¹³.

1563. – (vii) *Überseering*¹⁴ – Rappelons que cette affaire concerne le refus d’un Etat d’accorder la capacité d’ester en justice à une société « (...) constituée conformément au droit d’un autre Etat membre dans lequel elle a son siège statutaire au motif, notamment, que la société aurait transféré son siège effectif sur son territoire à la suite de l’acquisition de la totalité des parts sociales par des ressortissants de cet Etat membre qui y résident » (pt.82 de l’arrêt). Cette mesure constitue indéniablement une atteinte *prima facie* à la liberté d’établissement dès lors qu’elle pénalise les « libres circulants » par rapport aux « sédentaires nationaux ». Elle peut certes être justifiée par le souci de protéger la sécurité juridique ainsi que les intérêts des actionnaires minoritaires et des salariés. Il semble toutefois difficile de conclure à la proportionnalité d’une telle mesure, dès lors qu’elle porte non seulement atteinte à la liberté d’établissement, mais également au droit fondamental à un juge¹⁵.

¹⁰ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°765, 800-809.

¹¹ On se limite ici à envisager l’hypothèse dans laquelle les déclarations du fonctionnaire en question ne sont pas assimilables à un acte de l’Etat en vertu de la théorie de l’organe.

¹² On s’écarte ici du raisonnement de l’AG Kokott et de celui de la Cour, pour les raisons exposées *supra*, n°800-809.

¹³ Solution fort différente de la solution de la Cour qui, n’ayant pas reconnu à l’Etat la possibilité d’invoquer la protection de la liberté d’expression de son fonctionnaire, n’a laissé aucune marge d’appréciation aux autorités nationales dans la mise en œuvre de la « clause de libre circulation » de la directive.

¹⁴ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°855 et 879.

¹⁵ L’arrêt de la Cour ne mentionne pas explicitement cet effet de renforcement de l’alliance contingente entre droit au juge et liberté d’établissement, mais déclare néanmoins que « [p]areils objectifs ne peuvent toutefois justifier que soient déniées la capacité juridique et, partant, la capacité d’ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre Etat membre où elle a son siège statutaire. En effet, une telle mesure équivaut à la *négarion même*

1564. – (viii) *Chen*¹⁶ – Le fait de priver la mère d'un ressortissant européen en bas âge du droit d'accès au territoire national conduit à priver ledit ressortissant des ressources suffisantes sans lesquelles, en vertu de la directive 90/364, il ne peut exercer sa liberté de circulation. Une telle mesure constitue donc une atteinte *prima facie* à la libre circulation des personnes consacrée à l'article 18 CE dès lors qu'elle empêche *de iure* – même si indirectement – l'accès d'un ressortissant communautaire au territoire national. Si elle peut éventuellement être justifiée par des motifs d'intérêt général, une telle mesure paraît cependant disproportionnée par rapport à l'atteinte qu'elle porte non seulement à la liberté de circulation, mais également au droit à la vie privée et familiale du ressortissant communautaire en bas âge¹⁷.

1565. – (ix) *Konstantinidis*¹⁸ – La mauvaise translittération du nom patronymique d'un kinésithérapeute grec qui s'installe en Allemagne emporte une discrimination *de facto* entre le « libre circulant » et les « nationaux sédentaires ». Elle constitue par conséquent une atteinte *prima facie* à la liberté d'établissement. Dans l'hypothèse même où l'Etat pourrait arguer de la protection d'un objectif légitime, il faudrait constater qu'une telle mesure est d'autant plus disproportionnée qu'elle porte atteinte au droit au nom, et partant au droit à la protection de la vie privée du « libre circulant ».

1566. – (x) *Garcia Avello*¹⁹ – En appliquant à des ressortissants belgo-espagnols la législation belge en matière d'attribution du nom patronymique, les autorités belges portent atteinte à la liberté de circulation de ces ressortissants. Affectés de noms différents en Espagne et en Belgique, ces « libres circulants » se trouvent discriminés par rapport aux « nationaux sédentaires », qui disposent d'un seul et même nom. Guère justifiable, cette discrimination est d'autant plus grave qu'elle emporte une atteinte au droit fondamental au nom²⁰.

1567. – (xi) *Carpenter*²¹ – En prononçant l'expulsion de l'épouse philippine d'un ressortissant britannique, les autorités anglaises ne portent pas atteinte à la libre circulation de ce dernier. En effet, elles ne l'empêchent pas de poursuivre son activité de prestation de services à l'étranger, et elles ne le discriminent pas par rapport aux « nationaux sédentaires ». Il s'agit là d'une situation purement interne, qui n'intéresse pas le droit communautaire²². En revanche, il en irait tout différemment d'une mesure – hypothétique – prévoyant l'expulsion du conjoint d'un ressortissant national lorsque celui-ci se trouve hors du territoire national plus de la moitié de l'année. Il y aurait alors une discrimination indirecte entre le « libre circulant » et le « national sédentaire », et une atteinte à la libre circulation d'autant plus grave qu'elle se double d'une atteinte au droit à la protection de la vie familiale.

de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 CE et 48 CE. » (pt.93 – nous soulignons)

¹⁶ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°929, 980, 989.

¹⁷ Raisonement et solution similaires à ceux de la Cour, à la différence près que celle-ci se garde bien de toute référence aux droits fondamentaux.

¹⁸ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°949-944.

¹⁹ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°945, 960.

²⁰ Raisonement et solution similaires à ceux de la Cour, à la différence près que celle-ci se garde bien de toute référence aux droits fondamentaux.

²¹ Sur cette affaire, cf. *supra*, n°925-926.

²² Raisonement et solution radicalement différents de ceux de la Cour, qui constate l'existence d'une atteinte à la libre prestation des services de M. Carpenter sur base du critère de la – simple – « gêne » : « [...] il est constant que la séparation des époux Carpenter nuirait à leur vie familiale et, partant, aux conditions de l'exercice d'une liberté fondamentale par M. Carpenter. En effet, cette liberté ne pourrait pas produire son plein effet si M. Carpenter était détourné de l'exercer par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son conjoint. » (pt.39)