

# Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le flou au cœur de la jurisprudence communautaire

Antoine BAILLEUX\*

## Introduction

La problématique des conflits entre la libre circulation et les droits fondamentaux remplit aujourd'hui les pages des meilleures revues de droit européen. Les affaires *Schmidberger*<sup>1</sup>, *Omega*<sup>2</sup>, *Viking*<sup>3</sup> et *Laval*<sup>4</sup> ont jeté une vive lumière sur ces situations dans lesquelles la dynamique du marché intérieur s'oppose aux exigences de protection des droits fondamentaux. L'arbitrage entre les impératifs de la libre circulation et le nécessaire respect des droits de l'homme<sup>5</sup> pose en effet des questions délicates, que la doctrine se doit de prendre à bras-le-corps.

L'on aurait toutefois tort de réduire les interactions entre la libre circulation et les droits fondamentaux à des relations conflictuelles, opposant inéluctablement les intérêts économiques aux valeurs non-marchandes et les diktats du marché unique aux contours de la dignité humaine. La jurisprudence communautaire regorge d'affaires dans lesquelles, loin des luttes idéologiques et des débats sur la nature du projet européen, libre circulation et droits fondamentaux se retrouvent associés à la défense d'une même cause, tantôt invoqués de concert par un même plaideur, tantôt coalisés sous la plume d'un même juge<sup>6</sup>.

S'ils n'ont jusqu'ici guère retenu l'attention de la doctrine, ces phénomènes d'alliance méritent pourtant d'être analysés en profondeur. C'est que derrière ces improbables partenariats se jouent des questions fondamentales pour le droit de l'Union européenne et la légitimité de son juge. Face à l'importance de ces enjeux, l'ambition des pages qui suivent demeure modeste. Dans un premier temps, l'on s'efforcera de classer ces alliances par catégories, des plus « intimes » aux plus « lâches » (I). Dans une perspective dynamique ensuite, il s'agira de se pencher sur les effets de ces partenariats sur le plan juridique (II). Enfin, l'on s'attachera à prendre toute la mesure du désordre jurisprudentiel révélé par notre analyse (III).

Avant de développer notre sujet, il faut toutefois le circonscrire clairement. Quant à la notion de « libre circulation » d'abord, nous conviendrons de l'employer dans un sens générique, comme

---

\* Avocat au barreau de Bruxelles et professeur invité aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles).

<sup>1</sup> C-112/00 *Schmidberger*, 12 juin 2003, *Rec.*, p. I-5659.

<sup>2</sup> C-36/02 *Omega*, 14 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9609.

<sup>3</sup> C-438/05 *ITWF e.a. c. Viking*, 11 décembre 2007, *Rec.*, p. I-10779.

<sup>4</sup> C-341/05 *Laval un Partneri*, 18 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11167.

<sup>5</sup> Dans les pages qui suivent, les notions de « droits de l'homme » et de « droits fondamentaux » sont employées comme synonymes.

<sup>6</sup> Pour une analyse globale et détaillée des interactions entre libre circulation et droits fondamentaux, cf. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, F.U.S.L. – Bruylant, 2009.

recouvrant les différentes libertés de circulation consacrées par les traités<sup>7</sup>. Quant à la notion de « droits fondamentaux » ensuite, nous prendrons le parti de l'appliquer aux seuls droits qui se sont vus reconnaître pareil qualificatif par les juridictions communautaires. Quant à la notion d'alliance enfin, l'on considérera qu'elle vise toutes les situations dans lesquelles les impératifs de la libre circulation et le respect des droits de l'homme sont invoqués côte à côte *par* ou *devant* le juge communautaire. Nous verrons que par-delà leurs différences, ces alliances ont en commun d'œuvrer à la dynamique centripète de l'Union européenne en opposant un double rempart aux réglementations des Etats membres.

## I. Les catégories d'alliances

Loin de former un tout homogène, les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux peuvent être réparties en cinq catégories, par ordre décroissant d'intensité : alliances génétiques (A), contingentes (B), nécessaires (C), volontaires (D) et de voisinage (E).

### A. Les alliances génétiques

Le premier type d'alliance apparaît déjà dans l'« ADN » des libertés de circulation. En effet, comment ne pas voir dans celles-ci le produit d'une fusion entre les impératifs de la libre circulation – et, plus largement, de l'intégration économique – et l'idéologie des droits fondamentaux ?

Les « quatre libertés » sont très vite apparues comme le fruit d'une alliance entre la dynamique du marché intérieur et le droit fondamental au libre exercice de l'activité économique. L'ascendance « droit-de-l'homme » des libertés de circulation a été soulignée dès les débuts de l'intégration européenne. Alors que de nombreux commentateurs voyaient dans les quatre libertés l'expression d'une « *economic due process clause* »<sup>8</sup>, la Cour elle-même élevait les libertés de circulation au rang de « droit fondamental »<sup>9</sup>, les associant tantôt au « libre accès à l'emploi »<sup>10</sup>, tantôt au « libre exercice du commerce »<sup>11</sup>. Opposables au législateur communautaire lui-même<sup>12</sup>, les libertés de circulation continuent aujourd'hui d'incarner une certaine idéologie du « laisser faire, laisser passer », et ne sauraient être réduites à des garanties contre le protectionnisme des Etats ou à des outils au service de l'intégration économique.

---

<sup>7</sup> Libre circulation des citoyens (art. 18 CE), des marchandises (art. 28 CE), des travailleurs (art. 39 CE) et des capitaux (art. 56 CE), ainsi que la liberté d'établissement (art. 43 CE) et la libre prestation des services (art. 49 CE).

<sup>8</sup> Cf. les références citées par M. POIARES MADURO, « Reforming the Market or the State ? Article 30 and the European Constitution : Economic Freedom and Political Rights », *E.L.J.*, 1997, p. 55-82, spéc. p. 61-65, et par P. OLIVER, W-H. ROTH, « The Internal Market and the Four Freedoms », *C.M.L.R.*, 2004, p. 407-441, spéc. p. 407-411. On notera également que selon P. PESCATORE, les libertés de circulation « form as it were the counterpart of the principles of constitutional law on the freedom of movement and the freedom to pursue trade, profession or vocation » (« The Context and Significance of Fundamental Rights in the Law of the European Communities », *H.R.L.J.*, 1981, p. 295-308, spéc. p. 297).

<sup>9</sup> Cf. e.a. C-228/98 *Dounias*, 3 février 2000, *Rec.*, p. I-577, pt. 64 ; aff. 222/86 *Heylens*, 15 octobre 1987, *Rec.*, p. 4097, pt. 14.

<sup>10</sup> Aff. 222/86 *Heylens*, précitée note n°9, pt. 14.

<sup>11</sup> Aff. 240/83 *ADBHU*, 7 février 1985, *Rec.*, 1985, p. 531, pt. 9.

<sup>12</sup> Cf. e.a. C-51/93 *Meyhui*, 9 août 1994, *Rec.*, p. I-3879 ; C-169/99 *Schwartzkopf*, 13 septembre 2001, *Rec.*, p. I-5901.

Pour autant, « il ne serait ni satisfaisant ni fidèle à l'évolution de la jurisprudence de réduire la libre circulation à une simple norme de promotion du commerce entre les Etats membres »<sup>13</sup>. La dynamique intégrationniste du marché commun vient ici tempérer la logique libérale des droits fondamentaux, impliquant que « toute restriction à la liberté économique ou commerciale n'est pas une restriction à l'exercice des libertés de circulation »<sup>14</sup>. Dans son arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour a ainsi déclaré que la libre circulation des marchandises ne permet pas aux opérateurs économiques de « contester toute espèce de réglementations qui ont pour effet de limiter leur liberté commerciale, même si elles ne visent pas les produits en provenance d'autres Etats membres »<sup>15</sup>.

Si les juges du Kirchberg ont aujourd'hui quelques scrupules à souligner l'ascendance « droit-de-l'homme » de la libre circulation des richesses (marchandises, capitaux, services), il en va tout différemment de la libre circulation des personnes, dont la proximité avec les droits fondamentaux s'est vue renforcée par l'avènement de la citoyenneté européenne. Ici, il ne s'agit plus simplement de relier la libre circulation à la liberté de commerce ou au libre exercice de l'activité économique qui, s'ils jouissent du statut de droit de l'homme, n'en conservent pas moins le marché pour horizon ultime. Avec la libre circulation des personnes, se voit directement engagé le droit fondamental de circuler et de choisir librement sa résidence, inscrit à l'article 2 du Protocole n°4 à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, CEDH). Cet enracinement dans « le droit fondamental à la liberté personnelle qui est au faite des droits individuels »<sup>16</sup> n'a pas échappé à la Cour de justice, qui n'hésite plus à assortir la libre circulation des citoyens du qualificatif de « droit fondamental »<sup>17</sup>.

### *B. Les alliances contingentes*

La deuxième catégorie d'alliances regroupe les situations dans lesquelles un droit fondamental, *en raison des circonstances propres de l'espèce*<sup>18</sup>, se joint « de l'extérieur » à la dynamique de la libre circulation. Ces cas de figure surgissent lors d'affaires mettant en cause une mesure nationale

---

<sup>13</sup> Conclusions présentées par l'AG Poiars Maduro le 30 mars 2006 dans les affaires C-158 et C-159/04 *Alfa Vita*, *Rec.*, p. I-8135, pt. 40.

<sup>14</sup> Conclusions présentées par l'AG Poiars Maduro le 7 avril 2005 dans l'affaire C-446/03 *Marks & Spencer*, *Rec.*, p. I-10837, pt. 40.

<sup>15</sup> C-267 et 268/91 *Keck et Mithouard*, 24 novembre 1993, *Rec.*, p. I-6097, pt. 14. C'est sans doute cette jurisprudence qu'a à l'esprit l'AG Poiars Maduro lorsqu'il relève « une volonté plus générale de la Cour de ne pas interpréter les règles de libre circulation des marchandises à la lumière d'un principe de libre exercice de l'activité commerciale » (conclusions présentées le 6 mai 2004 dans l'affaire C-72/03 *Carbonati*, *Rec.*, p. I-8027, pt. 9). Dans le même sens, on soulignera les observations de l'AG Tesaro qui, dans ses conclusions dans l'affaire C-292/92 *Hünernund* (*Rec.*, 1993, p. I-6800), se demandait déjà: « L'article 30 du traité CEE est-il une disposition de libéralisation des échanges intracommunautaires ou une disposition destinée plus généralement à promouvoir le libre exercice de l'activité commerciale dans chaque Etat membre ? ». Quelques années plus tard, il revenait sur le sujet en affirmant non sans raison que privilégier la seconde interprétation reviendrait « à orienter le traité vers un objectif qui n'est pas le sien: non pas celui d'instaurer un marché intérieur connaissant des conditions semblables à celles d'un marché unique et dans lequel les opérateurs peuvent circuler librement, mais celui d'instaurer un marché sans règles, voire un marché où les règles sont, en principe, interdites, sauf lorsqu'elles sont nécessaires et proportionnées en vue de satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général » (conclusions présentées le 25 mars 2004 dans l'affaire C-442/02 *CaixaBank France*, *Rec.*, p. I-8961).

<sup>16</sup> Conclusions présentées par l'AG Cosmas le 16 mars 1999 dans l'affaire C-378/97 *Wijzenbeek*, *Rec.*, p. I-6207

<sup>17</sup> Cf. C-408/03 *Commission c. Belgique*, 23 mars 2006, *Rec.*, p. I-2647, pt. 41 ; C-200/02 *Chen*, 19 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9925, pt. 33.

<sup>18</sup> Au contraire de la première catégorie.

dérogatoire à une liberté de circulation. L'alliance apparaît du fait que l'atteinte portée à l'une des quatre libertés entraîne *ipso facto* une atteinte à un droit de l'homme.

La liberté d'expression est incontestablement le droit fondamental qui se prête le plus aisément à ce type d'alliances. On le comprend sans peine eu égard à la vocation transfrontière de la plupart des médias. Presque toute entrave à la diffusion de la presse au sens large constitue en puissance une atteinte à la liberté d'expression *et* à la libre circulation. La jurisprudence communautaire fourmille d'exemples en ce sens. Ainsi, par exemple, les mesures nationales limitant la distribution de films sous la forme de vidéocassettes (*Cinéthèque*<sup>19</sup>), restreignant la transmission d'émissions télévisées étrangères (*BvA*<sup>20</sup> et *TV10*<sup>21</sup>), interdisant la divulgation d'informations relatives aux possibilités d'avortement à l'étranger (*Grogan*<sup>22</sup>), prohibant la vente de journaux assortie de prix à gagner (*Familiapress*<sup>23</sup>), conférant un monopole à un opérateur de radiodiffusion étatique (*ERT*<sup>24</sup>), ou entravant la vente par correspondance de vidéogrammes importés de l'étranger (*Dynamic Medien*<sup>25</sup>), ces mesures donc, emportent à la fois une atteinte – au moins potentielle – à la liberté de circulation *et* à la liberté d'expression des opérateurs économiques.

Des alliances contingentes peuvent également se former avec d'autres droits fondamentaux. L'affaire *Uwe Kay Festersen*<sup>26</sup> portait ainsi sur une 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). Eu égard à cette double atteinte, la Cour conclut à l'incompatibilité de la mesure nationale avec le droit communautaire.

La libre circulation des personnes est également riche d'alliances contingentes. A titre d'exemple, on évoquera l'affaire *Orfanopoulos*, qui concernait un ordre d'expulsion du territoire allemand prononcé à l'encontre d'un ressortissant grec, toxicomane et multirécidiviste, qui purgeait alors une peine de prison<sup>27</sup>. L'intéressé résidait en Allemagne depuis l'âge de treize ans, avait épousé une ressortissante allemande et avait eu avec elle trois enfants. Interrogée par voie de question préjudicielle, la Cour

---

<sup>19</sup> Aff. 60/84 *Cinéthèque*, 11 juillet 1985, *Rec.*, p. 2605.

<sup>20</sup> Aff. 352/85 *Bond van Adverteerders c. Pays-Bas*, 26 avril 1988, *Rec.*, p. 2085.

<sup>21</sup> C-23/93 *TV10 c. Commissariaat voor de Media*, 5 octobre 1994, *Rec.*, p. I-4795

<sup>22</sup> C-159/90 *SPUC c. Grogan*, 4 octobre 1991, *Rec.*, p. I-4685.

<sup>23</sup> C-368/95 *Vereinigste Familiapress*, 26 juin 1997, *Rec.*, p. I-3689.

<sup>24</sup> C-260/89 *ERT*, 18 juin 1991, *Rec.*, p. I-2925.

<sup>25</sup> C-244/06 *Dynamic Medien*, 14 février 2008, *Rec.*, p. I-505.

<sup>26</sup> C-370/05 *Uwe Kay Festersen*, 25 janvier 2007, *Rec.*, p. I-1129.

<sup>27</sup> C-482/01 et C-493/01 *Orfanopoulos et Oliveri*, 29 avril 2004, *Rec.*, p. I-5257.

rappela aux autorités nationales que l'opération de mise en balance des intérêts qui précède toute décision d'expulsion doit tenir compte aussi bien « du caractère fondamental du principe de la libre circulation des personnes » que du droit au respect de la vie familiale (pts 97-98).

### *C. Les alliances nécessaires*

La troisième catégorie d'alliances met en scène un rapport de nécessité ou, plus exactement, d'*effectivité* entre la libre circulation et un droit fondamental. La protection de ce dernier y est considérée comme indispensable à la jouissance pleine et entière des « quatre libertés ». Ces cas de figure se distinguent de ceux qui ont été examinés dans le paragraphe précédent en ce que le respect du droit fondamental y apparaît *consubstantiel* à l'exercice de la libre circulation, et dès lors *englobé* dans celle-ci. Les alliances nécessaires demeurent cependant fragiles ; elles restent tributaires de la preuve – jamais acquise – d'un lien d'*effectivité* entre le respect du droit fondamental et l'exercice de la libre circulation.

Cette troisième catégorie recouvre notamment les rapports entre la liberté d'établissement ou la libre circulation des marchandises d'une part, et le droit à une protection juridictionnelle effective tel qu'il est consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH, d'autre part. Nul ne contestera que le droit à un juge entretient avec la liberté d'établissement une relation privilégiée<sup>28</sup>. À bien des égards, celui-ci conditionne l'*effectivité* de celle-là. Cette évidence est apparue dès l'arrêt *Heylens*,<sup>29</sup> qui concernait un ressortissant belge poursuivi pour avoir entraîné une équipe de football d'un club français alors même que sa demande de reconnaissance d'équivalence du diplôme belge d'entraîneur avait été refusée par les autorités françaises. Interrogée sur la compatibilité de la réglementation française avec la libre circulation des travailleurs, la Cour estima que le droit à un recours juridictionnel contre une telle décision de refus constituait à la fois une condition d'*effectivité* du « libre accès à l'emploi » garanti par le traité et « un principe général du droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes et de [la CEDH] » (pt.14).

L'affaire *Carpenter* offre probablement la meilleure illustration du lien d'*effectivité* que peuvent nouer entre eux la libre circulation et le droit à la protection de la vie familiale<sup>30</sup>. En l'espèce, la Cour était saisie d'une question préjudicielle portant sur une mesure d'expulsion prononcée à l'encontre d'une ressortissante philippine qui résidait au Royaume-Uni avec son mari, un citoyen allemand. La Cour nota d'abord que « [l]es prestations de services effectuées par M. Carpenter correspondent à une partie significative de son activité économique qui se déroule tant sur le territoire de son État d'origine en faveur de personnes établies sur le territoire d'autres États membres que sur le territoire de ces derniers. Il convient dans ce contexte de rappeler que le législateur communautaire a reconnu

---

<sup>28</sup> Pour une affaire récente touchant aux relations entre le droit à une protection juridictionnelle effective et la libre prestation des services, cf. C-432/05 *Unibet*, 13 mars 2007, *Rec.*, p. I-2271.

<sup>29</sup> Aff. 222/86 *Heylens* précitée note n°9.

<sup>30</sup> C-60/00 *Carpenter*, 11 juillet 2002, *Rec.*, p.I-6279.

l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des ressortissants des États membres afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité » (pts 37-38). Or, poursuit la Cour « 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). En s'occupant des enfants ou en l'accompagnant dans ses voyages, Mme Carpenter contribuait à l'exercice effectif du droit de son mari à la libre prestation des services. La protection de la vie familiale du couple Carpenter n'était donc pas indifférente au droit communautaire.

#### *D. Les alliances volontaires*

L'examen de la jurisprudence récente de la Cour de justice dévoile l'existence d'un quatrième type d'alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Les coalitions que regroupe cette catégorie se caractérisent par leur « lâcheté » et leur « artificialité ». Ici, point d'origine génétique, contingente ou causale : l'alliance est scellée « par principe », du simple fait de la volonté de son auteur. Mais qui dit lâche dit aussi élastique ; cette approche « volitive » des relations entre droits de l'homme et libre circulation permet virtuellement d'attirer dans l'orbite du droit communautaire toute atteinte portée aux droits fondamentaux d'un citoyen européen.

On doit à l'avocat général Jacobs d'avoir pour la première fois déclaré que, *par principe*, toute atteinte aux droits fondamentaux d'un citoyen européen qui a fait usage de sa liberté de circulation constitue une atteinte à celle-ci et rentre dans le domaine du droit communautaire – et de la compétence de la Cour. Dans l'affaire *Konstantinidis*<sup>31</sup>, il déclara qu'un ressortissant communautaire a droit « 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). Quelques années, plus tard, l'avocat général Jacobs réaffirmait son point de vue avec plus de force encore, estimant que toute atteinte au droit à la vie privée d'un citoyen européen résidant dans un Etat membre étranger constituait, *ipso facto*, une atteinte à la liberté de circulation de ce citoyen<sup>32</sup>.

L'avocat général Poiras Maduro a récemment rappelé que la Cour n'avait jamais fait siennes ces positions avant-gardistes. Soulignant l'importance grandissante des droits de l'homme dans le droit primaire, il a poursuivi en proposant à la Cour d'affiner sa jurisprudence sans pour autant aller aussi loin que l'AG Jacobs ne l'aurait souhaité. Il a ainsi plaidé pour l'adoption d'une position de principe selon laquelle « seules des violations graves et persistantes qui soulignent un problème de nature

---

<sup>31</sup> Conclusions présentées le 9 décembre 1992 dans C-168/91 *Konstantinidis*, *Rec.*, p. I-6577.

<sup>32</sup> Conclusions présentées le 30 mai 2005 dans C-96/04 *Niebuil*, 27 avril 2006, *Rec.*, p. I-3561.

systémique dans la protection des droits fondamentaux de l'État membre en cause, constitueraient (...) des violations des règles sur la libre circulation, en raison de la menace qu'elles feraient directement peser sur la dimension transnationale de la citoyenneté européenne et sur l'intégrité de l'ordre juridique communautaire. Toutefois, aussi longtemps que la protection des droits fondamentaux dans un État membre n'est pas gravement déficiente dans le sens des critères susmentionnés, je pense que la Cour ne devrait vérifier la conformité des mesures nationales aux droits fondamentaux que lorsque ces mesures relèvent du champ d'application de la compétence de la Cour, tel qu'il est défini par sa jurisprudence actuelle ».

### *E. Les alliances de voisinage*

Les alliances *de voisinage* surgissent dans les affaires où la libre circulation se présente – éventuellement par le truchement du droit dérivé – comme un lointain point de rattachement au droit communautaire, qui permet à la Cour d'assurer la protection des droits fondamentaux dans des domaines qui lui sont d'ordinaire inaccessibles. C'est la présence de la libre circulation *dans le voisinage* de la violation d'un droit de l'homme qui justifie l'intervention de la Cour de justice. L'intégration économique sert ici de point de contact, d'agent de liaison, entre le droit communautaire et les droits fondamentaux.

Un premier exemple nous en est fourni par l'avocat général Poiares Maduro dans l'affaire *Carbonati*<sup>33</sup>. En l'espèce, la Cour était interrogée sur la compatibilité avec le droit communautaire d'une taxe italienne sur les marbres extraits sur le territoire d'une commune et transportés hors de celui-ci. Ladite taxe affectait de la même manière le marbre destiné aux autres régions de l'Italie que celui exporté au-delà du territoire national. L'avocat général rappela qu'en application de la jurisprudence constante de la Cour, une telle taxe devait être assimilée à une mesure équivalente à un droit de douane contraire à l'article 25 CE. Il poursuivit toutefois en soulignant l'incohérence d'une telle solution, contraire à la lettre des traités et en porte-à-faux avec « le principe classique d'inapplicabilité des règles de libre circulation aux situations purement internes » (pt. 47). L'avocat général proposa alors une solution alternative. Une telle taxe devait être jugée contraire au droit communautaire non pas parce qu'elle était contraire à la libre circulation des marchandises, mais bien plutôt parce que l'inapplicabilité de la libre circulation à une telle situation – purement interne – engendrait une discrimination qui, elle, était contraire au principe général d'égalité consacré par le droit communautaire.

Un passage de l'arrêt *Akrich*<sup>34</sup> témoigne de la présence de ces « alliances de voisinage » dans le domaine de la libre circulation des personnes. On se souviendra que dans cette affaire, la Cour fut amenée à se pencher sur le refus des autorités britanniques de révoquer l'ordonnance d'expulsion prononcée à l'encontre d'un ressortissant d'origine marocaine marié à une citoyenne britannique.

---

<sup>33</sup> Conclusions présentées le 6 mai 2004 dans l'affaire C-72/03 *Carbonati Apuani*, *Rec.*, p. I-8027..

<sup>34</sup> C-109/01 *Akrich*, 9 septembre 2003, *Rec.*, p. I-9607.

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 et sur une disposition de droit dérivé accordant au conjoint du travailleur – communautaire – migrant le droit de venir s'installer avec ce dernier dans l'Etat membre d'accueil. La Cour estima d'abord que le droit communautaire n'était d'aucun secours aux requérants dès lors que M. Akrich ne résidait légalement ni au Royaume-Uni, ni en Irlande. Considérant que la libre circulation de Mme Akrich n'était en rien compromise par la décision des autorités britanniques, la Cour s'autorisa néanmoins à adresser à ces dernières une étrange recommandation : « [I]orsque le mariage est authentique (...), 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.

## **II. Les effets des alliances**

Il ressort de l'examen de la jurisprudence communautaire que les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux réduisent l'autonomie des Etats-membres davantage que ne le ferait la seule invocation d'une atteinte à la libre circulation. Dans cette perspective, il convient d'observer que les droits fondamentaux sont susceptibles tantôt de *compléter* la libre circulation (A), tantôt de la *renforcer* (B), tantôt encore d'*étendre* son champ d'application (C).

### *A. La complémentation de la libre circulation*

Nombreuses sont les affaires dans lesquelles les arguments tirés du respect des droits de l'homme et les moyens fondés sur les « quatre libertés » font l'objet d'une analyse séparée. Loin de se confondre, ces deux griefs se superposent et viennent chacun à leur façon corseter l'autonomie des Etats. L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Karner*<sup>35</sup> participe incontestablement de cette dynamique. Les juges y estimèrent que l'interdiction faite aux vendeurs de dévoiler l'origine de leurs produits lorsque ceux-ci émanent d'une faillite tombait en dehors du champ d'application de la libre circulation des marchandises. Une telle mesure constituait en effet une « modalité de vente » non discriminatoire – en

---

<sup>35</sup> C-71/02 *Karner*, 25 mars 2004, *Rec.*, p. I-3025.

droit comme en fait – au sens de la jurisprudence *Keck*. La Cour considéra toutefois que s’il permettait d’échapper à l’article 28 CE, ce « sauf-conduit » prétorien ne blanchissait pas pour autant *ipso facto* la mesure en cause au regard des droits de l’homme. Elle jugea donc nécessaire d’évaluer la proportionnalité de la mesure à l’aune de son atteinte à la liberté d’expression.

Il arrive également que confrontée à une alliance entre une liberté de circulation et un droit de l’homme, une mesure nationale doit satisfaire à *deux* contrôles de proportionnalité séparés. Dans l’affaire *Grogan*<sup>36</sup>, l’avocat général van Gerven a ainsi analysé en deux temps une mesure irlandaise faisant défense à une association d’étudiants de publier des informations relatives aux possibilités d’avortement au Royaume-Uni. L’avocat général vérifia d’abord la compatibilité de l’interdiction irlandaise avec la libre prestation des services dont jouissent les hôpitaux britanniques pratiquant l’avortement. Il estima à cet égard que la protection de la vie à naître constituait un objectif d’ordre public au sens du traité et que la réglementation nationale était proportionnée à la satisfaction de cet objectif. Ce n’est que dans un second temps que l’avocat général entreprit d’examiner la conformité de l’interdiction irlandaise au regard des droits fondamentaux, et en particulier de la liberté d’expression des étudiants. Dans ce cadre, l’AG van Gerven s’efforça cette fois d’appliquer le test de proportionnalité « à la strasbourgeoise », dont il affirma que « quelques nuances » le séparaient du contrôle de proportionnalité « luxembourgeois ». Après avoir relevé la présence *in casu* d’un conflit de droits fondamentaux, l’avocat général estima qu’à suivre la jurisprudence des organes du Conseil de l’Europe, l’Irlande devait se voir octroyer une marge d’appréciation importante, qui garantissait la proportionnalité de la mesure querellée (pt. 37).

Dans certains cas, la complémentarité des arguments semble faire écho à la complémentarité entre les juridictions. Il ne manque en effet pas de brillants esprits pour considérer que si le contentieux de la libre circulation relève indubitablement de la compétence de la Cour de justice, les griefs fondés sur la protection des droits de l’homme doivent autant que possible être examinés par le juge étatique lorsqu’ils touchent à une mesure nationale. On évoquera dans ce sens les conclusions rendues par l’AG Stix-Hackl dans les affaires *Carpenter*<sup>37</sup> et *MRAX*<sup>38</sup>. 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, il se fait nettement plus prudent, se limitant à fournir au juge national des directives qu’il lui incombera de transposer au cas de l’espèce. Après avoir purgé le litige de sa composante proprement communautaire – les libertés de circulation et les règles de droit dérivé qui en découlent – l’avocat général laisse aux autorités nationales le soin d’évaluer, *in concreto*, la proportionnalité de la mesure au regard des droits fondamentaux<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> C-159/90 *SPUC c. Grogan*, précité note n°22.

<sup>37</sup> Conclusions présentées le 13 septembre 2001 dans C-60/00 *Carpenter*, précité note n°30.

<sup>38</sup> Conclusions présentées le 13 septembre 2001 dans C-459/99 *MRAX*, 25 juillet 2002, *Rec.*, p. I-6591.

<sup>39</sup> Cf. les pts 92-97 des conclusions dans l’affaire *MRAX* précitée note n°38, et le pt. V, A, 2, c), des conclusions dans l’affaire *Carpenter* précitée note n°30.

### B. Le renforcement de la libre circulation

Les arguments tirés du respect des droits de l'homme et de la dynamique de l'intégration économique apparaissent parfois combinés l'un à l'autre dans le raisonnement des juges et des avocats généraux. Dans ces cas de figure, l'atteinte à un droit fondamental contribue bien souvent à *renforcer* la violation d'une liberté de circulation et, partant, à *accroître* la sévérité du contrôle opéré par la Cour.

Le premier lieu d'expression de cet effet de renforcement est à ce point évident qu'il pourrait facilement passer inaperçu. La « plus-value normative » d'une alliance entre la libre circulation et un droit de l'homme se manifeste dans la sévérité accrue qui accompagne le contrôle de la justification d'une atteinte *discriminatoire* à une liberté de circulation. Il est en effet de jurisprudence constante que seules les *raisons expresses* limitativement énumérées dans le traité – ordre public, santé publique, moralité publique, sécurité publique, etc. – peuvent être invoquées pour justifier une entorse à la libre circulation qui se double d'une violation du droit à l'égalité des ressortissants communautaires. Les atteintes non discriminatoires – *de iure* – à la libre circulation peuvent en revanche être justifiées au nom de tout type de raison impérative d'intérêt général. La Cour ne semble pas près d'abandonner ce « régime dissocié » qui soumet à un contrôle plus sévère les mesures comptables d'une entrave à la libre circulation *et* d'une atteinte au droit fondamental à l'égalité de traitement. Dans son arrêt *Laval*<sup>40</sup>, elle a ainsi déclaré que le droit communautaire s'opposait à une réglementation du droit d'actions collectives qui, sans répondre à une raison expresse d'intérêt général, introduisait une discrimination entre les entreprises étrangères et nationales.

Cet effet de renforcement ne se laisse pas observer dans les seuls scénarios d'alliances entre la libre circulation et le droit à l'égalité de traitement. D'autres droits fondamentaux viennent régulièrement affermir le contrôle d'une mesure nationale *prima facie* contraire à l'une des quatre libertés. L'arrêt *Festersen* mentionné plus haut<sup>41</sup> est à cet égard particulièrement illustratif : la Cour y estime qu'il lui appartient d'apprécier la proportionnalité de l'obligation de résidence imposée par la loi autrichienne à tout acquéreur d'un domaine agricole. Elle précise à cet égard que « [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.

---

<sup>40</sup> C-341/05 *Laval un Partneri*, précité note n°4, spéc. pts 112-120.

<sup>41</sup> Arrêt précité note n°26

L'affaire *MRAX*<sup>42</sup> nous enseigne que la combinaison entre libre circulation et droits de l'homme peut avoir des retombées bien concrètes. 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).

### *C. L'extension de la libre circulation*

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence communautaire que les arguments tirés du respect des droits fondamentaux peuvent encore contribuer, de façon tantôt structurelle (1), tantôt ponctuelle (2), à l'*extension* du champ d'application de la libre circulation.

#### **1) Une extension structurelle – l'effet d'entraînement**

L'effet d'entraînement exercé par les droits fondamentaux sur la libre circulation apparaît très clairement à l'examen des alliances « nécessaires » et « volontaires » présentées plus haut. En faisant du respect des droits fondamentaux – ou d'un seul d'entre eux – une condition d'exercice de la libre circulation, ces alliances étendent le champ d'application des quatre libertés bien au-delà de leur portée initiale. L'atteinte à un droit fondamental *entraîne* ainsi, en elle-même, une atteinte à la liberté de circulation de son titulaire.

Cet effet d'entraînement s'enracine parfois dans un implacable rapport de nécessité. Ainsi en est-il du raisonnement selon lequel la liberté d'établissement d'une société est subordonnée à son droit – fondamental – d'ester en justice dans l'Etat membre dans lequel elle s'installe. L'extension de la liberté de circulation est ici minime, voire inexistante, tant paraissent inextricablement liés le droit à un juge et la liberté d'établissement<sup>43</sup>.

Dans d'autres situations en revanche, les droits de l'homme apparaissent comme des vecteurs très efficaces d'une extension du champ d'application des libertés de circulation. A diverses reprises, la Cour de justice et ses avocats généraux ont ainsi souligné l'effet dissuasif que peut exercer, sur le

---

<sup>42</sup> C-459/99 *MRAX*, précité note n°38.

<sup>43</sup> C-208/00 *Überseering*, 5 novembre 2002, *Rec.*, p. I-9919. L'alliance n'apparaît explicitement que dans les conclusions de l'AG Ruiz-Jarabo Colomer du 4 décembre 2001.

citoyen européen candidat à l'émigration, la perspective d'une atteinte à ses droits fondamentaux. La simple perspective d'une violation d'un droit fondamental suffit ici à entraîner une atteinte à la liberté de circulation. Le meilleur exemple nous en est fourni par l'affaire *Grunkin et Paul*, dans laquelle l'avocat général Sharpston considéra qu'une règle allemande de droit international privé allemand, en ce qu'elle portait atteinte au droit au nom d'un enfant, constituait un obstacle à la libre circulation de celui-ci. A cet égard, souligna-t-elle, « le fait que [cet enfant] n'a pas encore été réellement empêché ou dissuadé de circuler (...) ne veut pas dire que son droit de le faire n'a pas été restreint »<sup>44</sup>. On épinglera également les arrêts *MRAX*<sup>45</sup>, *Commission c. Espagne*<sup>46</sup> et *Carpenter*<sup>47</sup>, qui permirent à la Cour de rappeler que la protection de la vie familiale d'un travailleur migrant conditionne l'exercice effectif de sa liberté de circulation.

Enfin, l'effet d'entraînement prend parfois la forme d'une « profession de foi performative », qui entend établir un lien de principe entre droits fondamentaux et libre circulation rien qu'en proclamant l'existence. Ce sont bien évidemment les alliances volontaires scellées par l'AG Jacobs dans les affaires *Konstantinidis*<sup>48</sup> et *Niebühl*<sup>49</sup> que l'on a ici à l'esprit, et qui mettent en jeu rien de moins qu'une révolution copernicienne. Le citoyen européen se trouve désormais au centre de l'ordre juridique communautaire et peut se prévaloir, dans quelque Etat membre qu'il se rende, du respect inconditionnel d'un socle commun de droits fondamentaux. La méconnaissance de ces droits entraîne immédiatement et par principe une violation de la liberté de circuler.

## 2) Une extension ponctuelle – l'effet d'assouplissement

Nous avons vu plus haut que les libertés de circulation procédaient d'alliances « génétiques » entre l'esprit des droits de l'homme et la dynamique de l'intégration économique. Il faut maintenant ajouter que les interprètes du traité s'appuient parfois sur l'origine « droit-de-l'homme » des libertés de circulation pour en justifier une interprétation extensive.

Un premier exemple est tiré de l'affaire *Centros*, qui 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 que « le droit d'établissement est essentiel aux fins de la mise en oeuvre des objectifs

---

<sup>44</sup> Conclusions présentées le 24 avril 2008 dans C-353/06 *Grunkin et Paul*, non encore publié au Recueil, pt. 79.

<sup>45</sup> C-459/99 *MRAX*, précité note n°38.

<sup>46</sup> C-503/03 *Commission c. Espagne*, 31 janvier 2006, *Rec.*, p. I-1097, pt. 41.

<sup>47</sup> C-60/00 *Carpenter*, précité note n°30.

<sup>48</sup> Cf. *supra*, note n°31.

<sup>49</sup> Cf. *supra*, note n°32.

préfigurés par le traité, qui entend garantir, indistinctement à tous les citoyens communautaires, la liberté d'entreprise économique (...). 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 »<sup>50</sup>.

Dans le domaine de la libre circulation des citoyens également, le « langage des droits fondamentaux » semble surgir fort à propos pour appuyer une lecture progressiste du droit communautaire. A cet égard, on rappellera les propos tenus par la Cour dans les affaires *Chen*<sup>51</sup> et *Commission c. Belgique*<sup>52</sup>. En l'espèce, la Cour de justice était interrogée sur la portée exacte de dispositions de droit dérivé qui subordonnaient la libre circulation des citoyens économiquement inactifs à la « condition qu'ils disposent, pour eux-mêmes et pour les membres de leurs familles, (...) de ressources suffisantes pour éviter qu'ils ne deviennent, pendant leur séjour, une charge pour l'assistance sociale de l'Etat membre d'accueil »<sup>53</sup>. Certains Etats considéraient que cette condition devait s'interpréter comme couvrant les seules ressources dont le candidat à la libre circulation bénéficiait en propre, à l'exclusion de celles qu'il dérivait de ses liens familiaux.

Cette lecture fut rejetée par la Cour de justice au motif que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des Etats membres » et qu'il confère directement à ces ressortissants le droit de séjourner sur l'ensemble du territoire de l'Union. La Cour estima dans la foulée que l'interprétation suggérée par certains Etats ajouterait à la condition relative au caractère suffisant des ressources « une exigence relative à la provenance des ressources qui constituerait une *ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit fondamental de libre circulation et de séjour garanti par l'article 18 CE*, en ce qu'elle n'est pas nécessaire à l'objectif poursuivi, à savoir la protection des finances publiques des Etats membres »<sup>54</sup>.

L'on se gardera bien de tirer des conclusions hâtives des exemples qui précèdent. Force est toutefois de constater que le simple rappel des origines « droit-de-l'hommesques » des libertés de circulation peut venir fort à propos appuyer une interprétation extensive de celles-ci.

### **III. Le flou au cœur de la jurisprudence communautaire**

Si la Cour de justice commence à s'éveiller aux problèmes des conflits entre libre circulation et droits fondamentaux, elle ne semble pas avoir encore pris conscience de l'existence d'alliances entre ces deux piliers de l'ordre juridique européen. Cette absence de méthodologie rend impossible

---

<sup>50</sup> Conclusions présentées le 16 juillet 1998 dans l'affaire C-212/97 *Centros*, *Rec.*, 1999, p. I-1459, pt. 20. Souligné dans le texte.

<sup>51</sup> C-200/02 *Zhu et Chen*, 19 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9925.

<sup>52</sup> C-408/03 *Commission c. Belgique*, 23 mars 2006, *Rec.*, p. I-2647.

<sup>53</sup> Directive 90/364, article 1<sup>er</sup>. *Adde, mutatis mutandis*, directive 93/96, article 1<sup>er</sup>, et directive 90/365, article 1<sup>er</sup>.

<sup>54</sup> Cf. les pts 25, 26 et 33 de l'arrêt *Chen* précité note n°51, et le pt. 41 de l'arrêt *Commission c. Belgique*, précité note n°52. Nous soulignons.

l'édification d'une jurisprudence stable et uniforme. Le flou qui nimbe aujourd'hui cette jurisprudence se laisse observer à au moins trois niveaux (*i-iii*).

(i) Il apparaît d'abord dans les nombreuses alliances « implicites » qui peuplent la jurisprudence communautaire. L'on vise par là les innombrables affaires dans lesquelles le discours des droits de l'homme n'est *pas* mobilisé à l'appui de la libre circulation alors qu'il aurait fort bien pu l'être. Ainsi, par exemple, de la pléthore d'arrêts qui n'évoquent pas le droit à la liberté d'expression alors même qu'ils se prononcent sur la validité, au regard de la libre circulation, de mesures nationales réglementant la publicité de produits<sup>55</sup> ou le démarchage de clients<sup>56</sup>. Dans un registre similaire, on constatera l'absence de toute référence au droit fondamental à la propriété dans un grand nombre d'affaires portant sur la compatibilité, avec la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement, de réglementations restreignant l'acquisition de biens immobiliers<sup>57</sup>.

On remarquera que ces silences n'ont pas tous la même portée. Tandis que les uns se limitent à occulter l'origine « droit-de-l'homme » du principe invoqué – que l'on pense à la non-discrimination ou à la protection juridictionnelle effective, dont le lien avec un droit fondamental est rarement souligné –, les autres vont jusqu'à dissimuler la présence même dudit principe aux côtés de l'impératif de la libre circulation.

Nul doute que ces omissions résultent parfois d'un simple oubli dans le chef des parties ou des juges. On ne saurait pour autant exclure que dans certains cas du moins, le discours des droits fondamentaux soit volontairement exclu des plaidoiries, des conclusions et des arrêts. Lorsqu'ils sont délibérés, ces silences reposent probablement le plus souvent sur le postulat que l'invocation d'une atteinte à un droit fondamental n'apporte *aucune plus-value* au grief tiré de la violation d'une liberté de circulation. Ce présupposé se heurte pourtant à une double objection. La première est d'ordre idéologique. En n'accordant *par principe* aucune valeur particulière aux alliances entre droits fondamentaux et libertés de circulation, il semble que l'on décline la fameuse invitation de Dworkin à « prendre les droits au sérieux »<sup>58</sup>. C'est qu'il semble difficile de réconcilier les engagements de l'Union européenne en matière de droits de l'homme avec une jurisprudence communautaire qui réserverait un même sort aux

---

<sup>55</sup> Cf. e.a. C-470/93 *Mars*, 6 juillet 1995, *Rec.*, p. I-1923 ; C-412/93 *Leclerc-Siplec*, 9 février 1995, *Rec.*, p. I-179 ; C-34/95 *De Agostini*, 9 juillet 1997, *Rec.*, p. I-3843.

<sup>56</sup> Cf. e.a. C-384/93 *Alpine Investments*, 10 mai 1995, *Rec.*, p. I-1141 ; C-20/03 *Burmanjer*, 26 mai 2005, *Rec.*, p. I-4133.

<sup>57</sup> Cf. e.a. C-302/97 *Klaus Konle*, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Rec.*, p. I-3099 ; C-515/99 *e.a. Reischl*, 5 mars 2002, *Rec.*, p. I-2157 ; C-300/01 *Salzmann*, 15 mai 2003, *Rec.*, p. I-4899 ; C-452/01 *Ospelt*, 23 septembre 2003, *Rec.*, p. I-9743 ; C-213/04 *Burtscher*, 1<sup>er</sup> décembre 2005, *Rec.*, p. I-10309. *Adde, mutatis mutandis*, aff. 182/83 *Fearon*, 6 novembre 1984, *Rec.*, 1984, p. 3677. On épinglera également, de manière plus générale, l'absence quasi-totale de référence aux droits fondamentaux dans le contentieux relatif à la libre circulation des soins de santé. Rappelons que selon la jurisprudence de la Cour, les ressortissants européens peuvent en principe se prévaloir du droit à la libre prestation des services pour recevoir un traitement médical dans un autre Etat membre et pour en réclamer ensuite le remboursement aux organismes de leur Etat d'origine. Ce contentieux est indubitablement le siège d'une alliance « potentielle » entre la libre prestation des services et le droit à la protection de la santé consacré à l'article 35 de la Charte. A notre connaissance, cette alliance n'a été évoquée que par l'AG Ruiz-Jarabo Colomer dans ses conclusions du 11 janvier 2007 dans l'affaire C-444/05 *OAEE*, *Rec.*, 2007, p. I-3185, pt.56. La présence d'une alliance entre libre circulation et droits fondamentaux a également été aperçue par le juge *a quo* dans l'affaire C-326/00 *IKA* (25 février 2003, *Rec.*, p. I-1703), qui a interrogé la Cour sur la compatibilité du système grec de remboursement de soins de santé avec la libre prestation des services *et*, subsidiairement, avec l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel à la CEDH.

<sup>58</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, Paris, P.U.F., 1995, spéc. p.279-304.

mesures « simplement » attentatoires à une liberté de circulation et à celles qui heurteraient en outre des principes aussi fondamentaux que le droit au respect de la vie privée ou la liberté d'expression.

La seconde objection est d'ordre empirique. Elle remet en cause le bien-fondé de ce scepticisme de principe à partir d'une analyse de la jurisprudence de la Cour. Il ressort en effet de nombreuses affaires que les alliances entre droits fondamentaux et libre circulation sont bel et bien susceptibles d'avoir une incidence sur le raisonnement des juges et des avocats généraux. En d'autres termes, l'invocation de l'atteinte à un droit de l'homme aux côtés d'une violation de la libre circulation peut apporter une « plus-value » à celui qui s'en prévaut.

(ii) La diversité des effets juridiques de ces alliances est toutefois elle aussi la source d'une grande perplexité. Alors que la Cour de justice a réglé la question du concours de libertés de circulation en proclamant le caractère – en principe<sup>59</sup> – mutuellement exclusif de celles-ci<sup>60</sup>, aucun plan défini ne semble régir le traitement qu'elle réserve aux alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. D'une part, l'on observera que des alliances similaires se voient reconnaître des effets très différents. Ainsi en est-il, par exemple, des alliances contingentes entre la libre circulation des citoyens et le droit à la vie privée ou entre la libre circulation des marchandises et la liberté d'expression. Tantôt la force normative des droits fondamentaux s'y voit additionnée à celle de la libre circulation, faisant pencher la balance en défaveur de la mesure nationale contestée, tantôt au contraire les arguments tirés des droits de l'homme et de la libre circulation y font l'objet d'un examen séparé, le cas échéant par deux juridictions différentes. D'autre part, l'examen de la jurisprudence communautaire révèle que des alliances très différentes peuvent se voir reconnaître un effet identique. On mentionnera à cet égard l'effet d'extension de la liberté de circulation, qui surgit aussi bien de considérations de stricte effectivité – alliances nécessaires – que de pétitions de principe – alliances volontaires –, voire même du simple rappel de l'origine « droit-de-l'hommesque » des libertés de circulation – alliances génétiques.

(iii) Il n'est pas jusqu'à l'étendue de la compétence de la Cour de justice en matière de droits de l'homme qui ne se voie brouillée par l'absence d'une méthodologie des alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. La Cour a très tôt affirmé sa compétence pour contrôler la compatibilité, au regard des droits de l'homme, des mesures nationales qui « entrent dans le champ d'application »<sup>61</sup> du droit communautaire. L'on considère généralement que ce « champ d'application du droit communautaire » englobe les mesures nationales qui *exécutent*<sup>62</sup>, celles qui *transposent*<sup>63</sup>, et celles qui *dérogent*<sup>64</sup> au droit communautaire. L'examen des alliances entre libre circulation et droits fondamentaux dévoile une réalité autrement plus diffuse et complexe. Loin d'être homogène, la liste

---

<sup>59</sup> Cf. p. ex. C-390/99 *Canal Satellite Digital*, 22 janvier 2002, *Rec.*, p. I-607, pts 31 et s.

<sup>60</sup> Cf. p. ex. C-275/92 *Schindler*, 24 mars 1994, *Rec.*, p. I-1039, pt. 22.

<sup>61</sup> Cf. p. ex. C-260/89 *ERT*, précité, note n°24, pt. 41.

<sup>62</sup> Cf. p. ex. aff. 5/88 *Wachauf c. Allemagne*, 13 juillet 1989, *Rec.*, p. I-2609.

<sup>63</sup> Cf. p. ex. C-2/97 *Borsana*, 17 décembre 1998, *Rec.*, p. I-8597, pt. 48.

<sup>64</sup> Cf. p. ex. C-260/89 *ERT*, précité, note n°24.

des alliances se décline sur le mode de la progressivité et de la gradualité. Le lien « contingent » qui unit si souvent la liberté d'expression aux libertés de circulation n'est assurément pas le même que celui qui, « génétiquement », relie celles-ci à la liberté de commerce. De même, on ne saurait comparer le rapport d'effectivité qu'entretiennent le droit à un juge et la liberté d'établissement avec les situations dans lesquelles la libre circulation joue le rôle de simple trait d'union entre un droit fondamental et l'ordre juridique communautaire. La grande diversité de ces alliances nous enseigne que non seulement le champ d'application du droit communautaire ne se décompose pas en catégories étanches, mais qu'en outre ses limites sont bien plus mouvantes et incertaines qu'il n'y paraît de prime abord.

## Conclusion

Les pages qui précèdent reposent sur l'idée que la catégorie des alliances entre libre circulation et droits fondamentaux constitue un objet juridique émergent dont la méthodologie reste encore largement à construire<sup>65</sup>. A l'instar des conflits entre droits de l'homme et libre circulation, ces alliances appellent le développement d'outils conceptuels nouveaux, capables de structurer et d'encadrer une jurisprudence en pleine expansion.

Si elle ouvre de nouveaux champs d'investigation, la catégorie des alliances met également en lumière des incohérences qui grèvent de longue date la crédibilité de la jurisprudence communautaire. A cet égard, et par-delà les trois « lieux du flou » qu'elles ont permis de révéler, le premier mérite de ces alliances est peut-être d'attirer le regard sur le caractère foncièrement indéfini des deux notions qu'elles coalisent – libertés de circulation d'une part, droits fondamentaux de l'autre.

Quant aux *libertés de circulation* d'une part, on notera que leur nature tout comme leur champ d'application demeure passablement nébuleux. S'apparentant à la fois à des droits fondamentaux et à des outils au service de l'intégration économique, opposables tantôt aux seules mesures discriminatoires tantôt à toutes les réglementations entravant le commerce intracommunautaire, dotées de régimes juridiques partiellement différents, les « quatre libertés » demeurent une énigme pour qui se plonge dans la jurisprudence de la Cour. Ces incertitudes soulèvent d'innombrables difficultés au niveau du traitement des alliances entre droits de l'homme et libertés de circulation. Car si le bon sens s'oppose à ce que des alliances « génétiques » – se bornant, par exemple, à alléguer l'existence d'une violation du droit au libre exercice de l'activité économique en sus d'une atteinte à la libre circulation des marchandises – se voient reconnaître une quelconque efficacité juridique, encore faut-il être capable de faire clairement le départ entre ces alliances « redondantes » et d'autres types d'alliances, telles que les alliances « contingentes ». Il semble en effet nettement moins raisonnable de dénier à celles-ci toute plus-value normative ; le sens commun et le respect dû aux mots du droit n'oblige-t-il

---

<sup>65</sup> Pour des premières suggestions *de lege ferenda*, cf. A. BAILLEUX, *op. cit.*, spéc. n°1392 et s.

pas à faire preuve d'un surcroît de sévérité à l'égard d'une mesure qui, par exemple, non contente d'entraver la libre prestation des services d'un opérateur économique, viole en outre sa liberté d'expression ?

Une meilleure définition des contours des libertés de circulation permettrait en outre de développer une jurisprudence plus claire à l'endroit des alliances dites « nécessaires » et « volontaires ». Il semble en effet difficile de déterminer dans quelle mesure une atteinte à un droit fondamental est susceptible de compromettre l'exercice effectif d'une liberté de circulation – alliances « nécessaires » – si l'on ne s'entend pas au préalable sur ce que recouvre précisément cette dernière. Plus encore, seul un éclaircissement de la nature et du statut des libertés de circulation permettra de décider si, comme nous y invite l'AG Jacobs, toute atteinte aux droits fondamentaux d'un citoyen migrant doit être considérée *per se* comme une violation de sa liberté de circulation.

Quant aux *droits fondamentaux* d'autre part, il semble impossible d'en dresser une liste à la fois définitive et unanimement acceptée dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Cette indétermination place la Cour de justice face à un dilemme cornélien lorsqu'elle est amenée à se pencher sur des alliances – ou des conflits – entre libre circulation et droits fondamentaux. Soit – première option – elle s'efforce de traquer systématiquement la présence de droits de l'homme dans les affaires qui lui sont soumises – évitant ainsi les conflits et alliances « implicites » – et reconnaît à ceux-ci un statut particulier. Le problème d'une telle approche réside toutefois dans sa contribution à l'inflation du « discours des droits », qui ne manquera pas de déboucher sur la multiplication d'affaires *a priori* indécidables. C'est qu'à multiplier les droits fondamentaux et à leur donner à tous un statut primordial, on favorise la survenance de *hard cases* qui ne vont dans le sens ni d'une plus grande cohérence jurisprudentielle, ni d'une prise au sérieux de ces droits – nul n'ignorant que l'inflation entraîne la dévaluation.

La Cour peut également – seconde option – développer une approche purement « réaliste » ou « essentialiste », qui refuse de se laisser abuser par le « voile juridique ». Elle n'accorde alors aucune importance à l'emballage « droit-de-l'homme », et résout ses équations en ne tenant compte que des intérêts bruts tels qu'ils se manifestent dans le cas de l'espèce. Jetant le discrédit sur l'ensemble du discours juridique, pareille tactique n'est pas non plus à l'abri de toute critique. Outre qu'elle fait peu de cas de l'engagement de l'Union européenne envers les droits de l'homme, cette approche aboutit à scier la branche même sur laquelle repose l'autorité de la Cour. Ramenant l'articulation des rapports entre droits de l'homme et libre circulation à un « arbitrage du bon sens », elle refuse de conférer à certaines valeurs une prééminence de principe et dénie à la Cour toute compétence particulière pour opérer ces arbitrages.

Tel est peut-être le principal mérite de cet examen des alliances entre libre circulation et droits fondamentaux : souligner que la Cour de justice se trouve aujourd'hui à la croisée des chemins. Elle

peut évidemment se résigner à naviguer à vue, s'aidant du bon sens pour orchestrer, au cas par cas, la valse entre droits fondamentaux et libre circulation. Mais elle peut également décider de s'engager dans un périlleux exercice de redéfinition et de mise en ordre de ces valeurs fondatrices de la construction européenne, affirmant par là son refus de voir le « génie juridique » dissous dans l'équité du jugement moral ou dans le pragmatisme propre à la décision politique.