La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ?

Antoine Bailleux·

Introduction

La technique de la « marge d'appréciation » est généralement associée à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après, la Cour eur. D.H.). Elle évoque le souci du juge de Strasbourg d'assurer, derrière une égale sujétion au prescrit de la Convention européenne des droits de l'Homme, un certain degré d'autonomie aux Etats parties à celle-ci. Garant du maintien de la « diversité dans l'unité », la technique de la marge d'appréciation est parfois applaudie – du moins sur le plan des principes – par des commentateurs ralliés à l'idée que le terreau commun des droits de l'homme ne doit pas étouffer, dans une logique uniformisante, les spécificités culturelles, politiques et historiques qui font la richesse des Etats européens[1].

Il apparaît ainsi que la place de la marge d'appréciation dans la jurisprudence strasbourgeoise a fait l'objet de nombreuses études doctrinales[2]. De manière surprenante cependant, l'on notera que cette profusion scientifique de bon aloi n'a jamais gagné le plateau du Kirchberg pour s'étendre à l'utilisation de ce même outil conceptuel par les organes de la Cour de justice de l'Union européenne en général, et par la Cour de justice[3] en particulier[4]. Ce contraste est d'autant plus saisissant que, s'il mit quelque temps à recourir explicitement à la notion de « marge d'appréciation », le cousin luxembourgeois semble aujourd'hui mettre un point d'honneur à combler son retard. Les arrêts de la Cour de justice fourmillent, désormais, de références à la marge d'appréciation ou à quelque concept approchant (« pouvoir d'appréciation », « marge discrétionnaire », etc.) que leurs auteurs semblent tenir pour synonymes.

Il n'est pas douteux que le contentieux des libertés de circulation constitue un terrain privilégié d'application de la technique de la marge d'appréciation. La raison en est double. D'une part, sur un plan purement statistique, force est d'observer que la jurisprudence relative aux « quatre libertés » est particulièrement riche de références à la marge d'appréciation ou à quelque expression jugée analogue. D'autre part, le contentieux des libertés de circulation est probablement le meilleur terrain d'expression de la tension entre unité et diversité qui anime la construction européenne tout entière. Face à la pression uniformisante du « grand marché », la marge d'appréciation apparaît ainsi comme un outil apte à sauvegarder l'individualité et la spécificité des Etats membres et de leurs législations.

Les propos qui précèdent convaincront peut-être le lecteur de l'intérêt scientifique d'une analyse de la place et du rôle de la marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de

· Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis et avocat au barreau de Bruxelles.

1 Cfr e.a. J. GERARDS, « Pluralism, deference and the margin of appreciation doctrine », *E.L.J.*, vol. 17, 2011, pp. 80-120 ; F. BIGNAMI, « The case for tolerant constitutional patriotism », *Cornell Int'l l.J.*, vol. 41, 2008, pp. 211-249 ; M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, spéc. p. 78-92 ; M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *R.I.D.C.*, 2000, pp. 753 et s.

2 Cfr p. ex. Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anvers, Intersentia, 2002 ; G. LETSAS, « Two concepts of the margin of appreciation », *O.J.L.S.*, 2006, pp. 705-732 ; J. BRAUCH, « The margin of appreciation and the jurisprudence of the European Court of Human Rights : Threat to the rule of law », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 11, 2004-2005, pp. 113-150 ; E. BENVENISTI, « Margin of appreciation, consensus, and universal standards », *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.*, vol. 31, 1998-1999, pp. 843-854.

3 Par opposition au Tribunal et au Tribunal de la Fonction Publique.

4 Cfr toutefois J. GERARDS, *loc. cit.* ; N. SHUIBHNE, « Margins of appreciation : National values, fundamental rights and EC free movement law », *E.L.R.*, vol. 34, 2009, pp. 230-256 ; J. SWEENEY, « A 'margin of appreciation' in the internal market : lessons from the European Court of Human Rights », *L.I.E.I.*, vol. 34, 2007, pp. 27-52.

circulation. Ils ne l'auront toutefois pas encore persuadé de la pertinence de cet objet d'étude au regard du thème du colloque dans le cadre duquel il est traité.

A première vue en effet, le rapport entre la marge d'appréciation et la question des « sanctions flexibles » laisse songeur. C'est que, d'abord, les arrêts de la Cour de justice dans le domaine de la libre circulation ne contiennent pas de sanctions au sens propre du terme. Tout au plus constatent-ils l'incompatibilité d'une mesure nationale ou d'un acte de droit dérivé avec l'une des quatre libertés. Lorsqu'il concerne un acte de l'Union européenne, ce constat pourra dans certains cas mener à son annulation par la Cour. Lors qu'il a trait à une mesure nationale, c'est à l'Etat concerné qu'incombera la tâche de remédier à l'illégalité constatée. Il est toutefois difficile d'assimiler à des « sanctions » ces débouchés propres à un contentieux de droit objectif.

On objectera peut-être que le refus pour l'Etat pris en défaut de se conformer à l'arrêt de la Cour pourra lui valoir un recours en carence qui, le cas échéant, débouchera sur l'imposition d'une amende et/ou d'astreintes. Force est toutefois d'observer que dans cette hypothèse, ce n'est pas la non-conformité de la mesure nationale au droit primaire qui est sanctionnée, mais bien le refus de l'Etat d'obtempérer à l'arrêt de la Cour. On rétorquera peut-être encore que l'illégalité constatée par la Cour peut constituer une faute qui entraîne, à charge de l'Etat concerné ou de l'Union européenne, une obligation de réparer le dommage qu'il ou elle aurait ainsi causé. On reconnaîtra cependant, là encore, que le versement de dommages et intérêts à la victime d'un quasi-délit participe d'une logique fort différente de celle qui fonde, traditionnellement, la sanction administrative ou pénale.

On ajoutera que le parallèle entre la marge d'appréciation et la « flexibilité » d'hypothétiques sanctions ne s'impose pas davantage avec la force de l'évidence. S'il est incontestable que la marge d'appréciation vise à garantir une certaine latitude dans le contrôle des actes d'un Etat membre ou de l'Union européenne, il s'en faut de beaucoup que cette flexibilité s'attache à la sanction qui vient, le cas échéant, ponctuer ce contrôle. En réalité, il convient d'observer que la flexibilité offerte par la technique de la marge d'appréciation intervient *en amont* de la « sanction », au stade de l'examen de la « légalité » de la mesure ou de la pratique mise en cause.

Si elles ne sont pas dénuées de pertinence, ces considérations sceptiques doivent cependant être dépassées, et ce pour deux raisons.

La première est tirée du libellé même de l'appel à contributions, qui entend donner le sens le plus large aux deux termes du thème de recherche proposé. Ainsi, les « sanctions » visées par ledit thème « *appartiennent à toutes les disciplines pour lesquelles ce concept fait sens* ». Adossé à cette conception très subjective de la sanction, l'on est tenté de voir dans le constat d'une violation de la libre circulation une « sanction » infligée aux auteurs de ladite violation, sanction dont il n'est pas exagéré de dire qu'elle revêt parfois un caractère afflictif et infamant. De même, l'appel à contributions associe à la « flexibilité » des concepts aussi flous et disparates que l'élasticité, le pluralisme et l'incertitude. La marge d'appréciation n'est évidemment pas étrangère à ces trois termes puisque, comme nous le verrons, elle s'appuie sur une conception pluraliste des relations entre ordres juridiques, se manifeste dans un contrôle élastique, à géométrie variable, et charrie une dose d'incertitude qui compromet le principe de sécurité juridique.

Il existe une seconde raison, plus profonde, à la pertinence de la marge d'appréciation pour le thème fédérateur de ce colloque. C'est que, comme ce dernier, celle-ci tente de répondre à l'amer constat émis déjà par Durkheim selon lequel « *(…) par une série d'oscillations sans terme, nous passons alternativement d'une réglementation autoritaire que son excès de rigidité rend impuissante, à une abstention systématique, qui ne peut durer à cause de l'anarchie qu'elle provoque (…) Dès qu'on essaie d'instituer quelques règles, elles se trouvent inapplicables à l'expérience parce qu'elles manquent de flexibilité ; ou du moins elles ne s'appliquent à la matière*

pour laquelle elles sont faites qu'en lui faisant violence »[5]. Cette observation, qui rend compte de la difficulté du droit à ordonner une réalité complexe, revêt une singulière actualité dans nos sociétés plus mouvantes et éclatées que jamais[6]. Elle appelle l'invention d'outils de « flexibilisation », à même de donner au droit la souplesse nécessaire pour encadrer sans étouffer les relations entre personnes et entre systèmes. A n'en pas douter, la technique de la marge d'appréciation participe de cette ambition d'assouplissement du droit, au même titre que les sanctions flexibles dont traite le présent colloque.

Mais il y a plus. Si elle procède du même constat et participe d'une même ambition, la marge d'appréciation porte également la même part d'ombre que les sanctions flexibles. Nombreux sont ceux à avoir pointé, derrière les figures adoucies de la flexicurité et de la gouvernance, la persistance obstinée d'un pouvoir à l'état brut, qu'un enrobage édulcorant ne rend pas moins, mais au contraire davantage, dangereux. L'hypothèse de la présente contribution tient précisément en ce que la technique de la marge d'appréciation recèle le même danger. En analysant sa place dans le contentieux de la libre circulation, l'on tentera ainsi de démontrer que la marge d'appréciation s'y réduit peu ou prou à un slogan, à une bannière aux couleurs de la diversité et du pluralisme agitée par les juges de Luxembourg pour satisfaire à l'air du temps. Dénuée de consistance normative, dépourvue d'un contenu juridique clair, la marge d'appréciation s'avère incapable de jouer le rôle d'assouplisseur du pouvoir qu'on lui prête souvent. On se gardera pour autant d'y voir une entreprise mystificatrice délibérément orchestrée par les juges du Kirchberg en vue d'asseoir l'omnipotence du droit européen et l'unité du marché intérieur. Pour être le plus souvent cosmétiques, les références à la marge d'appréciation n'en demeurent pas moins imprégnées de bonne foi. C'est pourquoi l'on s'efforcera, dans le même temps, de suggérer des pistes en vue de donner à la marge d'appréciation la place – incontournable et bénéfique – qui lui revient dans le contentieux de la libre circulation et, plus largement, dans la construction européenne.

Cette entreprise de destruction et de reconstruction s'opérera en trois temps, consacrés respectivement à l'utilisation de la notion même de « marge d'appréciation » par la Cour de justice (1), à ses cas d'application (2) et aux effets juridiques dont elle est assortie (3).

1. La notion de marge d'appréciation

Avec Anne Bouveresse, l'on observera que « « *[l']'utilisation [par les juridictions de l'Union] de la locution « marge d'appréciation » s'avère erratique, empêchant toute conclusion systématique* »[7]. Jamais, à notre connaissance, le juge de l'Union n'a pris la peine de donner une définition claire et explicite de la notion de « marge d'appréciation ». Cette absence de définition est à l'origine de bien des malentendus et d'une profusion d'utilisations de cette expression dans les contextes et dans les sens les plus divers.

Ainsi, l'on commencera par noter que les juges de Luxembourg ne semblent pas toujours faire le départ entre cette notion et des expressions approchantes telles que celle de « pouvoir discrétionnaire »[8], ou de « pouvoir d'appréciation »[9]. Pour ajouter à la confusion, la marge d'appréciation semble s'entendre tantôt d'un attribut des Etats membres[10] tantôt d'une

[5] E. DURKHEIM, *Le Suicide*, Paris, P.U.F., 1930, p. 436.
[6] Sur ce thème du droit à l'épreuve de la complexité du réel, cfr J-L. LE MOIGNE, « Sur quelques topiques de la complexité… des situations que peut connaître le juriste dans ses pratiques », *Droit et Société*, vol. 46, 2000, pp. 407-424 ; S. DIEBOLT, « La complexité comme paradigme pour concevoir une régulation juridique adéquate », *Droit et Société*, vol. 46, 2000, pp. 485-516.
[7] A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 57.
[8] Cfr e.a. C-300/01 *Salzmann*, 15 mai 2003, *Rec.*, p. I-4899, pt. 46 ; Voyez aussi la substitution de la notion de « pouvoir discrétionnaire » à celle de « marge d'appréciation » dans la notice des arrêts C-221/05 *Sam Mc Cauley Chemists*, 13 juillet 2006, *Rec.*, p. I- 6869; C-46/08 *Carmen Media Group*, 8 septembre 2010, non encore publié au Recueil.
[9] Cfr e.a. C-275/92 *Schindler*, 24 mars 1994, *Rec.*, p. I-1039, pt. 61.
[10] Cfr e.a. C-570/07 et C-571/07 *Blanco Pérez*, 1er juin 2010, non encore publié au Recueil, pt. 44.

prérogative des institutions de l'Union[11]. Une « marge d'appréciation » est également parfois observée dans le chef du juge de renvoi qui se voit ainsi mis en mesure d'assurer une interprétation conforme de la législation nationale[12].

On observera en outre que, même lorsqu'elle est conférée à un Etat membre, la marge d'appréciation peut recouvrir des réalités très diverses. Tantôt elle est utilisée pour désigner la latitude laissée à l'Etat membre dans la mise en œuvre d'un acte de droit dérivé ou dans la réglementation des matières couvertes par un tel acte[13]. Tantôt cette notion vise à caractériser la marge de manœuvre dont un Etat membre dispose dans l'exercice d'une compétence qui lui appartient[14], la Cour rappelant alors que cette marge d'appréciation trouve sa limite dans le respect des libertés de circulation[15]. Tantôt encore la marge d'appréciation désigne la liberté relative dont jouit un Etat pour restreindre l'exercice d'un droit de l'homme[16]. Tantôt enfin la marge d'appréciation affecte le contrôle de la compatibilité d'une mesure nationale avec la libre circulation, soit qu'elle soit conférée par la Cour de justice à l'Etat membre concerné avec pour effet d'alléger un tel contrôle[17], soit qu'elle soit décelée par la Cour au sein de la mesure nationale en cause, apparaissant alors comme un facteur d'arbitraire difficilement réconciliable avec la libre circulation[18].

Il est permis de regretter ces errements conceptuels. Ils vouent à l'échec toute entreprise d'analyse juridique de la notion de marge d'appréciation et, plus encore, privent celle-ci de toute densité normative. Ils réduisent la marge d'appréciation à un slogan utilisable à l'envi, sans souci de rigueur. Cela ne pose pas de problème particulier si l'on considère qu'il ne s'agit que d'une tournure langagière commode, une sorte de tic d'écriture d'une langue française formatée par les programmes informatiques de la Cour, dont le seul mérite est de fournir un synonyme aux notions de « latitude » ou d' « autonomie », peu importe que celle-ci relève d'un Etat, d'un organe ou d'une institution.

En revanche, le malaise survient lorsque l'on s'avise de ce que, dans certains cas au moins, la Cour de justice entend donner un contenu juridique, une densité normative au concept de marge d'appréciation. Ces cas de figure concernent le contentieux des libertés de circulation et, plus précisément, le contrôle des entraves causées par les Etats membres à ces libertés.

De *cette* jurisprudence de la Cour, il semble ainsi ressortir que la marge d'appréciation consiste en une marge de manœuvre laissée aux Etats membres dans la poursuite d'objectifs d'intérêt général entraînant une atteinte *prima facie* à l'une des libertés de circulation. Vue sous un angle plus processuel, cette marge d'appréciation a pour objet de conférer, dans certaines situations, une latitude particulière aux Etats membres afin de *justifier* une entrave à la libre circulation. Elle aboutit, en d'autres termes encore, à desserrer l'étau du contrôle du respect des libertés de circulation traditionnellement opéré par la CJUE. L'on ajoutera qu'entendue en ces termes, cette marge d'appréciation trouve à s'appliquer indépendamment de la liberté de circulation mise en

---

[11] Cfr e.a. C-479/93 *Francovich c. Italie*, 9 novembre 1995, *Rec.*, p. I-3843, pt. 35 ; C-114/96 *Kieffer et Thyl*, 25 juin 1997, *Rec.*, p. I-3629, pt. 37 ; C-168/98 *Luxembourg c. Parlement et Conseil*, 7 novembre 2000, *Rec.*, p. I-9031, pt. 32 ; C-234/99 *Nygård*, 23 avril 2002, *Rec.*, p. I-3657, pt. 54 ; C-25/02 *Rinke*, 9 septembre 2003, *Rec.*, p. I-8349, pt. 39.

[12] Cfr e.a. aff. 157/86 *Murphy*, 4 février 1988, *Rec.*, p. 673, pt. 11 ; C-200/91 *Coloroll Pension Trustees*, 28 septembre 1994, *Rec.*, p. I-4389, pt. 29 ; C-8/02 *Leichtle*, 18 mars 2004, *Rec.*, p. I-2641, pt. 58.

[13] Cfr e.a. C-381/98 *Ingmar*, 9 novembre 2000, *Rec.*, p. I-9305, pt. 21 ; C-476/01 *Kapper*, 29 avril 2004, *Rec.*, p. I-5205, pt. 45 ; C-470/03 *AGM Cos. Met*, 17 avril 2007, *Rec.*, p. I-2749, pt. 82 ; C-465/04 *Honyvem*, 23 mars 2006, *Rec.*, p. I-2879, pt. 35 ; C-170/07 *Commission c. Pologne*, 5 juin 2008, *Rec.*, p. I-187, pt. 37 ; C-421/07 *Damgaard*, 2 avril 2009, *Rec.*, p. I-2629, pt. 27 ; C-184/10 *Grasser*, 19 mai 2011, non encore publié, pt. 19.

[14] Cfr e.a. C-208/05 *ITC*, 11 janvier 2007, *Rec.*, p. I-181, pt. 39 ; C-213/05 *Geven*, 18 juillet 2007, *Rec.*, p. I-6347, pt. 27.

[15] C-60/03 *Wolff & Müller*, 12 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9553, pt. 30

[16] Cfr e.a. C-245/01 *RTL*, 23 octobre 2003, *Rec.*, p. I-12489, pt. 73 ; C-71/02 *Karner*, 25 mars 2004, *Rec.*, p. I-3025, pt. 51 ; C-421/07 *Damgaard*, 2 avril 2009, *Rec.*, p. I-2629, pt. 27.

[17] Cfr p. ex. C-110/05 *Commission c. Italie,* 10 février 2009, *Rec.*, p. I-519, pts 61 et 65.

[18] Cfr e.a. C-300/01 *Salzmann*, 15 mai 2003, *Rec.*, p. I-4899, pt. 46 ; C-326/07 *Commission c. Italie*, 26 mars 2009, *Rec.*, p. I-157, pts 52 et s ; C-171/08 *Commission c. Portugal*, 8 juillet 2010, non encore publié au Recueil, pt. 77.

cause. Elle s'applique également sans difficulté au contrôle du respect des droits fondamentaux par les Etats membres.

On ne peut que louer l'ambition prétorienne de la Cour de justice qui, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, entend faire de la marge d'appréciation un instrument d'assouplissement de son contrôle. Cette œuvre jurisprudentielle ne saurait toutefois prospérer dans le fouillis conceptuel actuel. Pour faire de la marge d'appréciation autre chose qu'un slogan, il convient d'abord d'en limiter drastiquement l'usage au seul cas de figure susvisé. Les autres situations identifiées plus haut pourront être décrites au moyen de termes plus précis et sans ambiguïté. Ainsi, en partie avec et en partie contre Aude Bouveresse, l'on proposera de distinguer la *marge d'appréciation*, d'une part, du *pouvoir discrétionnaire* conféré par le traité au législateur de l'Union ou par ce dernier aux Etats membres, et qui s'entend de la « *liberté d'action consentie à une institution normative dans l'exercice de son pouvoir* »[19], et d'autre part, de la *marge d'interprétation* dont peut jouir le juge national lorsqu'il est conduit à appliquer des notions indéterminées[20]. Ainsi encore, l'on proposera de distinguer la marge d'appréciation de l'*autonomie normative* dont les Etats disposent dans l'exercice des compétences qui leur reviennent.

Nécessaire, cette clarification conceptuelle n'est toutefois pas suffisante pour donner à la marge d'appréciation un contenu juridique sans équivoque dans le droit de l'Union. S'agissant d'un régime d'exception introduisant un assouplissement dans l'intensité habituelle du contrôle opéré par la Cour de justice, il convient d'en cerner au plus près les cas d'application.

2. Les cas d'application de la marge d'appréciation

La Cour de justice semble octroyer une marge d'appréciation aux Etats membres dans deux situations distinctes, qui renvoient chacune à un versant de la complexité à laquelle il a été fait allusion précédemment.

Le premier, c'est bien évidemment la nécessité d'assurer le respect et le maintien de la diversité au sein de l'Union. Plus que tout autre, l'ordre juridique européen est traversé d'une dialectique entre l'un et le multiple, entre l'impérieux devoir d'assurer l'harmonisation et la nécessaire reconnaissance de la spécificité de chaque Etat membre. On trouve ici l'un des fondements de la « *judicial self-restraint* » que traduit la technique de la marge d'appréciation. Si le juge européen décide dans certains cas de « suspendre son jugement » et de laisser aux autorités nationales une latitude accrue, c'est parce qu'il s'estime trop éloigné des faits, et donc moins bien placé que les autorités nationales, pour substituer son appréciation à celle de ces dernières. Il y a là une sorte de manifestation du principe de subsidiarité, qui veut que les décisions soient prises par les personnes les plus proches de leurs destinataires et les plus en phase avec la culture (historique, religieuse, politique, etc.) de ceux-ci.

---

[19] A. BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 2.

[20] L'on s'écarte ici de l'option prise par A. Bouveresse, laquelle semble dans une large mesure assimiler la marge d'appréciation à une marge d'interprétation (pp. 51-52). Ainsi, s'agissant du contentieux des libertés de circulation, A. Bouveresse considère que les Etats se trouvent en situation de « compétence liée » (p. 148) et que la seule liberté dont ils disposent réside dans le caractère indéterminé des termes des dispositions des traités relatives aux libertés de circulation. Cette position nous semble critiquable dans la mesure où elle tend à ignorer (i) le principe selon lequel les Etats disposent de la compétence de la compétence et sauraient dès lors difficilement être comparés à des organes administratifs de l'Union agissant sur la base d'un mandat de celle-ci ; et (2) le caractère potentiellement infini des raisons impérieuses ou impératives d'intérêt général susceptibles d'être soulevées par les Etats membres pour justifier une atteinte *prima facie* à une liberté de circulation. Lorsqu'ils invoquent de tels motifs – non mentionnés dans le traité –, les Etats membres ne se limitent pas à interpréter les dispositions pertinentes des traités. Ils font véritablement œuvre « décisionnelle » et invoquent des considérations « politiques », lesquelles n'en demeurent pas moins – il n'y a là pour nous aucune contradiction – examinées dans le cadre d'un contrôle de légalité et non d'opportunité.

L'indécidabilité constitue un autre versant de la complexité auquel renvoie la seconde situation d'octroi d'une marge d'appréciation. La prolifération des droits fondamentaux et des principes généraux du droit dans nos ordres juridiques contemporains débouche sur un nombre croissant de « matchs nuls épistémiques » (« *epistemic stalemates* ») pour reprendre l'aphorisme de Robert Alexy[21] ou de « cas tragiques » (« *tragic cases* ») pour reprendre l'expression de Manuel Atienza[22]. Il s'agit de situation dans lesquelles deux droits d'égale valeur entrent en conflit, sans que le système juridique offre une quelconque règle « prête à l'emploi » pour les résoudre. Ces situations sont d'autant plus fréquentes dans l'ordre juridique européen que celui-ci, en plus de consacrer les droits et principes reconnus dans la plupart des ordres juridiques modernes, élève au même statut les quatre libertés de circulation. Il en résulte des conflits encore plus nombreux, que le juge doit arbitrer « à mains nues » faute pour lui de pouvoir compter sur un outil qui lui serait fourni par l'ordre juridique. Face à ces situations, l'on comprend sans peine la perplexité et l'angoisse du juge, qui se demande, dès lors qu'il ne peut compter que sur son sens de l'équité pour le guider, *de quel droit*, au nom de quelle autorité et sous couvert de quelle légitimité il peut censurer l'arbitrage opéré par une autorité nationale – *a fortiori* lorsque celle-ci est démocratiquement élue – et y substituer sa propre appréciation. Ce « déficit démocratique » du juge est sans conteste au fondement du second cas d'application de la marge d'appréciation.

Les deux cas de figure susdécrits paraissent plein de bon sens. Ils reposent sur une forme de modestie juridictionnelle qui ne messied pas à la Cour de justice. On se gardera toutefois de crier victoire. Le diable, nul ne l'ignore, gît dans les détails. Et force est de reconnaître qu'une analyse quelque peu approfondie de la jurisprudence de la Cour écorne l'image lisse d'une marge d'appréciation « bipède ».

A. Instrument de préservation de la diversité

Commençons par le premier cas de figure, lié au souci de préserver la diversité. Le justification la plus souvent avancée par la Cour au soutien de l'octroi d'une marge d'appréciation à un Etat tient dans le constat de « *particularités d'ordre moral, religieux ou culturel* »[23] ou de « *particularités socioculturelles* »[24] propres à chacun de ceux-ci. Dans le même sens, la Cour fait souvent reposer l'assouplissement de son contrôle sur l'idée selon laquelle « *les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre* »[25]. Dans une perspective comparable encore, la Cour reconnaît aux Etats, sur certaines questions, une grande liberté dans la poursuite de l'objectif de protection de la santé « *à défaut d'harmonisation et dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique* »[26].

Ces différentes motivations sont sous-tendues par la même idée. Les Etats doivent se voir reconnaître une marge d'appréciation lorsqu'ils traitent de problèmes politiquement ou

---

[21] R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, 2002, p.421-422.

[22] M.. ATIENZA, « Les limites de l'interprétation constitutionnelle. Retour sur les cas tragiques », in D. DE BECHILLON, P. BRUNET, V. CHAMPEIL-DESPLATS, E. MILLARD (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Troper. L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, p.93-108.

[23] Cfr e.a. C-243/01 *Gambelli*, 6 novembre 2003, *Rec.*, p. I-13031, pt. 63 ; C-338/04 e.a. *Placanica e.a.*, 6 mars 2007, *Rec.*, p. I-1891, pt. 47 ; C-203/08, *Sporting Exchange*, 3 juin 2010, non encore publié au Recueil pt. 27 ; C-212/08 *Zeturf*, 30 juin 2011, pt. 39 ; C-347/09 *Dickinger*, 15 septembre 2011, non encore publié au Recueil, pt. 45.

[24] Cfr e.a. C-275/92 *Schindler*, 24 mars 1994, *Rec.*, p. I-1039, pt. 61 ; C-124/97 *Läärä*, 21 septembre 1999, *Rec.*, p. I-, pt. 14 ; C-67/98 *Zenatti*, 21 octobre 1999, *Rec.*, p. I-, pt. 15.

[25] Cfr e.a. aff. 41/74 *Van Duyn*, 4 décembre 1974, *Rec.*, p. 1337, pt. 18 ; aff. 30/77 *Bouchereau*, 27 octobre 1977, *Rec.*, p. 1999, pt. 34 ; C-111/95 *Shingara*, 17 juin 1997, *Rec.*, p. I-3343, pt. 30 ; C-36/02 *Omega*, 14 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9609, pt. 31 ; C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, 22 décembre 2010, non encore pubié au Recueil, pt. 87.

[26] Cfr e.a. C-319/05 *Commission c. Allemagne*, 15 novembre 2007, *Rec.*, p. I-, pt. 86 ; C-88/07 *Commission c. Espagne*, 5 mars 2009, *Rec.*, p. I-1353, pt. 86 ; C-333/08 *Commission c. France*, 28 janvier 2010, non encore publié au Recueil, pt. 85. Dans le même sens, cfr e.a. aff. 174/82 *Sandoz*, 14 juillet 1983, *Rec.*, p. 2445, pt. 16 ; aff. 227/82 *van Bennekom*, 30 novembre 1983, *Rec.*, p. 3883, pt. 37 ; C-42/90 *Bellon*, 13 décembre 1990, *Rec.*, p. I-4863, pt. 11.

idéologiquement sensibles sur lesquels il n'existe aucun consensus minimum entre les Etats membres.

Remarquable sur le principe, cette ligne jurisprudentielle n'en demeure pas moins intenable en pratique. C'est que le simple fait de déterminer le caractère plus ou moins sensible d'une question oblige déjà la Cour à s'engager dans le jugement de valeur qu'elle cherche précisément à éviter par le recours à la marge d'appréciation.

Cet exercice difficile la conduit parfois à des truismes, comme lorsqu'elle juge utile de conférer aux Etats pareille marge « *pour déterminer, en fonction de la particularité des contextes sociaux et de l'importance qu'ils attachent à des objectifs légitimes au regard du droit communautaire (…) les mesures qui sont de nature à parvenir à des résultats concrets* »[27]. En octroyant une marge d'appréciation au simple motif que les contextes sociaux varient d'un Etat à l'autre et que l'objectif poursuivi est légitime, la Cour ouvre grand la porte à la *judicial self-restraint*[28]. Outrancièrement généreuse est également la jurisprudence qui veut que le simple fait pour un Etat d'invoquer la moralité publique lui vaut de bénéficier – à tout le moins implicitement – d'une marge d'appréciation[29]. Dans le même sens, on épinglera l'affirmation selon laquelle « *il n'est pas indispensable que les mesures restrictives édictées par les autorités d'un État membre pour protéger les droits de l'enfant, (…) correspondent à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne le niveau et les modalités de cette protection (…). Cette conception pouvant varier d'un État membre à l'autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation certaine* »[30].

La difficulté avec ce courant jurisprudentiel est qu'il confine à la tautologie. La Cour se contente d'observer l'existence de disparités nationales pour… accorder aux Etats le droit de maintenir ces disparités ! Cette jurisprudence a pour effet de réduire à néant le principe même de l'harmonisation négative, qui entend précisément gommer les différences entre les Etats membres pour assurer un « *level playing-field* ». Voir dans ces différences une raison suffisante pour tenir en échec la dynamique de la libre circulation, c'est dénier à celle-ci toute raison d'être. Si certains jugent cette position trop sévère, à tout le moins admettront-ils que cette jurisprudence excessivement généreuse a pour effet d'ôter tout intérêt non seulement aux dispositions des traités qui donnent aux Etats la possibilité de déroger aux libertés de circulation en vue de poursuivre certains objectifs d'intérêt général mais également à la jurisprudence de la Cour qui ouvre grand la liste des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une entorse à l'une des libertés fondamentales. Pour le dire autrement, les Etats ont *déjà* le droit de déroger à la libre circulation au nom d'un motif d'intérêt général dans des domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation positive, moyennant un contrôle de proportionnalité relativement strict. Dès lors, pourquoi le simple fait qu'une question n'est pas harmonisée doit-il, *en outre*, être de nature à conférer à ces Etats une marge d'appréciation ?

Sans doute ces considérations sont-elles à l'origine d'un courant jurisprudentiel plus sévère, qui voit la Cour faire preuve de davantage de fermeté dans son contrôle. La difficulté tient ici, alors, à l'impression d'incohérence qui se dégage des arrêts de la Cour. On s'interrogera ainsi, par exemple, sur les raisons qui poussent la Cour à considérer que la promotion de la langue

[27] C-434/04 *Ahokainen*, 28 septembre 2006, *Rec.*, p. I-9171, pt. 32 ; C-394/97 *Heinonen*, 15 juin 1999, *Rec.*, p. I-3599, pt. 43.
[28] Dans le droit fil de cette jurisprudence, la Cour considère ainsi qu'en l'absence d'harmonisation exhaustive, les Etats disposent d'une marge d'appréciation dans la poursuite des objectifs de sécurité routière : cfr C-110/05 *Commission c. Italie,* 10 février 2009, *Rec.*, p. I-519, pts 61 et 65.
[29] Aff. 34/78 *Henn et Darby*, 14 décembre 1979, *Rec.*, p. 3795, pt. 15 ; aff. 121/85 *Conegate*, 11 mars 1986, *Rec.*, p. 1007, pt. 14.
[30] C-244/06 *Dynamic Medien*, 14 février 2008, *Rec.*, p. I-505, pt. 44.

nationale n'est pas de nature à justifier l'octroi d'une marge d'appréciation[31], pas plus que la protection du livre en tant qu'objet culturel[32] ou de la biodiversité au sein du territoire national[33]. Dans le même sens, on notera qu'il arrive que la poursuite d'un même objectif tantôt déclenche l'octroi d'une marge d'appréciation tantôt s'avère incapable de faire obstacle à un contrôle de pleine intensité. Il en va ainsi de l'objectif de sécurité publique. Estimant que les Etats membres « *restent seuls compétents pour le maintien de l'ordre public et de la sécurité publique* »[34], la Cour leur accorde régulièrement une marge d'appréciation dans ce domaine[35]. Cette position n'a toutefois pas empêché la Cour, à diverses reprises, de dénier pareille latitude aux Etats au motif – parfaitement exact – que « *l'article 36 du traité n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des Etats membres, mais admet seulement que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation des marchandises dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés à cet article* »[36]. De la même manière, force est d'observer une certaine incohérence entre, d'une part, la jurisprudence majoritaire de la Cour reconnaissant une marge d'appréciation aux Etats en vue de la réglementation des jeux de hasard, et, d'autre part, le refus d'accorder une telle marge à un Etat qui s'appuie sur la santé publique et la lutte contre l'addiction au jeu pour justifier l'imposition des gains provenant de jeux de hasard organisés dans d'autres Etats membres[37].

Ces errements jurisprudentiels ne nous paraissent pas de nature à remettre en question la légitimité de la technique de la marge d'appréciation comme outil de maintien de la diversité au sein de l'Union. Ils nous paraissent toutefois commander un éclaircissement et un rétrécissement des motifs d'octroi de cette marge d'appréciation. Plus précisément, il nous apparaît que, à peine de s'aventurer dans des jugements de valeur hasardeux et d'ôter toutes ses dents au régime classique de la libre circulation, la Cour de justice devrait limiter l'octroi d'une marge d'appréciation aux seules affaires qui mettent en jeu ce qui est *inhérent à l'identité constitutionnelle* d'un Etat, « *au double sens du terme inhérent : crucial et distinctif* »[38]. En d'autres termes, seules les mesures destinées à protéger l' « ordre public constitutionnel »[39] d'un Etat devraient générer l'octroi d'une marge d'appréciation fondée sur la diversité. Le simple constat de disparités nationales ne suffirait donc pas, pas plus que le fait que l'Etat est mieux placé que la Cour pour assurer le tranquillité publique ou même le respect de la morale. Ce qu'il conviendrait d'établir ici, c'est que la mesure mise en cause vise à protéger une valeur ou un intérêt qui est non seulement d'une importance capitale dans l'Etat concerné mais qui en outre contribue à définir et structurer la nation qu'abrite cet Etat et à la distinguer des autres nations européennes. Deux exemples tirés de la jurisprudence viennent immédiatement à l'esprit. C'est d'une part la dignité humaine invoquée par l'Allemagne dans l'affaire *Omega*[40], qui revêt dans ce pays – pour des raisons à la fois historiques et constitutionnelles – une signification sans

---

[31] C-379/87 *Groener*, 28 novembre 1989, *Rec.*, p. 3989 ; C-369/89 *Piageme (I)*, 18 juin 1991, *Rec.*, p. I-2971 ; C- 85/94 *Piageme (II)*, 12 octobre 1995, *Rec.*, p. I-2955.

[32] C-531/07 *FBM c. Libro*, 30 avril 2009, *Rec.*, p. I-3717, pt. 34.

[33] C-67/97 *Blühme*, 3 décembre 1998, *Rec.*, p. 8033 ; C-249/07 *Commission c. Pays-Bas*, 4 décembre 2008, *Rec.*, p. I-174.

[34] C-394/97 *Heinonen*, 15 juin 1999, *Rec.*, p. I-3599, pt. 43, qui fait sur ce point une référence trompeuse à l'arrêt C-365/95 *Commission c. France*, *Rec.*, p. I-6959, pt. 33.

[35] Les exemples sont, il est vrai, à trouver principalement dans des affaires extérieures au contentieux de la libre circulation : cf. e.a. C-83/94 *Leifer*, 17 octobre 1995, *Rec.*, p. I-3231, pt. 35; C-285/98 *Kreil*, *Rec.*, p. I-69, pt. 24 ;

[36] Aff. 72/83 *Campus Oil*, 10 juillet 1984, *Rec.*, p. 2727, pt. 32 ; C-367/89 *Richardt*, 4 octobre 1991, *Rec.*, p. I-4621, pt. 19.

[37] C-42/02 *Lindman*, 13 novembre 2003, *Rec.*, p. I-13519, pts 25-26 : « (…) *les raisons justificatives susceptibles d'être invoquées par un État membre doivent être accompagnées d'une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure (…) [d]ans l'affaire au principal, le dossier transmis à la Cour par la juridiction de renvoi ne révèle aucun élément de nature statistique ou autre permettant de conclure à la gravité des risques liés à la pratique des jeux de hasard* ».

[38] Discours de vœux du président du Conseil constitutionnel français au Président de la République, cité dans les conclusions du commissaire du gouvernement M. Guyomar, *R.T.D.E.*, 2007, p. 383.

[39] Sur cette notion, cf. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Bruylant – F.U.S.L., 2009, pp. 615-617.

[40] C-36/02 *Omega*, 14 octobre 2004, *Rec.*, p. I-9609.

équivalent dans les autres Etats membres. C'est ensuite le droit à la vie de l'enfant à naître soulevé par l'Irlande dans l'affaire *Grogan*[41], dont il est sans doute superflu de souligner le caractère profondément spécifique à la société irlandaise.

On reconnaîtra volontiers qu'un tel rétrécissement des conditions d'octroi de la marge d'appréciation n'évacue pas entièrement la difficulté, pour la Cour, de poser des jugements de valeur. Il lui faudra sur ce point, du reste, continuer à traquer – avec sans doute encore plus de discernement[42] – les incohérences dans les régimes juridiques nationaux qui trahissent une invocation purement artificielle et stratégique de valeurs supposées fondamentales et spécifiques[43]. Cet amaigrissement jurisprudentiel paraît toutefois plus conforme à l'économie générale du régime des libertés de circulation et offre une réponse adéquate à la jurisprudence de certaines cours constitutionnelles européennes. Il peut enfin s'autoriser du libellé de l'article 4, § 2, du TUE, qui enjoint l'Union à respecter l'« *identité nationale [des Etats membres] inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles* ».

B. Outil d'arbitrage des « matchs nuls épistémiques »

Le second cas d'application de la marge d'appréciation est apparu plus récemment dans la jurisprudence de la Cour. Il y occupe une place encore timide et mal assurée. Pour rappel, la marge d'appréciation y est ici utilisée lorsque l'Etat invoque, à l'appui d'une atteinte à l'une des libertés de circulation, le nécessaire respect d'un droit, d'un principe ou d'un objectif réputé d'« égale valeur » auxdites libertés. Face à ces « dilemmes constitutionnels », la marge d'appréciation permet au juge européen de « botter en touche » et de laisser à l'autorité nationale le soin de procéder au délicat arbitrage, sous réserve d'un contrôle marginal.

C'est incontestablement l'affaire *Schmidberger* qui vit la Cour inaugurer explicitement ce courant jurisprudentiel[44]. Dans cette affaire opposant la libre circulation des marchandises à la liberté de manifestation, les droits fondamentaux apparaissent non pas seulement comme des motifs de *dérogation* aux libertés de circulation mais également comme des intérêts concurrents – et équivalents – à celles-ci[45]. La Cour relève à cet égard que tant la libre circulation des marchandises que les libertés 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). La haute juridiction estime à cet égard que dans l'opération de mise en balance des libertés de circulation et des droits fondamentaux, « *les autorités compétentes disposent d'un large pouvoir d'appréciation* » (pt. 82).

---

[41] C-159/90 *Grogan*, 4 octobre 1991, *Rec.*, p. I-4685.

[42] Il nous semble ainsi que l'invocation, par l'Allemagne, de la dignité humaine dans l'affaire C-224/O6 *Dynamic Medien* (14 février 2008, *Rec.*, p. I-505) était fortement stratégique et artificielle en ce que l'affaire en cause ne paraissait pas engager l' « ordre public constitutionnel » allemand. Elle n'aurait dès lors pas dû donner lieu à l'octroi d'une marge d'appréciation – à tout le moins fondée sur l'exigence de maintien de la diversité.

[43] On ne peut à cet égard qu'approuver pleinement la jurisprudence selon laquelle « une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique » (C-171 et 172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, 19 mai 2009, *Rec.*, p. I-4171, pt. 42). Dans le même sens, cfr e.a. C-338/04, C-359/04 et C-360/04 , *Placanica e.a.*, 6 mars 2007, *Rec.*, p. I-1891, pts 53 et 58; C-500/06 *Corporación Dermoestética*, 17 juillet 2008, *Rec.*, p. I-5785, pts 39 et 40.

[44] C-112/00 *Schmidberger*, 12 juin 2003, *Rec.*, p. I-5659.

[45] En ce sens, cfr l'analyse qui en a été donnée par le 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*, 2006, p. 497-506, spéc. p.502 et 503).

Probablement inspirée de la Cour eur. D.H.[46], cette jurisprudence n'a pas tardé à faire des émules. On en retrouve le principe dans les arrêts *Karner*[47], *United Pan-Europe*[48] et *Commission c. Belgique*[49] à propos de conflits entre la libre circulation et la liberté d'expression.

Aussi légitime qu'elle puisse paraître, cette jurisprudence n'en est pas moins venue à souffrir des deux problèmes identifiés plus haut concernant la jurisprudence inspirée du nécessaire maintien de la diversité entre Etats membres.

Le premier de ces problèmes réside dans l'incohérence de la jurisprudence. L'examen de celle-ci révèle que, bien souvent, la Cour de justice n'accorde à l'Etat concerné aucune marge de manœuvre en cas de conflit entre un droit fondamental et une liberté de circulation. Deux exemples suffiront à illustrer cet état de fait.

Le premier concerne l'affaire *Familiapress*, laquelle portait sur une mesure autrichienne visant à protéger le pluralisme de la presse et les petits journaux locaux et qui avait pour effet de gêner la commercialisation de journaux allemands[50]. Le conflit entre la libre circulation des marchandises, d'une part, et la liberté d'expression, d'autre part, était patent. Dans son arrêt, la Cour de justice refuse toutefois explicitement d'y reconnaître à l'Autriche la moindre marge d'appréciation. Mieux encore, elle s'attache à motiver ce refus en distinguant le cas de l'espèce de celui qui donna lieu à l'arrêt *Schindler* dans lequel, s'agissant d'une mesure visant à réglementer les loteries, la Cour avait octroyé une marge d'appréciation sur la base de motifs tirés de la diversité des législations et des contextes sociaux dans les différents Etats membres.

Notre seconde illustration est tirée de l'affaire *AGM Cos. Met*[51], qui concernait la mise en cause de la responsabilité de la Finlande pour avoir restreint la libre circulation de machines italiennes en laissant un de ses fonctionnaires émettre publiquement des doutes quant à la sécurité desdites machines – mises en garde qui avaient suffi à faire chuter brutalement la vente de ces machines en Finlande. La libre circulation des machines italiennes – renforcée, en l'occurrence, par une clause de libre circulation inscrite dans un acte de droit dérivé – se voyait ici opposée à la nécessité de respecter la liberté d'expression du fonctionnaire en question. Ce conflit entre la libre circulation et un droit fondamental n'empêcha pas la Cour de dénier aux autorités finlandaises la moindre marge d'appréciation et de constater une violation de la clause de libre circulation dont se prévalait l'entreprise italienne. Plus encore, la Cour alla jusqu'à constater que cette violation était « suffisamment caractérisée » et emportait une faute de nature à engager la responsabilité extracontractuelle de la Finlande dès lors que la clause de libre circulation dont question ne laissait pas la moindre marge d'appréciation aux autorités finlandaises.

L'incohérence n'est pas le seul problème qui affecte la jurisprudence relative à l'octroi de la marge d'appréciation en cas de « match nul épistémique ». Cette jurisprudence est également exposée au risque d'un excès de générosité de la part de la Cour à l'endroit des principes réputés d'égale valeur aux libertés de circulation. Il s'avère ainsi que cette jurisprudence a d'ores et déjà dépassé le cercle des droits fondamentaux pour s'étendre à la protection de la santé publique, dont la Cour a de longue date jugé qu'elle occupait le premier rang parmi les biens protégés par les exceptions prévues à l'article 36 TFUE[52]. C'est précisément cette place prépondérante dans la hiérarchie des valeurs européennes qui a, dans un certain nombre de cas, justifié l'octroi aux

[46] Cfr Cour eur. D. H., *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999.
[47] C-71/02 *Karner*, 25 mars 2004, *Rec.*, p. I-3025, pt. 51.
[48] C-250/06 *United Pan-Europe*, 13 décembre 2007, *Rec.*, p. I-11135, pt. 44.
[49] C-134/10 *Commission c. Belgique*, 3 mars 2011, non encore publié au Recueil, pt. 53.
[50] C-368/95 *Familiapress*, 26 juin 1997, *Rec.*, p. I-3689, pts 20-23.
[51] C-470/03 *AGM Cos-Met*, 17 avril 2007, *Rec.*, p. I-2749.
[52] Aff. 104/75 *De Peijper*, 20 mai 1976, *Rec.*, p. 613, pt. 15.

Etats membres d'une marge d'appréciation dans la protection de la santé publique[53]. On rétorquera sans doute, à juste titre, que la santé publique est « *nécessaire pour garantir les droits fondamentaux, la dignité humaine, le droit à la vie ainsi que le droit à l'intégrité physique et mentale visés aux articles 1er à 3 de la charte* ».[54]

Cette objection souligne toutefois l'étendue du problème. A l'instar de la santé publique, l'immense majorité – sinon la totalité – des raisons impérieuses ou expresses d'intérêt général de nature à justifier une entorse à la libre circulation ont partie liée avec l'un ou l'autre des droits ou principes fondamentaux consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'étendue du problème se laisse encore apercevoir dans les conclusions récentes d'avocats généraux desquelles il ressort, par exemple, que le droit à la négociation collective doit passer du statut « subalterne » de « raison impérieuse d'intérêt général » à celui de droit fondamental « *à égalité de rang [avec] les libertés fondamentales [de circulation]* »[55] et que la protection des conditions de travail « *doi[t] cesser d'être interprété[e] de manière restrictive* »[56] lorsqu'elle est invoquée pour justifier une entrave à la libre circulation.

Il ne s'agit pas ici de discréditer le souci parfaitement légitime de la Cour et de ses avocats généraux d'accorder une protection accrue aux valeurs non marchandes. Il s'agit simplement d'épingler le risque de voir, petit à petit, l'invocation de l'ensemble de ces valeurs justifier l'octroi d'une marge d'appréciation au motif qu'elles occupent le même rang hiérarchique que les libertés de circulation. Le risque est alors que, plus encore qu'aujourd'hui, cette marge d'appréciation se réduise à une forme de réflexe jurisprudentiel sans consistance juridique, dont la récurrence est inversement proportionnelle à l'influence sur l'intensité du contrôle opéré par la Cour.

Il n'est assurément pas évident de sortir de cette ornière. Nous avons toutefois proposé ailleurs des pistes susceptibles de conduire à une utilisation plus modérée mais sans doute plus féconde de la marge d'appréciation en cas de « matchs nuls épistémiques »[57]. Cette proposition, dont l'explicitation dépasse les limites de la présente contribution, implique une limitation drastique des droits fondamentaux susceptibles de mettre en jeu une marge d'appréciation. Elle conduit à considérer que seuls ceux de ces droits qui sont nécessaires à la préservation d'une Union *de droit*, *démocratique* et *pluraliste* peuvent déboucher sur un véritable « cas tragique » lorsqu'ils entrent en conflit avec la libre circulation et que, par conséquent, seul le nécessaire respect de ces droits-là justifie l'octroi d'une marge d'appréciation en faveur de l'Etat qui les invoque.

C. Les effets de la marge d'appréciation

A l'instar de la notion et des conditions d'application de la marge d'appréciation, les effets juridiques concrets de l'octroi de celle-ci ne se laissent pas facilement saisir à l'examen de la jurisprudence de la Cour.

---

[53] Cfr e.a. Aff. 104/75 *De Peijper*, 20 mai 1976, *Rec.*, p. 613, pt. 15 ; aff. 215/87 *Schumacher*, 7 mars 1989, *Rec.*, p. 617, pt. 17 ; C-347/89 *Eurim-Pharm*, 16 avril 1991, *Rec.*, p. I-1747, pt. 26 ; C-320/93 *Ortschelt*, 10 novembre 1994, *Rec.*, p. I-5243, pt. 16 ; C-322/01 *DocMorris*, 11 décembre 2003, *Rec.*, p. I-14887, pt. 103 ; ; C-171 et 172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes e.a*, 19 mai 2009, non encore publié au Recueil, pt. 19 ; C-570 et 571/07 *Blanco Pérez*, 1er juin 2010, non encore publié au Recueil, pt. 44; C-108/09 *Ker Optika*, 2 décembre 2010, non encore publié au Recueil, pt. 58 . Cette jurisprudence doit être soigneusement distinguée de celle qui voit la Cour accorder aux Etats une marge d'appréciation en raison de l'absence d'harmonisation sur telle ou telle question relevant de la santé publique (cfr e.a. C-293/94 *Brandsma*, 27 juin 1996, *Rec.*, p. I-3159, pt. 11 ; C-400/96 *Harpegnies*, 17 septembre 1998, *Rec.*, p. I-5121, pt. 33).

[54] Cfr conclusions de l'AG Jääskinen présentées le 19 octobre 2010 dans l'affaire C-249/09 *Novo Nordisk AS*, non encore publiées au Recueil, pt. 49.

[55] Cfr conclusions de l'AG Trstenjak présentées le 14 avril 2010 dans l'affaire C-271/08 *Commission c. Allemagne*, non encore publiées au Recueil, pts 76-84 et 175-204 ; ici, pt. 193.

[56] Cfr conclusions de l'AG Cruz Villalon présentées le 5 mai 2010 dans l'affaire C-515/08 *Vitor Manual dos Santos Palhota*, non encore publiées au Recueil, pt. 53.

[57] A. BAILLEUX, *op. cit.*, pp. 576-648.

En première approche, il semble que la marge d'appréciation confère une *double* liberté d'action à l'Etat membre qui en bénéficie.

D'une part, elle donne à l'Etat une entière latitude pour déterminer les exigences que comporte la poursuite de tel ou tel intérêt général. En d'autres termes, les Etats « *sont libres (…) le cas échéant, de définir avec précision le niveau de protection recherché* »[58] de l'intérêt qu'ils invoquent, peu importe que ce niveau de protection « *correspond[e] à une conception partagée par l'ensemble des États membres* »[59]. La latitude porte donc ici sur le degré variable d'importance que peut revêtir, d'un Etat membre à l'autre, le même objectif d'intérêt général.

D'autre part, la marge d'appréciation porte sur la façon concrète, dans un cas d'espèce, de « *mettre en balance les intérêts en présence* »[60] ou d'assurer la réalisation d'un objectif d'intérêt général. La latitude porte ici non pas sur le niveau de protection assuré mais bien sur « *la manière dont ce niveau doit être atteint* »[61]. Pour le dire autrement, la flexibilité ne concerne plus le contrôle de la légitimité du but poursuivi mais bien le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de l'action mise en œuvre pour atteindre ledit objectif.

Force est toutefois de constater, une fois encore, que l'apparente cohérence de ce double assouplissement induit par la marge d'appréciation ne résiste pas à une analyse un tant soit peu approfondie de la jurisprudence.

Concernant l'assouplissement relatif au *contrôle de la légitimité du but poursuivi*, d'une part, on se contentera d'observer qu'il se réduit à un miroir aux alouettes. Jamais la Cour de justice n'a sérieusement remis en cause la légitimité d'une exigence impérative d'intérêt général au motif que celle-ci traduirait une option politique trop protectrice dudit intérêt général ou qu'elle trahirait une conception excessivement exigeante de ce dernier. Nul ne l'ignore, la Cour s'est toujours montrée singulièrement indulgente dans son contrôle du bien-fondé des raisons impérieuses – non purement économiques – soulevées par les Etats pour justifier une entrave à la libre circulation. La reconnaissance explicite d'une marge d'appréciation dans un cas précis n'y a jamais rien changé[62]. En d'autres termes, l'octroi d'un tel pouvoir d'appréciation à un Etat membre n'a aucune incidence, dans un cas donné, sur le contrôle de la légitimité du but poursuivi auquel la Cour procède. Pour le dire autrement encore, la flexibilité préexiste ici à la marge d'appréciation. Elle n'est en rien conditionnée ou affectée par la reconnaissance de celle-ci. Cet état de fait nous conduit à plaider en faveur de l'abandon de la marge d'appréciation pour justifier la liberté qu'a un Etat de décider du niveau de protection d'un intérêt opposé à la libre circulation. Cette liberté est inhérente à la souveraineté des Etats et ne peut être bridée que par une mesure d'harmonisation des législations nationales. La jurisprudence gagnerait en clarté et en franchise si elle abandonnait, sur ce point, le slogan trompeur de la marge d'appréciation.

Concernant l'assouplissement du *contrôle de nécessité et de proportionnalité* de la mesure mise en cause, d'autre part, nous touchons là à la véritable raison d'être de la marge d'appréciation. Celle-ci vise précisément à donner aux autorités nationales – censées mieux placées que le juge européen pour protéger leur identité constitutionnelle ou arbitrer des « matchs nuls épistémiques » – une marge de manœuvre accrue pour juger du caractère nécessaire et proportionné de l'entrave qu'elles causent à la libre circulation. Si l'on soutient la jurisprudence sur ce point, l'on se doit toutefois de pointer les incohérences qui la caractérisent. D'une part, force est de constater que dans de très nombreux arrêts, la prétendue marge de manœuvre reconnue aux Etats membres n'aboutit pas, *in concreto*, au moindre assouplissement du contrôle

[58] Cfr p. ex. C-338/04 e.a. *Placanica e.a.*, 6 mars 2007, *Rec.*, p. I-1891, pt. 48.
[59] Cfr p. ex. C-244/06 *Dynamic Medien*, 14 février 2008, *Rec.*, p. I-505, pt. 44.
[60] C-112/00 *Schmidberger*, 12 juin 2003, *Rec.*, p. I-5659, pt. 81.
[61] Cfr p. ex. C-110/05 *Commission c. Italie,* 10 février 2009, *Rec.*, p. I-519, pt. 65.
[62] Cfr p. ex. C-262/02 *Commission c. France*, 13 juillet 2004, *Rec.*, p. I-6569, pts 24 et 37.

effectivement opéré par le juge européen[63]. Tantôt celui-ci ne prend pas même la peine de modifier l'apparence même de son contrôle classique[64], tantôt il le camoufle derrière un prétendu contrôle de « raisonnabilité » qui n'introduit qu'un assouplissement de façade[65]. D'autre part, et à l'inverse, l'on observe que dans de nombreux autres cas, la Cour de justice opère *de facto* un contrôle de proportionnalité très allégé alors même qu'elle n'a pas pris le soin de reconnaître la moindre marge d'appréciation à l'Etat membre concerné[66].

Il est permis de regretter ces incohérences. Il nous apparaît que la Cour gagnerait à utiliser la marge d'appréciation avec davantage de parcimonie mais aussi de rigueur. Dans cette perspective, *seules* les situations mais *toutes* les situations mettant en jeu l'identité constitutionnelle d'un Etat ou un « match nul épistémique » devraient déclencher l'octroi d'une marge d'appréciation. Et l'octroi de cette marge d'appréciation devrait *seul* mais *toujours* déclencher un contrôle plus flexible dans le chef de la Cour. Quant à cette flexibilité elle devrait concerner *seulement* mais *toujours* le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de l'acte concerné.

Conclusion

L'examen de l'utilisation de la marge d'appréciation dans le contentieux de la libre circulation aboutit à un constat en demi-teinte. D'un côté, l'on ne peut que constater et regretter l'incohérence et le flou qui affectent (i) le concept, (ii) les cas d'application et (iii) les effets juridiques de la marge d'appréciation. Ces errements jurisprudentiels doivent nous alerter sur le caractère simplement cosmétique de l'usage de ce terme par la Cour de justice. Celle-ci l'utilise non pas comme un outil d'assouplissement de son contrôle mais bien plutôt comme un oriflamme visant à s'attirer les faveurs des zélateurs du « pluralisme ordonné ». Comme souvent, le vocabulaire de la flexibilité ne sert qu'à dissimuler la perdurance d'un droit « dur » et d'un contrôle « strict ».

D'un autre côté, il n'est pas douteux que la marge d'appréciation recèle un potentiel d'assouplissement certain, qui semble séduire des juges du Kirchberg de plus en plus enclins à faire preuve de « modestie juridictionnelle ». Il semble donc qu'il faille persévérer dans l'entreprise d'affinement conceptuel de la marge d'appréciation. Le présent article a entendu apporter une modeste contribution à ce travail de longue haleine, aussi difficile que nécessaire si l'on veut faire de la flexibilité davantage qu'un slogan et de la marge d'appréciation un outil capable d' « ordonner le multiple » et de rendre réellement justice à la complexité de nos ordres juridiques.

[63] Cfr p. ex. C-108/09 *Ker Optika*, 2 décembre 2010, non encore publié au Recueil, pts 59-75.
[64] Cfr p. ex. C-243/01 *Gambelli*, 6 novembre 2003, *Rec.*, p. I-13031, pts 64-65.
[65] Cfr p. ex. C-112/00 *Schmidberger*, 12 juin 2003, *Rec.*, p. I-5659, pt. 93, dans lequel le constat du caractère raisonnable de la mesure est précédé d'un examen très détaillé de cette dernière.
[66] Cfr p. ex. aff. 34/78 *Henn et Darby*, 14 décembre 1979, *Rec.*, p. 3795.