

Du roman à la chaîne aux traductions en réseau L'idéal du développement durable dans le contentieux des libertés de circulation

Antoine BAILLEUX*

Résumé : Cet article soutient une triple thèse. D'une part, toute décision juridictionnelle s'apparente à une traduction en réseau bien plus qu'au chapitre d'un roman à la chaîne, comme le prétendait R. Dworkin (I). D'autre part, à travers sa jurisprudence relative aux libertés de circulation, la Cour procède à la traduction juridique de la double tension (unité vs. diversité ; marchand vs. non-marchand) constitutive de l'ordre juridique communautaire (II). Enfin, la Cour tend et doit tendre davantage encore vers l'idéal de développement durable qui consiste dans l'articulation dialectique de cette double tension, et qui constitue le « droit-intégrité » de l'ordre juridique communautaire (III).

Introduction

Cet article soutient une triple thèse. D'une part, toute décision juridictionnelle s'apparente à une traduction en réseau bien plus qu'au chapitre d'un roman à la chaîne, comme le prétendait R. Dworkin (I). D'autre part, à travers sa jurisprudence relative aux libertés de circulation, la Cour procède à la traduction juridique de la double tension (unité vs. diversité ; marchand vs. non-marchand) constitutive de l'ordre juridique communautaire (II). Enfin, la Cour tend et doit tendre davantage encore vers l'idéal de développement durable qui consiste dans l'articulation dialectique de cette double tension, et qui constitue le « droit-intégrité » de l'ordre juridique communautaire (III).

I. Le jugement comme traduction en réseau

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. À cet égard, on voudrait formuler deux séries d'observations ; d'une part, montrer que sous la plume des juges, la traduction revêt généralement deux formes différentes (§1^{er}) ; d'autre part, soutenir que toute décision juridictionnelle s'inscrit nécessairement dans un réseau mouvant de traductions concurrentes et complémentaires (§2).

§1^{er}. Les lieux de la traduction – qualification et concrétisation

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 (*i*). Il s'agit ensuite du processus de « concrétisation », qui voit le juge traduire les différents matériaux qui

* Aspirant du Fonds National de la Recherche Scientifique, rattaché aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles).

s'offrent à lui – textes, précédents, valeurs, etc. – en une norme juridique applicable au cas de l'espèce (ii).

(i) La figure de la traduction apparaît inmanquablement dans ce qui constitue le premier moment du raisonnement juridique. On veut parler ici du processus de *qualification*, par lequel le juge inscrit le cas de l'espèce dans les catégories du répertoire juridique. Nul doute 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.

On observera en passant que les magistrats ne détiennent pas de monopole sur ce processus de « traduction-qualification ». Ainsi, « [i]l n'est pas illégitime d'affirmer que le signe auquel on reconnaît inmanquablement le juriste réside avant tout dans sa façon de discourir sur le monde, en assurant sa *traduction* (...) dans la grille conceptuelle des catégories juridiques, en recomposant le tableau de la « nature naturelle » pour peindre celui d'une « nature juridique », c'est-à-dire en mettant le monde en droit à la manière du compositeur qui le met en musique. Or, c'est précisément cette activité d'apparence descriptive et éminemment juridique à la fois dans laquelle consiste la « qualification » »¹.

Remarquons que ce processus de traduction-qualification ne consiste pas seulement dans l'habillage juridique de faits narrés par les parties dans la langue usuelle. Il s'exerce également 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. Que telle union polygamique soit qualifiée de « mariage » dans le pays d'origine, que telle activité *a priori* illicite constitue l'exercice d'un « droit fondamental » dans un autre Etat membre, voilà qui n'est pas sans pertinence pour le juge national, invité par les parties à aménager les catégories juridiques de sa « langue maternelle » pour faire droit à l'« étrangeté de l'étranger » qui s'exprime dans un vocable juridique exotique.

La nature « traductive » de l'opération de qualification se laisse ainsi particulièrement bien observer dans le domaine du droit international privé, lequel « (...) se définit par une ouverture essentielle à l'altérité juridique, à l'« autre » »². Dans la qualification juridique d'une situation transnationale s'exprime nécessairement l'accueil de l'étranger. Les catégories juridiques de la « langue cible » apparaissent subitement malléables, flexibles, graduelles. Le droit « donne du mou » pour saisir la réalité mouvante et complexe exprimée dans la « langue source ». Sans être indéterminées dans leur structure – à l'instar des mots de la langue usuelle, elles orientent notre *Weltanschauung*, elles forgent notre « biais cognitif » –, les institutions juridiques de la langue d'accueil se trouvent néanmoins engagées dans un processus de construction et d'aménagement permanent.

La qualification ne prend toutefois pas la forme d'un exercice de traduction dans le seul champ du droit international privé. Toute entreprise de qualification juridique constitue un saut du « connu » – le cas-type visé par l'hypothèse légale – à l'« inconnu » – la singularité du cas de l'espèce. « En résultent du côté des cas, un tri des faits et simultanément (va-et-vient), du côté des types, une sélection des catégories pertinentes. En d'autres termes, telle qualification se trouve arrêtée comme type (...) si la compréhension juridique de la situation

¹ O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, 1993, n°18, p.3-4. Souligné dans le texte.

² A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction*, Bruxelles-Paris-Zurich, Bruylant-LGDJ -Schultess, 2003, p.425.

réussit ou réussit mieux en comparaison de celles concurrentes ou, si elle échoue, se voit au contraire ramenée au statut de candidate malheureuse, simple *tentative* de lecture dans la lumière d'un type « pré-senti » que la sélection écarte désormais »³. Tout comme le traducteur se voit contraint de sélectionner quelques mots parmi tous ceux que lui offre la langue cible pour rendre le message exprimé dans la langue source, de même le juge est-il tenu de choisir, au sein de la panoplie juridique de son « droit maternel », les concepts qui traduiront le mieux les revendications exprimées devant lui. Cette traduction implique toujours un travail – et bien souvent un « retravail » - de la langue du droit, au cours duquel le juge cherche et modèle les mots qui, en raison de leur finalité, de leur signification et de leur place au sein de la syntaxe juridique, feront le mieux « écho » aux intérêts des parties au litige.

(ii) 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 de nombreux théoriciens du droit allemands ont cerné sous le terme de « concrétisation »⁴. Notion à contenu variable selon l'auteur qui y a recours, la « concrétisation » est née dans le sillage des théories herméneutiques de la Constitution. Elle renvoie à l'idée selon laquelle le texte constitutionnel, formulé en des termes vagues et généraux, ne contient rien de plus qu'un programme, des idées-force en attente de « concrétisation ». Cette opération de concrétisation, c'est avant tout au juge constitutionnel qu'elle incombe. S'appuyant sur une méthodologie appropriée, s'alimentant aux sources d'un droit qui ne se limite pas aux textes officiels, s'aidant d'une « précompréhension » du prescrit constitutionnel héritée de sa formation et de son immersion dans la culture juridique nationale, le juge est invité à *traduire* les exigences de la *Verfassung* dans des normes juridiquement obligatoires.

On l'aura compris, la notion de concrétisation est intimement liée à une conception peu orthodoxe de la norme. Elle « (...) repose sur l'idée fondamentale que la norme juridique ne s'identifie pas au texte de norme (texte de loi, texte de la Constitution, ou même texte de la prescription coutumière), mais qu'elle est le résultat d'un *travail*, au sens économique, productif du terme. Il ne s'agit cependant pas là d'un travail d'*extraction* de la norme à partir du matériau brut des textes (retrouver la norme que *contiendrait* d'avance le texte). Il s'agit d'un travail de *construction*. Ce travail de construction est désigné par le mot « concrétisation ». La norme n'est pas le point de départ de la concrétisation mais son résultat. On peut prendre une image : pour la théorie structurante du droit, il est tout aussi absurde de penser que la norme préexiste à ce travail du juriste (le « travailleur du droit ») que de penser que la maison serait déjà dans le plan de l'architecte. La norme n'est donc pas dans le texte mais elle est le résultat de sa concrétisation, c'est-à-dire le résultat, dans un cas donné, de l'emploi des méthodes juridiques »⁵.

La concrétisation apparaît ainsi comme une étape incontournable du raisonnement qui conduit au règlement juridictionnel d'un litige. 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. En première ligne de

³ A. PAPAUX, *op. cit.*, p.382-383.

⁴ Cf. e.a. H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, trad. P. Fruchon et J. Grondin, Paris, Seuil, 1996, p.352 et références citées ; F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, 5ème éd., trad. O. Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996, *passim*. Sur les théories allemandes ayant recours au concept de concrétisation, cf. G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.118-119 ; R. KOLB, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.40-54.

⁵ O. JOUANJAN, « Présentation du traducteur », in F. MÜLLER, *op. cit.*, p.13-14. Souligné dans le texte.

cette entreprise de « traduction-*concrétisation* » se trouve bien sûr le juge, dont la décision opère une véritable transmutation : du langage juridique à la norme, du texte au droit, de l'abstrait au concret.

§2. *Le contexte de la traduction – le réseau des traducteurs*

Ces traductions juridictionnelles ne s'accomplissent pas dans un *no man's land* institutionnel. Elles s'insèrent dans un vaste réseau normatif, dont il importe à présent de détailler les formes. Après avoir recensé quelques traits caractéristiques des réseaux en général (i), l'on s'efforcera de montrer en quoi les décisions juridictionnelles s'apparentent à des « traductions en réseau » (ii).

(i) Par-delà la diversité des usages auxquels elle se prête, la notion de « réseau » s'accompagne d'un « « noyau dur de signification » relativement stable (...). De manière positive, on retiendra ainsi le fait que le réseau constitue une « trame » (...) composée d'« éléments » ou de « points » (...) reliés entre eux par des « liens ou « liaisons » assurant leur « interconnexion » ou leur « interaction » (...). De manière négative, par ailleurs, on souligne généralement que, à la différence sans doute de la structure d'un système, et certainement d'une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau, « aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel ». A la différence de la notion de système, celle de réseau paraît également n'impliquer aucune forme de « clôture », les réseaux étant des « structures ouvertes, susceptibles de s'étendre à l'infini, intégrant des nœuds nouveaux en tant qu'ils sont capables de communiquer au sein du réseau (...) »⁶.

Dans le prolongement de ces réflexions, il est permis de rattacher au moins trois caractéristiques à la notion de « réseau ». D'une part, on peut considérer que les réseaux sont nécessairement des structures *ouvertes*. Comme le rappelle judicieusement E. Lepka, « [l]e réseau, c'est « l'antithèse de la frontière » »⁷. Sa flexibilité et son indétermination consubstantielles lui assurent une possibilité d'extension sans limites, qui se réalise par le biais d'une progression désordonnée et « autogénératrice ». D'autre part, les organisations en réseau se caractérisent par leur *polycentricité*. Aux antipodes de l'arborescence propre aux entités pyramidales, les réseaux se composent d'une multiplicité de « nœuds », de « foyers », de « neurones », et sont de ce fait dépourvus d'un centre de gravité unique. Cette caractéristique s'accompagne généralement d'un corollaire, qui consiste dans la nature profondément « hétéroarchique », voire « a-hiérarchique », des réseaux. Enfin, on relèvera que les structures en réseau fonctionnent sur un mode *circulaire*⁸. Elles se distinguent par-là de la logique linéaire caractéristique des entités pyramidales, dans lesquelles les informations se transmettent de manière unidirectionnelle, *top-down* ou *bottom-up*. La circularité implique au contraire une interdépendance entre tous les points du réseau, de telle sorte que les « outputs » générés par un « foyer » lui reviennent nécessairement sous la forme d'« inputs », transformés par les réactions des autres nœuds du réseau.

⁶ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p.24-25 (références omises).

⁷ E. LEPKA, *Les degrés de juridiction communautaire. A la croisée du système et du réseau*, thèse présentée et soutenue le 4 décembre 2004 à l'université Robert Schuman (Strasbourg III), inédit, p.350 (référence omise).

⁸ Cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p.104-105.

(ii) Fort de ces observations, on n'a guère de peine à voir dans toute décision juridictionnelle l'expression d'une « traduction en réseau ». Comparable à ces « jeux en réseau » qui, par le biais d'Internet, réunissent un nombre potentiellement infini de participants autour d'une activité – ludique – commune, la construction du droit contemporain constitue un « chantier traductif » permanent qui se nourrit de l'interaction entre d'innombrables « foyers de droit ». On aperçoit d'emblée la distance qui sépare cette image de la métaphore de la « chaîne du droit » imaginée par Dworkin, qui compare les juges à des « romanciers à la chaîne » se relayant dans l'écriture d'une oeuvre commune, chacun s'efforçant de faire preuve de créativité tout en préservant et renforçant la cohérence de l'ensemble⁹. A la différence de l'image de la « traduction en réseau », la métaphore dworkinienne reste tributaire d'une vision monologique, linéaire et clôturée de l'ordre juridique¹⁰.

Or, on observera d'abord que la construction du droit n'occupe pas que les seuls juges. Dans un ordre juridique *polycentrique* comme le nôtre, les normes se tissent à partir d'une multitude de foyers différents: le pouvoir constituant et les trois pouvoirs constitués certes, mais aussi les ONG, « (...) les diverses administrations, la doctrine, les barreaux, le notariat, les sociétés commerciales, syndicats, grandes associations qui disposent d'un poids suffisant pour peser sur la législation et la jurisprudence, les simples particuliers, enfin, qui, par leurs comportements individuels mille fois répétés, peuvent à leur tour « peser » sur le sens conféré au texte »¹¹. A l'image du roman à la chaîne se substitue alors l'image de la « rhapsodie » proposée par M. Vogliotti, qui renvoie à ces conteurs de la Grèce antique – les « rhapsodes » – , se déplaçant « (...) d'une agora à l'autre pour raconter des poèmes tels que l'Iliade et l'Odyssée, en essayant d'adapter l'histoire aux traditions locales et à l'évolution de la société (...). Cette ancienne forme littéraire renvoie (...) à l'idée du droit comme *réseau* « cousu », de façon continue, par plusieurs auteurs, ayant des marges créatives différentes à partir d'une multiplicité diffuse de contextes, par des procédures et des techniques diverses, mais unifié par une même tension unitaire (...) »¹².

Ensuite, force est de reconnaître que la linéarité du « roman à la chaîne » cadre mal avec la *circularité* et les rétroactions propres à la construction en réseau. C'est que les juges construisent moins le droit par passages de témoin successifs que par un processus constant d'interaction, par un échange de flux qui parcourent en tous sens les canaux du réseau juridique. C'est ici l'image du « concerto » qui s'impose, avancée par G. Canivet à propos des relations entre les juges et la doctrine : « A chaque arrêt s'exprime l'auteur ; chaque commentaire est, tôt ou tard, suivi d'une nouvelle décision qui lui répond. C'est l'art du concerto. Une correspondance en chaîne, épisodique et continue, par décisions et commentaires interposés, qui peut avoir un tour plus direct, tel membre de la Cour n'hésitant pas à s'entretenir avec tel auteur sur les opinions émises, sur la portée des décisions, sur la pertinence des critiques, sur les questions nouvelles »¹³. C'est bien dans cette recherche d'un « ton » commun, dans cette entreprise permanente et réciproque de « mise au diapason » entre les acteurs de l'ordre juridique que se crée le droit contemporain. Notons du reste que du registre musical, le premier président de la Cour de cassation française nous ramène aux

⁹ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. E. Soubrenie, Paris, P.U.F., 1994, p.250-261.

¹⁰ Ces observations recourent celles de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p.426-429.

¹¹ *Ibid.*, p.428.

¹² M. VOGLIOTTI, « La 'rhapsodie' : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine », *R.I.E.J.*, 2001, n°46, p.156-187. Souligné dans le texte.

¹³ G. CANIVET, « La Cour de cassation et la doctrine », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p.381.

métaphores linguistiques et à la traduction lorsqu'il avance l'idée qu'à travers cette collaboration dans la création du droit, se crée une véritable « *koinè* juridique »¹⁴.

Enfin, on observera que la métaphore du roman à la chaîne évoque l'idée d'une activité juridictionnelle close sur elle-même, nourrie de la seule sédimentation des « précédents » qui composent l'ordre juridique. Une telle image ne reflète assurément pas la réalité de notre droit contemporain. C'est cette fois la métaphore du « commerce des juges », empruntée à A. Garapon et J. Allard,¹⁵ qui nous offre une figure de substitution. Le commerce, c'est l'*ouverture* des frontières qui bornent nos ordres juridiques nationaux et conduisent les juges à s'échanger des solutions jurisprudentielles sur le marché juridique mondial. Mais le commerce, c'est aussi la meilleure réponse à une situation de pénurie. A cet égard, on ne manquera pas de relever que ce « commerce international des juges » s'avère particulièrement prospère sur le terrain éthique des droits de l'homme, comme si l'abolition des frontières nationales répondait à l'effondrement de la séparation entre droit et morale et à l'érection du juge en un nouveau « gardien des promesses »¹⁶ de notre société, plus démunie que jamais.

II. Le développement durable comme « droit-intégrité »

Il est temps à présent d'ancrer ces réflexions théoriques dans le terreau du droit communautaire. Dans les pages qui suivent on s'efforcera d'abord de montrer qu'à travers sa jurisprudence relative aux libertés de circulation, la Cour traduit une double tension qui se trouve au cœur de l'ordre juridique communautaire (§1^{er}). On tentera ensuite d'expliquer que le rôle de la Cour – et de ses acolytes – consiste non pas à réduire ou à résoudre cette double tension, mais bien plutôt à lui donner toute son ampleur en lui donnant une traduction adéquate (§2).

§1^{er}. La traduction juridictionnelle d'une double tension fondatrice

Les prétoires de la Cour de justice sont incontestablement un lieu de traduction, où langues et droits ne cessent de communiquer et de se mélanger, guidés par l'espoir de fonder un *esperanto* à même de soutenir la construction européenne. La Cour n'a toutefois pas le monopole de ces traductions. Insérée « dans un réseau d'interprétations concurrentes du traité »¹⁷, elle ne peut ignorer les signaux émis par les autres foyers de l'ordre juridique communautaire – Etats membres, institutions européennes, juges nationaux, juridictions internationales, avocats généraux, doctrine, et simples particuliers.

La jurisprudence relative aux libertés de circulation offre la meilleure illustration de la vocation « traductrice » de la Cour de justice. Appelée à arbitrer les impératifs du marché intérieur et les préoccupations des Etats membres, la Cour y assure à la fois la communication et la combinaison d'ordres de valeur très différents. La construction de la norme applicable au cas de l'espèce s'apparente ainsi à la traduction, dans un langage juridique commun, de revendications opposées.

¹⁴ *Ibid.*, p.388.

¹⁵ Cf. A. GARAPON, J. ALLARD, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005.

¹⁶ Cf. A. GARAPON, *Le gardien des promesses*, Paris, Odile Jacob, 1996.

¹⁷ K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 1999, p.70.

Dans cette perspective, on voudrait soutenir que la jurisprudence relative à la libre circulation *traduit* dans la langue du droit la double tension fondatrice d'un ordre juridique communautaire constamment déchiré entre les valeurs marchandes et non-marchandes d'une part, et entre l'unité et la diversité de l'autre. Pour le dire autrement, cette jurisprudence exprime 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. Qui ne voit en effet que le contentieux relatif aux libertés de circulation met – presque – toujours en scène les mêmes adversaires ? D'un côté, la tendance *uniformisante* du *marché* intérieur, qui vise à décloisonner 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.

A cet égard, on relèvera que la Cour cède parfois à la tentation d'imposer la dynamique uniformisante du marché au mépris des intérêts légitimes des Etats. L'équilibre sur lequel repose la construction communautaire se voit ainsi compromis en faveur des pôles du marché et de l'unité. Ces traductions « hégémoniques » surgissent aussi bien au stade de la qualification qu'à celui de la concrétisation.

Au niveau de la qualification d'abord, on rappellera que 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-ci¹⁸, 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 »¹⁹. Dans la foulée, les juges de Luxembourg consacrèrent le principe de reconnaissance mutuelle, commandant aux Etats d'accepter sans restriction les marchandises légalement produites dans l'Etat membre d'exportation²⁰. 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 »²¹ 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 Etats, leur permettant, sous réserve de bonne foi et de

¹⁸ 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.

¹⁹ Aff. 8/74 *Dassonville*, 11 juillet 1974, *Rec.*, 1974, p.837, pt.5.

²⁰ Aff. 120/78, *Rewe-Zentral* (« Cassis de Dijon »), 20 février 1979, *Rec.*, 1979, p.649.

²¹ C-19/92 *Kraus*, 31 mars 1993, *Rec.*, 1993, p.I-1663, pt.32 pour la liberté d'établissement. Dans le même sens, C-55/94 *Gebhard*, 30 novembre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-4165, pt.37. Concernant 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.

proportionnalité, d'échapper à l'emprise des libertés de circulation^{22 23}. 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.

Ces traductions hégémoniques ne manquent pas non plus d'apparaître au stade de la concrétisation. On observera ainsi qu'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'environnement²⁴. 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-ci²⁵. 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*²⁶, 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 »²⁷. 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. 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).

²² Cf. les articles 30, 38, 46 et 55 CE.

²³ 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.

²⁴ Aff. 302/86 *Commission c. Danemark*, 20 septembre 1988, *Rec.*, 1988, p.4607.

²⁵ C-470/93 *Mars GmbH*, 6 juillet 1995, *Rec.*, 1995, p.I-1923.

²⁶ Aff.178/84, 12 mars 1987, *Rec.*, 1987, p.1227.

²⁷ C-315/92 *Clinique*, 2 février 1994, *Rec.*, 1994, p.I-317.

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.

Certains estimeront peut-être que de telles décisions sont tout à fait légitimes et cadrent avec l'esprit des traités. 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. Dans le paragraphe suivant, l'on soutiendra tout au contraire que seule l'articulation dialectique des couples d'opposés « unité-diversité » et « marchand-non-marchand » permet de rendre justice au « droit-intégrité » de la Communauté européenne.

§2. L'horizon du développement durable

Il n'est guère difficile de démontrer le bien-fondé d'une interprétation de l'ordre juridique communautaire qui considère ce dernier comme traversé de part en part par la double tension « unité-diversité » (U-D) et « marchand-non-marchand » (M-NM). Une telle démonstration peut être accomplie en trois étapes : en partant des articles du traité directement pertinents pour notre objet d'étude, en élargissant ensuite l'analyse à l'ensemble des textes de droit primaire, et en tenant compte enfin des croyances et des valeurs partagées par l'opinion publique à l'égard de la construction européenne.

Incontestablement, les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation procèdent de cette double tension. Elles consacrent des principes visant à assurer l'intégration (U) économique (M), mais assortissent ces mêmes principes d'une série d'exceptions permettant à tout Etat membre (D) de déroger à la libre circulation au nom de la préservation de valeurs non-marchandes (NM).

Une interprétation systémique et téléologique de l'ensemble du droit primaire confirme cette analyse. Au niveau systémique, il suffira de rappeler qu'en marge du marché intérieur (M), se développent aujourd'hui des politiques communes en matière sociale (art.136 et s. CE) et environnementale (art.174 et s. CE), et que dans l'exercice de toutes ses compétences, la Communauté doit désormais assurer un niveau élevé de protection de la santé humaine (art.152 CE) et de l'environnement (art.6 CE) (NM). De même, des instruments institutionnels tels que les directives, la méthode ouverte de coordination et la coopération renforcée sont autant de moyens servant à assurer une plus grande intégration (U) dans le respect de la diversité des Etats-membres (D). D'un point de vue téléologique, il n'est que de consulter le préambule du traité UE pour apprendre que la construction européenne vise à établir une « union sans cesse plus étroite entre les peuples », formule qui tout à la fois exprime la dynamique centripète de l'intégration européenne (U) et renvoie à un processus

sans fin de rapprochement entre *des* peuples censés rester distincts²⁸ (D). Quant aux missions de la Communauté européenne, énumérées à l'article 2 CE, elles rassemblent allègrement des objectifs marchands et non-marchands sous l'horizon d'un « développement harmonieux, équilibré et durable »²⁹.

Censée intégrer les valeurs et croyances qui « surdéterminent »³⁰ l'ordre juridique communautaire, la dernière étape de notre raisonnement interprétatif paraît la plus risquée. On ne voit guère en effet comment sonder le *Volksgeist* de l'Union européenne, tant l'opinion publique qui la compose paraît hétéroclite, voire éclatée. Il nous semble pourtant que c'est précisément dans cette pluralité d'opinions, divisant eurosceptiques (D) et europhiles (U), opposant les adorateurs du grand marché (M) et les partisans d'une Europe sociale (NM), que s'exprime une fois de plus notre double tension. Du reste, on rappellera que la devise même de l'Union européenne proclame « l'unité dans la diversité »³¹.

Une telle interprétation de l'ordre juridique européen, et plus spécifiquement du contentieux de la libre circulation, présente donc les apparences de la *cohérence*. A ce stade cependant, on n'a encore parcouru que la moitié du chemin. A suivre Dworkin en effet, il nous faut montrer que cette interprétation est non seulement cohérente au regard de l'ordre juridique communautaire, mais qu'en outre elle fait apparaître ce dernier sous son meilleur jour³². Dans la mesure où cette exigence quasi-esthétique³³ mobilise des considérations morales – ou à tout le moins extra-juridiques –, l'on s'autorisera ici à nourrir notre réflexion des enseignements de philosophes, de politologues, de sociologues et de juristes contemporains. L'interprétation juridique trouve ici non pas sa limite, mais bien son prolongement – son dépassement, même.

La théorie politique de l'Union européenne semble aujourd'hui plus que jamais emprunter les voies du cosmopolitisme³⁴. Par-delà les divergences qui les opposent, la plupart des

²⁸ Cf. K. NICOLAIDIS, « Notre demoï-cratie européenne. La constellation transnationale à l'horizon du patriotisme constitutionnel », *Politique Européenne*, 2006, n°19, p.45-70, spéc. p.60 ; A. VON BOGDANDY, « Constitutional Principles », in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart, 2006, p.3-52, spéc. p.37.

²⁹ « Au vrai, il est aisé de démontrer que la prise en compte de valeurs supérieures à la circulation des richesses économiques est inhérente au traité CE dès son origine » (M. FALLON, « Les préambules et principes de la constitution européenne », in P. MAGNETTE (ed.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2000, p.101).

³⁰ Sur cette notion, cf. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, P.U.F., 1991.

³¹ Cf. J.-M. FAVRET, « L'Union européenne: "l'unité dans la diversité" », *R.T.D.E.*, 2003, p.657-660.

³² R. DWORKIN, *L'empire du droit*, op. cit., spéc. p.247-301. Une fois entendue comme traduction, on comprend mieux pourquoi l'interprétation doit satisfaire à ce critère esthétique du « meilleur jour », qui a tant intrigué les théoriciens du droit. Notons en revanche que Dworkin reste prisonnier d'une conception dénigrante de la traduction lorsqu'il invite son lecteur à comparer le travail – plus libre – du co-auteur d'un « roman à la chaîne » – auquel il identifie le juge – à une tâche « relativement plus mécanique, telle que la traduction directe d'un texte en langue étrangère » (p.257).

³³ Cf. J. ALLARD, *Dworkin et Kant. Réflexions sur le jugement*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2001.

³⁴ On s'inspire ici principalement de J. HABERMAS, *Après l'Etat-nation*, trad. R. Rochlitz, Paris, Fayard, 2000 ; ID., « Citoyenneté et identité nationale – Réflexions sur l'avenir de l'Europe », in J. LENOBLE, N. DEWANDRE (dir.), *L'Europe au soir du siècle*, 1992, p.17-38 ; J.-M. FERRY, *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000 ; ID., *Europe : la voie kantienne*, Paris, Cerf, 2005 ; ID., « Du politique au-delà des nations », *Politique Européenne*, 2006, n°19, p.5-20 ; J. LACROIX, *L'Europe en procès : quel patriotisme au-delà des nationalismes ?*, Paris, Cerf, 2004 ; ID., « Pertinence du paradigme libéral pour penser l'intégration politique de l'Europe », *Politique Européenne*, 2006, n°19, p.21-43 ; U. BECK, E. GRANDE, *Pour un empire européen*, trad. A. Duthoo, Paris, Flammarion, 2007 ; K. NICOLAIDIS, « Notre demoï-cratie européenne. La constellation transnationale à l'horizon du patriotisme constitutionnel », loc. cit. ; M. GAUCHET, « Le problème européen », *Le Débat*, 2004, n°129, p.50-66 ; P. MAGNETTE, « Le sens de l'Europe », *Le Débat*, 2006, n°140, p.30-35 ; J.

théoriciens de la construction européenne s'accordent pour voir dans celle-ci un édifice à deux niveaux inextricablement et nécessairement liés l'un à l'autre. Les Etats membres occupent le premier niveau, qui donne à l'Union européenne la légitimité démocratique et la flexibilité – la *diversité* – nécessaire à sa survie. Le rêve de l'unité parfaite paraît bel et bien mort et enterré tant il est vrai que les peuples européens constituent autant de « demoï » et de « communautés morales » distinctes, qu'on ne saurait – ni ne devrait – espérer fusionner du jour au lendemain. A ce premier niveau, celui du « bien », des valeurs « chaudes » et de la moralité « épaisse » chère aux communautariens, s'ajoute un second, celui du « juste », des normes à vocation universelle et de la moralité formelle, chère aux libéraux. Sur ce deuxième niveau, occupé par les instances supranationales de l'Union européenne, se développe une « communauté légale » sur fond de « patriotisme constitutionnel ». Popularisée par Habermas, cette notion renvoie à l'idée d'une communauté politique unie non pas par une identité culturelle partagée ou par un même passé historique, mais par l'adhésion à des principes constitutionnels communs. Le droit, incarné en l'occurrence par la Charte des droits fondamentaux³⁵, est ici considéré comme un véhicule efficace de l'intégration politique³⁶.

Que nous apprennent ces réflexions sur la double tension entre unité et diversité d'une part, et entre valeurs marchandes et non-marchandes, de l'autre ? Elles nous invitent incontestablement à articuler ces deux couples d'opposés dans une perspective dialectique. Elles nous conduisent à penser que le droit-intégrité de l'Union – ou à tout le moins de la Communauté – européenne réside dans la mise en tension permanente entre la dynamique centripète et les forces centrifuges, et dans la confrontation sans relâche entre les exigences du marché et les impératifs non-marchands. P. Magnette résume admirablement la voie à suivre :

« Reconnaître que les tensions entre les Etats et les normes européennes sont constitutives de l'Union permet peut-être mieux de concevoir « un style de pouvoir qui rompe avec le fantasme de l'unification ». L'Europe du marché contre l'Europe de la solidarité, l'Europe espace contre l'Europe puissance (...) à supposer qu'on le puisse, faut-il vraiment trancher ces alternatives ? Le ressort du projet européen, et ce qui le prémunit le mieux contre la tentation de l'uniformisation, n'est-ce pas justement la persistance de ces aspirations différentes ? (...) Pourquoi ne peut-on reconnaître que ces dichotomies, aussi vieilles que l'Europe, forment son principe politique (...) ? Ce qui manque à l'Europe, ce n'est pas un choix clair, unique et irrévocable entre les termes de ces alternatives. Ce qui manque c'est une structuration du pouvoir qui leur donne sens »³⁷.

Dans cette entreprise de « structuration du pouvoir », le droit, et singulièrement le débat juridictionnel, a incontestablement un rôle essentiel à jouer. À cet égard, on ne peut mieux faire que citer deux réflexions lumineuses, extraites cette fois des oeuvres de J-M Ferry :

WEILER, « Fédéralisme et constitutionnalisme : le *Sonderweg* de l'Europe », in R. DEHOUSSE (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de sciences po, 2002, p.151-176 ; A. VON BOGDANDY, « Constitutional Principles », *loc. cit.*.

³⁵ Cf. e.a. J-M. FERRY, « Du politique au-delà des nations », *loc. cit.*

³⁶ Ce point de vue cosmopolitique ne fait bien évidemment pas l'unanimité. Cf. e.a. J-F. KERVEGAN, « Souveraineté, Etat de droit, supranationalité : un rapport contradictoire ? », in D. DE BECHILLON *e.a.* (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, p.553-567 ; P. THIBAUD, « De l'échec au projet », *Le Débat*, 2006, n°140, p.17-29 ; R. BELLAMY, « Still in Deficit : Rights, Regulation, and Democracy in the EU », *E.L.J.*, 2006, vol.12, p.725-742. Pour un aperçu synthétique des critiques émises contre cette position, cf. J. LACROIX, *op. cit.*, p.33-144.

³⁷ P. MAGNETTE, « Le sens de l'Europe », *loc. cit.*, p.35.

« Il n'est pas irréaliste d'admettre qu'au sein de l'Union européenne, les conflits d'interprétation juridique ne s'évanouiront pas purement et simplement sans laisser de traces. Ils forment au contraire des dépôts, des sédiments de sens, une *semiosis* dont la teneur ne se laisse pas réduire aux exégèses et aux doctrines de spécialistes. Derrière les conflits d'interprétation, en effet, des conflits d'intérêt se jouent, des valeurs et des visions du monde entrent en tension, tandis que se forment des résistances dont l'explicitation appelle au premier chef des récits spécifiques portant sur le vécu d'individus ou de groupes »³⁸

« On peut alors anticiper qu'entre [les acteurs de ces conflits] – et par la seule vertu de la confrontation publique où les conflits d'intérêts, sublimés en conflits d'interprétation juridique, se dénouent à travers des procès discursifs d'argumentation –, une culture politique commune puisse par là se former, sans que les éléments sémantiques doivent en être donnés préalablement (...) »³⁹.

Voilà donc exposée la mission du droit : offrir une grammaire capable de donner à voir et d'articuler ces antagonismes par lesquels *se construit* l'Europe cosmopolitique – une Europe fondée sur les identités nationales mais regroupée autour de principes constitutionnels communs. C'est que, comme le disent U. Beck et E. Grande, « l'Europe n'existe pas, seule existe l'eupéanisation »⁴⁰. Gardant à l'esprit cette nature profondément *dynamique* de la *construction* européenne, on proposera de voir dans l'impératif de *développement durable* le « droit-intégrité » de l'ordre juridique communautaire.

La notion de « développement durable » est probablement l'une des plus galvaudées et des plus ambiguës de l'histoire contemporaine des idées. On se gardera bien, dès lors, de la sacraliser et d'y voir autre chose qu'une expression commode permettant, *pour notre propos*, de traduire un double principe – dialectique, assurément – de *mouvement* et d'*équilibre*. Le mouvement, c'est ce qui se dessine derrière cet ordre juridique communautaire en chantier perpétuel, qui se définit lui-même comme un processus sans fin, visant notamment une « union *sans cesse plus étroite* », mais aussi une « *croissance durable* », une « *convergence des performances économiques* » et un « *relèvement du niveau et de la qualité de vie* » (art.2 CE). Cependant, nous y avons déjà insisté longuement, ce mouvement ne se réalise qu'à travers la recherche, tout aussi perpétuelle et « essentielle », d'un équilibre entre unité et diversité d'une part, et entre valeurs marchandes et non-marchandes, de l'autre⁴¹.

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.

L'idéal de développement durable ne s'apparente cependant pas un ordre de mission adressé à quelque juge « Hercule » tout-puissant et solitaire. Pour l'aider dans sa tâche, la Cour de justice peut et doit compter sur les autres « traducteurs en réseau » de l'ordre juridique communautaire. Les Etats membres, la Commission européenne et les juridictions nationales

³⁸ J-M. FERRY, *Europe : la voie kantienne*, *op. cit.*, p.68.

³⁹ ID., « Du politique au-delà des nations », *loc. cit.*, p.19.

⁴⁰ *Op. cit.*, p.21.

⁴¹ Cf. E. REID, « Protecting Non-economic Interests in the European Community Legal Order : A Sustainable Development ? », *L.I.E.I.*, 2005, p.385-421. Reid fait également du développement durable un principe structurant de l'ordre juridique communautaire, dans la mesure où ce principe invite à chercher un équilibre entre les intérêts économiques, sociaux et environnementaux, et à arbitrer la « dialectical relationship between economic and non-economic interests within the European single market » (p.385).

figurent parmi ces participants au dialogue constitutionnel de grande ampleur qui a notamment pour théâtre les prétoires du Kirchberg. Ces différents « foyers de droit » incarnent chacun des intérêts et des valeurs tantôt opposés, tantôt complémentaires. Ils sont porteurs de messages que la Cour ne peut s'autoriser à méconnaître. Ils exigent également de celle-ci une jurisprudence claire et franche, seule capable de stimuler la communication entre les différents points du réseau juridique.

III. Les traductions de la Cour de justice

La Cour de justice n'est pas insensible à ces exigences, et s'efforce aujourd'hui de rendre des traductions « hospitalières » qui cherchent à maintenir le double équilibre sur lequel repose la construction européenne (§1^{er}). Elle pourrait toutefois aller plus loin en ne craignant pas de recomposer – dans une certaine mesure – les catégories du droit communautaire pour mieux les faire « coller » aux intérêts et valeurs qu'elles traduisent (§2).

§1^{er}. Traductions hospitalières

La Cour n'a plus guère recours aux traductions « hégémoniques » évoquées plus haut. Bien souvent, elle prête l'oreille aux revendications des autres foyers du droit communautaire et rend des traductions « hospitalières » qui essaient d'accueillir, dans les structures du droit européen, des intérêts (NM-D) qui lui sont *a priori* peu familiers.

Cette réceptivité accrue aux intérêts non-marchands et à la diversité des sensibilités nationales trouve à s'exprimer très clairement dans les conflits opposant les libertés de circulation à la protection des droits de l'homme. Nul n'ignore que les Etats invoquent de plus en plus souvent la nécessité de protéger les droits de l'homme pour justifier une entorse à la libre circulation. L'Autriche recourut à cet argument dans l'affaire *Schmidberger*⁴² pour justifier sa passivité face au blocage de l'autoroute du Brenner causé par le rassemblement d'un groupe écologiste. Le gouvernement déclara 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.

C'est également le langage des droits de l'homme qui fut mobilisé dans l'affaire *Omega*⁴³. 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 deux affaires, la Cour de justice a reconnu la légitimité des motifs invoqués par les Etats, pourtant prioritairement dictés par des préoccupations étrangères au droit communautaire. L'affaire *Schmidberger* 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

⁴² C-112/00 *Eugen Schmidberger*, 12 juin 2003, *Rec.*, 2003, p.I-5659.

⁴³ C-36/02 *Omega Spielhallen*, 14 octobre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-6911.

également comme des intérêts concurrents – et équivalents – à ceux-ci⁴⁴. 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 nationale.

L'affaire *Omega* témoigne quant à elle de la déférence de la Cour à l'égard des sensibilités nationales. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, 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 »⁴⁵. La Cour poursuit en rappelant qu'« [i]l n'est pas indispensable (...) que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres 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. Aujourd'hui plus que jamais, la Cour prête l'oreille aux préoccupations des États. Entre valeurs marchandes et non-marchandes, entre unité et diversité, elle assure ainsi l'équilibre nécessaire à la survie de l'édifice européen.

Ces traductions hospitalières ne sont cependant pas à l'abri de toute critique. Elles intègrent certes l'étranger, mais ne l'assimilent pas pleinement. Elles font droit aux revendications des États, mais ne se permettent 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. 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 certaines dérives. Le souci de prendre en compte les préoccupations des États membres conduit la Cour de justice à leur accorder tantôt trop de poids (*i*), tantôt pas assez (*ii*).

⁴⁴ En ce sens, cf. le commentaire du président de la Cour de justice, 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.

⁴⁵ Arrêt *Omega* précité, pt.31 et références citées.

(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 représentativité⁴⁶. 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 »⁴⁷.

(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 marché⁴⁸. 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 traduction hospitalière révèle ici encore ses limites.

§2. The Way Forward

Il faut donc aller plus loin encore. Rappelons à cet égard que les théoriciens de la traduction ont suffisamment attiré notre attention sur l'immense liberté dont jouit le traducteur dans le cadre de son office. Dès lors que les langues sont le produit sans cesse mouvant et

⁴⁶ Cette solution semble aller dans le sens préconisé par R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, O.U.P., 2002, p.422.

⁴⁷ En ce sens, cf. le *caveat* adressé à la Cour par l'AG Jacobs dans ses conclusions précédant l'arrêt *Schmidberger*, pts 96 à 98.

⁴⁸ 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).

éminemment subjectif d'une sédimentation culturelle toujours particulière, on conviendra qu'il n'est pas de correspondance entre les mots, de pont entre les langues qui s'offre comme « donné » au traducteur et qui détermine par avance le résultat de son travail. Si une traduction n'est pas l'autre, c'est sans doute parce que chacune requiert de son auteur une véritable « archéologie linguistique » qui, au-delà des mots, cherche des points de connexion entre des univers linguistiques et des répertoires de pensée différents.

Il en va du juge comme du traducteur. Tout comme celui-ci est invité à dépasser la surface des mots pour plonger à la recherche de leurs ressorts symboliques, celui-là est appelé à dépasser le monde *apparemment* clos des concepts juridiques pour rendre justice à une réalité plus complexe. Transposés à la jurisprudence communautaire, ces enseignements invitent 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 des logiques et des intérêts qui lui sont *a priori* moins familiers que ceux véhiculés par la dynamique centripète du marché intérieur. Voir la décision juridictionnelle comme une traduction, c'est rappeler que le droit n'est qu'un épiphénomène qui résulte de la lutte permanente d'intérêts et de valeurs concurrents.

Dans le prolongement de ces réflexions, on voudrait formuler trois suggestions applicables à la jurisprudence relative aux libertés de circulation. Premièrement, il semble urgent de préciser le contour et la portée de celles-ci. Nul n'ignore qu'entre les critères de la non-discrimination et de l'accès au marché, entre la jurisprudence *Keck*⁴⁹ et l'adoption d'une règle *de minimis*, la Cour ne parvient pas à délimiter, une fois pour toutes et à l'aide d'un test uniforme, le champ d'application des libertés de circulation. Une voie pour y parvenir consiste peut-être à sonder les valeurs et les intérêts qu'incarnent, sur le plan juridique, ces quatre libertés. On découvrira alors – nous semble-t-il – que ces libertés fondamentales sont *avant tout* des instruments au service de l'intégration européenne (U), et *accessoirement* des hérauts du droit au libre exercice de l'activité économique (M). Si l'on s'accorde sur ce diagnostic, il faut alors reconnaître que le critère de la non-discrimination – *de iure* et *de facto* – doit être le moyen *principal* de détermination d'une atteinte *prima facie* à la libre circulation. En complément à ce premier test, et eu égard au biais « libre-échangiste » des libertés de circulation, il faudrait encore considérer comme contraires à celles-ci les mesures – même non discriminatoires – qui en *empêchent* l'exercice ou qui *bloquent* – et non pas simplement *gênent* – l'accès au marché national.

Ensuite, on suggérera que cette même jurisprudence gagnerait en rationalité et en cohérence si elle faisait varier l'intensité du contrôle des mesures nationales en fonction de l'importance de l'objectif invoqué pour les justifier. A cet égard, on peut se demander s'il n'est pas possible – et pertinent – de classer toute la gamme des intérêts opposables aux libertés de circulation en quatre catégories, qui s'appuient d'une part sur la dichotomie « normes-valeurs » propre au débat entre libéraux et communautariens, et d'autre part sur la structure bipolaire (Communauté – Etats-membres) qui sous-tend la théorie cosmopolitique de la construction européenne⁵⁰. La première catégorie regrouperait ainsi les droits « les plus » fondamentaux, pareillement reconnus, au niveau de la *Communauté* et des *Etats-membres*, comme des

⁴⁹ C-267 et 268/91, *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, 1993, p.I-6097.

⁵⁰ Cette façon de concevoir certains droits fondamentaux comme des *valeurs* représentant une *culture* particulière et oeuvrant à une conception de la vie *bonne* se retrouve chez un communautarien tel que J. RAZ (*The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, spéc. p.255-263).

normes cardinales fondatrices d'une société juste. Le second groupe rassemblerait 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*. La troisième catégorie engloberait des principes fondamentaux représentant, tant aux yeux des *Etats* que de la *Communauté*, des *valeurs essentielles*, nécessairement concurrentes, porteuses de projets politiques différents, demandant à être combinées et synthétisées dans les actions des pouvoirs publics. Enfin, la quatrième catégorie regrouperait des objectifs d'intérêt général plus pragmatiques, qui ne sont pas répertoriés dans les catégories précédentes.

Enfin, insistons-y, l'idéal du développement durable ne représente pas un ordre de mission adressé à un seul traducteur. La Cour de justice doit ainsi amener les autres acteurs du réseau juridique européen à collaborer à la production du droit communautaire, sans pour autant les surcharger. Dans cette perspective, on plaidera pour le développement d'un système clair et cohérent de partage des responsabilités entre la Cour de justice et les juges nationaux. Ceux-ci se voient 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 leur laisse ainsi le soin d'apprécier tantôt la sincérité de l'Etat⁵¹, tantôt la nécessité⁵², la proportionnalité⁵³ ou le caractère discriminatoire⁵⁴ de la mesure mise en cause. Pareilles délégations sont assurément bienvenues 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 toujours 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 communautaire⁵⁵. Ces difficultés éprouvées 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 interprétées⁵⁶ –, tantôt sur des dénis de traduction – ces consignes sont tout simplement ignorées⁵⁷.

⁵¹ Cf. e.a. l'arrêt C-338/04, 359/04, 360/04 *Placanica*, 6 mars 2007, non encore publié au Recueil.

⁵² Cf. e.a. aff.94/82 *De Kikvorsch*, 17 mars 1983, *Rec.*, 1983, p.947 ; C-85/94 *Piageme*, 12 octobre 1995, *Rec.*, 1995, p.I-2955.

⁵³ Cf. e.a. C-34 à C-36/95 *De Agostini*, 9 juillet 1997, *Rec.*, 1997, p.I-3843 ; C-441/04 *A-Punkt*, 23 février 2006, *Rec.*, 2006, p.I-2093 ; C-405/98 *Gourmet*, 8 mars 2001, *Rec.*, 2001, p.I-1795 ; C-368/95 *Familiapress*, précité : C-20/03 *Burmanjer*, 16 décembre 2004, *Rec.*, 2004, p.I-4135.

⁵⁴ Cf. e.a. C-441/04 *A-Punkt* et C-20/03 *Burmanjer*, précités.

⁵⁵ Sur le partage des compétences entre la CJCE et les juges nationaux au niveau du contrôle de proportionnalité, 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.

⁵⁶ 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, « 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.246-249

⁵⁷ 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

Conclusion

L'objet de cet article a été principalement de montrer que la jurisprudence communautaire relative aux libertés de circulation consiste en la traduction d'une double tension inhérente à la construction européenne. Entre la promotion de l'unité et le respect de la diversité, entre les impératifs du libre-échange et la protection des valeurs non-marchandes, la Cour est appelée à poursuivre un idéal de développement durable, qui constitue dans doute le « droit-intégrité » de la Communauté européenne. Pour progresser dans cette voie, la Cour ne doit jamais oublier que derrière ses traductions juridiques, ce sont des valeurs et des intérêts qu'elle est amenée à arbitrer, et les points de vue des différents acteurs du réseau européen qu'elle est invitée à concilier.