

**UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE**  
**Faculté de Droit et de Sciences politiques**

---

**LE CHOIX DE LOI AU SEIN DU MARCHE INTERIEUR**  
***LIBERTES ECONOMIQUES DE CIRCULATION ET PLURALITE JURIDIQUE***  
***ETATIQUE***

**Thèse pour le doctorat en Droit de l'Université de Paris-Ouest Nanterre La défense**  
Spécialité Droit privé et Sciences criminelles  
(arrêté du 30 mars 1992)

Présentée et soutenue publiquement le 7 décembre 2009

Par **Mademoiselle Emilia von Bardeleben**

**Membres du Jury :** **Madame Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER**  
Professeur à l'Université Paris Ouest-Nanterre La défense, directeur  
de thèse

**Monsieur François-Xavier TRAIN**  
Professeur à l'Université Paris-Ouest Nanterre La défense

**Madame Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO**  
Professeur à l'Université Toulouse I, rapporteur

**Monsieur Etienne PATAUT**  
Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, rapporteur

**Monsieur Daniel Sarmiento Ramirez-Escudero**  
Référéndaire à la Cour de justice des Communautés européennes

*L'Université Paris ouest Nanterre La défense n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

## Listes des principales abréviations utilisées

a. : Article (loi, décret ou arrêtés)  
adm. : Administratif  
al./ § : Alinéa  
anc. : Ancien (par exemple pour désigner une ancienne loi abrogée)  
arr. : Arrêté  
art. : Article d'une loi ou d'un décret suivi du numéro d'article  
Art. : Article d'une loi ou d'un décret suivi du numéro d'article  
Art. D : Article d'un décret d'application codifié suivi du numéro d'article  
Art. L : Article d'une loi codifiée suivi du numéro d'article  
Ass. : Assemblée  
Ass. Plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation  
Bibl. : Bibliographie  
BLD. : Bulletin législatif Dalloz  
Bull. : Bulletin  
Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de cassation  
Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés  
c. : Code  
C. : Cour d'appel  
CA. : Cour d'appel  
Cass. : Cour de cassation  
C. Cass. : Cour de cassation  
Cass. civ. I : Cour de cassation Chambre civile, première Chambre ; II : deuxième Chambre, e  
Cass. Com. : Cour de Cassation Chambre commerciale  
Cass. Ch. Mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation  
Cass. Ch. réun. : Arrêt rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation  
C. civ. : Code civil  
C. com. : Code de commerce  
C.D.E. : Cahiers de droit Européen  
C.E. : Conseil d'Etat  
Ch. : Chapitre  
Chron. : Chronique  
Circ. : Circulaire administrative  
Clunet : Journal de droit international  
Cf. : Consulter  
CIJ : Cour Internationale de Justice  
CJCE : Cour de justice des Communautés européennes  
D. : Recueil de jurisprudence Dalloz  
D. : Décret  
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois  
Doct. : Partie "Doctrines" de certaines revues  
Dr. : droit  
Dr. Soc. : Revue du Droit social  
éd. : Edition ou nom de l'éditeur (selon le contexte)  
ex. : Exemple  
Gaz. Pal. : Gazette du Palais  
GEIE : Groupement Européen d'intérêt Economique

Ibidem : Au même endroit  
 eod. loc. : Au même endroit  
 JCl : Jurisclasseur  
 JCP : Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)  
 JCP E. : Jurisclasseur périodique édition "Entreprise"  
 JDI : Journal de droit international (dit " le Clunet")  
 J.O. : Journal officiel de la République Française  
 JORF : Journal officiel de la République Française  
 JOCE : Journal officiel de la Communauté européenne  
 Bull . Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés  
 Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés  
*JT dr. eur.* : Journaux des Tribunaux, droit européen  
 jur. : Partie "jurisprudence" (classification interne de certaines revues)  
 L. n° : Loi suivie du numéro de loi et de la date de sa promulgation au Journal Officiel  
 o. : Ordonnance  
 ord. : Ordonnance  
 Obs. : Observations  
 p. : Page  
 pt. : Point  
 R. : Partie réglementaire d'un code suivie d'un numéro d'article  
 Rec. : Recueil  
 réf. : Ordonnance de référé  
 Rép. : Répertoire  
 Rép. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz  
 Rép. com. : Répertoire de droit commercial Dalloz  
 Rép. intern. : Répertoire de droit international Dalloz  
 Rép. soc. : Répertoire du droit des sociétés Dalloz  
 Req. : Requête (ancienne Chambre de la Cour de Cassation)  
 Rev. : Revue  
 Rev. arb. : Revue de l'arbitrage  
 Rev. conc. : Revue de la concurrence et de la consommation  
 R.C.D.I.P : revue critique de droit international privé  
 Rev. dr. soc. : Revue du droit social  
 Rev. soc. : Revue des sociétés Dalloz  
 RID comp. : Revue internationale de droit comparé  
 RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires  
 RTD : Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)  
 Rev. tr. dr. civ. : Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)  
 RTD. Com : Revue trimestrielle de droit commercial (Sirey)  
 Rev. tr. dr. com. : Revue trimestrielle de droit commercial (Sirey)  
 RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen (Sirey)  
 S. : Recueil Sirey  
 s. : Et suivants  
 et s. : Et suivants (après l'énonciation d'un article)  
 S.A. : Société anonyme  
 SARL : Société à responsabilité limitée  
 SAS : Société par action simplifiée  
 sect. : Section  
 Somm. : Sommaires de jurisprudence  
 ss. : Suivi d'une référence bibliographique

T. : Tome (d'un livre lorsqu'il en comporte plusieurs) suivi d'un chiffre romain pour indiquer le numéro du tome

t. : Tome (d'un livre lorsqu'il en comporte plusieurs) suivi d'un chiffre romain pour indiquer le numéro du tome

Trib. : Tribunal

T. com. : Tribunal de commerce

TGI : Tribunal de grande instance

TI : Tribunal d'instance

Tit. : Titre, division d'un Code suivie de son numéro

T. : Titre, division d'un Code suivie de son numéro

V. : Voir dans le sens de " à consulter..."

Vol. n° : Volume ou tome suivi d'un numéro en chiffre romain

(1998) : Date de publication d'un livre ou d'une revue

## **PLAN DE THESE**

### **PREMIERE PARTIE. LA DIFFICILE CONCILIATION DE LA PLURALITE JURIDIQUE AVEC LES LIBERTES DE CIRCULATION**

#### **Titre premier. Les principes régissant l'articulation des compétences communautaires et étatiques**

**Chapitre premier.** Le maintien des compétences étatiques sous contrôle communautaire

**Chapitre second.** L'étendue incertaine du contrôle communautaire par les libertés de circulation

#### **Titre second. Appréciation critique de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'atteintes nées de la pluralité juridique**

**Chapitre premier.** La pluralité juridique à l'origine d'une violation du principe de non-discrimination.

**Chapitre second.** La pluralité juridique à l'origine d'une restriction non discriminatoire injustifiée à la libre circulation

### **SECONDE PARTIE. LA CONCILIATION PAR LES NOUVELLES FACULTES DE CHOIX DE LOI DEDUITES DES LIBERTES DE CIRCULATION**

#### **Titre premier. La reconnaissance mutuelle, une nouvelle modalité de choix de loi**

**Chapitre premier.** Le choix de loi subordonné à l'équivalence des réglementations

**Chapitre second.** Le choix de loi justifié par la seule liberté de circulation

#### **Titre second. L'abus de droit, une limite insuffisante aux nouvelles facultés de choix de loi**

**Chapitre premier.** La déduction casuistique de l'abus de droit communautaire

**Chapitre deuxième.** La portée relative de l'abus de droit communautaire

**Chapitre troisième.** Proposition en vue de garantir une meilleure effectivité de l'abus de droit communautaire

## INTRODUCTION

1. **A l'origine de ce travail** se trouve la prise de conscience de la doctrine internationaliste de la possible emprise du droit communautaire issu directement du traité instituant la Communauté européenne (ci-après désigné « Traité » ou « traité CE »), c'est-à-dire du droit primaire, sur les règles de conflit de lois<sup>1</sup>.

La doctrine a en effet d'abord cru pouvoir déduire, avec stupeur pour certains, ou enthousiasme, pour d'autres, qu'il se dégagerait de l'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après désignée « Cour de justice ») des libertés de circulation des règles de conflit de lois cachées<sup>2</sup>, puis s'est ensuite disputée âprement plus précisément sur la question du champ d'application matériel des libertés de circulation.

L'idée que la pluralité juridique pourrait en elle-même être un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur, tant et si bien que le seul constat d'une pluralité juridique suffirait à légitimer l'intervention des libertés de circulation, a ainsi émergé<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> En 1993, M. L. G. Radicati di Brozolo déplorait ainsi le fait que « *les rapports entre les conflits de lois et le droit communautaire [n'aient] pas beaucoup retenu l'attention de la doctrine* ». Radicati di Brozolo, L., « L'influence sur les conflits de lois des principes communautaires en matière de libre circulation », *R.C.D.I.P.* 1993, p. 401

En 2007, Mme M.-L. Niboyet et M. G. de Geouffre de La Pradelle notaient que « *jusqu'à une époque récente, on se préoccupait pas de la place des conflits de lois en droit communautaire* », Niboyet M.-L., de Geouffre de La Pradelle G., « Droit international privé », L.G.D.J. coll. Manuel 2007, p. t. 121, p. 64.

<sup>2</sup> Villani U. « L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato » Riv. Di. Dir. eur., 1981, p. 373 ; Monaco « Problemi di diritto internazionale privato negli ordinamenti delle Comunità europee », Riv. Int. 1975, p. 205 ; M. Rita Saule « Diritto internazionale privato e diritto comunitario » Naples, Giannini, 1983 et, « Saggi di diritto comunitario e di diritto internazionale privato e processuale » Naples, Giannini, 1986 ; Badiali « Le droit international privé des Communautés européennes » R. C. A. D. I. 1985, t. 191, p. 181 ; Struycken A., « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *Recueil des cours, Académie de droit international, La Haye*, 1992, t. 232, p. 257 ; Radicati di Brozolo, L., « L'influence sur les conflits de lois des principes communautaires en matière de libre circulation », *R.C.D.I.P.* 1993, p. 401 et « Libre circulation dans la Communauté » in *L'europanisation du droit international privé*, sous la dir. de MM. P. Lagarde et B. von Hoffman, Publication de l'académie de droit européen de Trèves, 1996 ; Rigaux F., « droit international privé et droit communautaire » in *Mélanges offerts à Yvon Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 341 ; Kohler C. « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international privé », T. C. F. D. I. P., 1995, p. 71 ; Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », 1995, tome 253, pp.9-282 ; Lagarde P., von Hoffman B., « Publication de l'académie de droit européen de Trèves », 1996 ; A. Saggio, « Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario » Riv. Dir. euro. 1996, p. 215 ; de Vareilles-Sommière « Un droit international privé européen ? » in *Le droit privé européen*, Economica, p. 136, 1998 ; Sonnenberger H.-J., « Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, international Privatrecht », Munich 1999, 3<sup>ème</sup> éd. Verlag C.H. Beck ; M. Mengozzi, « Règles communautaires et règles impératives en tant que limites et contre limites imposées à l'autonomie contractuelle » *R.M.U.E.* 1999, p. 169 ; Gosselin-Gorand A., « L'influence des règles communautaires de libre circulation sur les règles nationales de conflit de lois », Thèse dactylographiée sous la dir. de D. Bureau, Caen, 2001 ; Kassedjian C., « Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne », Rev. Aff. eur. 2002, p. 411 ; Wilderspin M. et Lewis D., « Les relations entre droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres » *R.C.D.I.P.* 2002, p. 1 ; Fallon M., et Meeusen J. « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *R.C.D.I.P.* 2002, p. 435

<sup>3</sup> Un auteur relève ainsi que la doctrine adopterait aujourd'hui majoritairement la conception selon laquelle le droit communautaire exerce une grande influence sur le droit privé des Etats membres en se fondant, selon celui-ci à tort, « *toute entière sur l'idée que la disparité des législations nationales en Europe serait, sinon constitutive, du moins génératrice d'entraves aux cinq grandes libertés que devait garantir l'achèvement du marché commun* ». Heuzé, V. « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, pp. 393-415, p. 393 ; En ce sens, M. E. Cereche affirmait déjà en 1979 que « *l'intégration économique implique que l'on aille au-delà de la simple suppression des barrières douanière et contingentes pour harmoniser, voir unifier, les politiques nationales. Elle ne peut se développer à travers des politiques économiques et sociales diversifiées* ». Cereche E. « La problématique juridique des phénomènes d'intégration », in *Mélanges Fernand Dehousse*, volume 2, « la construction européenne », 1979, pp. 11-17, p. 11.

2. Le caractère passionné et parfois virulent des débats<sup>4</sup> relatifs à ce que l'on a alors appelé un phénomène de « communautarisation indirecte » du droit national (défini comme les hypothèses dans lesquelles « *le droit communautaire ne cherche pas à légiférer dans une matière, mais modifie par un autre biais le droit national* »<sup>5</sup>), a rendu, à notre sens, indispensable une nouvelle étude approfondie et, si possible, apaisée de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libertés de circulation.
  
3. Notre questionnement est donc le suivant : comment les libertés de circulation du droit communautaire appréhendent-elles le phénomène de pluralité juridique, au cœur par ailleurs, du règlement des conflits de lois en droit international privé ?

A titre de comparaison, rappelons ainsi que les règles de conflit de lois du droit international privé peuvent être définies comme des « *méthodes de coordination [des Droits<sup>6</sup> ayant pour objet] [...] de limiter le phénomène de la frontière dans les relations de droit privé* »<sup>7</sup>.

Le marché intérieur est quant à lui défini à l'article 14 du traité CE<sup>8</sup> comme « *un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises* **Erreur ! Signet non défini.**, *des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité* ».

---

<sup>4</sup> Mme L. Idot relevait ainsi en 2005 que « *les rapports entre droit international privé et droit communautaire passionnent à juste titre la doctrine internationaliste* ». Idot L., « Variations sur le domaine spatial d'application du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 431-453, pt. 1, p. 431.

L'expression la plus manifeste de ces antagonismes doctrinaux reste la « Lettre ouverte au Président de la République » à l'initiative de M. V. Heuzé signée par 40 enseignants (publiée au JCP G du 13 décembre 2006 p. 2313) suivie de sa réponse dans cette même revue rédigée par les professeurs Lagarde, Gaudemet-Tallon et Kassedjan (JCP G. 10 janvier 2007, p. 18) signée par 77 enseignants. M. V. Heuzé s'est par la suite encore expliquée sur sa démarche dans l'article « L'honneur des professeurs de droit. Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit » JCP G. 7 mars 2007, I, p. 116. En Allemagne l'ancien président de la République fédérale Herzog et le Professeur L. Gerken se sont également récemment opposer à la Cour de justice de communauté européenne qui, selon ceux-ci rendrait des arrêts dans des domaines ne relevant pas de sa compétence. Herzog R. Gerken L. « Stoppez la Cour de justice des Communautés européenne », in *FAZ*, 8 septembre 2008, (nous traduisons).

<sup>5</sup> Idot L., « Rapport introductif », in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Actes du colloque tenu les 28 janvier et 1<sup>er</sup> février 2003, éd. Bruylant 2003.

<sup>6</sup> Le Droit est défini comme « *l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* ». Cornu G. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 7<sup>ème</sup> éd. 2005.

<sup>7</sup> Niboyet M-L., de Geouffre de La Pradelle G., « Droit international privé », L.G.D.J. coll. Manuel 2007, pt. 93, p. 41.

MM. V. Heuzé et P. Mayer indiquent pour leurs parts que « *le conflit de lois apparaît lorsque deux ou plusieurs Etats ont cumulativement vocation à régir une question de droit privée donnée* », Mayer P. Heuzé V. « Droit international privé » Domat Montchrestien 9<sup>ème</sup> éd. 2007, pt. 76, p. 59.

Batiffohl, rappelait quant à lui que la méthode des conflits de lois « *offre des ressources effectives pour organiser la coexistence des systèmes juridiques nationaux* ». « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », in *Choix d'articles*, L.G.D.J. 1976, pp. 199-212, pt. 19, p. 212.

<sup>8</sup> L'article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose : « *1. L'Union adopte les mesures destinées à établir ou à assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes du traité.*

*2. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* »



Dès lors, comment les libertés de circulation s'accrochent-elles du morcellement du marché intérieur – qui devrait fonctionner comme un « *espace sans frontières intérieures* » – en Etats souverains duquel il résulte nécessairement une pluralité juridique ?

La pluralité juridique est en outre l'expression de l'exercice par les Etats membres de leur compétence normative. Le contrôle et la gestion de celle-ci par le biais des libertés de circulation sont ainsi la manifestation d'une limite de source communautaire au pouvoir normatif étatique. Ce conflit de compétences pose ainsi, inéluctablement, la question de la légitimité des interventions du droit communautaire par le biais des libertés de circulation.

L'enjeu est dès lors de déterminer si l'existence de la pluralité juridique est véritablement problématique au sein du marché intérieur ; comment celle-ci est prise en compte ou gérée par le droit des libertés de circulation et si les interventions du droit communautaire sont toujours légitimes. Cette étude nous conduira à rechercher le type de réglementations susceptible d'être appréhendées par les libertés de circulation, ainsi que celles sanctionnées sur ce fondement. Nous aurons alors à rechercher quelle est la véritable fonction de chacune des libertés de circulation, pour finalement formuler des propositions afin que soit mieux garantie la légitimité de l'intervention du droit communautaire.

\*

\* \*

4. **L'objet précis de cette recherche** implique nécessairement l'exclusion de certains domaines qui se trouvent hors du champ d'observation de ce travail, dont les contours exacts sont révélés par la définition même des termes du sujet :

« Le choix de loi au sein du marché intérieur  
*Libertés économiques de circulation et pluralité juridique étatique* »

5. **La pluralité** est définie comme « *le fait d'exister en grand nombre, de n'être pas unique* »<sup>9</sup>. La pluralité juridique signifie donc l'existence de multiples systèmes juridiques et donc de multiples règles de droit qui peuvent être ou ne pas être divergentes. La notion de pluralité est ainsi plus vaste et plus neutre que celle de diversité (« *qui ne s'accorde pas, différent, éloigné, opposé* »<sup>10</sup>) ou de pluralisme (« *système admettant l'existence d'opinions politiques et religieuses, de comportements culturels et sociaux différents, au sein d'un groupe organisé ; la coexistence de courants* »<sup>11</sup>).

---

<sup>9</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. Le Robert 2008.

<sup>10</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. Le Robert 2008.

<sup>11</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. Le Robert 2008.

C'est donc tant à l'impact de la multiplicité que de la diversité des droits nationaux que nous nous attacherons.

La question se posera également de savoir si un type particulier de diversité ou de multiplicité des lois des Etats membres est plus particulièrement problématique. Nous mènerons donc une étude sur la nature des lois nationales appréhendées par les libertés de circulation.

6. Notre étude porte sur le seul droit communautaire primaire, c'est-à-dire sur le droit issu directement du traité CE, à l'exclusion du droit dérivé.

**Le droit primaire** présente le double intérêt d'être au sommet de la hiérarchie des normes et de pouvoir déployer ses effets en l'absence même d'une quelconque mesure d'harmonisation des droits nationaux.

Le droit dérivé élimine en effet plus ou moins fortement la diversité juridique. Il est en outre le fruit de l'exercice par la Communauté de sa compétence législative. Il ne permet donc pas de juger de l'impact particulier et direct du droit communautaire primaire sur la pluralité des législations nationales.

Le droit primaire révèle ainsi de manière particulièrement cruciale la perception et la gestion communautaire de la pluralité juridique.

7. Au sein du droit primaire, cette étude se limitera aux **quatre principales libertés de circulation** : libre circulation des marchandises **Erreur! Signet non défini.**, libre prestation de services, libre circulation des travailleurs et liberté d'établissement.

La dimension financière du marché intérieur est exclue de cette étude, qu'il s'agisse des taxes d'effet équivalent ou de la libre circulation des capitaux<sup>12</sup>. La prohibition des charges pécuniaires<sup>13</sup> est en effet sans rapport avec les difficultés que peuvent engendrer la pluralité des règles de droit nationales au sein du marché intérieur et, la libre circulation des capitaux est tout à la fois trop spécifique et trop largement régie par le droit dérivé.

En matière de personnes, seule la liberté de circulation liée à l'exercice activité économique retiendra notre attention. Nous traiterons donc de la libre circulation des

---

<sup>12</sup> Les capitaux sont définis par la Cour comme « les opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause et non la rémunération d'une prestation ». CJCE 31 janvier 1984, 286/82 et 26/83, Luisi et Carbone)

<sup>13</sup> La Cour définit la taxe d'effet équivalent comme « une charge pécuniaire, fut-elle minime, unilatéralement imposée, quelles que soient son appellation et sa technique et frappant les marchandises nationales ou étrangères à raison du fait qu'elles franchissent la frontière, lorsqu'elle n'est pas un droit de douane proprement dit ». CJCE, 1<sup>er</sup> juillet 1969, Commission c/République italienne, aff. C-24/68, Rec. 193

travailleurs, de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**, mais non du droit à la libre circulation attaché à la seule qualité de citoyens de l'Union, indépendamment de l'exercice de toute activité économique. Nous emploierons donc le terme d'opérateur économique.

En effet, depuis l'introduction du traité de Maastricht<sup>14</sup>, en vertu de l'article 18 du traité CE « *tout citoyen de l'Union [...] le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application* »<sup>15</sup>.

La Cour de justice en a déduit que si « *avant l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, la Cour avait précisé que ce droit de séjour, conféré directement par le traité CE, était soumis à la condition de l'exercice d'une activité économique au sens des articles 48, 52 et 59 du traité CE (devenus, après modification, articles 39 CE, 43 CE et 49 CE)[...] il n'en reste pas moins que, depuis lors, le statut de citoyen de l'Union a été introduit dans le traité CE et un droit a été reconnu, pour tout citoyen, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres par l'article 18, paragraphe 1, CE* »<sup>16</sup>.

La Cour en tire la conséquence que « *le traité sur l'Union européenne n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité professionnelle, salariée ou indépendante, pour jouir des droits prévus dans la deuxième partie du traité CE, relative à la citoyenneté de l'Union [...]* »<sup>17</sup>.

Depuis, il est possible de distinguer les hypothèses de circulation liée à la seule qualité de citoyen de l'Union, de celles s'inscrivant dans un cadre économique<sup>18</sup>.

A notre sens, une dissociation de ces deux types de circulation s'impose pour deux raisons.

Premièrement, la Cour de justice adopte, on le sait, une méthode d'interprétation finaliste et téléologique. Il en découle que le sens et la portée de chacune des dispositions du traité CE dépend de l'objectif particulier qui leur est assigné. Or, les objectifs portés par les dispositions du traité assurant la circulation et le séjour des citoyens de l'Union ne sauraient se confondre avec ceux portés par les dispositions afférents au bon fonctionnement économique au sein du marché intérieur.

---

<sup>14</sup> Ce traité a été adopté le 7 février 1992 et est entré en vigueur le 1er novembre 1993

<sup>15</sup> Article 18 du Traité CE

<sup>16</sup> CJCE 17 septembre 2002, Baumbast, 413/99, Rec. 7091, pt. 81

<sup>17</sup> CJCE 17 septembre 2002, Baumbast, 413/99, Rec. 7091, pt. 83

<sup>18</sup> Si, en matière de libertés économiques, la Cour de justice a développé une jurisprudence audacieuse et a interprété très soupagement l'exigence d'un lien avec une activité économique, en matière de citoyenneté, la libre circulation peut être désormais tout à fait détachée de l'exigence de ce lien économique.

En ce sens, un auteur affirme ainsi : « *le lien avec une activité économique n'est plus exigé* ». Carlier J.-Y. « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne » in *Une Constitution pour l'Europe, réflexion sur les transformations du droit de l'Union européenne*, ss. la dir. De O. De Schutter et P. Nihoul, Larcier 2004, p. 143 et s., sp. p.158.

Dans le même sens : Dollat P., *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruylant 2008.

La pluralité juridique ne posera d'ailleurs pas les mêmes difficultés selon que l'objectif de la liberté de circulation est de favoriser l'essor et la prospérité économique ou de faire « *naître un peuple européen, un demos, doté d'une existence complémentaire de celles des nations et des peuples des Etats membres de l'Union* »<sup>19</sup>.

Les réglementations appréhendées par les libertés de circulation ne devraient ainsi pas être les mêmes.

Une analyse globale et cohérente de toutes les libertés de circulation (économiques et non économiques) nous semble dès lors impossible<sup>20</sup>.

Secondement, les régimes juridiques attachés à chacun de ces deux types de circulation sont encore, à bien des égards, différents. L'article 18 du traité CE conduit effectivement principalement à sanctionner les réglementations discriminatoires<sup>21</sup>. C'est pourquoi le plus souvent et, jusqu'à une époque récente, la Cour de justice faisait une lecture combinée des articles 12 (prohibant les discriminations fondées sur la nationalité) et 18 du traité CE<sup>22</sup>. Depuis peu cependant, la Cour de justice s'appuie sur le seul article 18 du Traité<sup>23</sup>, tant et si bien que d'aucuns<sup>24</sup> en déduisent une prochaine uniformisation du régime de toutes les libertés de circulation. Cette analyse nous semble pour l'heure inexacte<sup>25</sup> et suppose en tout état de cause de s'interroger sur la pertinence d'une hypothétique telle évolution.

---

<sup>19</sup> Dollat P., *Citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruylant 2008, pt. 1, p. 2

<sup>20</sup> Les qualités de citoyen de l'Union et d'opérateurs économiques ne cependant bien évidemment pas exclusives l'une de l'autre. La Cour a par ailleurs toujours cherché à interpréter le largement possible ce critère économique indispensable aux bénéficiaires des libertés de circulation. Il n'en reste pas moins que cet élément caractéristique de la libre prestation des services, de la libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement perdure.

<sup>21</sup> au sens large, c'est-à-dire pas uniquement fondées sur la nationalité

<sup>22</sup> Voir notamment en ce sens : CJCE 2 octobre 2003, Garcia Avello, 148/02, *Rec.* 11613; CJCE 19 octobre 2004, Zhu et Chen, 200/02, *Rec.* 9925; CJCE 15 mars 2005, 209/03, *Rec.* 2119 (relatif à une réglementation limitant l'octroi de prêt subventionné aux étudiants établis sur le territoire national).

<sup>23</sup> Depuis quelques années la Cour de justice s'appuie uniquement sur l'article 18 du Traité et, ce faisant, semble vouloir se détacher du critère de la discrimination.

Cette jurisprudence a d'abord principalement trouvé à s'appliquer lorsque la réglementation mise en cause était celle du pays du ressortissant (voir notamment en ce sens : CJCE 29 avril 2004, 224/02, *Rec.* 5763 relatif à l'application d'une procédure de saisie de rémunération par un Etat membre à l'encontre de l'un de ses ressortissants domicilié dans un autre Etat membre); CJCE 26 octobre 2006, 192/05, *Rec.* 10451, (relatif à une réglementation subordonnant le bénéfice d'une prestation allouée aux victimes civiles de guerre par un Etat membre à la résidence sur le territoire de cet Etat à la date de l'introduction de la demande de prestation); CJCE 18 juillet 2006, 406/04, *Rec.* 6947, (relatif à une allocations de chômage subordonnée à une condition de résidence effective sur le territoire national); CJCE, 22 mai 2008, 499/06, *Rec.* 68, (relatif à une pension d'invalidité allouée aux victimes civiles de la guerre ou de la répression sous condition de résidence sur le territoire national).

Plus récemment encore, la Cour de justice a invoqué le seul article 18 du traité CE de manière plus générale: CJCE 14 octobre 2008, 353/06, *Rec.* 7639, (relatif à une réglementation de droit international privé en matière de nom patronymique et condamnant la non-reconnaissance dans l'Etat membre dont il est ressortissant du nom acquis dans l'Etat membre de naissance et de résidence); CJCE 23 avril 2009, 544/07, non encore publié (relatif à une législation réduisant l'impôt sur le revenu en fonction des cotisations d'assurance maladie versées dans l'Etat membre d'imposition et refusant une telle réduction en fonction des cotisations versées dans d'autres Etats membres).

<sup>24</sup> D'aucuns voient dans la progressive « *autonomisation de l'article 18 CE comme base juridique [un moyen, au moins potentiel] de contrôler toute restriction à la libre circulation et au droit de séjour de citoyens européens* » (Mosbucker A.-L. et Kauff-Gazin F., note sous CJCE 23 avril 2009, 544/07, Europe, juin 2009, n°214, p. 9); Benlolo-Carabot M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2007, p. 495.

<sup>25</sup> Le mouvement amorcé semble cependant trop récent et encore trop fondé sur la notion de « désavantage » pour être jugé consacré. Il semble plus exact de considérer le développement d'une jurisprudence fondée sur le seul article 18 du Traité semble surtout témoigner d'une volonté de sanctionner toute les discriminations (liées à la circulation) et non seulement celles

En matière de libre circulation fondée sur la seule qualité de citoyens, la Cour de justice n'a pas non plus encore nettement consacré de nouvelles facultés de choix de loi<sup>26</sup>.

Une analyse globale des libertés économiques et non économiques n'est donc pas souhaitable. En revanche, l'analyse critique du mode de fonctionnement des libertés économiques permettra de mieux juger de l'intérêt d'étendre le régime juridique propres aux libertés de circulation économiques au droit à la libre circulation des citoyens.

En conclusion, à notre avis, toutes les libertés de circulation ne peuvent donc pas encore faire l'objet d'une seule et même analyse globale cohérente au regard de la problématique de la gestion de la pluralité juridique.

Le droit de la concurrence qui vise à sanctionner certains comportements des entreprises (article 81 à 86 CE) et les aides accordées par les Etats (articles 87 à 89), est un corps de règles distincts des libertés de circulation. Il permet en principe d'appréhender le comportement d'opérateurs privés ainsi que les aides financières des Etats et non les réglementations étatiques. Il sera donc également exclu du champ de cette étude.

Aussi, **le terme de marché intérieur** sera-t-il entendu dans son acception restrictive<sup>27</sup> c'est-à-dire comme les règles relatives aux libertés fondamentales – et économiques – de

---

fondées sur la nationalité. On peut citer, à titre d'exemple, l'arrêt 14 octobre 2008, relatif au nom dans lequel la Cour ne s'est expressément appuyée que sur l'article 18 du traité CE (et donc en principe indépendamment du principe de non-discrimination consacré par l'article 12 TCE). Dans cet arrêt, la Cour de justice indique ainsi : « *il convient de rappeler qu'une réglementation nationale qui désavantage certains ressortissants nationaux du seul fait qu'ils ont exercé leur liberté de circuler et de séjourner dans un autre Etat membre constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 18, paragraphe 1, CE à tout citoyen de l'Union* ». CJCE 14 octobre 2008, 353/06, Rec. 7639, pt. 21.

Nous pensons que la Cour n'en est donc pas encore à sanctionner les réglementations qui pourraient plus modestement rendre moins attrayant l'exercice de la liberté de circulation des citoyens. Dans le même sens CJCE 18 juillet 2006, De Cuyper, 406/04, Rec. 6947, pt. 39 ; CJCE 22 mai 2008 Nekowska, 499/06, non encore publié au Recueil, pt. 32.

En ce sens, voir notamment Mme M. Benlolo-Carabot qui considère que la Cour de justice dépasse le principe de non-discrimination de l'article 12 du traité CE et sanctionne sur le fondement de l'article 18 TCE **les entraves** lorsque le « *juge communautaire [ne compare] plus simplement les situations respectives de deux ressortissants d'Etats membres, mais aussi et surtout celle du migrant et du sédentaire, le migrant étant soit la personne qui se déplace soit la personne qui s'est déplacée d'un Etat membre à un autre* ». Benlolo-Carabot M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne* Bruylant, 2007, p. 495.

<sup>26</sup> Pour analyse récente et complète de la citoyenneté, voir : Benlolo-Carabot M., *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruylant, 2007.

Mais aussi : Carlier J.-Y. Guild E., *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, Bruylant 2006. ; Garot M.-J. *La citoyenneté de l'Union européenne*, L'Harmattan, 1999.

Pour une analyse récente de l'interprétation de la Cour de justice de la notion de citoyen : Pataut E. « L'invention du citoyen européen », sur le site [lavedesidees.fr](http://lavedesidees.fr), 2 juin 2009

<sup>27</sup> Selon MM. P. van Omneslaghe et V. Piessevaux, « *le marché intérieur constitue l'approfondissement d'un aspect du marché commun. La notion de marché commun, couvre en effet, des domaines beaucoup plus larges que la libre circulation des produits, des services et des capitaux. Ainsi par exemple, toute la matière des règles de concurrence applicables aux entreprises, des aides d'Etat du dumping n'est pas liée à la notion de marché intérieur, pas plus que la politique commerciale commune ou la coordination des politiques économiques* ». P. van Omneslaghe et V. Piessevaux « Le marché intérieur », *Encyclopédie Dalloz, communautaire* (1992).

En ce sens également encore récemment M. J. Molinier et Mme. N. de Grove-Valdeyron : « *le droit du marché intérieur se confond avec le régime juridique de la liberté de circulation dans l'espace couvert dans l'Union européenne. Il n'intègre pas à notre sens, les règles de concurrence applicables aux entreprises (art. 81 et 82 du traité CE) ou aux Etats (art. 87 du traité CE). [...] A la différence des règles de libre circulation qui relèvent d'une conception « finaliste » de l'intégration économique européenne, les règles de libre concurrence relèvent d'une conception instrumentaliste, ce qui revient à dire plus simplement que, contrairement à la libre circulation, la libre concurrence n'est pas une fin en soi mais seulement un moyen en vue d'atteindre divers objectifs. C'est cette conception que la Cour de justice a fait prévaloir (CJCE, 25 octobre 1977, Metro S.B. –*

circulation, et ce conformément à la définition du marché intérieur que donnent les articles 3 c) et 14<sup>28</sup> du traité CE.

Ces articles disposent respectivement :

- le marché intérieur est « *caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises***Erreur ! Signet non défini.**, *des personnes des services et des capitaux* » (article 3 c) du traité CE) ;

- « *le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises***Erreur ! Signet non défini.**, *des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité* » (article 14 du Traité).

**8. Le concept de choix de loi** est, cela va de soi, déterminant dans cette étude. Il sera effectivement démontré que les libertés de circulation permettent aux opérateurs économiques de tirer parti de la pluralité juridique en ce qu'elles leur ouvrent de nouvelles facultés de choix de loi.

La nouveauté de ces facultés de choix résulte tant des domaines dans lesquels elles trouvent à s'appliquer, que de leur modalité d'expression<sup>29</sup>.

Rappelons à cet égard qu'en droit international privé, le choix de loi peut être entendu de deux façons<sup>30</sup>.

Il est le plus souvent assimilé au mécanisme de la loi d'autonomie propre à la règle de conflit de lois relative aux actes juridiques. Le choix de loi est alors ostensible.

---

*Grossmärkte*, 26/76 ; *Rec. 1875*) *La libre circulation et la libre concurrence ne se situent donc pas sur un même plan : la première est constitutive du marché intérieur, à la réalisation duquel la seconde certes contribue mais tout en étant susceptible d'être écartée, sous le contrôle de l'Union* ». Molinier J., de Grove-Valdeyron N. *Droit du marché intérieur européen*, 2<sup>ème</sup> éd. L.G.D.J., 2008. p. 15

Voir également les propos de M. J. Pertek qui rappelle que, au regard de l'interprétation stricte de la notion de marché intérieur, celui-ci « *se limiterait à la réalisation des quatre libertés fondamentales* ». Pertek J. *Droit matériel de l'Union européenne*, Thémis Droit Puf, 2005, pt. 13, p. 9.

<sup>28</sup> Cet article est devenu l'article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui dispose : « *Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités* ».

<sup>29</sup> Si l'essor de la volonté individuelle sous l'impulsion, notamment, du droit communautaire est largement constaté et commenté par la doctrine actuelle, il est plus rarement clairement et exhaustivement expliqué comment et dans quelle mesure les libertés de circulation permettent indirectement l'exercice de choix de loi dans des domaines dont ils sont traditionnellement exclus (cependant sur cette question, voir principalement les écrits de Mme H. Muir Watt H. et notamment « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme » in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* » Dalloz, éd. 2009, du même auteur, « Aspects économiques du droit international privé » *Rec. des Cours. Académie de droit international, La Haye*, 2004, vol. 307

<sup>30</sup> Vignal Th., *La part de la volonté dans les règles de conflits de lois hors des contrats*, th. Paris II, 1993

Bureau D., « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois » in *L'avenir du Droit, Mélanges Terré F.*, Dalloz 1999, p. 286.

Cependant, à l'occasion de l'étude de la fraude à la loi en droit international privé<sup>31</sup> ou encore de son analyse économique<sup>32</sup> certains auteurs identifient, en creux, en quelque sorte, un autre type de choix de loi. Il s'agit de « *manœuvres tendant à orienter le choix du droit applicable [...] en jouant avec la localisation des éléments de rattachement pertinents* »<sup>33</sup>. Le choix de loi est alors occulte.

Dans le cadre de cette étude, le terme de « choix de loi » recouvrira tant la notion de la loi d'autonomie que la technique de la modification d'éléments concrets d'une situation afin de satisfaire les critères d'applicabilité requis par une loi convoitée.

Ce faisant, nous pourrions exposer lequel de ces différents modes de choix de loi, choix de loi ostensible ou choix de loi occulte, les libertés de circulation favorisent.

\*

\* \*

9. L'appréhension et la gestion de la pluralité juridique par les libertés de circulation soulèvent de nombreuses problématiques particulières : la répartition des compétences étatiques et communautaires, le champ d'application des libertés de circulation, les critères d'invocabilité des libertés de circulation, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, et celui de l'abus de droit communautaire.

---

<sup>31</sup> La fraude à la loi est d'ailleurs définie par la Cour de cassation comme le fait de « *modifier volontairement un rapport de droit dans le seul but de soustraire à la loi compétente* ». Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 17 mai 1983, Lafargue, *R.C.D.I.P.* 1985, p. 346.

A cet égard, Batifflol, tout en contestant qu'il puisse s'agir à proprement parler d'une hypothèse de choix de loi, remarquait que « *on échappe à une loi en changeant de nationalité de domicile, en déplaçant un meuble, et de même, en contractant à l'étranger ; en admettant que la loi détermine d'autorité son champ d'application, elle le fait en se référant à des circonstances qu'il est au pouvoir des parties de modifier, l'empire territorial et personnel des lois dépend donc directement ou indirectement de la volonté des parties* » Batifflol, H. *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, réédition 2002, pt. 37, p. 84.

En ce sens également : Mayer P. et Heuzé V., *Droit international privé*, 9<sup>ème</sup> éd. 2007, pt. 267, p. 189. Ces auteurs relèvent ainsi que « *la multiplicité des systèmes juridiques fournit aux individus le moyen d'échapper à la loi qui leur est normalement applicable en se plaçant artificiellement sous l'empire d'une autre loi, dont la teneur convient mieux à leurs desseins* » ; ou encore M. B. Audit qui relève que « *en droit international privé, la notion de fraude est aisément susceptible d'être invoquée parce que des personnes soumises à une loi qui les contrarie peuvent être tentées de se placer sous l'empire d'une loi étrangère plus complaisante* ». Audit B., *Droit international privé*, Economica, 2006, pt. 236, p. 195, de manière générale, du même auteur La fraude à la loi » Thèse, Paris II, Dalloz, 1974, 477 p. ; Mme M.-L. Niboyet et M. G. de Geouffre de La Pradelle rappellent également que « *les disparités de contenu des lois peuvent inspirer aux individus des stratégies d'évitement des lois contraignantes* ». Niboyet M.-L. et de Geouffre de La Pradelle G. « *Droit international privé* », pt. 323, p. 238.

Egalement en ce sens : Vignal T., « *Droit international privé* », Armand Colin, 2005, pt. 184, p. 115 ; Bureau D. et Muir Watt H., « *Droit international privé* », Thémis Droit, Puf, 2007, tome I partie générale, pt. 428, p. 421 ; Fallon M. « *La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes* » in *La loyauté, mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, ed. Larquier, 1997, sous la dir. de Joe Verhoeven, 165-188, p. 180.

<sup>32</sup> Salah M. « *La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux* », *RIDE*, 2001, n°3, p. 251 ; Muir Watt H., « *Choice of law in integrated and interconnected markets : a matter of political economy* », *Col. J. Eur. L.* 2003, p. 383-410 ; Muir Watt H., « *L'expérience américaine* » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* » actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003 organisé conjointement par l'Académie de droit européen de Trèves (ERA) et l'UMR de droit comparé de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Dalloz 2004, pp. 145-169 ; Muir Watt H. « *Aspects économiques du droit international privé* », *Rec. des cours*, Académie de droit international, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 10, p. 53. 1) ; 20) ; Noblet A. « *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire* », thèse 2004, Université de Rouen, sous la dir. de J.-S. Bergé, 546 p. ; Audit M., « *Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois* », *JDI*, 2006, n° 4, pp. 1333-1363

<sup>33</sup> Fallon M. « *La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes* » in *La loyauté, mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, ed. Larquier, 1997, sous la dir. de Joe Verhoeven, 165-188, p. 180.

10. **Nouveauté de l'objet de la thèse.** Si chacun de ces thèmes pris individuellement a déjà pu faire l'objet d'études approfondies, l'examen de ceux-ci, ensemble, sous l'angle plus spécifique d'une recherche sur la gestion communautaire de la pluralité juridique par le mécanisme des libertés de circulation est nouvelle<sup>34</sup> et aujourd'hui indispensable pour deux raisons.

11. D'une part, le droit primaire de liberté de circulation est mouvant car tributaire de la jurisprudence toujours évolutive de la Cour de justice. La compréhension des libertés de circulation suppose une étude critique sans cesse renouvelée des arrêts de la Cour.

Ainsi, par exemple, si la doctrine s'est déjà longuement interrogée sur l'épineuse question de la détermination des compétences communautaires<sup>35</sup>, l'identification des critères d'applicabilité et d'invocabilité des dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation reste encore incertaine et source de controverses<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> En effet, les thèses dont l'objet est précisément de confronter le phénomène de la pluralité juridique aux libertés de circulation sont rares. Leur objet est plutôt l'étude de l'impact de la seule diversité et est, le plus souvent, appliqué à un domaine très restreint : Picod F. « Réglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises » B. D. I.C., Tome 110, L.D.G.J., Paris 1999 ; Barbato J.-C., « La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne », Aix en Provence, PUAM, 2008 et thèse de doctorat, Université Nancy 2, 2005 ; Porta J. « La réalisation du droit communautaire, essai sur le gouvernement juridique de la diversité » L.D.G.J. 2008. L'auteur s'attache ici plus précisément à la façon dont le droit communautaire s'impose aux Etats membres et s'attache principalement aux notions de primauté, d'effet direct, d'interprétation conforme...

Dans le domaine du droit international privé : Boden, D., « L'ordre public, condition et limite de la tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique » Thèse Paris I, 2002

<sup>35</sup> Voir notamment : Constantinesco V., « Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés » Paris, L.G.D.J., Bib. de droit international, t. LXXIV, 1974, 492 p. ; Blanquet M. « L'article 5 du Traité CEE: recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté » Thèse, LGDJ, 1994, 502 ; Triantafyllou D. « Des compétences d'attribution au domaine de la loi, étude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire », Bruxelles, Bruylant, 1997, 432 p. ; Boskovits K. « Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres », 1999, Bruylant 1999, 800 p. ; Michel V., « Recherches sur les compétences de la Communauté », L'Harmattan, 2003 ; Michel Valérie « 2004 : le défi de la répartition des compétences » CDE 2003, n°1, pp. 27-86, p. 21 ; Louis, J.V. « Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres » Revue d'intégration européenne, 1979, II, n°3, pp. 355-374 ; Masclet J.-C. « La répartition des compétences dans l'Union européenne » in *L'Etat-nation au tournant du siècle: les enseignements de l'expérience canadienne et européenne* Québec, A.G.M.V., Marqui, coll. Etudes européennes, 1997, 346 p., pp. 179-203 ; Fernandez-Maublanc L.-V. « L'évolution contrastée des compétences retenues par les Etats membres » in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean Claude Gautron*, éd. Pedone, 2004.

<sup>36</sup> Voir notamment à cet égard : Rodière P., « Le domaine spatial du droit social européen », TCFDIP 1990-1991, p. 45 et s. ; Lagarde P. Rapport de synthèse in *Le droit international privé communautaire : émergences et incidences* Petites affiches, 12 décembre 2002, n°248 ; Lagarde P. Rapport de synthèse, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. Fuchs, d'H. Muir Watt et E. Pataut, Paris Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004 ; Idot L. « Le champ d'application dans l'espace du droit européen des affaires » TCFDIP, 1991-1993, p. 145 ; Idot L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé » in *Le droit international privé communautaire*, actes du colloque de Toulouse du 22 mars 2002, L.P.A., 2002, n°248, p. 29 ; Idot L., Rapport introductif in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, sous la dir. de J.-S. Bergé et Marie-Laure Niboyet, colloque international, Session internationale d'études doctorales, 28 janvier- 1<sup>er</sup> février 2003. Université Paris X, Bruylant 2003, pp. 17-38 ; L. Idot, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthode, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 431 ; Fallon M. « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », p. 31 à 80, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, édition Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires ; Fallon M., « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace juridique intégré: l'expérience de la Communauté européenne » RCADI, 1995, tome 253, p. 47 ; Lagondet « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chroniques d'une mort annoncée » *Europe* juillet 1997, chron. n°9 ; Gaja G. « les discriminations à rebours : un revirement souhaitable », Mélanges M. Waelbroeck », vol. II, Bruylant 1999, coll. Etudes de droit européen et international, pp. 993-1000 ; Tagaras H., « règles communautaires de la libre circulation, discriminations à rebours et situations dites « purement internes » », Mélanges M. Waelbroeck, vol. II, Bruylant 1999, coll.



En l'absence de dispositions claires et expresses dans le Traité<sup>37</sup> quant au champ d'application des libertés de circulation, il convient de déduire celui-ci de la jurisprudence de la Cour de justice. Or, cette jurisprudence qui se révèle fluctuante et imprécise, nous pousse à nous interroger, de manière critique, à nouveau aujourd'hui, sur ce point.

12. D'autre part, les controverses que le droit communautaire suscitent chez les internationalistes depuis les années 1990 ont conduit à recentrer le débat autour de la question fondamentale de la gestion de la pluralité juridique. Les règles de conflit de lois sont un outil de gestion de la pluralité des droits – principalement – privés. Les libertés de circulation qui ont pu bousculer leur mise en œuvre<sup>38</sup> semblaient, ce faisant, impliquer que le droit communautaire commanderait une autre façon de gérer la pluralité juridique.

En effet, certaines formulations des institutions communautaires et une partie de la doctrine laissent entendre que l'existence même d'une pluralité juridique pourrait intrinsèquement gêner le bon fonctionnement du marché intérieur.

Dans l'arrêt de principe « Cassis de Dijon » du 20 février 1979, la Cour de justice évoquait ainsi les « *obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations*<sup>39</sup> », dans l'arrêt « Schul » du 5 mai 1982, la Cour affirmait encore que les libertés de circulation tendent à « [...] *l'élimination de toute entrave aux échanges intracommunautaire en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possibles que celles d'un véritable marché intérieur* »<sup>40</sup>. Dans le livre blanc relatif à l'achèvement du marché intérieur<sup>41</sup> par lequel la Commission affirmait pourtant vouloir « *délaisser la notion d'harmonisation [...] [il est toutefois rappelé que] l'harmonisation des législations des Etats membres, prévue à l'article 100 du Traité garde tout son sens [car] il est clair que*

---

Etudes de droit européen et international, pp.1499-1538 ; De Beys « le droit communautaire est-il applicable aux situations purement internes, à propos des discriminations à rebours dans le marché unique », JT dr. eur. 2001, p. 137-144 ; Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », CDE 2002 pp. 96-129 ; Claret H., « quelques remarques sur le champ d'application du droit communautaire : a propos du principe de liberté de circulation des marchandises et des situations purement internes » in Mélanges R. Decottignies, PUG, 2003, p. 107 ; Gaudin H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », R.A.E. – L.E.A/ 2003-2004/1, p.7-20 ; Picod F. Libre circulation et situation interne, RAE 2003-2004, I, p. 47 ; Kovar R., « Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose » RTDE eur. 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 215 ; Gervasoni S., Puissochet J-P., « droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne » in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, « juger l'administration, administrer la justice » Dalloz 2007, 882 p., pp. 717-732, spec. p 718.

<sup>37</sup> Le problème reste entier avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui ne contient pas non plus de disposition relative au champ d'application des libertés de circulation.

<sup>38</sup> Que ce soit par la condamnation de la mise en œuvre des lois de police nationale ou encore du fait des prétendues règles de conflit de lois cachées résultant des libertés de circulation.

<sup>39</sup> CJCE 20 février 1979, « Cassis de Dijon », aff. 120/78, Rec. I 649, point 8

<sup>40</sup> Arrêt « Schul », CJCE, 5 mai 1982, aff. 15/81, Rec. 1409, point 33.

<sup>41</sup> Livre blanc de la Commission du 14 juin 1985, COM (85), 310 final.

*les mesures prises en vertu de cet article produiraient des effets plus rapides et plus efficaces [...] »<sup>42</sup>.*

Une partie de la doctrine a alors pu soutenir que la garantie du bon fonctionnement du marché intérieur exigerait une homogénéité juridique poussée. Certains auteurs ont affirmé en ce sens que « *les différences qui existent entre les règles du droit dispositif des contrats se prêtent indubitablement à fausser la concurrence au sein du marché unique, entre les entreprises établies en divers Etats membres* »<sup>43</sup>, quand d'autres expliquaient que le système du marché intérieur aurait « *pour tâche exclusive de neutraliser les inconvénients qui [...] résultent [de la disparité des législations nationales] pour le particulier* »<sup>44</sup> car le plus souvent, « *l'impact d'une entrave [...] [serait] moins produit par une règle considérée isolément que par l'existence d'une disparité de règles nationales mises en conflit dans le cas particulier* »<sup>45</sup>.

Un autre courant doctrinal a alors vivement contesté la conception selon laquelle le droit communautaire exercerait une grande influence sur le droit privé des Etats membres au motif qu'elle se fonderait à tort, « *toute entière sur l'idée que la disparité des législations nationales en Europe serait, sinon constitutive, du moins génératrice d'entraves aux cinq grandes libertés que devait garantir l'achèvement du marché commun* »<sup>46</sup>.

Enfin, depuis les années 2000, d'autres voix se font entendre au sein de la doctrine suggérant que les libertés de circulation seraient un moyen d'exacerber une compétition législative entre les Etats membres<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Livre blanc de la Commission du 14 juin 1985, COM (85), 310 final, point 13 (nous soulignons).

<sup>43</sup> Basedow J., « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *Revint.dr.comp.*, n°1, Janvier-mars 1998, pp. 7-28, p. 13 ; du même auteur, « le marché unique, programme de déréglementation », *Rev. Internationale de droit comparé*, n°3, 1993, p. 624 A

<sup>44</sup> Fallon M., « Libertés communautaires et règle de conflit de lois », p. 31 à 80, point 4 p 34, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, édition Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires.

<sup>45</sup> M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », p 31 à 80, point 10 p 39, in « Les conflits de lois et le système juridique communautaire » sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, édition Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires

<sup>46</sup> Heuzé, V. « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* », Dalloz 2005, pp. 393-415, p. 393.

M. E. Cerexhe affirmait effectivement déjà en 1979 que « *l'intégration économique implique que l'on aille au-delà de la simple suppression des barrières douanières et contingentaires pour harmoniser, voir unifier, les politiques nationales. Elle ne peut se développer à travers des politiques économiques et sociales diversifiées* ». Cerexhe E. « La problématique juridique des phénomènes d'intégration », in *Mélanges Fernand Dehousse*, volume 2, « la construction européenne », 1979, pp. 11-17, p. 11.

<sup>47</sup> Ogus A., « Economic Analysis and Comparative Law » in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, éd. Sté de lég. Comp. 2000, p. 169 ; Wagner G., « The Economics of Harmonization : the Case of Contract Law », *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, p. 995 ; Muir Watt H., « Concurrence d'ordre juridique et conflits de lois privés » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* », Dalloz 2005, pp. 615-633. Dans cet article, l'auteur affirme : « *il est aujourd'hui incontestable que le concept [de concurrence législative] est très largement à l'œuvre dans la mise en place du marché intérieur européen. A travers le principe de reconnaissance mutuelle, qui met en concurrence les législations nationales dans le cas de fournitures transfrontières des biens et des services, la compétition législative est devenue une pièce essentielle du fonctionnement du marché intérieur ; la diversité des choix sociaux et économiques des Etats membres, loin de constituer un obstacle à l'intégration du marché intérieur, est perçue désormais comme le moteur même de celle-ci* » ; du même auteur, « *Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme* » in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* » Dalloz, éd. 2009, « Aspects économiques du droit international privé » *Rec. des Cours. La Haye*, 2004, vol. 307 ;

Pour une contestation de la pertinence d'une telle analyse, voir notamment les propos de M. J.-S. Bergé selon lequel rien ne permet « *de considérer que le droit communautaire a abandonné ou serait en train d'abandonner ce que nous pourrions appeler de manière générale une logique de coordination des législations nationales, [...] pour lui préférer une logique de*

Face à ces thèses pour le moins contradictoires et à ces prises de positions doctrinales parfois radicales et résolument antagonistes<sup>48</sup>, il faut analyser une nouvelle fois les décisions de la Cour de justice et vérifier ainsi si celle-ci condamne ou non, directement ou indirectement, l'existence d'une pluralité juridique au sein du marché intérieur.

C'est pourquoi notre travail consistera plus particulièrement à étudier de manière approfondie les arrêts de la Cour de justice.

13. C'est ainsi que nous serons amené à démontrer que la Cour de justice concilie pluralité juridique et exigence du marché intérieur en promouvant, plus ou moins délibérément, différentes formes de choix de loi.

Mais cette étude nous conduira à découvrir les limites posées par la Cour de justice elle-même, à ces facultés de choix de loi. La notion d'abus de droit communautaire développée par la Cour de justice en matière de libertés de circulation et encore relativement peu explorée par la doctrine<sup>49</sup> devra alors être approfondie.

---

concurrency ». Bergé J.-S. « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, pp. 113-136, sp. pt. 10, p. 121.

<sup>48</sup> Voir par exemple en ce sens la lettre ouverte de M. V. Heuzé au Président de la République par laquelle il soutient que les enseignants se déshonoreraient en enseignant le droit communautaire : « Car ils [les professeurs de droit] ne pourront plus longtemps se résoudre à se déshonorer, dans leurs écrits comme dans leur enseignement, en affectant de tenir pour du droit ce qui n'en est évidemment pas ». Heuzé V. « Lettre ouverte au Président de la République » JCP G 13 décembre 2006 p. 2313 ; puis du même auteur « L'honneur des professeurs de droit. Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit » JCP G. 7 mars 2007, p. 103.

En réaction : Lagarde P., Gaudemet-Tallon H. et Kassadjian C., « Observation sur la lettre ouverte au président de la République intitulée « L'union européenne, la démocratie et l'Etat de droit » JCP G. 10 janvier 2007, p. 18

<sup>49</sup> On ne recense à l'heure actuelle qu'une thèse portant spécifiquement sur le sujet : Noblet A. « La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire », thèse 2004, ss. la dir. de Monsieur J-S Bergé, 552 p.

En ce qui concerne les articles de doctrine, voir notamment : Nuyts A. « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruylant 2004, 745-790 ; Azzouz Z. « L'abus de droit dans les pays de la CEE : compte rendu de la conférence organisée par l'Institute for International Research », Les petites affiches, 1991, n°7, pp. 31-37 ; Boutarde-Labarde M.-C., « Abus du droit communautaire (à propos de l'arrêt CJCE 12 mai 1998 Kefalas) » La semaine juridique édition générale, 1998, n°52, I-189, p. 2260-2261 ; Combeaud S. « Quelle répression contre la fraude communautaire » Revue du marché commun et de l'Union européenne 2001, n°453, pp. 695-702 ; 5) ; Dana-Demaret S. « Peut-on commettre un abus de droit en demandant à une juridiction nationale d'assurer le respect et l'application du droit communautaire (à propos de l'arrêt CJCE 12 mai 1998 Kefalas) », Revue des sociétés, 1998, n°4, pp. 794-804 ; Ducouloux-Favard C. « Fraude et droit d'établissement dans l'Union européenne (à propos de l'arrêt CJCE 9 mars 1999 Centros LDT Petites affiches 1999, n°226, pp. 5-11 ; Fourgoux J.-C. « la fraude communautaire, de l'arrêt de la Cour du 21 septembre 1989 au nouvel article 209 A » Dalloz 1992, Chronique pp. 348-350) ; Lagondet F. « la CJCE confirme la possibilité de faire jouer les règles nationales écartant l'application du droit communautaire en vertu de la théorie de l'abus de droit » Europe 1998, n°7 p. 9 ; Lagondet F. « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », Journal des tribunaux, Droit européen 2003, n°95, pp. 8-11 ; Karayannis V., « L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire (à propos de l'arrêt Kefalas) » CDE 1999, n°5-6, p. 521 ; 12) ; Kjølgrén A. « On the border of abuse: the jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud, Abuses of Community Law », in *Services and free movement in EU law*, M. Andenas and W-H Roth (dir.) BIICL Oxford University Press, 2002, pp. 245-277 ; 13) ; Neville-Brown L. « is there any principle of Abuse of Rights in the European Community Law » in *Essays in honour of Henry Schermers*, MNP, vol. II, 1994, pp. 551-604 ; 14) ; Simon D. « Vers la reconnaissance progressive de la théorie de l'abus de droit communautaire de l'abus de droit », Europe, 2001, n°2, Commentaire 52, pp. 14-15 ; Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », Mélanges G. Isaac, PUSS, 2004, pp. 561-587 ; Triantafyllou D., « Abuse of Rights versus Primacy » CMLR, 1999, p. 157 ; 17 ; Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », CDE, 2002, pp. 611-632 ; Verhoeven J. « Abus, fraude ou habileté (à propos de l'arrêt Poulsen de la Cour de justice) », in *La loyauté, Mélanges en l'honneur de E. Cereixe*, Larcier 1997, pp. 407-425 ; Waelbroeck Denis, « la notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », mélanges en hommage à Jean-Victor Louis, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616 ; Fallon M. « la délocalisation comme

\*

\*\*

**14. Les difficultés de l'étude.** Le chemin qui mène à cette clarification de la gestion de la pluralité juridique par le biais des libertés de circulation est cependant difficile d'accès.

La première difficulté rencontrée est d'ordre terminologique<sup>50</sup>. En effet, les notions du droit communautaire ne sont jamais clairement définies dans le traité<sup>51</sup> CE et la Cour de justice fournit à cet égard des éléments d'interprétation incertains et fluctuants<sup>52</sup>. Le lexique communautaire soulève ainsi des controverses sémantiques alimentées par les formules de la Cour de justice dont la clarté n'est pas toujours la première vertu. Il en va ainsi des notions d'intégration, d'opérateur économique, de reconnaissance mutuelle, de mesure d'effet équivalent, de circulation, de discrimination, d'abus de droit etc. La doctrine ne s'attache pas assez souvent non plus à tenter de définir chacune des notions communautaires qu'elle vise. Or, le langage du droit doit être clarifié « *pour pouvoir savoir à quels faits la règle s'applique, et la teneur de sa prescription* »<sup>53</sup>. Il sera donc indispensable à notre étude de définir avec précision, toutes les notions communautaires envisagées.

La difficulté des recherches conduites en droit communautaire trouve également sa source dans le mode de fonctionnement de ce droit, qui, en matière de libre circulation, se construit au cas par cas, au fur et à mesure du développement de la jurisprudence communautaire. Les libertés de circulation consacrées par le traité CE<sup>54</sup> apparaissent ainsi souvent encore rétives à une systématisation<sup>55</sup> permettant d'envisager simplement leur fonctionnement sous l'angle d'une règle unitaire, abstraite, défini *a priori*.

---

instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, Mélanges offerts à Etienne Cereche*, ed. Larcier, 1997, sous la dir. de Joe Verhoeven, 165-188.

<sup>50</sup> Voir à ce sujet de H. L. A. Hart « L'importance des définitions en droit » in *Le positivisme juridique* ss. la dir. de C. Grzegorzcyk, F. Michaut, M. Troper, L.G.D.J. 1992. L'auteur relève que « *en droit, comme ailleurs, il arrive de connaître sans comprendre* ».

<sup>51</sup> Il en va de même dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>52</sup> A cet égard, Mme S. Poillot-Peruzzetto indique que « *s'il existe une culture juridique européenne, elle ne passe pas par l'importance des concepts. Le droit communautaire, droit économique par excellence, s'intéresse surtout à la réalité et souffre parfois que son accès doivent passer par des concepts. C'est ainsi que, à chaque fois qu'il le peut le droit communautaire se passe de la qualification juridique. [...]* ». « Les concepts en droit communautaire » in *Vers une culture juridique européenne*, Montchrestien, 1998.

Egalement en ce sens : Schapira J. « Concepts économiques et droit européen », J.D.I. 1972, p. 6 ; Simon D., « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impressionnisme ou réalisme ? » in *Mélanges Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 716 ; Bauer-Bernet H., « Notions indéterminées et droit communautaire » in *Les notions à contenu variable en droit*, ss. la dir. de C. Perelman et R. Van der Elst, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 264

<sup>53</sup> Batiñol « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique » in *Mélanges à Gabriel Marty*, 1978, pp. 35-44, p. 40

<sup>54</sup> Et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>55</sup> La notion de système est définie comme un « *ensemble de règles, considéré sous le rapport de ce qui en fait la cohérence, celle-ci pouvant tenir, s'il s'agit du droit d'un pays, aux caractéristiques nationales de ce dernier, ou s'il s'agit au sein d'un ordre juridique, d'un faisceau de règles, au parti législatif qui l'inspire* », Cornu G. « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, Puf, 7<sup>ème</sup> éd. 2005.

Enfin, la difficulté est encore renforcée par les exigences de l'interprétation téléologique des dispositions du traité CE<sup>56</sup> relatives aux libertés de circulation dont la finalité reste encore principalement économique. Le sens et la portée de ces règles juridiques doivent ainsi être analysés en contemplation d'un objectif dit d'intégration économique difficile à appréhender pour le juriste<sup>57</sup>.

\*

\* \*

- 15. Enjeu et objectif de la thèse.** Nous pensons que l'hostilité qu'engendre parfois le droit communautaire et, plus particulièrement encore les libertés de circulations telles qu'elles sont interprétées par la Cour de justice pourrait à terme mettre en péril l'existence même du droit communautaire.

En effet, les rapports qu'entretiennent la pluralité juridique et les libertés de circulation soulèvent la question absolument fondamentale de la légitimité du droit communautaire.

A notre sens, la pérennisation et même la survie du droit communautaire dépendent donc ainsi grandement de la légitimité de ses interventions et d'une meilleure compréhension des objectifs poursuivis par les libertés de circulation.

Rappelons à titre de prémisse que la Communauté ne dispose que de compétences d'attribution et que, par conséquent les libertés de circulation ont nécessairement un champ d'application limité.

Notre étude de la gestion de la pluralité juridique par les libertés de circulation a ainsi tant pour objet de faire toute la lumière sur le champ d'application des libertés de circulation, sur les causes et la nature des réglementations nationales sanctionnées par la Cour de justice, que de mesurer la portée réelle du mécanisme de la reconnaissance mutuelle à l'aune de la jurisprudence de la Cour.

Nous tenterons également de convaincre de l'importance de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'abus. En effet, en développant spontanément ce mécanisme, la Cour de justice a réaffirmé clairement l'objectif de mobilité distinct et propre à chacune de liberté de circulation. Ce faisant, conformément à la logique d'interprétation téléologique qui est la sienne, la Cour de justice livre le critère d'invocabilité pertinent de chacune liberté de circulation.

---

<sup>56</sup> Tout comme du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>57</sup> En ce sens voir les propos de M. A. Racllet que relève au sujet du droit communautaire des affaires que « *sa finalité économique explique ses traits les plus caractéristiques. Ainsi le développement d'une approche pragmatique et expérimentale des situations aux dépens d'une construction rationnelle ou scientifique, exprime une volonté de constante adaptation à la réalité mouvante des faits économiques. [...] Le contenu économique de ce droit justifie la reprise de postulats (rationalité calculatrice des agents économiques, coûts de transaction, principe de proportionnalité, etc.) de concepts (libre circulation des marchandises, libre concurrence, entreprise, etc.) et d'analyse empruntés aux sciences économiques* ». Racllet A. « Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publiques nationales », Dalloz, 2002, pt. 10, p. 11.

Celui-ci devrait systématiquement être mis en œuvre pour juger de l'applicabilité du droit communautaire des libertés de circulation au cas d'espèce. **C'est à notre sens à cette seule condition que l'éviction des droits nationaux impératifs par le choix de loi – de source communautaire – des opérateurs économiques peut être licite. C'est en effet à cette seule condition que le droit communautaire peut légitimement offrir aux opérateurs économique la faculté de déroger au droit national impératif.**

Aussi appelons nous de nos vœux une modification de la méthode de sanction de l'abus en matière de libertés de circulation. L'abus qui révèle que l'objectif de mobilité des libertés de circulation n'est pas satisfait au cas d'espèce doit conduire à considérer que les conditions d'application du droit communautaire ne sont pas non plus réunies.

- 16. La construction de l'étude.** Nous mènerons cette étude critique de la gestion de la pluralité juridique par les libertés de circulation en quatre temps.

**Dans un premier temps** nous nous attacherons à l'étude de **l'articulation problématique des compétences communautaires et étatiques.**

Nous rappellerons ainsi que si la pluralité juridique est la manifestation légitime de l'exercice par les Etats membres de leurs compétences normatives, les libertés de circulation fragilisent cette compétence étatique.

Elles permettent non seulement à la Cour de justice de porter une appréciation critique sur l'activité normative des Etats membre, mais également aux opérateurs économiques de se soustraire au droit national que les Etats membres souhaiteraient voir appliquer.

L'impact de ce conflit de compétences dépend donc pleinement du champ d'application matériel des libertés de circulation et de leurs critères d'invocabilité au cas d'espèce.

Or, nous démontrerons qu'il faut à présent, d'une part admettre que le champ d'application matériel des libertés de circulation ne peut pas être précisément *a priori* défini et, d'autre part, que la Cour de justice fait le choix discrétionnaire, de ne pas subordonner le bénéfice des libertés de circulation à des critères d'invocabilité clairs et précis.

Ce faisant, elle autorise les opérateurs économiques à se soustraire au droit national alors même que la compétence du droit communautaire au cas d'espèce n'est pas garantie.

Il en résulte une fragilisation de l'autorité du droit national d'autant plus importante que l'on ne saurait exclure de manière catégorique certaines matières du domaine d'application des libertés de circulation.

**Dans un deuxième temps** nous nous attacherons à identifier les raisons et les hypothèses dans lesquelles **la pluralité juridique peut porter atteinte au droit communautaire**.

Nous établirons que la Cour de justice se refuse à considérer que la diversité serait en elle-même difficilement conciliable avec le bon fonctionnement du marché intérieur. La Cour condamne en fait le plus souvent l'application successive des réglementations impératives. C'est donc beaucoup plus l'impérativité des règles de droit que le constat de leur diversité que la Cour stigmatise et condamne.

**Dans un troisième temps** nous démontrerons en conséquence que la Cour de justice cherche à concilier pluralité juridique et bon fonctionnement du marché intérieur en réduisant les domaines d'impérativité nationale. Elle déduit en effet des libertés de circulation un mécanisme de **reconnaissance mutuelle** qui ouvre aux opérateurs économiques des facultés de **choix de loi** en des matières jugées impératives par les Etats membres.

**Dans un quatrième et dernier temps** nous exposerons que ce rétrécissement des domaines d'impérativité nationale au sein du marché intérieur ne nous semble en soi pas contestable lorsque les conditions d'application du droit communautaire sont effectivement réunies.

La Cour de justice semble d'ailleurs en avoir conscience. Elle a ainsi développé **une notion d'abus de droit communautaire qui limite** la portée des libertés de circulation et donc, également, **les facultés de choix de loi** qu'elles consacrent.

Par celle-ci, la Cour sanctionne les recours aux libertés de circulation qui ne satisfont pas l'objectif de mobilité particulier et propre à chaque liberté de circulation.

Nous nous efforcerons alors d'identifier précisément ces objectifs particuliers de mobilité appliqués à chaque liberté de circulation et appellerons de nos vœux une modification de la sanction de l'abus de droit.

L'application des libertés de circulation aux opérateurs économiques doit être subordonnée à la démonstration préalable que l'objectif de mobilité des libertés de circulation a été satisfait au cas d'espèce. C'est à cette seule condition que l'éviction des droits nationaux nous semble pouvoir être légitime.

Une modification de la jurisprudence de la Cour en ce sens permettrait de préserver l'autorité du droit national de garantir la légitimité de l'application du droit communautaire et, ce faisant, également d'apaiser quelque peu, du moins on peut l'espérer, les débats doctrinaux relatifs aux libertés de circulation.

17. De cette présentation de la réflexion que nous nous proposons de mener peut se déduire les deux grandes étapes de notre raisonnement. Après avoir traité des enjeux et des raisons de **la difficile conciliation de la pluralité juridique avec les libertés de circulation** (première partie), nous porterons un regard critique sur la méthode retenue par le droit communautaire pour faire face à cette difficulté : **la conciliation** de la pluralité juridique avec les libertés de circulation **par le développements de nouvelles facultés de choix de loi déduites des libertés de circulation** devrait, selon nous, être mieux délimitée pour être plus certainement légitime (seconde partie).



**PREMIERE PARTIE**  
**LA DIFFICILE CONCILIATION DE LA PLURALITE JURIDIQUE AVEC LES**  
**LIBERTES DE CIRCULATION**

18. La pluralité juridique existant au sein du marché intérieur est souvent présentée, tant par la doctrine que par la Cour de justice elle-même, comme problématique.

Cette présentation des rapports qu'entretiennent la pluralité juridique et les libertés de circulation conduit à s'interroger sur les raisons pour lesquelles une certaine pluralité juridique perdure au sein du marché intérieur. Elle conduit également à se demander comment les libertés de circulation permettent d'appréhender le phénomène de la pluralité juridique.

En d'autres termes, les tensions que peuvent générer l'existence d'une pluralité juridique au sein du marché intérieur soulèvent la question de **l'aménagement et de la coordination des compétences communautaires et étatiques**.

19. Aussi s'agit-il ici tant de vérifier si les Etats membres exercent légitimement leur compétence normative de laquelle résulte la pluralité juridique, que d'examiner si, et dans quelle mesure, le droit communautaire autorise un contrôle de cette activité normative des Etats par le biais des libertés de circulation.

La question de **la légitimité des Etats membres à légiférer et de la Cour de justice à contrôler**<sup>58</sup> dans relevant du en lien avec domaine du marché intérieur, est ainsi un préalable indispensable à notre réflexion sur la gestion communautaire de la pluralité juridique au sein du marché intérieur.

20. Il sera établi d'une part qu'il résulte de la rencontre des compétences communautaires et étatiques au sein du marché intérieur une pluralité juridique sous contrôle communautaire et, d'autre part que la pluralité juridique peut parfois gêner le bon fonctionnement du marché intérieur et, ce faisant, être condamnée par la Cour de justice.

Ainsi, après avoir exposé le plus clairement possible **les principes regissant l'articulation des compétences communautaires et étatiques** (Titre I), nous nous livrerons à une **appréciation critique de la jurisprudence de la Cour de justice amenée à se prononcer sur les atteintes au droit communautaire nées de la pluralité juridique** (Titre II).

---

<sup>58</sup> La légitimité des interventions de la Cour de justice est une problématique très actuelle comme en témoigne l'article de l'ancien Président de la République Fédérale d'Allemagne : Herzog R. Gerken L. « Stoppez la Cour de justice des Communautés européenne », in *FAZ*, 8 septembre 2008, (nous traduisons) et le recours porté devant le Bundesverfassungsgericht (Cour constitutionnelle allemande) contre une décision de la Cour de justice des Communautés européennes.

## TITRE I

### LES PRINCIPES REGISSANT L'ARTICULATION DES COMPETENCES COMMUNAUTAIRES ET ETATIQUES.

21. L'articulation des compétences communautaires et étatiques est complexe et même, pour les Etats membres, relativement inquiétante.

En effet, si le principe d'une compétence normative, c'est-à-dire d'un pouvoir d'élaborer des règles de droit<sup>59</sup>, des Etats membres est consacré par le droit communautaire, celui-ci la **fragilise** aussitôt à deux égards.

D'une part, le Traité<sup>60</sup> octroie à la Communauté un pouvoir de contrôle de l'activité normative étatique. De l'existence même d'un tel pouvoir de contrôle, il résulte un **puissant encadrement des compétences normatives étatiques**.

D'autre part, la portée de ce contrôle communautaire paraît véritablement insaisissable. Effectivement, le champ d'application des dispositions relatives aux libertés de circulation fondant ce contrôle communautaire est à ce point incertain qu'il est presque **impossible de tracer les limites du contrôle communautaire** de l'activité normative étatique.

22. Ainsi, après avoir exposé le mécanisme du **maintien des compétences étatiques sous contrôle communautaire** (chapitre I), contesterons-nous la pertinence de certaines positions de la Cour de justice à l'origine de **l'étendue incertaine du contrôle communautaire par les libertés de circulation** (chapitre II).

## CHAPITRE I

### LE MAINTIEN DES COMPETENCES ETATIQUES SOUS CONTROLE COMMUNAUTAIRE

23. Tandis que la reconnaissance d'une compétence normative – que l'on peut définir comme le pouvoir d'élaborer des règles de droit – des Etats membres dans le domaine du marché intérieur génère une pluralité juridique *a priori* légitime, le contrôle communautaire de l'exercice de cette compétence étatique remet en question le pouvoir normatif **effectif** des Etats membres.

---

<sup>59</sup> La norme est définie comme « un terme scientifique employé parfois dans une acception générale, comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale) qui évoque [...] spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite et qui offre l'avantage de viser de manière générale toutes les règles présentant ce caractère, quel qu'en soit la source (loi, traité [...]) ou l'objet ». Comu, Vocabulaire juridique, Puf, 2000.

<sup>60</sup> Tout comme le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Afin de comprendre cet apparent conflit de compétences nationales et communautaires, il convient donc d'identifier les bases juridiques communautaires préservant d'une part la compétence normative des Etats et, d'autre part, celles fondant le pouvoir de contrôle communautaire de l'exercice des compétences étatiques.

Après avoir rappelé que **la pluralité juridique a pour origine** la reconnaissance communautaire des compétences normatives étatiques (Section I), nous démontrons comment l'origine du conflit de compétences trouve plus particulièrement sa source dans le pouvoir de **contrôle communautaire de l'exercice des compétences étatiques** (Section II).

## Section I L'origine de la pluralité juridique

24. La compréhension de la particularité du conflit de normes communautaires et étatiques invite à se poser une question préalable fondamentale : La Communauté dispose-t-elle d'une compétence normative, c'est-à-dire d'un pouvoir d'élaborer des règles de droit, en matière de marché intérieur ? Dans l'affirmative le maintien d'une compétence normative des Etats membres est-il possible ?

Si, en vertu de l'article 5§1 du traité CE<sup>61</sup>, « *la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité* », les articles – notamment – 94 et 95 du traité CE<sup>62</sup>, donnent compétence à la Communauté pour adopter des actes de droit dérivé relatifs « *au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membre qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* »<sup>63</sup>.

Ces deux textes mettent en exergue que, si le principe général est la compétence de droit commun des Etats membres, dans le domaine particulier du marché intérieur, compétences normatives étatiques et communautaires sont partagées<sup>64</sup>. Ce constat soulève de nombreuses interrogations quant aux modalités de ce partage de compétences. En effet, ce partage permet-il encore aux Etats membres de légiférer et donc de laisser subsister une certaine pluralité juridique au sein de la Communauté ?

---

<sup>61</sup> L'article 5 du traité sur l'Union européenne dispose : « *Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. [...] En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres* ».

On retrouve la même idée dans l'article 7 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui dispose : « *l'Union veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs et en se conformant au principe d'attribution des compétences* ».

<sup>62</sup> Ces articles correspondent aux articles 115 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>63</sup> Article 95 TCE (et article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

<sup>64</sup> On retrouve chez les auteurs alternativement les termes de compétences partagées, concurrentes ou parallèles. Nous retiendons le terme « compétence partagée », car il s'agit de celui qui fut finalement retenu dans la Constitution européenne rejetée ainsi que dans le traité de Lisbonne.

25. Nous entendons ici souligner que **la persistance de la pluralité juridique au sein de la Communauté est non seulement le produit logique et légitime de la répartition des compétences normatives communautaires et étatiques, mais également voulue par la Communauté.**

Après avoir rappelé que **la pluralité juridique** pourrait paraître **inquiétée par la compétence normative communautaire en matière de marché intérieur (§ I)**, nous démontrerons qu'il résulte en fait des modalités de ce partage de compétences normatives que **la pluralité juridique** y est nécessairement **préservée (§ II)**.

### **§ I. La pluralité juridique inquiétée par la compétence communautaire en matière de marché intérieur**

26. Force est de constater que le principe de répartition des compétences semble de prime abord favorable aux Etats membres. En effet la Communauté ne dispose pas d'une compétence de droit commun mais d'une simple compétence d'attribution.

Néanmoins, l'étude des compétences communautaires révèle une complexité car, nous le démontrerons, celles-ci sont gouvernées par un principe dit d'intégration économique. L'intégration est, nous le démontrerons également, une méthode communautaire de régulation du marché intérieur par le droit qu'il convient d'expliquer clairement pour mieux comprendre la répartition des compétences.

C'est ainsi que, après avoir rappelé l'important **principe des compétences d'attribution de la Communauté (A.)**, nous tenterons d'expliquer, à l'aide du **concept d'intégration** pourquoi, dans le domaine du **marché intérieur**, la Communauté se voit attribuée par le traité CE **une compétence normative (B.)**.

#### **A. Le principe des compétences d'attribution de la Communauté**

27. A la lecture du traité CE, un premier constat s'impose. Il n'y est pas rédigé de clause générale de répartition des compétences<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Voir notamment en ce sens : Simon D. *Le système juridique communautaire*, Puf 3<sup>ème</sup> éd. 2001, pt. 87, p. 129 ; ou encore les propos de Mme V. Michel qui remarque que « *c'est une évidence que de rappeler que le traité ne contient aucune présentation systémique des compétences communautaires* », Michel V., « 2004 : le défi de la répartition des compétences » *C.D.E.* 2003, n°1, pp. 27-86, p. 21. M. F. Viangalli affirme ainsi que « *le traité manque aujourd'hui d'une répartition claire des compétences communautaires et nationales. En effet, s'il énumère effectivement les domaines dans lesquels la Communauté est fondée à intervenir, il n'énonce pas pour autant des critères généraux et synthétiques qui permettraient de savoir dans n'importe quelle situation lesquelles des autorités nationales ou communautaires, sont compétentes pour intervenir. Or ce manque de maturation du droit communautaire n'est pas sans compliquer sa mise en relation avec la théorie des conflits de lois* ».

Cette absence rend difficile la délimitation précise des compétences étatiques et communautaires.

28. Pourtant, comme toute organisation créée par des Etats souverains, la Communauté est un sujet de droit dérivé. De ce fait, à la différence des Etats, elle ne jouit pas « *de la généralité et de la plénitude des compétences* »<sup>66</sup>. Ses compétences doivent donc nécessairement avoir été déterminées par un texte fondateur.
29. En d'autres termes, entité juridique de droit dérivé, la Communauté ne peut disposer de compétence qu'en vertu du principe d'attribution<sup>67</sup>. Ce principe est d'ailleurs affirmé par l'article 5§1 du traité CE<sup>68</sup>, selon lequel « *la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées* ». Par voie de conséquence, ce principe d'attribution impose que « *tout exercice de la compétence communautaire [...] trouve son fondement dans une disposition du traité qu'il convient d'identifier avant d'entreprendre une action* »<sup>69</sup>.
30. De ce caractère d'attribution des compétences communautaires, il faut déduire, *a contrario*, que la compétence des Etats membres est la compétence de droit commun.

En d'autres termes, en l'absence d'un fondement textuel précis, les Etats membres n'ont pas transféré leur compétence à la Communauté qui n'est alors donc pas compétente. Comme le rappelle un auteur, « *le principe selon lequel la Communauté ne dispose que des compétences qui lui ont été attribuées implique que les Etats membres restent titulaires des prérogatives ordinaires de souveraineté* »<sup>70</sup>. Reste alors à déterminer

---

Viangalli, F. « Théorie des conflits de lois et droit communautaire », Presse universitaire d' Aix Marseille 2004, 515 p., pt. 15, p. 19.

Le traité sur le fonctionnement de l' Union européenne présente incontestablement l' avantage de procéder à une telle répartition des compétences dans son titre I intitulé « Catégories et domaines de compétences de l' Union ».

<sup>66</sup> Kovar R., « Compétences des Communautés européennes », Juris-Classeur Europe, 2, fasc. 420, pt. 11, p. 3

<sup>67</sup> Ce principe est d' ailleurs souvent rappelé par la doctrine. Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l' expérience de la Communauté européenne », 1995, tome 253, pp.9-282, pt. 3, pp. 30. Ainsi par exemple, Mme L. Idot, dans un article consacré au champ d' application spatial du droit communautaire, indique-t-elle, à cet égard, qu' il est nécessaire « *de garder en mémoire le fait que la Communauté ne dispose que de compétences d' attribution* ». Idot L., « Variations sur le domaine spatial d' application du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l' honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 431- 453, pt. 2, p. 431.

Mme V. Michel insiste également sur le fait que « *la Communauté est un « construit », une organisation créée par les Etats. Elle est donc un sujet dérivé dont les compétences sont déterminées dans le texte fondateur, le traité de Rome. Par conséquent, à la différence d' un Etat qui peut se saisir de toute question, la Communauté ne peut intervenir que dans les limites des compétences qui lui sont attribuées. La délimitation de sa compétence s' opère donc en application du principe des compétences d' attribution. Il en résulte d' une part, que la Communauté ne jouit que des compétences mentionnées dans la carte constitutive et, d' autre part, que la compétence des Etats est de droit commun* », Michel V., « 2004 : le défi de la répartition des compétences » *C.D.E.* 2003, n°1, pp. 27-86, p. 31.

<sup>68</sup> Et reprenons pour la première fois de manière explicite par l' article 5 du traité sur l' Union européenne.

<sup>69</sup> Jacqué J.-P., *Droit institutionnel de l' Union européenne*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2006 Série Droit public, coll. Cours, pt. 186, p. 130.

<sup>70</sup> Lenaerts K. « Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d' Amérique et dans l' ordre juridique européen », Bruylant, Bruxelles, 1988, pt. 406, p. 481.

l'ampleur des compétences particulières effectivement attribuées à la Communauté par le Traité.

31. Le principe d'attribution des compétences implique que le traité de Rome, texte fondateur, contienne nécessairement des dispositions réglant la question des compétences communautaires.

Aussi, en l'absence d'une liste énumérative et limitative des compétences communautaires, il convient de rechercher, dans l'ensemble du traité CE, les dispositions éparses livrant quelques informations à ce sujet.

La disposition principale à ce sujet est l'article 5 du traité CE<sup>71</sup> qui fut introduit à l'occasion du traité de Maastricht<sup>72</sup>. Considéré comme la « *base des relations entre la Communauté et les Etats membres* »<sup>73</sup>, cet article dispose que « *la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité* ».

32. Si l'article 5 du Traité ne fait pas d'énumération des matières juridiques relevant de la compétence communautaire, il livre néanmoins le critère de la compétence communautaire. En effet, la Communauté est compétente dès lors que cela est nécessaire pour la réalisation des objectifs communautaires.

Les compétences communautaires doivent donc être déterminées au regard du principe de spécialité<sup>74</sup> qui signifie, selon la définition qu'en donne M. Ch. Chaumont que « *l'organisation doit demeurer un moyen, pour une fin dont elle est l'agent de réalisation* »<sup>75</sup>. Ainsi que le soutient un auteur, « *la Communauté a été créée pour réaliser des objectifs déterminés, énoncés dans les dispositions liminaires du Traité. Le principe d'attribution est donc complété par le principe de spécialité signifiant que les compétences attribuées sont celles permettant la réalisation des objectifs et des missions imparties à la Communauté* »<sup>76</sup>. Les compétences sont ainsi fonctionnelles et donc également susceptibles d'évolution.

---

<sup>71</sup> L'article 5 du traité sur l'Union européenne dispose : « *Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Le principe de subsidiarité et de proportionnalité régit l'exercice de ces compétences. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans la limite des compétences que les Etats membres lui sont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres* ».

<sup>72</sup> Traité de Maastricht signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993.

<sup>73</sup> Article 5, in *Commentaire article par article*, sous la dir. de P. Léger, Hebling & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000, pt. 1, p. 172.

<sup>74</sup> V. notamment à ce sujet Chaumont C., « La signification du principe de spécialité des organisations internationales » in *Mélanges Rolin*, 1964, p. 55.

<sup>75</sup> Chaumont Ch., « la signification du principe de spécialité des organisations internationales » in *Problème de droit des gens, Mélanges offert à H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 5-66, p. 59.

<sup>76</sup> Michel V., « 2004 : le défi de la répartition des compétences » *C.D.E.* 2003, n°1, pp. 27-86, p. 31.

Reste alors à déterminer ce que sont les compétences normatives<sup>77</sup> de la Communauté nécessaires à la réalisation de sa mission dans le domaine du marché intérieur.

## **B. La compétence de la Communauté en matière de marché intérieur expliquée par le concept d'intégration**

33. Ainsi qu'en témoigne notamment l'article 14 du traité CE<sup>78</sup>, parmi les objectifs assignés à la Communauté, figure en première liste **la réalisation du marché intérieur**.

La Communauté doit donc disposer, en vertu du traité CE, d'une compétence pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

Mais, comment réaliser un tel objectif, de quel type de compétences la Communauté a-t-elle besoin pour atteindre cet objectif ? Quelles compétences le Traité octroie-t-il à la Communauté pour réaliser cet objectif ?

34. Il convient tout d'abord de bien cerner ce qu'est le marché intérieur. Selon l'article 14 al. 2 du traité CE<sup>79</sup>, le marché intérieur est « [...] un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée ». En d'autres termes, il s'agit d'un espace au sein duquel les activités économiques doivent être aussi fluides qu'au sein d'un marché national<sup>80</sup>.

35. Cette définition du marché intérieur correspond à ce que l'on nomme **en économie, l'intégration**<sup>81</sup>.

Cette notion économique d'intégration est, à notre sens, fondamentale. Elle permet, en effet, parfaitement, de cerner les contours des compétences dévolues à la Communauté dans le domaine du marché intérieur.

---

<sup>77</sup> La norme est définie comme « un terme scientifique employé parfois dans une acception générale, comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale) qui évoque [...] spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite et qui offre l'avantage de viser de manière générale toutes les règles présentant ce caractère, quel qu'en soit la source (loi, traité [...]) ou l'objet ». Comu, Vocabulaire juridique, Puf, 2000.

<sup>78</sup> Article 14§1 Traité CE : « la Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur [...] ». L'article 26 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose : « L'Union adopte les mesures destinées à établir ou à assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités ».

<sup>79</sup> Devenu 26 § 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>80</sup> Voir en ce sens les propos de M. P. Leleux qui rappelait à ce sujet la volonté de « construire une organisation économique de caractère unitaire dans laquelle le jeu des forces économiques doit se développer sans cloisonnement et, dans toute la mesure du possible, à l'image de ce qui se passe dans un marché national ». Leleux P., « Le rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *C.D.E.*, 1975, pp. 129-164, p. 130.

<sup>81</sup> En ce sens M. D. Simon remarque que « les objectifs économiques de la construction européenne sont le plus souvent définis par référence au concept d'intégration. Cette notion renvoie en premier lieu à une conception libérale assimilant l'intégration économique à l'intégration des marchés », Simon D., *Le système juridique communautaire*, Puf 3<sup>ème</sup> éd., 2001, collection droit fondamental, pt. 15, p. 28.

Il faut donc immédiatement en préciser le sens<sup>82</sup>.

Une définition s'avère d'autant plus nécessaire que le terme d'intégration, très souvent utilisé en droit communautaire mais trop rarement défini avec précision par les auteurs<sup>83</sup>, peut revêtir diverses significations.

36. L'utilisation du terme d'intégration pour qualifier le droit communautaire a principalement été promue par M. P. Pescatore<sup>84</sup> afin de rendre compte de la spécificité de ce droit et de son mode de construction.

Le terme intégration appliqué au droit communautaire tend alors à le distinguer du droit international « classique »<sup>85</sup>.

De manière générale, il permet de mettre en lumière les caractères propres au droit communautaire d'un point de vue institutionnel<sup>86</sup>. En schématisant, on pourrait indiquer

---

<sup>82</sup> Le terme intégration est défini dans le Petit Robert comme une « opération par laquelle un individu ou un groupe s'incorpore à une collectivité, à un milieu ».

<sup>83</sup> Dans bon nombre d'ouvrages, le terme d'intégration ne figure pas dans les indexes : Cartou L., Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., « L'Union européenne », Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2004, Coll. Précis, Droit public, science politique ; Druesne G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, 8<sup>ème</sup> éd., 2006, Puf, collection droit fondamental ; De la Fuente Félix, *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 1998 ; Dubouis L., Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, Donat, droit public, 4<sup>ème</sup> éd., 2006 ; Pertek J. *Droit matériel de l'Union européenne*, Puf, coll. Thémis Droit, 2005 ; Dans le manuel de MM. G. Isaac et M. Blanquet, seul le terme d'intégration immédiate qui vise spécifiquement le phénomène de l'incorporation des traités CE dans l'ordre juridique interne des Etats membres, est inventorié, Isaac G., Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey Université, 9<sup>ème</sup> ed. 2006.

Voir cependant pour une présentation récente et relativement claire de la notion : Bergé J.-S., Robin-Olivier S., *Introduction au droit européen*, Thémis Droit Puf, 2008, pt. 129, p. 103

<sup>84</sup> Même si, comme il le précise lui-même, il n'est « pas l'inventeur du mot « intégration » [qui] figure déjà à l'article XXIV de l'accord du GATT, qui dans son paragraphe 4, encourage « une intégration plus étroite des économies des pays participants [...] ». Pescatore P., « Le droit de l'intégration », coll. Droit de l'Union européenne dirigée par F. Picod, réimpression Bruylant 2005, (1<sup>ère</sup> publication 1972), Préface, p. 5.

Voir également en ce sens les contributions des mélanges qui lui ont été offerts : « Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore », éd. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987

Le terme d'intégration se retrouve en outre dans le préambule du Traité sur l'union européenne qui vise notamment, les « étapes ultérieures à franchir pour faire progresser l'intégration européenne ».

<sup>85</sup> Voir principalement à ce sujet Pescatore P., « Le droit de l'intégration », coll. Droit de l'Union européenne dirigée par F. Picod, réimpression Bruylant 2005, (1<sup>ère</sup> publication 1972), du même auteur, « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration » *C.D.E.*, 1976, 1, p. 148

Selon la définition qu'en donne M. G. Cornu, en droit international public, le terme d'intégration signifierait « le transfert de compétences étatiques d'un Etat à une organisation internationale dotée de pouvoir de décision et de compétence supranationales ».

<sup>86</sup> L'intégration est alors définie comme « le processus progressif par lequel les Etats membres mettent en commun un certains nombres d'activités et créent des institutions supranationales pour assurer la régulation de ces activités. La spécificité de l'intégration européenne réside dans la mise en place d'un ordre juridique propre qui s'impose aux Etats membres, et qui est garanti par des organes indépendants tels que la Commission européenne ou la Cour de justice des Communautés européennes », Grossman E., Irondele B., Saunegger S., « Les mots de l'Europe, lexique de l'intégration européenne », « intégration », p. 161, Voir sur cette question, Ben Rosamond « Theories of European Integration » Londres, Macmillan, 1999, 232p. ; Desmond Dinan « Ever Closer Union : An Introduction to European Intergration », Londres, Macmillan 1999, 597 p.

Selon M. J. Schapira, M. George Le Tallec, M. J.-B. Blaise et Mme L. Idot, « l'intégration [serait] un processus économique lié à la création des Communautés : inversant, en effet, le credo traditionnel, les traités d'origine conditionnent l'unification politique du sous continent européen à l'établissement préalable, par symbiose et par harmonisations, de solidarités économiques. [...] le concept d'intégration [serait] apparu pour désigner une évolution opérationnelle [...] enrichie d'une dimension stratégique ». Schapira J., Le Tallec G., Blaise J.-B., Idot L., « Droit européen des affaires », tomes 1, 5<sup>ème</sup> éd. 1999, Puf, p. 16.



que deux éléments caractérisent principalement ce phénomène d'intégration communautaire. Il s'agit, d'une part du transfert de souverainetés au profit de la Communauté duquel il résulte la création d'un ordre juridique communautaire propre et, d'autre part, de son caractère dynamique ou en d'autres termes évolutif<sup>87</sup>.

Cette acception du terme intégration n'est donc pas pertinente pour cerner plus spécifiquement la notion de marché intérieur.

37. L'utilisation de la notion d'intégration en droit communautaire peut également faire référence à sa conception économique<sup>88</sup>.

En effet, l'intégration, notion d'économie<sup>89</sup> est définie de la façon la plus générale comme « *un processus qui conduit plusieurs économies distinctes à former un seul espace économique* »<sup>90</sup>.

Tel est bien l'objectif assigné par le traité CE à la Communauté lorsque le bon fonctionnement du marché intérieur est visé.

L'intégration économique communautaire<sup>91</sup> correspond donc au décloisonnement des marchés nationaux afin de créer au sein de la Communauté, les mêmes conditions économiques que celles existant au sein d'un marché intérieur, c'est-à-dire national<sup>92</sup>.

---

Selon M. Robert Lecourt, c'est « *l'obligation faite aux Etats membres de mettre en œuvre ces règles prioritaires [du droit communautaire] comme ils mettent en œuvre leur propre droit [qui] peut permettre à la doctrine et la jurisprudence d'utiliser le concept d'intégration* ». Lecourt, R. « Avant-propos » in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, éd. Nomos Verlagsgesellschaft, Bade,-Baden, 1987, pp. 17 à 23, p. 18.

<sup>87</sup> Sur le caractère progressif du transfert de compétences, voir, notamment, Schapira J., Le Tallec G., Blaise J-B., Idot L., « Droit européen des affaires », tomes 1, 5<sup>ème</sup> éd. 1999, Puf, p. 25-43. En effet, « *les domaines concernés, les formes choisies peuvent évoluer en fonction des effets d'engrenages du processus [...] ou de la volonté des Etats membres* », Grossman E., Irondelle B., Saurugger S., « Les mots de l'Europe, lexique de l'intégration européenne », « intégration », p.161.

Pour une réflexion récente sur les différents niveaux d'intégration possibles, voir : Guillard C. *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruylant, 2006

<sup>88</sup> On retrouve l'expression « intégration économique » dans le préambule du traité sur l'Union, sans bien entendu, que le sens ou la portée n'en soit clarifié. Il dispose : « *déterminés à promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, compte tenu du principe du développement durable et dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, et du renforcement de la cohésion et de la protection de l'environnement, et à mettre en œuvre des politiques assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans d'autres domaines* ».

L'expression n'est en effet apparue dans les textes qu'avec le traité sur l'Union. V en ce sens notamment : Vignes D., « Quarante années d'évolution communautaire dans la poursuite de l'intégration économique: le point de l'intégration communautaire Maastricht compris » in *perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique*, 16<sup>ème</sup> colloque de la S.F.D.I. (Quebec), Paris, Pedone, 1993, pp. 159-191, spéc. P. 159, Michel V. « 2004 : le défi de la répartition des compétences » *C.D.E.* 2003, n°1, pp. 27-86, p. 21.

<sup>89</sup> Les premières analyses économiques du phénomène de l'intégration communautaire sont à attribuées à : Viner J. *The Customs Union Issue*, New-York/London, 1950 ; J. E. Meade e. a. *Case Studies in European Economic Union, The Mechanics of Integration*, London, 1962 ; B. Balassa, *The Theory of Economic Integration*, London 1961.

Pour une présentation plus récente de cette notion voir: Beitone A.; Cazorla A., Dollo C., Dray A-M., « Intégration économique », *Dictionnaire des sciences économiques*, Armand Colin dictionnaire, 2007. p. 251

Voir également à ce sujet: Cerexhe E. « La problématique juridique des phénomènes d'intégration », in *Mélanges Fernand Dehousse*, volume 2, « la construction européenne », 1979, pp. 11-17. L'auteur affirme que « *un minimum d'unité juridique s'impose si l'on veut garantir la fluidité du marché et l'application uniforme des politiques communes. En d'autres termes, l'intégration économique suppose un environnement juridique plus ou moins harmonisé* », p. 13.

<sup>90</sup> Beitone A.; Cazorla A., Dollo C., Dray A-M., « Intégration économique », *Dictionnaire des sciences économiques*, Armand Colin dictionnaire, 2007. p. 251.

**38. Régulation du marché intérieur par le droit.** – Se pose alors la question des **méthodes communautaires** permettant d'atteindre cet objectif de décloisonnement des marchés et donc des compétences qui lui sont dévolues à cet effet.

**39.** Comme il convient à présent de l'établir, la lettre du traité CE prévoit, indiscutablement, le décloisonnement du marché intérieur par le biais de sa **régulation<sup>93</sup> par le droit<sup>94</sup>** en s'appuyant sur deux mécanismes :

- l'intégration négative ;

- l'intégration positive.

**40. Définition des notions d'intégration négative et positive.** – En effet, dans sa présentation, en 1965, du processus d'intégration économique internationale, l'économiste M. J. Tinbergen<sup>95</sup> distingue le mécanisme de l'intégration négative de celui de l'intégration positive. Tandis que le premier consiste en l'abolition des obstacles aux activités économiques transfrontières, le second correspond au recours à des instruments *supra* étatiques assurant une certaine uniformisation des réglementations du commerce au

---

<sup>91</sup> Dans son ouvrage « The Theory of Economic Integration » publié en 1961, M. B. Balassa distingue cinq degrés d'intégration économique possibles: la zone de libre échange, l'Union douanière, le marché commun (garantissant la libre circulation), l'Union économique (permettant une harmonisation des politiques économiques des pays membres) et l'Union économique et monétaire (qui offre une monnaie commune).

<sup>92</sup> Voir en ce sens les conclusions de l'avocat général Jacob dans l'arrêt : CJCE, 29 avril 1997, SABEL BV., 251/95, *Rec.* 6191.

<sup>93</sup> En ce sens M. M. Fallon relève que « le droit communautaire [...] se fonde sur la théorie de l'économie de marché. [...] qui implique en premier lieu le libre jeu des mécanismes de l'offre et de la demande et l'exclusion de perturbations venant d'interventions publiques ou privées. [...] Ce système ne pourrait être confondu avec l'idéologie libérale. Initialement simple outil de régulation des activités économiques, il n'exclut pas de soi des mécanismes dirigistes correcteurs, afin de préserver le bon fonctionnement du marché intérieur [...] », Fallon M., « Droit matériel général de l'Union européenne », 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, p. 18.

La régulation est définie dans le Petit Robert comme « le fait de maintenir en équilibre, d'assurer le fonctionnement correct d'un système complexe ». Elle se distingue de la déréglementation définie comme le « fait d'alléger, de supprimer une réglementation existante dans un secteur [ou le] fait de laisser sans réglementation » et de la dérégulation qui est « l'action de supprimer certains règlements qui encadrent une activité ».

En ce sens, M. A. Racllet relève que les signataires du traité CE auraient prévu que « l'économie serait le moteur de l'intégration et que [...] le droit serait le moyen de l'intégration de sorte que l'on parle fréquemment d'une intégration par le droit ». Racllet A. *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 8, p. 8.

<sup>94</sup> Voir pour une explication des différents modes des régulations possibles les développements de M. M. Audit, « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *J.D.I.*, 2006, n° 4, pp. 1333-1363, sp. pt. 3 et ss ; ou encore la définition de M. E. Dubout : « Régulation : peut revêtir deux significations. La première, étroite, entend la régulation comme une action intermédiaire entre la détermination des politiques elles-mêmes et la gestion proprement dite. Elle implique alors l'attribution de pouvoirs normatifs. Une seconde définition, plus large, permet d'estimer que le terme de régulation s'impose pour désigner l'action des mécanismes correcteurs qui maintiennent un système en existence. L'attribution de pouvoir normatifs n'est alors pas nécessaire ». Dubout E. *L'article 13 du traité CE, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant 2006, p. 828

M. G. Burdeau relève d'ailleurs que « le libéralisme est une doctrine de la liberté, mais de la liberté dans l'ordre ». Burdeau G. *Le libéralisme*, coll. Points-Politique, Seuil, Paris, 1979, p. 48.

<sup>95</sup> « We are now going to discuss in more detail the measures to be taken in order to arrive at the integration of a number of national economies. [...] It appears useful to make a distinction between negative and positive integration. By the former we mean measures consisting of the abolition of a number of impediments to the proper operation of an integrated area. By the latter we mean the creation of new institutions and their instruments or the modification of existing instruments ». Tinbergen J., *International economic integration*, Elsevier, Amsterdam-London-New York, 1965, 2<sup>ème</sup> éd. pp. 76-82, p. 76, pt. 8. 1.

sein du marché intégré. En droit communautaire, l'intégration négative correspondrait ainsi à la lutte contre les restrictions aux libertés de circulation, tandis que l'intégration positive correspondrait à l'harmonisation des législations.

Il faut ici remarquer que dans son acception économique, le terme d'intégration vise donc tout à la fois l'objectif communautaire de décloisonnement des marchés et les deux techniques juridiques retenues pour y parvenir.

41. M. D. Simon est un des premiers et rares juristes<sup>96</sup> à avoir présenté explicitement ces deux techniques d'intégration. Dans son ouvrage « Le système juridique communautaire », l'auteur constate d'abord que « *les objectifs économiques de la construction européenne sont le plus souvent définis par référence au concept d'intégration [qui] renvoie en premier lieu à une conception libérale assimilant l'intégration économique à l'intégration des marchés* »<sup>97</sup>. Il distingue ensuite, l'intégration négative « *visant à l'élimination des obstacles résultant des frontières entre Etats membres, qui constituent autant d'entraves à la libre circulation des marchandises et des facteurs de production [...] [de] l'intégration positive, parfois qualifiée d'intégration structurale axée sur la mise en œuvre de politiques communes et sur un rapprochement des politiques économiques* »<sup>98</sup>.
42. Cette présentation des mécanismes de l'intégration positive et de l'intégration négative<sup>99</sup> ne permet cependant pas encore d'appréhender simplement les raisons pour lesquelles ceux-ci peuvent être assimilés à des modes de régulation communautaire du marché intérieur par le droit et leur impact direct en termes de répartition des compétences.

---

<sup>96</sup> Depuis lors, la présentation par les juristes de ces deux méthodes d'intégration économique (positive et négative) est plus fréquente, voir par exemple : Picod F. *Règlementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises* B. D. I.C., Tome 110, L.D.G.J., Paris 1999 ; Baron F., *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, thèse 1998, ss. la dir. de Mme Marie-Ange Moreau, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, sp. pt. 36 ; Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, sp. p. 11 ; Michel V. *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003 ; Maitrot de la Motte A., *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, Préface J. Buisson, 2005, L.G.D.J., Bibliothèque de science financière, tome 44, sp. pt. 65, p. 46 ; S. Enchelmaier, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, Kohlhammer, coll. Studiumreiche Rechtswissenschaft, 2005, sp. p. 3-6 ; Bergé J.-S., Robin-Olivier S., *Introduction au droit européen*, Thémis Droit Puf, 2008, pt. 129, p. 103

<sup>97</sup> Simon D., *Le système juridique communautaire*, Puf 2<sup>ème</sup> éd., 1998, collection Droit fondamental, pt. 15, p. 28. (La première édition de cet ouvrage date de 1997).

<sup>98</sup> Simon D. *Le système juridique communautaire*, Puf 2<sup>ème</sup> éd. 1998, coll. Droit International, pt. 15, p. 29.

<sup>99</sup> En outre, ces deux mécanismes sont également parfois appréhendés au regard de leurs effets sur le droit national. On distingue alors la communautarisation directe du droit national qui résulte des actes d'harmonisation sous toutes leurs formes de la communautarisation indirecte. Celle-ci correspondait aux cas dans lesquels « *le droit communautaire ne cherche pas à légiférer dans la matière mais modifie par un autre biais le droit national* ». Idot L., Rapport introductif in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, sous la dir. de J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet, colloque international, Session internationale d'études doctorales, 28 janvier- 1<sup>er</sup> février 2003. Université Paris X, Buylant 2003, pp. 17-38, pt. 29, p. 29.

C'est, à notre sens, M. N. Bernard qui, est un des premiers, à avoir clairement mis en lumière cet aspect en présentant extrêmement succinctement<sup>100</sup>, mais néanmoins explicitement, ces mécanismes sous l'angle de la répartition de compétences.

Dans l'introduction d'un article intitulé « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence »<sup>101</sup>, l'auteur affirme que pour faire face aux inévitables conflits entre les « *exigences de la libre circulation [...] et les politiques réglementaires des Etats membres, [...] le traité CE offrirait deux voies* », celle de l'intégration positive et celle l'intégration négative. L'auteur définit la première comme « *un transfert de compétences réglementaires des Etats membres vers les institutions de la Communauté [...] [et l'intégration négative comme le fait de] confier à la Cour de justice et aux juridictions nationales sous la supervision de la Cour de justice, la tâche de décider des arbitrages à assurer entre les exigences de la libre circulation et les politiques réglementaires des Etats membres* »<sup>102</sup>.

**Premièrement**, il résulte de cette présentation de ces deux techniques d'intégration que la réalisation du marché intérieur, c'est-à-dire le décloisonnement des marchés nationaux, **n'est pas recherchée par l'élimination de toute réglementation mais par une répartition particulière des compétences communautaires et étatiques.**

Comme le rappelle notamment un auteur, fondé sur le système de l'économie de marché, le marché intérieur, « *ne suppose pas un « laissez faire » caricatural [mais] bien au contraire un arsenal juridique très élaboré* »<sup>103</sup>. En effet, soit c'est à la Communauté de réglementer directement le marché par la voie de l'harmonisation – intégration positive –, soit cette tâche incombe aux Etats membres sous le contrôle de la Communauté qui peut

---

<sup>100</sup> En effet, l'auteur n'évoque explicitement les méthodes de l'intégration négative et de l'intégration positive qu'en quelques lignes dans l'introduction de son article. En effet, si dès 1976, M. Robert Lecourt – nommé président de la Cour de justice en 1967 – reconnaissait que la Cour de justice exerçait nécessairement une fonction régulatrice, il n'a alors pas employé les concepts d'intégration **négative** et **positive**. L'auteur écrit ainsi « *la fonction judiciaire appelle un appareil non seulement capable de contrôler, censurer, interpréter ou appliquer selon les cas, mais encore d'assurer une fonction régulatrice pour l'ensemble des Etats membres* ». Lecourt R., *L'Europe des juges*, Bruylant 2008 ; réimpression de l'ouvrage publié en 1976, coll. Grands écrits, p. 224.

<sup>101</sup> Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, p. 11.

<sup>102</sup> Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, p. 11.

<sup>103</sup> Nourissat C., *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, coll. HyperCours, 2003, pt. 40, p. 31. Ce même auteur affirme encore que « *parler de libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ne doit pas conduire à penser qu'il s'agit de libérer les activités économiques de toute contrainte juridique* ». Nourissat C., « Droit communautaire des affaires », Dalloz, coll. HyperCours, 2003, pt. 110, p. 81.

Egalement en ce sens quoi que de manière plus indirecte, Mme M.-A. Frison-Roche écrit que « *l'économie de marché n'a jamais signifié l'absence de droit, même dans sa conception la plus minimaliste de l'encadrement juridique de l'économie* ». Frison-Roche M.-A. « Définition du droit de la régulation » in *Les régulations économiques, légitimité et efficacité*, vol. 1, 2004, Presse Sciences Po. et Dalloz, pp. 5-15, pt. 3, p. 9.

Egalement en ce sens : Joerges C. « The market without the State », *EUI Working Paper*, n°2/96, pp. 1-6., Bernard N. « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, p. 11., Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, p. 18, Bergé J.-S. « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, pp. 113-136.

Même M. J. Basedow dans un article intitulé « Marché unique, programme de déréglementation », écrivait que « *la politique de déréglementation ne consiste pas seulement en l'abrogation de lois existantes mais aussi dans l'introduction de règles nouvelles, règles qui sont moins restrictives* ». Basedow, J. « Marché unique, programme de déréglementation », *R.I.D.C.* 1993, pp. 619-633, p. 620.

interdire la mise en œuvre d'une réglementation étatique qu'elle juge inadaptée – intégration négative<sup>104</sup>.

**Secondement**, cette présentation des techniques communautaires d'intégration positive et négative met en lumière **les deux types distincts de compétences dévolues à la Communauté** pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

En effet, par le biais de la technique de l'intégration négative les Etats membres restent compétents pour légiférer, mais la Communauté acquiert une compétence de contrôle de cette activité normative qui lui permet d'interdire la mise en œuvre de certaines lois des Etats<sup>105</sup>.

Par le biais de la technique de l'intégration positive la Communauté acquiert une compétence normative<sup>106</sup>, c'est-à-dire au pouvoir d'édicter des règles de droit, lui permettant de réglementer directement, par la voie de l'harmonisation, le marché.

43. La recherche d'un fondement juridique à la compétence normative communautaire, du pouvoir communautaire d'édicter des règles de droit invite, à ce stade du raisonnement, à se limiter à l'étude de la technique de l'intégration positive.

La technique de régulation du marché intérieur qui laisse subsister la compétence normative des Etats membres – intégration négative – fera l'objet de développements approfondis à l'occasion de notre étude du contrôle communautaire de l'exercice des compétences normatives étatiques<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Certes, dans ce second cas de figure, la neutralisation de la réglementation nationale par le droit communautaire n'est pas compensée par l'adoption d'une réglementation communautaire. Néanmoins ce système pose le principe d'une réglementation qu'elle soit de source communautaire ou étatique.

<sup>105</sup> M. D. Simon définit pour sa part l'intégration négative comme une technique « *visant à l'élimination des obstacles résultant des frontières entre Etats membres, qui constituent autant d'entraves à la libre circulation des marchandises et des facteurs de production. Le démantèlement des barrières nationales s'opposant aux échanges de biens, de travailleurs, de services et de capitaux doit conduire à une mobilité accrue des matières premières, de l'énergie de la main d'œuvre et permettre ainsi la construction d'un grand marché, favorisant une meilleure adéquation de l'offre et de la demande tendant à l'optimum économique* ». Simon D. *Le système juridique communautaire*, Puf, 2<sup>ème</sup> éd. 1998, coll. Droit International, pt. 15, p. 29.

Selon M. J. Mertens de Wilmars, l'intégration négative «  *vise à la réalisation des libres circulations et met pour l'essentiel en œuvre, [...] un système permanent d'interdiction limitant l'usage par les Etats membres de leurs instruments de gestion économique lorsqu'il en résulte des obstacles à la libre circulation et à la libre allocation des biens, des personnes, des services et des facteurs de production ou de distribution au sein de l'espace géographique communautaire* ». Mertens de Wilmar J. « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », in *Interventions publiques et Droit communautaire*, ss. la dir. de Mme J. Duthéil de la Rochère et M. J. Vandamme, Pedone, 1988, p. 35.

<sup>106</sup> Rappelons une fois encore que la norme est définie comme « *un terme scientifique employé parfois dans une acception générale, comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale) qui évoque [...] spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite et qui offre l'avantage de viser de manière générale toutes les règles présentant ce caractère, quel qu'en soit la source (loi, traité [...]) ou l'objet* ». Comu, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2000.

<sup>107</sup> Voir première partie, titre premier, chapitre premier section 2, § 1, A., « Le mécanisme de l'intégration négative ».

44. La technique juridique de l'intégration positive correspond à la régulation du marché intérieur par la voie de l'harmonisation<sup>108</sup>. A cet effet, – principalement – les articles 94<sup>109</sup> et 95<sup>110</sup> du traité CE confèrent à la Communauté une compétence normative dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur.

Selon l'article 94 du traité CE<sup>111</sup>, « *le Conseil, statuant à l'unanimité [...] arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun* ». L'article 95 du traité CE prévoit également la possibilité d'adopter des actes de droit dérivé, non pas à l'unanimité mais selon la procédure de l'article 251 du traité CE<sup>112</sup>, relatif au rapprochement des législations, dont l'objet est de garantir « *l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur* ». Ces deux articles **fondent la compétence normative communautaire conformément au principe d'attribution et cela au regard de l'objectif particulier assigné à la Communauté – la garantie du bon fonctionnement du marché intérieur – comme l'exige le principe de spécialité.**

Il en découle clairement la consécration d'une compétence communautaire normative finalisée, la Communauté ne pouvant légiférer que lorsque cela se révèle nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur.

Relevons immédiatement que le constat d'une compétence d'attribution de la Communauté en matière de marché intérieur laisse subsister une difficulté de taille : comment identifier les domaines ou matières ayant un impact sur le bon fonctionnement du marché intérieur et donc pour lesquels la Communauté dispose d'une compétence? Le traité CE<sup>113</sup> ne livre pas d'information plus précise sur ce point que nous étudierons de manière approfondie dans le cadre de notre étude du champ d'application des libertés de circulation<sup>114</sup>.

---

<sup>108</sup> Selon M. F. Baron, « *l'intégration positive prend la forme d'une intervention d'autorités supranationales afin d'atteindre des objectifs qui ne peuvent être réalisés à travers les mécanismes du marché* ». Baron F., « *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne* », thèse 1998, ss. la dir. de M-A. Moreau, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, pt. 36 ; selon M. N. Bernard, l'intégration positive « *consiste en un transfert de compétences réglementaires des Etats membres à la Communauté. Ainsi la Commission, le Conseil et le Parlement européen ont, au titre des articles 100 et 100 A ainsi que d'autres dispositions spécifiques du traité établissant la Communauté européenne, compétence pour adopter des mesures législatives afin d'assurer la réalisation et le fonctionnement du marché intérieur et la libre circulation en son sein* ». Bernard N., « *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence* », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, p. 11.

<sup>109</sup> Qui correspond à l'article 115 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>110</sup> Qui correspond à l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>111</sup> L'article 115 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose: « *le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale [...] arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur* ».

<sup>112</sup> L'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne modifie l'article 95 du traité CE qu'en ce qu'il dispose maintenant que: « *[...] Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire [...]* ».

<sup>113</sup> Tout comme le traité de Lisbonne dans ses deux volets (traité sur l'Union européenne et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

<sup>114</sup> Voir première partie, titre premier, chapitre second, section 1.

45. A ce stade de notre raisonnement, la seule certitude est, qu'en tout état de cause, le traité CE pose le principe d'une compétence communautaire dans toutes les matières ayant un impact sur le bon fonctionnement du marché intérieur. Dès lors, la découverte d'une compétence communautaire dans tous les domaines ayant un impact sur le fonctionnement du marché intérieur prive-t-elle automatiquement les Etats membres de leur compétence normative en ces domaines ? En d'autres termes, **si la pluralité juridique est en principe garantie par le principe des compétences d'attribution de la Communauté, la compétence reconnue à la Cour de justice pour la régulation du marché intérieur ne remet-elle pas de fait en question le pouvoir normatif des Etats membres** et donc ce faisant la pluralité juridique elle-même ? Afin de pouvoir répondre à cette interrogation, il convient à présent d'étudier la nature de la compétence communautaire en matière de marché intérieur.

## **§ II. La pluralité juridique par le partage des compétences étatiques et communautaires en matière de marché intérieur**

46. Il convient ici de convaincre de ce que, en dépit de la compétence normative de la Communauté en matière de marché intérieur, les Etats membres peuvent encore légitimement exercer leur compétence, générant ainsi une pluralité juridique au sein de la Communauté.

En effet, si la Communauté est bien titulaire d'une compétence normative en matière de marché intérieur, il se dégage du traité CE que les Etats membres disposent encore également d'une telle compétence. En matière de marché intérieur, **la compétence est donc partagée (A.)**. Un **conflit de compétences** en résulte logiquement. Si celui-ci est **résolu par le principe de préemption** en faveur de la Communauté (B.), celle-ci fait un **exercice raisonnable de sa compétence (C.)** préservant ce faisant la pluralité juridique au sein du marché intérieur.

### **A. L'affirmation d'une compétence partagée**

47. Selon les domaines envisagés, la nature des compétences normatives communautaires varie. Il existe principalement<sup>115</sup> deux types de compétences normatives communautaires.

---

<sup>115</sup> Nous ne souhaitons pas aborder dans le cadre limité de cette étude la question des très nombreuses (et variées) sous-catégories de compétences « non exclusives » proposées par la doctrine. A titre d'exemple, on peut déjà citer la classification proposée par Mme V. Michel qui distingue au sein de ce qu'elle nomme les compétences non exclusives, les compétences partagées qui se subdivisent encore en compétences concurrentes et parallèles, des compétences conjointes qui se subdivisent également en compétences à dominante nationale (coordonnées ou complémentaires) et compétences à dominante communautaire. Michel V., « 2004 : le défi de la répartition des compétences » C.D.E. 2003, n°1, pp. 27-86 ; Michel V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003.

La compétence de la Communauté peut être exclusive ou partagée<sup>116</sup> avec les Etats membres.

Lorsque la compétence communautaire est **exclusive**, la Communauté est « *seule à pouvoir intervenir et toute intervention des Etats membres est exclue* »<sup>117</sup>. L'article 2 § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose ainsi qu'en ce cas « *seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignant, les Etats membres ne pouvant le faire par eux même que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union* ».

En revanche, lorsque les compétences sont dites **partagées**, « *les Etats membres sont compétents aussi longtemps que la Communauté n'est pas intervenue, [...] [ce qui signifie que, sous réserve de la réalisation de certaines conditions qui seront envisagées par la suite, ils] perdent la possibilité d'intervenir dès l'entrée en vigueur de la législation communautaire dans le domaine couvert par celle-ci* »<sup>118</sup>.

L'article 2 § 2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose ainsi que « *lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les Etats membres dans un domaine déterminé, l'Union et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignant dans ce domaine. Les Etats membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercée la sienne. Les Etats membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne* ».

Si la compétence de la Communauté en matière de marché intérieur est exclusive, les Etats membres sont donc dépossédés de leur compétence de sorte qu'il ne saurait plus y avoir de conflit de compétences. En revanche, si la compétence est partagée, le maintien d'une compétence nationale engendrera logiquement de tels conflits.

**48.** Qu'en est-il dans le domaine du marché intérieur ? Quelle est la nature des compétences communautaires visées aux articles 94 et 95 du traité CE<sup>119</sup> ?

L'absence d'information clairement inscrite à ce sujet dans le traité CE et une communication de la Commission en date du 27 octobre 1992<sup>120</sup> ont pu faire planer **un doute pendant un certain temps**.

---

<sup>116</sup> On retrouve chez les auteurs alternativement les termes de compétences partagées, concurrentes ou parallèles. Nous retiendrons le terme « compétence partagée », car il s'agit de celui qui fut finalement retenu dans la Constitution européenne rejetée ainsi que dans le traité de Lisbonne.

<sup>117</sup> Jacqué J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 2006, 4<sup>ème</sup> éd., Série Droit public, coll. Cours, pt. 201, p. 131.

<sup>118</sup> Jacqué J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2006, Série Droit public, coll. Cours, pt. 205, p. 133.

<sup>119</sup> Articles 115 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>120</sup> Communication de la Commission du 27 octobre 1992, *Bull. CE* 10/92, p. 122 et 123, voir également en ce sens Cl.-F Durand, « Le principe de subsidiarité », in *Commentaire Mégret*, vol. 1, ULB, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 425 ss.



En effet, d'un côté, l'on constate que le marché intérieur ne fait pas partie des domaines au sujet desquels la Cour de justice a affirmé le caractère exclusif de la compétence communautaire<sup>121</sup>. Il se dégage clairement de la jurisprudence de la Cour de justice<sup>122</sup> que la Communauté dispose incontestablement d'une telle compétence, en matière de politique commerciale commune<sup>123</sup>, de conservation des ressources biologiques de la mer<sup>124</sup> ou encore, du fait de l'existence d'une monnaie unique, en matière monétaire. En revanche, nulle trace d'une telle affirmation de la Cour en matière de marché intérieur.

D'un autre côté, dans une communication du 27 octobre 1992<sup>125</sup>, la Commission jette le trouble en établissant une liste des compétences exclusives dans laquelle elle insère « *la suppression des obstacles à la libre circulation (marchandises, services, personnes, capitaux)* ». A la lecture de ce texte, doit-on alors considérer que dans le domaine du marché intérieur, les Etats membres sont dépossédés de leur compétence normative?

49. Trois éléments logiques, un arrêt de la Cour de justice et la lettre tant de la Constitution qui fût rejetée que du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permettent de réfuter une telle analyse et d'affirmer clairement qu'à l'heure actuelle, il est établi que la compétence de la Communauté en matière de marché intérieur n'est pas une compétence communautaire exclusive.

D'abord, il paraît bien difficile de se prononcer avec certitude sur la nature des réglementations susceptibles de constituer un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. Si la compétence communautaire était exclusive, il serait alors épineux de déterminer les domaines dans lesquelles les Etats pourraient encore légiférer.

Ensuite, l'harmonisation (prévue aux articles 94 et 95 du traité CE<sup>126</sup>) qui repose sur un accord des Etats membres n'est pas une chose aisée à réaliser. On évoque souvent à ce sujet les « *difficultés intrinsèques à la négociation communautaire entre les Etats membres* »<sup>127</sup>. Si les Etats étaient dépossédés de leur compétence en la matière, la régulation du marché intérieur pourrait alors être bloquée ou empêchée. Or, le bon

---

<sup>121</sup> La nature des compétences communautaires n'étant pas clairement inscrite dans le traité CE, la Cour de justice a dû s'efforcer, au cas par cas, de faire la lumière sur ce point en usant de son pouvoir d'interprétation du traité CE. Voir notamment à ce sujet, Lenaerts K., *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988, sp. pts. 389 et s., p. 460 et s.

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne éradique cette difficulté en énumérant clairement la nature des compétences communautaires dans les différents domaines.

<sup>122</sup> Ainsi que de l'article 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui énumère les domaines dans lesquels l'Union dispose d'une compétence exclusive (union douanière, règles de la concurrence, politique monétaire, conservation des ressources biologiques de la mer, politique commerciale commune, conclusion -dans certains cas de figures- d'un accord international).

<sup>123</sup> Avis 1/75 du 11 novembre 1975, *Rec.* 1355

<sup>124</sup> CJCE 14 juillet 1976, « Kramer », aff. jointes 3 et 6/76, *Rec.* 1279; ainsi que 5 mai 1981, *Commission c/ Royaume-Uni*, 804/79, *Rec.* 1045.

<sup>125</sup> Communication de la Commission du 27 octobre 1992, *Bull.* CE 10/92, p. 122 et 123, voir également en ce sens Cl.-F Durand, « Le principe de subsidiarité », in *Commentaire Mégret*, vol. 1, ULB, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 425 ss.

<sup>126</sup> Articles 115 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>127</sup> Dintilhac F., « Rapprochement des législations », *Répertoire communautaire Dalloz*, oct. 1996, pt. 178, p. 28

fonctionnement du marché intérieur suppose, comme il a été exposé supra<sup>128</sup>, sa régulation par le droit<sup>129</sup>.

Enfin, la lettre même des textes induit le maintien d'une compétence étatique en la matière. En effet, l'harmonisation a pour objet de rapprocher les législations. Elle suppose donc l'existence de législations étatiques divergentes. Comme le souligne Mme V. Michel, « *cette condition postule implicitement le maintien de la compétence nationale et comprend le critère d'exercice de la compétence communautaire* »<sup>130</sup>. En somme, la fonction même de l'harmonisation – à savoir, le rapprochement des législations nationales divergentes – atteste du maintien d'une compétence étatique en matière de marché intérieur.

De plus, un arrêt de la Cour de justice et la lettre tant de la Constitution (rejetée du fait de son refus par certains peuples d'Europe consultés par voie référendaire)<sup>131</sup> que du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ont levé de manière formelle le doute relatif à la nature des compétences communautaires en la matière.

Dans l'arrêt du 10 décembre 2002, « *British American Tobacco et Impérial Tobacco* », la Cour de justice a affirmé que « *le principe de subsidiarité s'applique lorsque le législateur recourt à l'article 95 CE dans la mesure où cette disposition **ne lui donne pas compétence pour réglementer les activités économiques dans le marché intérieur**, mais seulement une compétence en vue d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement de celui-ci par l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises et à la prestation de services ou la suppression des distorsions en matière de concurrence* »<sup>132</sup>.

De manière parfaitement limpide, les articles I-14 de la Constitution européenne rejetée et 3 § 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne clarifient le domaine des compétences partagées en disposant que « *les compétences partagées entre l'Union et les Etats membres s'appliquent aux principaux domaines suivants : a) le marché intérieur [...]* ».

---

<sup>128</sup> Voir nos développements relatifs au principe d'intégration économique.

<sup>129</sup> M. Nourissat affirme ainsi que « *parler de libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ne doit pas conduire à penser qu'il s'agit de libérer les activités économiques de toute contrainte juridique* ». Nourissat C., *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, coll. HyperCours, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, pt. 110, p. 81.

<sup>130</sup> Michel V., « 2004 : le défi de la répartition des compétences » *C.D.E.* 2003, n°1, pp. 27-86, p. 69. Dans le même sens également : Schwartz I. « de la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne » *R.T.D.E.* 1967, pp. 238-242 ; Masclet J-C., « Libre circulation des marchandises, interdiction des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, exceptions, harmonisation des législations » *Juris-Classeur, Europe*, fasc. 551, 1997 ; Dubey B. *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Bruykan, L.G.D.J., 2002, p. 262.

<sup>131</sup> Rejetée en France par référendum le 29 mai 2005.

<sup>132</sup> CJCE 10 décembre 2002, « *British American Tobacco et Impérial Tobacco* », 491/01, *Rec.* 11453, pt. 179, voir également en ce sens CJCE 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, 376/98, *Rec.* 8524, pt. 83 et les conclusions de l'Avocat général Fennelly relatives aux affaires 376/98 et 74/99, *Rec.* 8419.

50. Ainsi, la première difficulté en ce qui concerne la régulation des activités économiques au sein du marché intérieur résulte de ce que les Etats membres n'ont pas, de manière générale, perdu leur compétence en la matière. **La compétence de régulation du marché intérieur appartient à la Communauté et aux Etats membres.** Il s'agit donc à présent de comprendre comment ces compétences communautaires et nationales s'articulent ou, en d'autres termes, d'identifier les modalités de ce partage de compétences.

## **B. La résolution du conflit de compétence au profit de la Communauté par le principe de préemption.**

51. Le principe de préemption<sup>133</sup> communautaire régit la question du « partage » des compétences étatiques et communautaires et permet de résoudre un éventuel conflit de compétences.

Ce principe emprunté au droit fédéral américain et développé par la Cour de justice peut être défini comme le processus en vertu duquel « *les Etats membres sont privés de tout pouvoir normatif, lorsque la compétence concurrente est devenue exclusive pour la Communauté, qui l'a exercée dans son intégralité* »<sup>134</sup>. Il s'agit donc d'un « *processus de dépossession progressive des Etats du fait de l'exercice de la compétence communautaire* »<sup>135</sup>. Le principe de la préemption suppose tout d'abord une intervention du législateur communautaire dans un domaine de compétence partagée. Mais, ce critère nécessaire n'est pas suffisant. Il faut encore, soit que le législateur communautaire ait manifesté sa volonté d'exclure toute intervention normative ultérieure des Etats membres, soit que l'acte de droit dérivé soit exhaustif<sup>136</sup>. L'exercice par la Communauté de sa compétence dans un domaine partagé entraîne alors « *un rétrécissement considérable des compétences autonomes des Etats membres* »<sup>137</sup> puisque, si les conditions énumérées sont réalisées, les Etats membres ne sont plus compétents pour adopter unilatéralement des réglementations en la matière. La Communauté devient exclusivement compétente<sup>138</sup>.

---

<sup>133</sup> Voir principalement à ce sujet Lenaerts K., « Le juge et la Constitution aux Etats-Unis et dans l'ordre juridique européen », Bruxelles, Bruylant, 1998.

<sup>134</sup> Bribosia H., « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres, commentaire sur l'article 3 B du Traité de Maastricht », *R.M.U.E.*, 4/92, pp. 165-230, p. 174.

<sup>135</sup> Répertoire communautaire Dalloz, « compétences communautaires », Constantinesco V., Michel V., sept. 2002, pt. 209, p. 34.

<sup>136</sup> Ce critère d'exhaustivité de la règle de droit dérivé n'est pas sans soulever de difficulté comme en témoigne par exemple le cas d'une harmonisation dite à la fois exhaustive et partielle: C.J.C.E. 12 octobre 2000, Cidre/rie Ruwet, 3/99, *Rec.* 8749, ou encore la transposition par la France contestée de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité en matière de produits défectueux qui ne prévoyait qu'une harmonisation minimum mais selon la Cour pourtant également complète: C.J.C.E. 25 avril 2002, 50/00, *Rec.* 3827.

<sup>137</sup> Boskovits K. « Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres », 1999, Bruylant 1999, 800 p., p. 309.

<sup>138</sup> Ainsi que le souligne M. J.-P. Jacqué, cette compétence communautaire par exercice se distingue néanmoins encore de la compétence exclusive par nature car « *lorsque la compétence devient, à la suite d'une préemption, exclusive dans un domaine particulier, il est toujours possible de revenir en arrière en modifiant ou en abrogeant la législation communautaire en vigueur. Les Etats membres retrouveront alors la liberté de réglementer. Par contre, lorsque la compétence est exclusive par*

L'article 2 §2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne exprime parfaitement ce principe lorsqu'il dispose, en matière de compétences partagées, que « *les Etats exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercée la sienne. Les Etats membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne* ».

52. Dans le cadre des articles 94 et 95 du traité CE<sup>139</sup>, l'incompétence des Etats membres dépend principalement du degré d'harmonisation réalisé (partielle, minimale, totale etc.)<sup>140</sup>. Ainsi que la Cour de justice le rappelait par exemple dans l'arrêt Van Bennekom du 30 novembre 1983 relatif à la libre circulation des marchandises, « *ce n'est que lorsque des directives communautaires prévoient une harmonisation complète des mesures nécessaires à assurer la protection de la santé des animaux et des personnes et aménagent des procédures de contrôle de leur observation que le recours à l'article 36 cesse d'être justifié* »<sup>141</sup>. Le plus souvent, les textes de droit dérivé étant muets sur ce point, il incombe à la Cour de justice de déterminer l'intensité normative du droit dérivé au regard de la lettre et de la finalité des textes.
53. Le principe de préemption révèle le déséquilibre de la répartition de compétences puisque finalement, les compétences nationales apparaissent comme simplement provisoires, la Communauté pouvant potentiellement exercer la sienne au détriment des Etats membres. La formulation utilisée par la Cour de justice à l'occasion de l'arrêt Cassis de Dijon<sup>142</sup> illustre la subordination de la compétence des Etats membres à l'absence d'exercice par la Communauté de sa compétence normative. En effet, la Cour remarque que ce n'est que « *en l'absence d'une réglementation commune de la production et de la commercialisation de l'alcool – une proposition de règlement présentée par la Commission au Conseil le 7 décembre 1976 ( JO n° C 309, p. 2 ) n'ayant pas encore reçu de suite de la part de ce dernier – [qu'] il appartient aux Etats membres de régler, chacun sur son territoire, tout ce qui concerne la production et la commercialisation de l'alcool et des boissons spiritueuses* »<sup>143</sup>. La compétence nationale est donc subordonnée à l'absence d'une réglementation communautaire exhaustive sur ce point.

---

*nature, les Etats membres ne pourront récupérer la compétence perdue que par une révision du traité* ». Jacqué J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., Série Droit public, coll. Cours, pt. 208, p. 148.

<sup>139</sup> Articles 115 et 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>140</sup> Il s'agit de ce que V. Michel qualifie « *préemption par occupation de terrain [c'est-à-dire des cas] dans lesquels le législateur communautaire dépossède les Etats en réglementant de manière exhaustive une matière déterminée* » Michel Valérie *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, pt. 294, p. 381.

Sur les différents niveaux d'harmonisation possibles voir notamment : Gautron J.-Cl., « Harmonisation, coordination, unification » in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, ss. la direc. Mme S. Poillot-Peuzezzo, Dalloz, 2008, pp. 179-188, sp. p. 182

<sup>141</sup> CJCE 30 novembre 1983, Van Bennekom, 227/82, *Rec.* 3883, pt. 35

<sup>142</sup> CJCE, 20 février 1979, Cassis de Dijon, aff.120/78, *Rec.* I.649.

<sup>143</sup> CJCE, 20 février 1979, Cassis de Dijon, aff.120/78, *Rec.* I.649, pt. 8 ; Voir notamment également en ce sens, CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, 340 / 89, *Rec.* 2357, pt. 9 et CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, *Rec.* 4165, pt. 35.

Devait-on alors craindre que la Communauté usât de son pouvoir normatif de manière à ce point étendue qu'il n'eût plus été possible pour les Etats membres d'exercer leur compétence ? N'existe-t-il aucune limite au pouvoir normatif communautaire ?

### C. L'exercice raisonnable de sa compétence par la Communauté

54. Bien entendu il existe théoriquement une limite à ce mode de rétrécissement des compétences étatiques. Il s'agit du **principe de subsidiarité**<sup>144</sup> consacré – de manière explicite depuis le traité de Maastricht – par l'article 5 §2 du traité CE<sup>145</sup> en vertu duquel, « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée être mieux réalisés au niveau communautaire ». Ce principe postule que la charge de la preuve de la nécessité de l'action incombe à la Communauté qui, de ce fait doit « motiver la pertinence de chacune de ses propositions au regard du principe de subsidiarité »<sup>146</sup>.
55. Mais, bien plus encore, **la nouvelle approche** consacrée par le Conseil dans sa résolution du 7 mai 1985<sup>147</sup> puis, par la Commission dans son programme relatif au marché intérieur de 1985<sup>148</sup>, sont à l'origine de l'important maintien de la compétence normative étatique en matière de marché intérieur.

En effet, afin de lutter contre les législations des Etats membres constituant des barrières techniques qui cloisonnent le marché intérieur, les autorités communautaires décident alors de « délaisser la notion d'harmonisation au profit de la notion de reconnaissance mutuelle et d'équivalence »<sup>149</sup>. Les autorités communautaires décident d'harmoniser moins et, lorsque cela est véritablement indispensable, de procéder à une harmonisation des seules « exigences essentielles [c'est-à-dire principalement] en matière de santé et de

---

<sup>144</sup> Voir notamment à cet égard Dehousse R. « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité » in *Le principe de subsidiarité*, sous la dir. de M. Francis Délpérée, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2002, actes des « Journées juridiques Jean Dabin », pp. 361-366.

<sup>145</sup> L'article 5 § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

<sup>146</sup> Protocole (adjoint à l'occasion du traité d'Amsterdam) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité n°7, §9, alinéa 2

<sup>147</sup> Résolution du Conseil concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JOCE, n° C136, 4 juin.

<sup>148</sup> "Achèvement du marché intérieur", Livre blanc de la Commission au Conseil de l'Union européenne (qui est composée des ministres compétents. A ne pas confondre avec le Conseil Européen qui est composé des Chefs d'Etat et de gouvernements des pays membres); Milan, les 28 et 29 juin 1985, COM (85) 310 final.

<sup>149</sup> « Achèvement du marché intérieur », Livre blanc de la Commission au Conseil de l'Union européenne, Milan, les 28 et 29 juin 1985, COM (85)310 final, pt. 13.

*sécurité* »<sup>150</sup>. La recherche d'une uniformisation des droits nationaux est clairement abandonnée.

56. Par voie de conséquence, **c'est principalement aux Etats membres que revient clairement la tâche de réguler le marché intérieur** par l'exercice de leur pouvoir normatif. Il en résulte alors nécessairement et inéluctablement une pluralité juridique au sein du marché intérieur.

Mais alors, en l'absence d'une harmonisation complète<sup>151</sup>, tout risque de conflit avec le droit communautaire est-il exclu du seul fait du caractère certain de la compétence normative étatique ? Le choix de la Communauté de ne pas exercer sa compétence normative sur le fondement des dispositions du traité CE relatives à l'harmonisation rend-il le droit national inattaquable ? En d'autres termes, dans le domaine du marché intérieur, l'absence d'une règle d'harmonisation exhaustive rend-elle en tout état de cause légitime l'exercice de la compétence normative étatique ? La réponse à cette question est assurément négative comme il convient de le rappeler à présent.

## Section II

### Le contrôle communautaire de l'exercice des compétences étatiques

57. Il faut souligner à présent que même en l'absence d'harmonisation exhaustive, le respect du droit communautaire s'impose de manière générale aux Etats membres et constitue une limite au libre exercice de leur compétence normative.

Les dispositions relatives aux libertés de circulation qui autorisent la régulation du marché intérieur par la voie de ce que l'on nomme « l'intégration négative » sont le principal fondement juridique de cette emprise communautaire sur le droit national. Le concept d'intégration négative est ainsi au cœur de la problématique de la gestion communautaire de la pluralité juridique au sein de la Communauté. Aussi convient-il dans un premier temps d'étudier avec précision ce **fondement du contrôle communautaire** de l'exercice des compétences normatives étatiques (§ I.).

L'impact des dispositions du Traité relatives aux libertés de circulation est encore renforcé par l'interprétation qu'en fait la Cour de justice. En effet, celle-ci les analyse comme mettant à la charge des Etats membres de lourdes obligations de faire et de ne pas

---

<sup>150</sup> « Achèvement du marché intérieur », Livre blanc de la Commission au Conseil de l'Union européenne, Milan, les 28 et 29 juin 1985, COM (85)310 final, pt. 65.

<sup>151</sup> La notion d'harmonisation complète « a été utilisée par la Cour pour déclarer qu'un Etat membre, d'une part n'est plus en droit de faire jouer l'exception de l'article 36 et, d'autre part, ne peut ajouter des prescriptions supplémentaires à l'égard d'une mesure d'harmonisation qualifiée de complète ou d'exhaustive », Répertoire communautaire Dalloz, « rapprochement des législations », Dintilhac F., oct. 1996, pt. 182, p. 28

faire. C'est donc, dans un second temps, à l'étude du **contenu du contrôle communautaire** qu'il faudra s'attacher afin d'en mesurer la portée (§ II.).

Cette étude du fondement et du contenu du contrôle communautaire de l'exercice des compétences normatives étatiques nous permettra de conclure à un puissant encadrement des compétences normatives étatiques.

## § I. Le fondement du contrôle communautaire

58. Si l'existence d'un contrôle communautaire de l'exercice des compétences normatives nationales est largement reconnu par la doctrine, celle-ci met trop rarement en évidence qu'il s'agit là d'**un véritable mode de régulation du marché** caractéristique du droit communautaire nommé « intégration négative ». Ce **mécanisme de l'intégration négative**, fondement du contrôle communautaire doit donc être clairement expliqué (A). Puis, il conviendra d'insister sur la façon dont est **mise en œuvre le mécanisme de l'intégration négative**, c'est-à-dire sur l'entité communautaire procédant au contrôle de l'activité normative des Etats membres (B).

### A. Le mécanisme de l'intégration négative

59. Comme il a déjà été exposé, les écrits de l'économiste M. J. Tinbergen<sup>152</sup> ont permis d'affirmer<sup>153</sup> que le Traité garantit la régulation du marché intérieur à l'aide des mécanismes d'intégration négative et d'intégration positive.

Si la technique juridique de l'intégration positive<sup>154</sup> qui correspond à la régulation du marché intérieur par la voie de l'harmonisation<sup>155</sup>, est une méthode classique de régulation, tel n'est pas le cas de l'intégration négative.

---

<sup>152</sup> Tinbergen J., « International economic integration » Elsevier, Amsterdam-London-New York, 1965, 2<sup>ème</sup> éd. pp. 76-82, p. 76, pt. 8. 1.

<sup>153</sup> Voir en ce sens notamment : Baron F., « Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne », thèse 1998, ss. la dir. de M-A. Moreau, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, sp. pt. 36 ; Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, sp. p. 11 ; S. Enchelmaier « Europäisches Wirtschaftsrecht », Kohlhammer, coll. Studiumreihe Rechtswissenschaft, 2005, sp. p. 3-6.

<sup>154</sup> Elle donne à la Communauté une compétence normative, c'est-à-dire une compétence pour adopter des actes de droit dérivé tout en reconnaissant clairement la compétence des Etats membres en l'absence de telles mesures d'harmonisation. Elles consistent « en un transfert [potentiel] de compétence réglementaire des Etats membres vers les institutions de la Communauté [...] [ou en d'autres termes, donnent] compétence pour adopter des mesures législatives afin d'assurer la réalisation et le fonctionnement du marché intérieur et de la libre circulation en son sein ». Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, p. 11-46, p. 11.

<sup>155</sup> Rappelons que selon M. F. Baron, « l'intégration positive prend la forme d'une intervention d'autorités supranationales afin d'atteindre des objectifs qui ne peuvent être réalisés à travers les mécanismes du marché ». Baron F., « Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne », thèse 1998, ss. la dir. de M-A. Moreau, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, pt. 36 ; voir également la définition qu'en donne M. N. Bernard précitée supra, dans son article : « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, p. 11.

60. L'intégration négative est une **technique de régulation** du marché intérieur en vertu de laquelle **les Etats membres restent compétents pour légiférer**, mais la Communauté **contrôle** cette activité normative **en interdisant la mise en œuvre de certaines lois des Etats**<sup>156</sup>. Ainsi que le souligne un auteur cette méthode doit permettre à la Communauté<sup>157</sup> de « [...] *réduire les obstacles aux échanges entre les Etats et laissent, en principe, les Etats libres de mener leur propre politique économique et sociale* »<sup>158</sup>. En d'autres termes, les Etats membres doivent légiférer dans le strict respect du droit communautaire.
61. Cette régulation du marché intérieur par la voie de l'intégration négative trouve son principal fondement juridique dans les articles du traité CE relatifs aux libertés de circulation<sup>159</sup>.

En effet, ces dispositions du Traité ne donnent pas compétence à la Communauté pour légiférer.

Elles donnent des directives quant à l'utilisation par les Etats membres de leurs compétences normatives en prohibant certaines mesures nationales, ou encore, de manière indirecte consacrant des droits subjectifs au bénéfice des opérateurs économiques<sup>160</sup> à l'encontre des Etats membres. Ainsi, par exemple, l'article 28 du traité CE<sup>161</sup> interdit les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation, de même que l'article 49<sup>162</sup> du traité CE interdit les restrictions à la libre

---

<sup>156</sup> Le mécanisme de l'intégration négative est parfois défini de manière plus générale comme l'abolition des obstacles aux échanges ou encore le libre-échange (c'est-à-dire « *la doctrine prônant la liberté des échanges internationaux ; le système dans lequel les échanges commerciaux entre les nations sont libres ou affranchis des barrières qui les entravent* » Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, p. 1453). Une telle définition présente l'inconvénient de ne pas indiquer la méthode retenue pour lutter contre les obstacles aux échanges et de ne pas expliquer ce que sont ces obstacles et donc si elle conduit à s'opposer à toute régulation des activités économiques par les Etats membres. Des auteurs ont ainsi pu écrire que « *l'article 3 c) [qui] indique que le marché intérieur est caractérisé par l'abolition entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux [...] exprime le caractère négatif de l'intégration. Dans une large mesure, le marché est jugé apte à produire par lui-même les autres objectifs de l'intégration : l'emploi, la croissance, le relèvement du niveau de vie [...]. Cette confiance dans le marché correspond à l'orientation libérale du Traité de Rome. [...] Cependant, les libertés économiques n'ont jamais constitué le seul horizon de la Communauté : le libre échange, la version « négative » de l'intégration, ne constitue pas la seule rationalité de la construction européenne* ». Bergé J.-S., Robin-Olivier S., *Introduction au droit européen*, Thémis droit, Puf, 2008, pt. 129, p. 103.

<sup>157</sup> Ainsi que le souligne M. J.-S. Bergé, le droit communautaire doit « *appréhender toutes formes de réglementations nationales dès lors qu'elles sont de nature à constituer des obstacles à la libre circulation des marchandises, capitaux, services ou personnes* ». Bergé J.-S., « Le droit d'une communauté de lois : le front européen » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, pp. 113-136, pt. 2, p. 114.

<sup>158</sup> Baron F., *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, thèse 1998, ss. la dir. de M.-A. Moreau, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, pt. 36

<sup>159</sup> Voir en ce sens les propos de M. Frédéric Baron : « *les libertés fondamentales, dans le système communautaire, relèvent d'un processus d'intégration négative* », Baron F., « Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne », thèse 1998, ss. la dir. de M.-A. Moreau, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, pt. 81.

<sup>160</sup> Voir à cet égard notre étude : première partie, titre I. chapitre II., section II. « Le caractère inutilement incertain des critères d'applicabilité des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques ».

<sup>161</sup> Article 34 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>162</sup> Article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.



prestation de services<sup>163</sup>. L'article 39 § 3 b) du traité CE<sup>164</sup> garantit aux travailleurs des Etats membres un « *droit de se déplacer librement [afin de répondre à des emplois effectivement offerts] sur le territoire des Etats membres* » ce qui correspond – ainsi qu'il le sera établi<sup>165</sup> – en fait, à un droit de ne pas être soumis à des réglementations nationales gênant leur libre déplacement. Il convient d'ores et déjà de relever que le champ d'application personnel de ces dispositions est double<sup>166</sup>. En effet, celles-ci s'adressent tant aux Etats membres qu'aux opérateurs économiques qui sont ainsi tous deux des sujets de droit communautaire<sup>167</sup>.

**62. La doctrine**, sans s'appuyer nécessairement sur la notion d'intégration négative, reconnaît parfois très clairement que les libertés de circulation constituent pour la Communauté, **un moyen indirect de légiférer** au sein du marché intérieur.

En ce sens, on peut citer M. J.-C. Masclet qui, sans employer le terme d'intégration négative, exprimait déjà en 1980 clairement l'impact de ce mode de régulation sur les compétences étatiques en relevant au sujet des libertés de circulation que « *si le pouvoir de réglementer le commerce n'est pas transféré par le traité à la Communauté, il n'en demeure pas moins que le droit communautaire peut en limiter l'exercice. Il le fait en particulier nécessairement lorsqu'il se propose d'éliminer les obstacles au commerce entre Etats membres. Il n'est donc pas vrai de dire que le pouvoir des Etats membres en ce domaine n'est soumis à aucune réserve de la part du droit communautaire* »<sup>168</sup>.

Cet impact des libertés de circulation sur la compétence normative des Etats membres a encore été particulièrement bien mis en lumière par M. D. Simon qui, présentant les compétences communautaires, insiste sur l'importance, à cette fin, de distinguer clairement « *le titre de compétence de l'exercice de la compétence* »<sup>169</sup>.

---

<sup>163</sup> « Les dispositions du traité CE interdisent aux Etats membres, d'introduire ou de maintenir certaines réglementations. L'ouverture des marchés des Etats membres aux marchandises, personnes, services ou capitaux issus des autres Etats membres est obtenue par le biais d'interdiction. Ces interdictions (du latin *negare*) sont appréhendés par la notion d'intégration négative ». Enchelmaier S., « *Europäisches Wirtschaftrecht* », Kohlhammer, coll. Studiumreihe Rechtswissenschaft, 2005, pt. 4, p. 9. R. C. Béraud constatait déjà en 1968, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, l'existence « *d'un conflit entre deux principes également conformes au Traité, celui de l'interdiction des mesures d'effet équivalent et celui de la liberté laissée aux Etats membres de réglementer le commerce.* [L'auteur insistait sur le caractère indispensable d'un contrôle communautaire des législations nationales car] *le droit de réglementer le commerce, s'il était absolu, permettrait aux Etats membres, [...], de recloisonner le marché sous couvert de réglementations techniques, de qualités ou de standardisation et de rendre ainsi inefficace les dispositions du Traité relatives à la libre circulation des marchandises* ». Béraud R.-C., « Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome », *R.T.D.E.* 1968, pp. 265-292, p. 289.

<sup>164</sup> Article 45, 3, b du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>165</sup> Voir : Première partie, Titre I, Chapitre II, section II., §I. « L'extension du champ d'application des libertés de circulations aux opérateurs économiques ».

<sup>166</sup> Selon S. Francq, « *le domaine d'application comporte également un aspect personnel, dans ce sens que ses destinataires en sont identifiés* ». Francq S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant 2005, L.D.G.J., Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, p. 8.

<sup>167</sup> Voir à ce sujet nos développements : Première partie, Titre I, Chapitre II « L'étendue incertaine du contrôle communautaire par les libertés de circulation »

<sup>168</sup> Masclet J.-C., « Les articles 30, 36 et 100 du Traité C.E.E. à la lumière de l'arrêt Cassis de Dijon », *RTD eur.* 1980, pp. 611-631, p. 628.

<sup>169</sup> Simon D., *Le système juridique communautaire*, Puf 3<sup>ème</sup> éd. 2001, pt. 91, p. 134.

En effet, les articles 28, 39, 43 et 49 du traité CE n'ont pas pour objet de trancher une question de transfert d'un titre de compétence normative au profit de la Communauté<sup>170</sup>, mais d'asseoir le pouvoir de contrôle de la Communauté sur l'activité législative des Etats membres<sup>171</sup>.

L'auteur exprime ainsi le fait que les Etats membres disposent bien d'un titre de compétence pour légiférer que le droit communautaire leur reconnaît – toujours dès lors qu'une compétence n'a pas été transférée de manière exclusive à la Communauté – mais, qu'en revanche, **ils ne disposent plus d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leur compétence**, leur compétence normative n'est plus « *autonome* »<sup>172</sup>.

En somme, selon cet auteur, les libertés de circulation, expression du mécanisme de l'intégration négative posent ce qu'il nomme, un **principe d'encadrement des compétences étatiques**<sup>173</sup> correspondant « *moins à une situation de compétences concurrentes que [à] une hypothèse de coexistence sur le même objet de compétences simultanées mais de nature différente, s'analysant comme un encadrement communautaire de compétences nationales limitées dans leur exercice et non comme un transfert du titre de compétence* »<sup>174</sup>.

Nous n'adhérons cependant pas totalement à la pensée de cet auteur qui traite de manière groupée toutes les compétences communautaires en matière de marché intérieur, c'est-à-dire tant les articles relatifs à la compétence d'harmonisation de la Communauté (94 et 95 TCE) que son pouvoir de contrôle au titre du respect des libertés de circulation. En effet, les articles 94 et 95 du traité CE donne une compétence à la Communauté pour légiférer en toute manière ayant un impact sur le fonctionnement du marché intérieur. Les Etats membres disposent de ce même pouvoir tant que la Communauté n'a pas encore exercé sa compétence. Les compétences sont donc de même nature, partagées mais inégales. En revanche, les articles relatifs aux libertés de circulation confèrent un autre type de pouvoir à la Communauté dont elle seule dispose : un pouvoir de contrôle de l'exercice de la compétence nationale. La distinction est importante car la régulation du marché intérieur par les libertés de circulation qui est un contrôle indirect et *a posteriori* de l'activité normative des Etats membres peut porter, ainsi que nous le développerons, largement atteinte à l'autorité du droit national.

---

<sup>170</sup> Même si de telles répercussions surgissent de manière indirecte ainsi que le développe V. Michel dans sa thèse de doctorat. Michel Valérie *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, sp. pp. 440-467.

<sup>171</sup> Voir en ce sens les propos de M. G. Jazottes. L'auteur rappelle que les libertés de circulation sont « *un instrument du contrôle jurisprudentiel des compétences nationales* ». G. Jazottes, *La notion d'exigences impératives dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : contribution à l'étude du principe de libre circulation*, Thèse, 1997, Université science sociales Toulouse I, 476 p.

<sup>172</sup> Boskovits K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999, Bruylant 1999, 800 p., p. 220.

<sup>173</sup> Ainsi D. Simon affirme-t-il également que « *ce mode de distribution des compétences se rencontre en particulier dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services* ». Simon D. *Le système juridique communautaire*, Puf. 3<sup>ème</sup> éd. 2001, pt. 91, p. 134.

<sup>174</sup> Simon D. *Le système juridique communautaire*, Puf. 3<sup>ème</sup> éd. 2001, pt. 91, p. 135.

D'autres auteurs eurent cependant une approche plus véhémente de ce mécanisme assimilant cet encadrement des compétences étatiques à **une véritable suppression de compétences étatiques**. Ainsi a-t-on pu lire sous la plume de M. K. Lenaerts en 1988 qu'il conviendrait, d'un point de vue fonctionnel, d'assimiler les compétences communautaires fondées sur les libertés de circulation à des compétences exclusives : « *Il s'agit de « compétences » exclusives de la Communauté, puisque les Etats membres ont une obligation d'abstention totale par rapport à l'intégrité des principes visés par ces articles [30, 48, 52, 59], sans que la Communauté ait légiféré. Les Etats membres peuvent tout au plus se prévaloir, à titre d'exception, d'une compétence résiduaire expresse limitée à des cas spécifiques* »<sup>175</sup>. Dans le même esprit, un autre auteur a affirmé qu'il « *importe de ne pas perdre de vue le fait que le traité procède également à l'encadrement, voire à la **suppression des compétences étatiques** par le biais des interdictions d'agir adressées aux Etats membres et visant à l'élimination des entraves aux libertés de circulation [...] à l'intérieur de la Communauté* »<sup>176</sup>.

D'autres encore proposent une présentation de l'impact des libertés de circulation intermédiaire de ces deux courants en indiquant que celles-ci conduisent à une « *instrumentalisation indirecte de la compétence nationale [...] [puisque les Etats sont ainsi] contraints à prendre en considération les effets de l'intégration communautaire* »<sup>177</sup>.

- 63.** En conclusion, il est à notre sens possible d'affirmer que **si la compétence normative étatique demeure donc, son exercice qui est ainsi communautarisé n'est plus souverain**, le traité CE mettant à la charge des Etats membres des obligations « de résultat » communautaires dans l'exercice de leur activité normative. Les libertés de circulation constituent donc incontestablement **un mode de régulation – indirecte – du marché intérieur par la Communauté**. Dès lors, l'exercice raisonnable par la Communauté de l'exercice de sa compétence normative en matière de marché intérieur ne met en aucun cas la pluralité juridique résultant de l'exercice par les Etats membre de leurs compétences à l'abri du droit communautaire.

Il convient à présent de s'attacher à l'autre élément singularisant de ce mode de régulation communautaire indirecte du marché intérieur : l'identification de l'organe communautaire chargé de cette mission de régulation indirecte et donc de la mise en œuvre de l'intégration négative.

---

<sup>175</sup> Lenaerts K. *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988, p. 503, note 141.

<sup>176</sup> Boskovits K. *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999, Bruylant 1999, 800 p., p. 201.

<sup>177</sup> Michel V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, pt. 343, p. 439. Dans le même sens, M. A. Racllet considère que le « *droit communautaire des affaires ne remet pas en cause l'existence même du pouvoir normatif national, mais encadre seulement son exercice* », ou encore que « *l'idée directrice de la jurisprudence est traditionnellement, un amoindrissement des prérogatives de puissance publique nationale par un contrôle renforcé de leur exercice* », Radet A. *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 414, p. 385 et pt. 415, p. 386.

## B. La mise en œuvre du mécanisme de l'intégration négative par la Cour de justice

64. Si par ce biais le traité CE confère indiscutablement à la Communauté un pouvoir de contrôle de l'activité normative des Etats membres, comment concrètement, procède-t-elle à ce contrôle?

Le Traité révèle que la tâche de l'intégration négative pèse sur la **Cour de justice** qui par son interprétation du traité CE répond directement (recours en manquement prévu aux articles 226 et 227 du Traité<sup>178</sup>) ou indirectement (renvoi préjudiciel de l'article 234 du traité CE<sup>179</sup>) à la question de la conformité au droit communautaire des réglementations nationales. En effet, en vertu de l'article 220 du Traité, « *la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du [...] traité* ». Il lui incombe donc de veiller au respect, par les Etats membres de leurs obligations de source communautaire. Si la Cour de justice constate l'absence de conformité au droit communautaire du droit national<sup>180</sup>, son application est alors interdite. Sans avoir à légiférer directement par la voie de l'harmonisation, la Communauté, par le biais de la Cour de justice, contrôle l'application des réglementations nationales au sein du marché intérieur.

65. Une partie de la **doctrine** prend d'ailleurs simplement acte de ce pouvoir régulateur indirect de la Cour de justice.

En ce sens, un auteur affirme que l'intégration négative consiste « *à confier à la Cour de justice la tâche de décider des arbitrages à assurer entre les exigences de la libre circulation et les politiques réglementaires des Etats membres. Sur le fondement entre autres, des articles 30, 34, 48, 52 et 59 du traité CE, les juridictions pourront ainsi déclarer inapplicables les lois des Etats membres considérées comme incompatibles avec les exigences du Traité en matière de libre circulation des biens, personnes et services* ».

---

<sup>178</sup> Dans ce cas en effet, la Cour de justice est juge du fond.

<sup>179</sup> Voir notamment à ce sujet les réflexions de M. K. Boskovits qui relève que « *l'utilisation du mécanisme du renvoi préjudiciel comme moyen de contrôle indirect des mesures étatiques au regard du droit communautaire, suppose la mise en œuvre d'une coopération efficace entre la Cour de justice et les juridictions nationales, ce qui dépend, à son tour, largement de la force de persuasion des arguments utilisés par la Cour dans ses arrêts préjudiciels compte tenu de l'absence des relations hiérarchiques entre celles-ci et les juridictions nationales en leur qualité de juge communautaire de droit commun* ». Boskovits K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999, Bruylant 1999, 800 p., p. 47.

<sup>180</sup> A ce sujet, M. K. Boskovits relève fort justement que « *bien qu'il soit incontestable que dans le recours préjudiciel en interprétation, la Cour de justice doit, en principe, se limiter à fournir une interprétation objective et abstraite des normes communautaires en cause, sans procéder à leur application dans le litige au principal devant la juridiction nationale, il n'en demeure pas moins que le souci du juge communautaire d'aboutir à une interprétation utile [...] l'amène, dans bien des cas, à donner des réponses qui ne laissent que très peu de marge de manœuvre au juge national [...]* ». Boskovits K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999, Bruylant 1999, 800 p., p. 46.

dans la Communauté »<sup>181</sup>. C'est donc à la Cour de justice qu'il incombe de veiller au respect du droit communautaire lors de l'exercice par les Etats membres de leur compétence normative. Selon un autre auteur, c'est donc bien « **le juge [qui] tend [alors] à encadrer l'exercice des compétences** [normatives étatiques], de telle sorte qu'il devient impossible de considérer que les Etats jouissent en ces matières d'un véritable pouvoir d'appréciation »<sup>182</sup>. Sans employer l'expression « d'intégration négative » M. G. Jazottes développe la même idée en écrivant que les libertés de circulation sont « *un instrument du contrôle jurisprudentiel des compétences nationales* »<sup>183</sup>.

Mme. L. Idot s'est, pour sa part, déjà réjouie de ce pouvoir conféré à la Cour de justice en affirmant : « *certes le contrôle communautaire essentiellement jurisprudentiel paraît **dangereux aux privatistes** qui ne suivent pas toujours précisément la jurisprudence de la Cour. En tant que communautariste, il me semble présenter **d'indéniables avantages**. En premier lieu, les principes fondamentaux qui le fondent sont difficilement contestables. En second lieu, comme il est possible de justifier la solution nationale adoptée par des motifs légitimes, cela oblige le législateur à réfléchir aux justifications réelles de son action et à adopter des moyens adaptés à la poursuite des objectifs. **Ces principes communautaires encadrent finalement de manière suffisante l'action publique et l'on peut regretter qu'il n'existe pas d'équivalent en droit interne*** »<sup>184</sup>.

66. Le fondement du contrôle communautaire de l'exercice par les Etats membres de leur compétence normative est donc le mécanisme de l'intégration négative. En vertu de celui-ci c'est incontestablement à une juridiction, la **Cour de justice**, que revient la tâche de réguler – de manière indirecte – le marché intérieur *via* les libertés de circulation<sup>185</sup>.

La portée de ce contrôle dépend alors directement des obligations mises à la charge des Etats membres dans l'exercice de leur compétence normative par les dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation. Il convient donc de s'attacher maintenant au contenu du contrôle communautaire.

## § II. Le contenu du contrôle communautaire

---

<sup>181</sup> Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.*, 1998, pp. 11-46, p. 11.

<sup>182</sup> Michel V. *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, pt. 343, p. 439.

<sup>183</sup> Jazottes G., *La notion d'exigences impératives dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : contribution à l'étude du principe de libre circulation*, Thèse 1997 Université science sociales Toulouse I, 476 p.

<sup>184</sup> L. Idot, Rapport introductif, points 31, 32, 34, 36, 37, in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, colloque international, Session internationale d'études doctorales, 28 janvier- 1<sup>er</sup> février 2003, sous la dir. de J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet, Université Paris X, Bruylant 2003, nous soulignons.

<sup>185</sup> S'il est possible de discuter de la légitimité d'une telle méthode, son existence ne fait aucun doute.

67. Il est à présent indispensable de rappeler certaines jurisprudences établies de la Cour de justice relatives aux libertés de circulation, par lesquelles celle-ci a défini le contenu de son contrôle. Celles-ci révèlent la lourde portée de ce dernier.

En effet, il résulte des arrêts de la Cour que les dispositions relatives aux libertés de circulation mettent le plus souvent à la charge des Etats membres une **obligation générale de ne pas faire** (A.), mais, également sous certaines conditions que nous étudierons une **obligation de faire** (B.).

#### A. L'obligation générale de ne pas faire déduite des libertés de circulation

68. Toutes les dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation mettent à la charge des Etats membres une **obligation générale de ne pas faire**, à savoir, ne pas gêner le bon fonctionnement du marché intérieur.

En effet, ces articles du traité CE interdisent aux Etats membres de gêner la libre circulation des marchandises, des personnes, des services (et des capitaux)<sup>186</sup>. Ainsi par exemple l'article 49 du traité CE dispose-t-il que « *les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation* ». Les Etats membres restent bien compétents mais dans l'exercice de leur compétence, ils doivent veiller à ne pas créer de restrictions à la libre prestation de services. Comme le souligne M. K. Boskovits, « *les Etats membres sont tenus de se placer dans la perspective de la réalisation du marché commun en s'abstenant de toute action susceptible d'entraver la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans un régime de concurrence non faussée* »<sup>187</sup>. Les libertés de circulation contraignent donc les Etats membres à s'abstenir de légiférer d'une certaine façon.

69. L'affaire Mars relatif à la libre circulation des marchandises permet d'illustrer les obligations de ne pas faire mises à la charge des Etats membres. Dans cette affaire, la conformité au droit communautaire d'une réglementation allemande interdisant la commercialisation de marchandises portant sur leur emballage une mention publicitaire du type "+ X %" était discutée.

---

<sup>186</sup> Rappelons en ce sens les propos que nous avons déjà évoqués d'un auteur selon lequel il « *importe de ne pas perdre de vue le fait que le traité procède également à l'encadrement, voire à la suppression, des compétences étatiques par le biais des interdictions d'agir adressées aux Etats membres et visant à l'élimination des entraves aux libertés de circulation [...] à l'intérieur de la Communauté* ». Boskovits K. *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruylant, 1999, 800 p., p. 201.

<sup>187</sup> Boskovits K. *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruylant, 1999, 800 p., p. 218.

La Cour de justice s'est d'abord interrogée sur l'applicabilité de l'article 28 du traité CE. En vertu de celui-ci « *les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres* ». S'appuyant sur la formulation de principe de l'arrêt Dassonville<sup>188</sup>, la Cour de justice en déduit que l'article 28 «  *vise à interdire toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire* »<sup>189</sup>. Il s'agit donc d'une obligation de ne pas faire mise à la charge des Etats membres établissant clairement leur absence de pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leur compétence normative.

Or, selon la Cour, la réglementation allemande « *peut contraindre l'importateur à aménager de façon différente la présentation de ses produits en fonction du lieu de commercialisation, et à supporter par conséquent des frais supplémentaires de conditionnement et de publicité* »<sup>190</sup>. Elle considère que la réglementation litigieuse « *entre donc dans le champ d'application de l'article 30 du traité* »<sup>191</sup>. En d'autres termes, pour la Cour, une application systématique de cette réglementation conduirait à une violation de l'obligation de ne pas gêner la libre circulation des marchandises par le biais de leur activité législative, mise à la charge des Etats membres.

70. Néanmoins, il convient encore de souligner que les articles du traité CE relatifs aux libertés de circulation ne constituent pas « *une affirmation d'une incompétence étatique, mais son assujettissement à une obligation déterminée* »<sup>192</sup>. En effet, ces articles qui posent des obligations de ne pas faire en matière de liberté de circulation aux Etats membres régulent l'exercice des compétences étatiques puisqu'ils indiquent comment les compétences étatiques doivent (ou plus exactement ne doivent pas) être exercées. De ce simple fait, ils réaffirment également et nécessairement l'existence d'une compétence des Etats membres<sup>193</sup>.

Si les libertés de circulation, interprétées comme des sources d'obligations de ne pas faire à la charge des Etats membres, sont le fondement textuel précis du pouvoir communautaire de contrôle de l'activité législative des Etats membres, il convient à présent d'établir que d'autres principes plus généraux sous-tendent cette faculté de contrôle et permettent encore d'alourdir les obligations pesant sur les Etats membres.

---

<sup>188</sup> CJCE 11 juillet 1974, Dassonville, 8/74, Rec. 837, pt. 5.

<sup>189</sup> CJCE 6 juillet 1995, Mars, 470/93, Rec. 1923, pt. 12.

<sup>190</sup> CJCE 6 juillet 1995, Mars, aff. 470/93, Rec. 1923, pt. 13.

<sup>191</sup> CJCE 6 juillet 1995, Mars, aff. 470/93, Rec. 1923, pt. 14.

<sup>192</sup> Michel V., « 2004 : le défi de la répartition des compétences » C.D.E. 2003, n°1, pp. 27-86, p. 73.

<sup>193</sup> A ce sujet M. K. Boskovits reprenant les termes de M. P. Behrens (« Die Wirtschaftsverfassung des Europäischen Gemeinshaft »), considère qu'il « *ne paraît pas déraisonnable de qualifier les libertés fondamentales et les règles de concurrence applicables aux mesures étatiques, de compétences à contenu négatif de la Communauté, tendant sans aucune limite matérielle déterminée, à l'encadrement de l'exercice des compétences résiduelles des Etats membres dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif primordial de l'interpénétration des marchés nationaux dans un système de libre concurrence* ». Boskovits K. *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruylant 1999, 800 p., p. 220.

## B. L'obligation de faire à la charge des Etats membres

71. De manière plus générale, la coexistence des compétences étatiques et communautaires est organisée autour du principe de primauté du droit communautaire et de l'obligation de coopération loyale. Il faut procéder à un bref **rappel des ce deux grands principes communautaires encadrant les compétences nationales** (1) car leur mise en œuvre dans le cadre des libertés de circulation a conduit la Cour de justice à affirmer qu'il pèse également **une obligation de faire** sur les Etats membres (2).

### 1. Rappel des grands principes communautaires encadrant les compétences nationales

72. **Le principe de primauté** du droit communautaire consacré par l'arrêt Costa c/ Enel du 15 juillet 1964<sup>194</sup> résout tout conflit de normes au profit de la norme communautaire<sup>195</sup>. Il interdit, conformément à la jurisprudence Simmenthal<sup>196</sup> tant « *la formation valable [que] l'application de toute norme nationale contraire au droit communautaire* ». En soumettant l'intégralité du droit national au droit communautaire comme en témoigne la référence à « toute norme nationale », le principe de primauté régit donc nécessairement l'exercice, par les Etats membres de leur compétence<sup>197</sup>.

73. Cette interdiction faite au droit national d'affecter la portée du droit communautaire témoigne de la limite définitive et désormais inhérente à l'exercice des compétences nationales. La Cour l'a d'ailleurs clairement exprimé en affirmant dans l'arrêt Costa que « *le transfert [de compétences] opéré par les Etats membres [...] entraîne une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de primauté* »<sup>198</sup>.

74. Le champ d'application de ces interdictions n'est pas limité à une catégorie d'acte de droit national déterminé<sup>199</sup>. Bien au contraire, le principe de primauté assujettit

---

<sup>194</sup> CJCE 15 juillet 1964, Costa c/ Enel, 6/64, Rec. 1203.

<sup>195</sup> Voir à ce sujet L. Idot, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthode, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005 p. 432.

<sup>196</sup> CJCE 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. 629.

<sup>197</sup> Voir en ce sens, voir notamment les propos de Mme V. Michel selon laquelle, « *le principe de neutralisation des normes nationales repose sur un mécanisme très simple : la Cour constate l'incidence d'une réglementation nationale sur un principe du traité, décèle une contradiction et impose corrélativement – en application du principe de primauté – l'inapplication de cette dispositions aux situations communautaires* ». Michel V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, pt. 344, p. 440.

<sup>198</sup> CJCE 15 juillet 1964, Costa c/ Enel, 6/64, Rec. 1203, pt. 1160

<sup>199</sup> Il suppose en revanche évidemment que les Etats soient titulaires d'une compétence, ce qui exclut du champ d'application de ce principe les compétences communautaires exclusives.



l'ensemble du droit national au droit communautaire<sup>200</sup> car, ainsi que la Cour de justice le rappelle, « l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets »<sup>201</sup>. Il n'existe en somme qu'une seule limite possible à la portée de ce principe, il s'agit, fort logiquement, des domaines n'ayant aucun impact sur le droit communautaire<sup>202</sup>. Sous cette réserve, – dont les limites sont extrêmement difficiles à tracer<sup>203</sup> – dans le cadre de l'exercice de leur compétence et en quelque domaine que ce soit, les Etats membres sont tenus de veiller à ne pas porter atteinte au droit communautaire tant primaire que dérivé. On a alors pu parler d'une « communautarisation généralisée des compétences nationales »<sup>204</sup>. De manière plus nuancée, on peut affirmer que l'exercice des compétences nationales n'est plus autonome, et n'est légitime que dans le respect du droit communautaire qui se place au dessus du droit national dans la hiérarchie des normes.

75. Si le principe de primauté du droit communautaire qui n'est pas inscrit dans le traité CE<sup>205</sup> irradie la coexistence des compétences nationales et communautaires, un autre principe communautaire conduit également à consacrer l'encadrement des compétences nationales.

76. **L'article 10 du traité CE**<sup>206</sup> dispose que « les Etats membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». L'article 10 du traité CE met ainsi à la charge des Etats membres une obligation générale que la doctrine

<sup>200</sup> CJCE 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, *Rec.* 1125.

<sup>201</sup> CJCE 21 mars 1972, Ministère public de la République italienne / società agricola industria latte, 82/71, *Rec.* 119, pt. 5

<sup>202</sup> Voir également en ce sens les propos de Mme M.-C. Boutarde-Labarde qui remarque « la vocation des règles communautaires à s'appliquer à tous les types de réglementations, indépendamment de leur nature, dès lors qu'elles sont susceptibles d'entraver la libre circulation des personnes, des services et des marchandises ». Boutarde-Labarde M.-C., note sous les affaires 300/90 et 204/90, *J.D.I.* 1992, pp. 439-456, sp. p. 446.

<sup>203</sup> Comme nous le démontrons à l'occasion de l'étude du champ d'application matériel des dispositions relatives aux libertés de circulation dans le chapitre second section 1.

<sup>204</sup> Répertoire communautaire Dalloz, « compétences communautaires », Constantinesco V., Michel V., sept. 2002, pt. 176, p. 29. Les internationalistes pour leur part distinguent le phénomène de communautarisation directe du droit national qui se réalise par le voie du droit dérivé, de celui de la communautarisation indirecte du droit issue « de la confrontation obligatoire entre les résultats de l'applicabilité des règles du droit [international privé] et les principes fondamentaux du droit communautaire ». Bachellier M.-N., « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, « Le droit international privé : esprit et méthodes » Dalloz, 2005, p. 475-491, p. 477.

<sup>205</sup> Dans le traité de Lisbonne, le principe de primauté ne fait l'objet que d'une déclaration (n°17) dépourvue de valeur contraignante en vertu de laquelle « La Conférence rappelle que, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'UE, les traités et le droit adopté par l'Union sur la base des traités priment le droit des Etats membres dans les conditions définies par la dite jurisprudence ».

<sup>206</sup> L'article 4 §3 du traité sur l'Union européenne dispose : « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les Etats membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les Etats membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

qualifie de « *coopération loyale* »<sup>207</sup> ou encore de « *fidélité* »<sup>208</sup>. En outre, le traité de Lisbonne<sup>209</sup> consacre expressément ce « principe de coopération loyale ».

77. Il découle en fait de la lettre de l'article 10 du traité CE une **double obligation**. Il s'agit d'une part d'une obligation de ne pas faire ainsi que le fait apparaître la formule : « *ils s'abstiennent de toutes mesures* ». Il s'agit plus précisément, dans l'exercice de leur compétence, de ne pas mettre en péril la réalisation des buts du présent traité, ou, en d'autres termes, de ne pas porter atteinte à **l'effet utile**<sup>210</sup> du droit communautaire<sup>211</sup>. En effet, on relève que la Cour de justice a elle-même déclaré justifier « *des incursions de la compétence communautaire dans les souverainetés nationales là où elles sont nécessaires pour que, du fait des pouvoirs retenus par les Etats membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité compromise* »<sup>212</sup>.
78. D'autre part, par la formulation, « *les Etats membres prennent toutes les mesures* », l'article 10 du traité CE contient une obligation de faire, c'est-à-dire pour les Etats membres, d'user de leur compétence de façon à assurer l'exécution des obligations découlant du traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté.

L'article 10 du traité CE met ainsi à la charge des Etats membres, une obligation d'action et une obligation d'abstention dans le cadre de l'exercice de leur compétence<sup>213</sup>.

---

<sup>207</sup> Constantinesco V., Michel V., « compétences communautaires », *Répertoire communautaire Dalloz*, sept. 2002, pt. 177, p. 29.

<sup>208</sup> Blanquet M., *L'article 5 du Traité CEE: recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Thèse, L.D.G.J., 1994, 502 p.

<sup>209</sup> Article 4 § 3 du traité sur l'Union européenne.

<sup>210</sup> L'effet utile est, avant toute chose, une méthode d'interprétation à laquelle la Cour de justice a recours. Mais, ainsi que le souligne M. M. Blanquet au sujet plus particulièrement du droit de la concurrence, « *la Cour de justice parallèlement développé une jurisprudence faisant du respect de l'effet utile du droit communautaire une obligation des Etats membres, dont le fondement juridique le plus net est cette fois, l'article 5 alinéa 2* ». Blanquet M., *L'article 5 du Traité CEE: recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Thèse, L.D.G.J., 1994, 502 p., p. 181.

<sup>211</sup> Voir notamment en ce sens : Constantinesco V., Michel V., « Compétences communautaires », *Répertoire communautaire Dalloz*, sept. 2002, pt. 178, p. 30.

<sup>212</sup> CJCE 23 février 1961, De gezamen lijke Cteenkolenmijnen in Limburg c/ haute autorité de la C.E.C.A., 30/59, *Rec.* 1, pt. 46.

<sup>213</sup> Voir en ce sens notamment l'arrêt du 10 décembre 1969 à l'occasion duquel la Cour s'appuie sur l'article 10 du traité CE posant un principe de solidarité en vertu duquel « *l'exercice des compétences retenues ne saurait [...] permettre [aux Etats membres] de prendre unilatéralement des mesures qu'interdit le traité* ». CJCE, 10 décembre 1969, Commission c/France, 6 et 11/69, *Rec.* 523, pts. 16 et 17.

Voir également en ce sens : Constantinesco V., « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire » in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, éd. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 97-114. L'auteur affirme que l'analyse exégétique de cette disposition « *met en évidence que l'article 5 CEE prescrit aux Etats deux sortes de comportement. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 5 CEE prescrit un comportement positif : les Etats doivent faire en sorte d'assurer au mieux l'intérêt de la Communauté soit en prenant toutes mesures générales ou particulières (ce que l'on pourrait appeler l'exécution normative), soit plus généralement, en facilitant à celle-ci (la Communauté), l'accomplissement de sa mission (ce qui pourrait fonder les compétences d'exécution matérielle des Etats). L'alinéa 2 de l'article 5 CEE vise un comportement négatif ou plutôt une abstention : les Etats ne doivent rien entreprendre qui puisse mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* », pt. 3, p. 99.

## 2. Déduction de l'obligation de faire des grands principes communautaires et des libertés de circulation

79. Si l'article 10 du traité CE peut être appliqué de manière autonome<sup>214</sup>, il est souvent appliqué cumulativement avec un autre article plus spécifique du traité. On considère même que « *l'application combinée de l'article 10 du Traité de la CE et d'une autre disposition de Traité [permet] de renforcer une obligation plus spécifique souvent présentée comme l'expression particulière de l'obligation générale de coopération* »<sup>215</sup>. Dans le domaine des libertés de circulation, la Cour de justice s'appuie parfois sur les dispositions spécifiques du traité CE et sur l'article 10 pour insister sur la force de l'obligation de coopération pesant sur les Etats membres dans le cadre de l'exercice de leur compétence.
80. Dans l'arrêt Kraus du 31 mars 1993 par exemple, la Cour de justice s'appuie sur ce double fondement pour condamner une réglementation allemande relative à la reconnaissance de titres et diplômes universitaires adoptée en l'absence d'acte de droit dérivé à ce sujet. En effet, la Cour rappelle d'abord l'obligation de ne pas faire qui, en vertu des articles 39 et 43 du traité CE, régit l'exercice des compétences nationales. Ainsi, selon la Cour, en « *fixant à la fin de la période de transition la réalisation de la libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement, les articles 48 et 52 prescrivent une **obligation de résultat** précise dont l'exécution devait être facilitée, mais non conditionnée par la mise en œuvre de mesures communautaires. La circonstance que de telles mesures n'ont pas encore été arrêtées, n'autorise pas un État membre à refuser à une personne relevant du droit communautaire le bénéfice effectif des libertés garanties par le traité* ». Puis, pour rappeler la force de cette obligation, la Cour s'appuie, alors que cela n'était pas indispensable à son raisonnement, sur l'article 10 du traité CE en déclarant que, « *au surplus, les États membres sont tenus, conformément à l'article 5 du traité, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du traité et de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts de ce traité* »<sup>216</sup>.

Dans cette affaire, la Cour considère que l'Allemagne n'a pas respecté les exigences du droit communautaire, en adoptant une réglementation en matière de reconnaissance des

---

<sup>214</sup> Voir à ce sujet les développements de M. M. Blanquet: Blanquet M. *L'article 5 du Traité CEE: recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, L.D.G.J., 1994, 502 p. sp. p. 260 et S.

<sup>215</sup> Constantinesco V., Michel V., « compétences communautaires », *Répertoire communautaire Dalloz*, sept. 2002, pt. 177, p. 29. En effet, M. M. Blanquet affirme « *qu'il est donc inexact de considérer que l'article 5, dispositions générales, vient renforcer, conforter des obligations spécifiques : ce sont ces dernières qui appuient ici ou là, une obligation principale issue de l'article 5* », Blanquet M., *L'article 5 du Traité CEE: recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, L.D.G.J., 1994, 502 p., p. 248.

<sup>216</sup> CJCE, 31 mars 1993, Kraus, 19/92, *Rec.* 1663, pt. 30 et 31.

qualifications et titres universitaires soumettant à un régime différent et défavorable ceux acquis sur le territoire d'un autre Etat<sup>217</sup>.

81. Mais, il arrive encore que la Cour de justice se fonde tout à fait utilement de manière conjointe sur les articles relatifs aux libertés de circulation et l'article 10 du traité CE. Ainsi qu'il convient à présent de le démontrer, sur la base de ce double fondement, la Cour de justice pousse encore plus loin son contrôle de l'exercice des compétences nationales.

L'arrêt de la Cour de justice du 9 décembre 1997 illustre ce cas de figure.

Dans cette affaire, l'Etat français était poursuivi en manquement par la Commission en raison de sa passivité face à des actes de vandalisme commis par des agriculteurs français à l'encontre de produits agricoles en provenance d'autres Etats membres, dont plus particulièrement des fraises originaires d'Espagne. Ces actes consistaient « *notamment dans l'interception de camions transportant de tels produits sur le territoire français et la destruction de leur cargaison, dans des violences à l'encontre des camionneurs, dans des menaces proférées contre des grandes surfaces françaises mettant en vente des produits agricoles originaires d'autres États membres ainsi que dans la dégradation de ces marchandises mises à l'étalage dans des magasins en France* »<sup>218</sup>.

Ces actes de violence, commis sur le territoire français à l'encontre de produits agricoles originaires d'autres États membres, créaient incontestablement des obstacles aux échanges intracommunautaires de ces produits. La Cour constate en effet que, « *le fait pour un État membre de s'abstenir d'agir ou, le cas échéant, de rester en défaut d'adopter les mesures suffisantes pour empêcher des obstacles à la libre circulation des marchandises, créés notamment par des actions de particuliers sur son territoire à l'encontre de produits originaires d'autres États membres, est de nature à entraver les échanges intracommunautaires tout autant qu'un acte positif* »<sup>219</sup>. Mais sur quel fondement condamner l'Etat français ?

L'article 28 du Traité (article 30 ancien) prohibe les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation des marchandises. Mais, en l'espèce aucune « mesure » française, ou en d'autres termes aucune réglementation française n'était à l'origine de la gêne à la libre circulation des marchandises. Bien au contraire, il était reproché à l'Etat français, de ne pas avoir su mettre fin à des actes de vandalismes sur son

---

<sup>217</sup> « En conséquence, les articles 48 et 52 s'opposent à toute mesure nationale, relative aux conditions d'utilisation d'un titre universitaire complémentaire, acquis dans un autre État membre, qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité », CJCE, 31 mars 1993, Kraus, 19/92, Rec. 1663, pt. 32.

<sup>218</sup> CJCE, 9 décembre 1997, Commission c/France, Rec. 6959, pt. 2.

<sup>219</sup> CJCE, 9 décembre 1997, Commission c/France, 265/95, Rec. 6959, pt 31.

territoire c'est-à-dire de ne pas avoir adopté ou su faire appliquer des mesures nécessaires à cette fin.

Le seul article 28 du traité CE ne permettait pas de condamner l'Etat français et de défendre le principe communautaire fondamental que constitue la libre circulation des marchandises<sup>220</sup>. Afin de pallier cette lacune, la Cour de justice fit une application conjointe de l'article 28 et de l'article 10 du traité CE. Ce dernier mettant à la charge des Etats membres une obligation de faire en vue de garantir l'effet utile du droit communautaire, il permettait donc de condamner l'inaction des autorités françaises préjudiciable à la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur. Elle affirma ainsi que « *l'article 30 impose donc aux États membres non seulement de ne pas adopter eux-mêmes des actes ou des comportements susceptibles de constituer un obstacle aux échanges, mais également, en liaison avec l'article 5 du traité, de prendre toutes mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire le respect de cette liberté fondamentale* »<sup>221</sup>. Cette possibilité d'une lecture combinée des articles prohibant les mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation avec l'article 10 du traité CE a été confirmée par la suite, notamment par l'arrêt de la Cour de justice du 12 juin 2003, Eugen Schmidberger<sup>222</sup>.

Ainsi, l'article 10 du traité CE accroît-il le contrôle de la Cour de justice sur l'exercice par les Etats membres de leur compétence en mettant à leur charge une obligation de faire. Le contrôle de l'exercice des compétences nationales par la Communauté porte donc tant sur les actions que sur les abstentions étatiques. La liberté normative des Etats membres s'en trouve fortement affectée.

## Conclusion du Chapitre I.

82. Loin de nier l'existence d'une compétence normative étatique dans tous les domaines liés au fonctionnement du marché intérieur, le Traité consacre celle-ci. A cette consécration par le texte fondateur s'ajoute la volonté affirmée et exprimée des instances communautaires de faire usage restreint et circonstancié de leur compétence normative partagée en la matière. **La régulation du marché intérieur par la voie de l'intégration positive incombe donc principalement aux Etats membres. De celle-ci, il découle logiquement une certaine pluralité juridique.**

---

<sup>220</sup> En effet, même si la Cour affirme de manière générale au point 30 de cet arrêt que « *en tant que moyen indispensable à la réalisation du marché sans frontières intérieures, l'article 30 ne prohibe donc pas les seules mesures d'origine étatique qui, en elles-mêmes, créent des restrictions au commerce entre les États membres, mais peut également trouver à s'appliquer lorsqu'un État membre s'est abstenu de prendre les mesures requises pour faire face à des entraves à la libre circulation des marchandises dues à des causes qui ne sont pas d'origine étatique* », elle précise au point 32 du ce même arrêt, que dans le cadre de cette affaire une lecture conjointe des articles 28 et 10 du traité CE est nécessaire à la condamnation de la France.

<sup>221</sup> CJCE, 9 décembre 1997, Commission c/France, Rec. 6959, pt. 30.

<sup>222</sup> CJCE, 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, I 12/00. Rec. 5659.

83. Cette pluralité apparaît alors comme choisie ou encouragée par les autorités communautaires qui n'exercent pas systématiquement leur pouvoir normatif. Pouvait-on en déduire que ce droit national découlant de l'exercice de leur compétence par les Etats membres serait exclu du champ d'application du droit communautaire ou nécessairement conforme à celui-ci ?
84. Certes non. Bien au contraire, la consécration parallèle, par le Traité, du mécanisme de **l'intégration négative témoigne d'une volonté communautaire de réguler autrement le marché intérieur**. Il s'agit de déléguer principalement aux Etats membres la tâche de réglementer les activités au sein du marché intérieur tout en leur imposant d'y procéder dans le respect du droit communautaire. Les articles relatifs aux libertés de circulation mettent à leurs charges de lourdes obligations tant de faire que de ne pas faire dont la Cour assure le respect. Les compétences normatives étatiques apparaissent alors instrumentalisées ou encore communautairement finalisées. Dès lors il apparaît plus que probable que la pluralité juridique – c'est-à-dire tant la multiplicité des lois nationales, que leurs éventuelles divergences – fruit de l'exercice de la compétence normative des Etats membres, fasse l'objet d'une appréciation critique par la Cour de justice.
85. L'existence et le poids d'un tel contrôle conduit donc déjà à relativiser la portée de la consécration communautaire de compétences étatiques en matière de marché intérieur. En effet, par principe, les Etats ne sont plus libres de déterminer le contenu de leur réglementation relevant pourtant – notamment en raison de l'absence de mesure d'harmonisation exhaustive – de leur compétence. Cet interventionnisme communautaire dans le domaine des compétences nationales est déjà en soi source de tensions.

Apprécier les conséquences et la portée d'un tel contrôle communautaire de l'activité législative nationale nécessite alors de pouvoir déterminer avec précision les conditions auxquelles celui-ci s'exerce, ainsi que le domaine matériel dans lequel il s'exerce. Il s'agit donc de découvrir les critères de mise en œuvre des articles du traité CE consacrant les libertés de circulation ou en d'autres termes, leur **champ d'application**.

Si le champ d'application de ces dispositions est restreint, le pouvoir normatif souverain des Etats membres sera grand. Inversement, si le champ d'application de ces dispositions est large, le pouvoir normatif souverain des Etats membres sera d'autant restreint. **Il apparaît donc capital de pouvoir déterminer avec précision le champ d'application de ces dispositions, pour pouvoir juger de l'emprise du droit communautaire sur la pluralité juridique au sein du marché intérieur.**

**CHAPITRE II**  
**L'ÉTENDUE INCERTAINE DU CONTRÔLE COMMUNAUTAIRE PAR LES LIBERTÉS DE CIRCULATION**

86. La loi peut être définie « *dans son sens le plus général, [...] comme la description d'une relation nécessaire entre une hypothèse et sa conséquence* »<sup>223</sup>. Selon un autre auteur, **la recherche de l'applicabilité de la règle de droit « [...] recouvre l'opération banale de la détermination de l'hypothèse de la règle [...] »**<sup>224</sup>. En d'autres termes encore, « *la problématique de l'applicabilité de la règle de droit concerne l'identification des situations visées par son hypothèse* »<sup>225</sup>. La recherche du champ d'application des dispositions relatives aux libertés de circulation nous conduira donc à nous interroger sur les hypothèses visées par ces articles du traité CE.
87. Logiquement, la Communauté ne disposant que de compétence d'attribution, **les libertés de circulation ont nécessairement un champ d'application limité**. Aussi l'étude de ce dernier devrait-il en principe permettre de délimiter précisément le domaine de validité de ces normes<sup>226</sup> communautaires.

Nous tenterons ici de démontrer qu'il se dégage pourtant de la jurisprudence de la Cour que ces limites du champ d'application des libertés de circulation sont, à bien des égards, **très difficiles à tracer**.

L'incertitude quant à l'étendue du contrôle effectué par la Cour de justice qui en résulte est, à notre sens, dans certains cas inévitable mais en d'autres, le fruit d'une position laxiste et infondée de la Cour. Un regard critique doit donc être porté sur la jurisprudence de la Cour de justice à cet égard.

La spécificité du champ d'application personnel des libertés de circulation nous conduira à mener cette étude critique en deux temps. Le champ d'application personnel d'une règle de droit permet, on le sait, d'en déterminer les **destinataires**. Or, les libertés de circulation n'ont pas pour seuls destinataires les Etats membres, mais également certains opérateurs économiques.

Aussi conviendra-t-il d'abord de s'interroger sur les réglementations entrant dans le champ d'application des libertés de circulation afin de pouvoir mesurer l'impact de ces dernières sur le pouvoir normatif des Etats membres, premiers destinataires des libertés

---

<sup>223</sup> Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd. 2003, p. 42, pt. 31.

<sup>224</sup> Fallon M., « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *Mélanges Vander Elst*, t. 1., pp. 285-322, p. 286, pt. 2.

<sup>225</sup> Francq S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant 2005, L.D.G.J., Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, p. 7.

<sup>226</sup> C'est-à-dire, selon Kelsen, « *le mode d'existence spécifique des normes* ». Kelsen *Théorie pur du droit*, 2<sup>ème</sup> éd. 1960, traduction C. Eisenmann, Paris, réimpression Bruylant p. 18.

de circulation. Cette étude des réglementations appréhendées par les libertés de circulation correspond à celle du champ matériel des libertés de circulation. Nous emploierons ici à démontrer le **caractère inévitablement incertain du champ d'application matériel des libertés de circulation** (section I.).

Puis, nous chercherons à clarifier les conditions auxquelles la Cour de justice subordonne le bénéfice des libertés de circulation au profit des opérateurs économiques, seconds destinataires des libertés de circulation. Notre analyse de la jurisprudence de la Cour de justice se fera alors nettement plus critique. Nous démontrerons en effet le **caractère inutilement incertain des critères d'applicabilité des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques** (section II.).

## Section I

### Le caractère inévitablement incertain du champ d'application matériel

88. Le champ d'application matériel d'une règle de droit correspond « *aux limites [...] à l'intérieur desquelles la règle est applicable [...] au regard du droit substantiel, de l'ensemble des matières auxquelles [elle] s'applique* »<sup>227</sup>. La recherche du champ d'application matériel des règles du traité CE consacrant les libertés de circulation soulève ainsi une question fondamentale : les règles relatives aux libertés de circulation sont-elles applicables à toutes les matières<sup>228</sup> dans lesquelles les Etats membres légifèrent ?

En d'autres termes, il s'agit d'identifier parmi les subdivisions ou branches du droit<sup>229</sup> classiquement<sup>230</sup> retenues, celles qui seront affectées par les libertés de circulation.

L'enjeu est de taille. En effet, si un **critère matériel d'applicabilité**<sup>231</sup> pouvait être identifié, certains pans du droit national seraient alors clairement exclus du champ

---

<sup>227</sup> Cornu G. *Vocabulaire juridique*, 7<sup>ème</sup> éd. 2005, « Application », p. 64.

<sup>228</sup> La matière peut être définie comme « *ce qui est l'objet d'études scolaires, d'enseignement [...] ; une discipline* ». Le nouveau petit Robert de la langue française, éd. 2009. Sont ici visées les matières telles qu'elles résultent des programmes d'enseignement des Facultés de droit.

<sup>229</sup> Les branches du droit sont « *des ensembles cohérents et autonomes de règles adaptés à un secteur d'activités* ». Aubert J.-L., Savaux E. *Introduction au droit*, Sirey université, 12<sup>ème</sup> éd. 2008, pt. 49, p. 37.

<sup>230</sup> Voir notamment à cet égard, MM. J.-L. Aubert et E. Savaux : « *Multiplié des branches du droit. Essai de classification. – Il est nécessaire, et de bonne méthode, de procéder à des regroupements dans l'ensemble volumineux que constituent les règles de droit. La distinction du droit privé et du droit public est certainement utile de ce point de vue. Mais elle se révèle insuffisante face au phénomène de multiplication des branches du droit qui a caractérisé le XX<sup>e</sup> siècle* ». Aubert J.-L., Savaux E. *Introduction au droit*, Sirey université, 12<sup>ème</sup> éd. 2008, pt. 49, p. 37.

<sup>231</sup> Nous emploierons ici indifféremment les termes de critères d'applicabilité et de critère d'application. En effet, le terme applicabilité présente l'avantage de mettre en lumière le fait qu'il ne s'agit pas concrètement d'appliquer à un cas d'espèce le droit communautaire mais de s'interroger plus abstraitement sur les hypothèses visées par l'énoncé de la règle afin d'identifier si celles-ci visent un domaine matériel particulier. Cependant, la notion d'applicabilité sert normalement à identifier les « *situations concrètes* » auxquelles s'applique une norme juridique. Or, lorsque les Etats sont les destinataires de la règle de droit communautaire il ne s'agit plus tant de rechercher la situation de fait déclenchant la mise en œuvre de la règle que la nature des réglementations nationales entrant en tout état de cause dans le champ d'application du droit communautaire. Selon M. M. Fallon, « *la notion d'applicabilité [...] sert à identifier l'application à une situation [concrète] de toute norme juridique, y compris une règle de droit international privé* ». Fallon M. « Les conditions d'un code européen de droit international privé »



d'application du droit communautaire. En ces matières, les Etats membres resteraient donc libres d'exercer leur compétence normative de manière discrétionnaire<sup>232</sup>, sans contrôle communautaire. L'identification d'un critère matériel d'applicabilité clair et précis permettrait donc sans aucun doute d'apaiser les relations qu'entretiennent la Communauté et les Etats membres.

89. Cependant, bien que souhaitable, **cette identification de matières formellement exclues du champ d'application des libertés de circulation nous paraît tout simplement impossible**. Cette impossibilité a, selon nous, pour cause le fait que le **champ d'application matériel des libertés de circulation n'est pas délimité à l'aide d'un critère d'applicabilité matériel en ce sens qu'il renverrait à certains droits spéciaux, mais par un critère d'applicabilité spatio-économique** transcendant toute les classifications des droits nationaux.

Convaincre de cette regrettable mais congénitale impossibilité de dresser, *a priori*, une liste fiable des matières régies par les libertés de circulation, suppose d'abord d'établir qu'il résulte de la lettre et de l'esprit du traité CE que les libertés de circulation ne peuvent pas contenir de critère matériel d'applicabilité. Cherchant néanmoins à délimiter le champ d'application matériel des libertés de circulation, la Cour de justice a tenté de dégager un autre critère d'applicabilité et, ce faisant, a développé une jurisprudence incertaine et fluctuante générant un sentiment de « *colonisation du droit national* »<sup>233</sup> par le droit communautaire.

C'est ainsi **l'impossibilité de retenir un critère matériel d'application des libertés de circulation** (§ I.) pour délimiter leur champ d'application matériel qui a conduit au développement de **fluctuations jurisprudentielles dans l'interprétation du critère d'applicabilité** (§ II.)

### § I. L'impossibilité de retenir un critère matériel d'application

90. La notion de critère matériel d'application est ici entendue comme un critère qui, pour délimiter le champ d'application matériel d'une réglementation juridique, renverrait à certaines grandes classifications ou subdivisions du droit.

---

*in La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* ss. la dir. de M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peuzeux, Dalloz, 2009, coll. Thèmes et commentaires, pp. 1-34, sp. p. 13.

Le terme d'applicabilité doit donc être ici entendu de manière extensive comme recouvrant toute la problématique du champ d'application des dispositions des libertés de circulation.

<sup>232</sup> Voir en ce sens les propos de J.-L. Dewost qui affirme que « *le champ d'application est une notion frontière. Quand le juge communautaire interprète le champ d'application communautaire, il interprète ipso facto, le champ d'application national... oui, mais c'est là où apparaissent les tensions entre les institutions communautaires et les Etats membres, car le gardien est d'un seul des côtés du territoire et de la frontière* ». Dewost J.-L. « Témoignages », *R.A.E. – L.E.A/ 2003-2004/1*, p. 23-25, p. 23.

<sup>233</sup> Dewost J.-L. « Témoignages », *R.A.E. – L.E.A/ 2003-2004/1*, p. 23-25, p. 23.

Or, ainsi qu'il convient à présent de l'établir, les articles du Traité relatifs aux libertés de circulation ne visent pas une ou des matières juridiques déterminées conformément aux classifications retenues en droit national, mais plutôt une problématique, celle des activités économiques transfrontières<sup>234</sup>.

Il en résulte d'une part que le champ d'application matériel des libertés de circulation est **défini par un critère d'applicabilité de nature économique et spatial**, fonctionnel et difficilement saisissable (A.) et, d'autre part, une **indifférence de la Cour de justice à l'égard des qualifications juridiques nationales** pour juger de l'applicabilité du droit communautaire (B.). Par voie de conséquence, la détermination du champ d'application matériel des libertés de circulation est extrêmement malaisée.

### A. La déduction logique d'un critère d'applicabilité spatio-économique.

91. A la lecture du traité CE<sup>235</sup>, force est de constater l'absence de disposition spécifique déterminant le champ d'application matériel des dispositions relatives aux libertés de circulation.

Dès lors, le champ d'application des articles consacrant les libertés de circulation doit être déduit directement de leur lettre même.

92. Les articles 28 et 29 du traité CE prohibent « *les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation [et] à l'exportation* » entre les Etats membres, l'article 39 les restrictions à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, l'article 43 les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre, et l'article 49 les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Rappelons ici encore, que la libre circulation des citoyens, indépendamment de l'exercice d'une activité économique est exclue du champ de cette étude. Voir, à cet égard, notre introduction.

<sup>235</sup> Le problème est identique dans le traité de Lisbonne.

<sup>236</sup> Rappelons, une fois encore, que dans le cadre de cette étude il ne sera pas traité de la libre circulation fondée sur l'article 18 du traité CE qui permet désormais aux citoyens européens de se prévaloir d'un droit de circulation et de séjour indépendamment de toute activité économique. Voir sur la raison de cette exclusion notre introduction.

Voir en ce sens l'arrêt Baumbast du 17 septembre 2002 (413/99, *Rec.* 7091, pt.83) dans lequel la Cour indique clairement que « *le traité sur l'Union européenne n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité professionnelle, salariée ou indépendante, pour jouir des droits prévus dans la deuxième partie du traité CE, relative à la citoyenneté de l'Union. En outre, rien dans le texte dudit traité ne permet de considérer que des citoyens de l'Union qui se sont établis dans un autre Etat membre pour y effectuer une activité salariée sont privés des droits qui leur sont conférés par le traité CE en raison de cette citoyenneté lorsque cette activité prend fin* ».

En ce sens, un auteur affirme ainsi : « *le lien avec une activité économique n'est plus exigé* ». Carlier J.-Y. « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne » in *Une Constitution pour l'Europe, réflexion sur les transformations du droit de l'Union européenne*, ss. la dir. De O. De Schutter et P. Nihoul, Larcier 2004, p. 143 et s., sp. p.158.

Relevons tout de même que la formulation de l'article 18 du traité CE pose une difficulté analogue puisque cet article ne définit pas non plus son domaine matériel d'application. Il dispose : « *tout citoyen de l'Union [...] le droit de circuler et de séjourner*

La lettre de ces textes ne vise pas les réglementations nationales appartenant à certains droits spéciaux. En effet, les mesures nationales interdites par ces articles ne sont pas définies par rapport à une matière<sup>237</sup> puisqu'il n'est ni question de réglementation de droit public ou de droit privé, ni de droit patrimonial, fiscal, matrimonial...

93. Doit-on en déduire que toutes les réglementations nationales entrent dans le champ d'application du droit communautaire ?

Les formulations de certains auteurs semblent parfois suggérer une telle analyse. Ainsi, Mme V. Michel assimile-t-elle les libertés de circulation à un mode « *d'instrumentalisation indirecte de la compétence nationale, [...] par lequel la Cour contraint les Etats à prendre en considération les effets de l'intégration communautaire, quelle que soit la matière dans laquelle ils interviennent* »<sup>238</sup>. On pourrait donc en déduire que l'auteur insinue que tous les domaines de compétence nationale entrent dans le champ d'application des dispositions du traité CE relatives au marché intérieur.

94. Une telle appréhension du champ d'application matériel eut été pourtant difficilement conciliable avec les principes d'attribution et de spécialité régissant les compétences communautaires. Si la Communauté, n'a pas une compétence normative générale en raison de sa qualité de sujet de droit dérivé<sup>239</sup>, toutes les dispositions du traité CE doivent alors nécessairement avoir un champ d'application spécifique et limité<sup>240</sup>.

En d'autres termes, si le champ d'application matériel du traité CE n'est pas explicitement déterminé, il doit en revanche être déterminable.

Comment, dès lors, identifier ce champ d'application matériel implicite ?

95. Il paraît pour cela indispensable de se placer dans la logique communautaire. Il est acquis que la particularité de l'ordre juridique communautaire est d'être « *spécialisé, mais aussi*

---

*librement sur le territoire des Etats membres, sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application* ».

<sup>237</sup> Entendue comme une ramification du droit.

<sup>238</sup> Michel V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, pt. 343, p. 439.

<sup>239</sup> Voir notamment en ce sens les propos de L. Idot qui, s'interrogeant sur le domaine spatial du droit communautaire, rappelle l'importance « *de garder en mémoire le fait que la Communauté ne dispose que de compétences d'attribution* ». Idot L., « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthode, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005 p. 431-453, pt. 2, p. 431.

<sup>240</sup> Voir notamment en ce sens les propos de M. M. Fallon qui remarque que « *pour importants qu'ils soient, les pouvoirs conférés à l'organisation internationale ne sont que d'attribution : ils ne peuvent donc s'exercer que dans les limites spécialement énoncées. Il en résulte que l'applicabilité directe du régime de la circulation des biens ou des personnes ne peut se concevoir que dans le domaine assigné à ces libertés [...]* ». Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *Rec. de cours, Académie de droit international*, La Haye, 1995, tome 253, pp.9-282, pt. 3, pp. 30.

*finalisé* »<sup>241</sup>. Or, « *la finalité économique [de la Communauté] est [toujours] présentée comme la première tant historiquement que quantitativement* »<sup>242</sup>, ce que reflètent parfaitement les dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation. En effet, ces dispositions qui visent les marchandises, les travailleurs salariés ou indépendants (sous la forme de la libre prestation de services ou d'établissement) tendent à garantir une liberté de circulation économique<sup>243</sup>. Ainsi que l'affirme M. M. Fallon, « *la dimension proprement économique du projet communautaire n'a guère besoin d'être démontrée : non seulement explique-t-elle la configuration des catégories communautaires, mais encore transparait-elle de la formulation des objectifs premiers assignés à l'organisation* »<sup>244</sup>.

96. Si une telle affirmation ne permet pas de dresser une liste énumérative des matières – ou droits spéciaux – appréhendées par le droit communautaire, elle permet en revanche de déceler la problématique propre aux libertés de circulation.

Cette problématique est celle des **activités économiques transfrontières au sein du marché intérieur**<sup>245</sup>.

97. Par ailleurs, l'objet de ces dispositions est, principalement, l'encadrement de l'exercice des compétences normatives des Etats membres. Elles sont donc la base juridique permettant le contrôle communautaire des réglementations nationales.

98. Dès lors, comment déduire de ces deux éléments la nature des compétences retenues<sup>246</sup> par les Etats membres entrant dans le champ d'application du droit communautaire ?

---

<sup>241</sup> Gaudin H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *R.A.E. – L.E.A./ 2003-2004/1*, p.7-20, p. 12.

<sup>242</sup> Gaudin H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *R.A.E. – L.E.A./ 2003-2004/1*, p.7-20, p. 12.

<sup>243</sup> Et à dire vrai tout ce qui y est accessoire, comme par exemple le droit au regroupement familial dont bénéficie le travailleur, CJCE 8 juillet 1992, Taghavi, 243/91, *Rec.* 4401.

<sup>244</sup> Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », 1995, tome 253, pp.9-282, pt. 10, pp. 40.

<sup>245</sup> En effet, si l'introduction de la citoyenneté a encore assoupli l'exigence d'un lien avec l'exercice d'une activité pour que puisse être revendiqué le bénéfice des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, cette exigence perdure cependant incontestablement.

La Cour interprétait depuis fort longtemps de façon extensive la notion de travailleur et faisait ainsi par exemple entrer dans cette catégorie juridique, le demandeur d'emploi (voir notamment : CJCE 26 mai 1993, Tsiotras, 171/91, *Rec.* 2925, pt. 8), mais elle ne permettait pas à ce dernier de s'appuyer sur le traité CE pour revendiquer le bénéfice de prestations en faveur des demandeurs d'emploi. Du fait de l'introduction de la citoyenneté européenne, sa position a, sur ce dernier point, changer. Selon la Cour, « *compte tenu de l'instauration de la citoyenneté de l'Union et de l'interprétation jurisprudentielle du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union, il n'est plus possible d'exclure du champ d'application de l'article 48, paragraphe 2, du traité, qui est une énonciation du principe fondamental d'égalité de traitement garanti par l'article 6 du traité, une prestation de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un État membre.* (CJCE 23 mars 2004, 138/02, *Rec.* 1703, pt. 63 ; dans le même sens : CJCE 4 juin 2009, aff. jointes 22/08 et 23/08, *Rec.* 109, pt. 37).

Cependant la Cour admet toujours qu'il reste « *toutefois légitime qu'un État membre n'octroie une telle allocation qu'après que l'existence d'un lien réel du demandeur d'emploi avec le marché du travail de cet État a pu être établie* » (CJCE 11 juillet 2002, D'Hoop, 224/98, *Rec.* 6191, pt. 38, CJCE 15 septembre 2005 258/04, Ioannidis, *Rec.* 8275, pt. 30 ; CJCE 4 juin 2009 aff. jointes 22/08 et 23/08, *Rec.* 109, pt. 38). Le lien avec l'existence d'une activité économique reste donc nécessaire.

En d'autres termes, l'identification de la problématique communautaire permet-elle de déceler un **critère matériel d'application** ?

99. Bon nombre d'auteurs déduisent de cette problématique communautaire que le critère d'application des dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation, serait le **lien** existant entre une réglementation nationale quelque soit son domaine d'intervention, et la circulation transfrontière des opérateurs économiques (ou de l'objet de leur commerce) au sein du marché intérieur.

De manière plus précise, les auteurs considèrent que le critère d'applicabilité du droit communautaire est, soit l'existence d'un lien certain entre la réglementation nationale et les libertés de circulation, soit son effet négatif (restrictif) sur les libertés de circulation, soit encore son effet d'entrave<sup>247</sup> aux libertés de circulation, soit enfin son effet discriminatoire à l'encontre des opérations économiques transfrontières au sein de la Communauté<sup>248</sup>.

M. M. Fallon affirme ainsi que le concept d'entrave « *est déterminant pour isoler le champ spécifique du droit communautaire, pour permettre d'identifier sa sphère d'intervention par rapport à celle des droits nationaux. Alors que ceux-ci comme celui-là, peuvent porter sur des matières communes, seul le premier a vocation à gérer exclusivement une problématique d'entrave aux flux transfrontières* »<sup>249</sup>. Selon cet auteur<sup>250</sup>, la constatation d'une entrave imputable à une réglementation nationale déclenche donc l'application du droit communautaire.

Mme V. Michel et M. V. Constantinesco constatent pour leur part que la mise en œuvre des dispositions relatives aux libertés de circulation repose sur le constat de « *l'incidence*

---

<sup>246</sup> Le contrôle par la Cour de justice des mesures nationales d'exécution des réglementations prises par la Communauté au titre des compétences exclusives ne faisant aucun doute.

<sup>247</sup> Voir principalement à ce sujet les réflexions de M. M. Fallon : « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *Rec. de cours, Académie de droit international*, La Haye, 1995, tome 253, pp.9-282 ; du même auteur : « Vers un principe général de liberté de circulation? Pour une approche unitaire du droit du marché intérieur », *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1996, Bruylant, pp. 73-115 ; du même auteur « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », p 31 à 80, point 10 p 39, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, ed. Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, pt. 8.

Mais également : Martin D. « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.*, 1998, n°1, p. 261 à 318 et n° 2 p. 561 à 637.

<sup>248</sup> Voir à ce sujet notamment : Marengo, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 ; Bernard N. « Discrimination and Free Movement in EC Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 45, 1996, p. 82 ; du même auteur « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.*, 1998, p. 11-46.

<sup>249</sup> M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », p. 31 à 80, point 4 p. 34, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, ed. Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires.

<sup>250</sup> Dans le même sens et toujours selon M. Fallon, les dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation sont de nature « à englober l'ensemble des dispositions de nature à déterminer les régimes des entraves aux échanges. En d'autres termes, toute entrave à la libre circulation susceptible d'affecter le marché intérieur, est de nature à faire l'objet d'un contrôle en vertu de l'une des dispositions organiques des libertés de circulation » Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> ed. Bruylant, 2002, p. 35.

*d'une réglementation nationale sur un principe [de libre circulation] du traité* »<sup>251</sup> ou encore d'un « [...] lien [...] entre l'objet de la réglementation nationale et le droit communautaire »<sup>252</sup>.

100. Ainsi, il apparaît clairement que les auteurs tentent de déterminer le champ d'application matériel des dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation à l'aide d'un critère d'applicabilité qui n'est pas à proprement parler un critère matériel<sup>253</sup>.
101. Le critère de l'impact possible d'une réglementation sur l'exercice des libertés de circulation est avant toute chose **un critère de nature économique**. Il comporte également une **dimension spatiale**<sup>254</sup> puisque ce n'est pas l'ensemble des activités économiques qui sont visées mais les seules activités économiques transfrontières au sein du marché intérieur.
102. Dans l'ensemble, nous souscrivons à ces analyses. Les dispositions du traité CE invitent indiscutablement à évaluer l'impact d'une réglementation nationale sur les activités économiques transfrontières au sein du marché intérieur ou, en d'autres termes, l'impact d'une règle de droit sur un type d'activité économique déterminée.
103. Nous pensons cependant que ni le concept d'entrave<sup>255</sup> ni même celui d'affectation<sup>256</sup> ne traduisent parfaitement le critère d'applicabilité tel qu'il se dégage du Traité parce qu'ils ont, tous deux, une connotation négative. Il nous semble plus exact d'affirmer que l'existence d'une simple atteinte, affectation ou entrave **potentielle** au bon fonctionnement du marché intérieur devrait être logiquement l'élément déclenchant le contrôle communautaire. L'impact de la réglementation sur le commerce intra

---

<sup>251</sup> Michel Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, pt. 344, p. 440.

<sup>252</sup> Constantinesco V., Michel V. « Compétences communautaires », *Répertoire communautaire Dalloz*, sept. 2002, pt. 230, p.37.

<sup>253</sup> Voir en ce sens M. Fallon selon lequel « pour déterminer l'applicabilité du droit matériel du droit communautaire, la matière au sens propre du terme importe moins que la réalité de l'affectation de l'une des libertés de circulation. Aussi l'importance du critère de la matière en litige s'est-elle estompée au fil du temps » Fallon M., « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », p 31 à 80, point 8 p 38, in « Les conflits de lois et le système juridique communautaire » sous la dir. d' A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, ed. Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires.

<sup>254</sup> Si « la loi dans son sens le plus général, se présente comme la description d'une relation nécessaire entre une hypothèse et sa conséquence »<sup>254</sup>, identifier son domaine d'application au regard d'un éventuel critère spatial conduit à rechercher si l'hypothèse visée par la loi retient un élément de localisation géographique.

<sup>255</sup> Définition du *Petit Larousse Illustré* 2007 du terme entrave : « ce qui fait obstacle, empêchement »

<sup>256</sup> A cet égard, il convient de remarquer qu'aucune définition usuelle du terme « affectation » ne correspond au sens qui lui est parfois dévolu en droit communautaire. En effet, selon le *Petit Larousse Illustré*, « affectation » signifie soit, « la destination à un usage déterminé, [soit] la désignation à un poste, à une fonction, [soit] le manque de naturel dans la manière d'agir, de parler ». En revanche le verbe « affecter » est défini comme le fait « d'atteindre en causant une altération physique, toucher ». Le *Grand Larousse* (éd. 1995) donne une définition plus approfondie du verbe affecter : « Affecter qqch, qqn, les toucher, les atteindre, les concerner en parlant de quelque chose de pénible ; exercer sur eux une action fâcheuse [...] ».

communautaire, qu'il soit négatif ou positif nous semble, à la lecture du Traité, un critère suffisant.

L'explication de cette nuance est la suivante : il n'est pas toujours possible d'établir l'existence d'une entrave sans étudier le fondement et la fonction de la réglementation en cause, c'est-à-dire sa justification.

La démonstration de l'impact réel d'une mesure sur le fonctionnement du marché intérieur intervient alors souvent **non pas au stade de l'étude de l'applicabilité** du droit communautaire mais à celui de **l'étude de la conformité** de la dite mesure au droit communautaire.

L'arrêt « Alpine Investments » illustre ce cas de figure. Une réglementation néerlandaise prohibait une certaine forme de commerce, le *cold calling*, c'est-à-dire le démarchage téléphonique en matière de services boursiers et ce tant au niveau national qu'international.

De prime abord, il s'agissait donc d'une mesure privant « *les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres Etats membres* »<sup>257</sup> et pouvant donc gêner les activités commerciales intracommunautaires. La Cour de justice a d'ailleurs statué en ce sens et considéré que cette réglementation entravait de ce fait dans le champ d'application du droit communautaire.

Cependant, l'étude dans un second temps des justifications de la réglementation (et donc de sa conformité au droit communautaire) a permis à la Cour de comprendre que cette interdiction permettait de « [...] *sauvegarder la réputation des marchés financiers néerlandais* »<sup>258</sup>. Or, ces marchés étant selon la Cour « [...] *dans une large mesure tributaires de la confiance qu'ils inspirent aux investisseurs* »<sup>259</sup>, l'interdiction du *cold calling* apparaissait finalement comme une mesure garantissant le bon fonctionnement du marché intérieur et donc conforme au droit communautaire.

En l'espèce, l'étude de l'impact réel de la réglementation a donc permis à la Cour de justice non pas de trancher la question de l'applicabilité du droit communautaire mais celle de la conformité de la réglementation au droit communautaire.

Il en résulte que le simple impact potentiel d'une réglementation sur le commerce intracommunautaire devrait suffire à déclencher le contrôle communautaire de conformité – qui donc révélera l'impact réel de la dite réglementation.

---

<sup>257</sup> CJCE 10 mai 1995, « Alpine Investments », 384/93, *Rec.I-1141*, point 28

<sup>258</sup> CJCE 10 mai 1995, « Alpine Investments », 384/93, *Rec.I-1141*, point 41

<sup>259</sup> CJCE 10 mai 1995, « Alpine Investments », 384/93, *Rec.I-1141*, point 42

104. En tout état de cause, ainsi qu'il convient à présent de l'établir, le recours à un critère d'applicabilité de nature spatio-économique pour déterminer le champ d'application matériel du droit communautaire témoigne d'une indifférence du droit communautaire à l'égard des catégories et notions juridiques nationales. Par voie de conséquence, le champ d'application matériel du droit communautaire n'étant pas limité par la notion de matière, il apparaît, à cet égard, illimité dans son principe.

## **B. La conséquence : l'indifférence aux qualifications juridiques nationales**

105. La nature nécessairement économique<sup>260</sup> du critère d'applicabilité incite la Cour de justice à rejeter « *tout raisonnement abstrait au profit d'une analyse in concreto de l'incidence effective de la réglementation nationale sur le droit communautaire* »<sup>261</sup>. Il en résulte que ni la matière juridique dans laquelle intervient une réglementation nationale, ni même son impérativité internationale selon l'ordre juridique dont elle émane ne sont des arguments susceptibles d'exclure une réglementation du champ d'application du droit communautaire. En d'autres termes, la Cour de justice détermine le champ d'application des dispositions relatives aux libertés de circulation sans prendre en considération les qualifications juridiques nationales.

Il convient donc de présenter successivement **l'indifférence de la Cour à la matière dont relève la réglementation** (1) puis **à la qualification de loi de police** (2)

### **1. L'indifférence à la matière dont relève la réglementation**

106. L'indifférence de la Cour de justice vis-à-vis des qualifications juridiques nationales est révélée par les formulations de la Cour de justice qui affirme que « *l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines à l'intérieur duquel il peut faire sentir ses effets* »<sup>262</sup>. D'une part, la Cour fait uniquement **référence aux compétences retenues** des Etats membres de manière générale sans s'attacher à la matière juridique dont relève la réglementation (1.1.). D'autre part, elle confronte toutes les réglementations nationales qui lui sont soumises au **seul critère spatio-économique d'applicabilité** (1.2.).

#### **1.1. La référence générale à la notion de compétence retenue**

---

<sup>260</sup> Rappelons-le une fois encore, la liberté de circulation et de séjour telle qu'elle résulte du seul article 18 TCE, c'est-à-dire indépendamment de toute exercice d'une activité économique n'entre pas dans le champ d'application de cette étude (voir notre introduction).

<sup>261</sup> Michel V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003, pt. 361, p. 458.

<sup>262</sup> CJCE 21 mars 1972, Ministère public de la république italienne c/ SAIL, 82/71, *Rec.* 119, pt. 5.



107. Dans une affaire du 14 février 1995<sup>263</sup>, la Cour a clairement indiqué que l'applicabilité du droit de la libre circulation à une réglementation nationale ne dépendait pas de la matière juridique à laquelle celle-ci appartient.

En l'espèce le Bundesfinanzhof se demandait si la législation allemande relative à la fiscalité directe entrait dans le champ d'application de l'article 48 du traité relatif à la libre circulation des travailleurs et, dans l'affirmative, si elle y était conforme.

La réglementation allemande sur l'impôt sur le revenu prévoyait un traitement différent des assujettis selon leur lieu de résidence. En effet, seuls les salariés résidant sur le territoire national, c'est-à-dire l'Allemagne, bénéficiaient du régime du "splitting" permettant de prendre en considération la situation de famille du salarié pour le calcul de l'impôt et octroyant divers avantages fiscaux.

En l'espèce, M. Schumacker, ressortissant belge résidant en Belgique avec son épouse et leurs enfants, avait exercé une activité salariée en Allemagne du 15 mai 1988 au 31 décembre 1989 et contestait la conformité au droit communautaire de la législation allemande en se fondant sur les dispositions du traité CE relatives à la libre circulation des travailleurs salariés.

108. Or, la première difficulté que soulevait cette affaire était celle de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, le domaine de la fiscalité directe ne relevant pas des compétences communautaires exclusives et n'ayant alors pas fait l'objet d'une harmonisation communautaire. Aussi la Cour de justice a-t-elle reformulé la question préjudicielle indiquant qu'il s'agissait de savoir si les Etats disposaient d'un pouvoir normatif discrétionnaire en la matière : *« par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 48 du traité doit être interprété en ce sens qu'il est susceptible de limiter le droit, pour un État membre, de prévoir les conditions d'assujettissement et les modalités d'imposition des revenus perçus sur son territoire par un ressortissant d'un autre État membre »*<sup>264</sup>. La réponse de la Cour est sans équivoque, elle affirme que *« si, en l'état actuel du droit communautaire, la matière des impôts directs ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire (voir arrêt du 4 octobre 1991, Commission/Royaume-Uni, C-246/89, Rec. p. I-4585, point 12) »*<sup>265</sup>. Dans cet arrêt, la Cour de justice a donc affirmé en premier lieu que le champ d'application des articles prohibant les restrictions aux libertés de circulation n'était aucun cas défini par référence aux compétences normatives exclusives détenues par la Communauté.

---

<sup>263</sup> CJCE 14 février 1995, Finanzamt Köln-Altstadt contre R. Schumacker, 279/93, Rec. 225.

<sup>264</sup> CJCE 14 février 1995, Finanzamt Köln-Altstadt contre Roland Schumacker, 279/93, Rec. 225, pt. 20, nous soulignons.

<sup>265</sup> CJCE 14 février 1995, Finanzamt Köln-Altstadt contre Roland Schumacker, 279/93, Rec. 225, pt. 21. Voir dans le même sens la formulations retenu dans le point 1 du sommaire de l'arrêt : *« Bien que la matière des impôts directs ne relève pas, en tant que telle, du domaine de la compétence de la Communauté, l'exercice par les États membres de cette compétence retenue ne peut s'affranchir du respect du droit communautaire »*.

109. Mais, par le biais de cette référence générale à la notion de « compétences retenues », la Cour a également posé le principe d'une compétence communautaire pour contrôler l'activité normative étatique en quel que domaine que ce soit. En effet, elle n'a pas procédé à une distinction selon la matière dans laquelle les Etats membres légiféraient au titre de leur compétence retenue. Elle s'est bornée à opposer les compétences exclusives détenues par la seule Communauté européenne aux compétences retenues. Par ailleurs, la législation allemande constituant une discrimination indirecte à l'encontre des salariés ressortissants d'un autre Etat membre, a sans grande surprise été déclarée non-conforme au traité CE par la Cour de justice<sup>266</sup>.
110. Cette indifférence de la Cour de justice vis-à-vis des qualifications nationales pour juger de l'applicabilité du droit communautaire a également été mise en exergue dans l'arrêt Hubbard du 1<sup>er</sup> juillet 1993<sup>267</sup>. En effet, dans cette affaire, la Cour de justice prend d'abord acte de ce que le juge national lui « *demande en substance si le fait que le litige au fond relève du droit successoral permet d'écartier l'application du traité* »<sup>268</sup>. Ensuite, elle rappelle le principe selon lequel « *l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets* »<sup>269</sup>. Enfin, elle relève que le fait « *que le litige au fond relève du droit successoral ne permet pas d'écartier l'application du droit à la libre prestation des services consacré par le droit communautaire* »<sup>270</sup>.
111. L'approche globale des compétences retenues promue par la Cour de justice ne doit pourtant pas laisser croire qu'il n'existe aucun critère d'applicabilité des dispositions relatives aux libertés de circulation. Elle conduit uniquement à constater que la Cour de justice rejette tout recours à un critère d'applicabilité de nature « matérielle », ou en d'autres termes de s'appuyer sur une classification juridique. Ainsi qu'il convient à présent de l'exposer, ce critère d'applicabilité de nature spatio-économique conduit également la Cour à ne jamais s'interroger sur la nature de la règle de droit national qu'elle juge.

---

<sup>266</sup> Voir le point 2 du dispositif de l'arrêt CJCE 14 février 1995, Finanzamt Köln-Altstadt contre Roland Schumacker, 279/93, Rec. 225 : « 2) L'article 48 du traité doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'application d'une réglementation d'un Etat membre imposant un travailleur ressortissant d'un autre Etat membre, qui réside dans ce dernier Etat et exerce une activité salariée sur le territoire du premier Etat, plus lourdement qu'un travailleur résidant sur le territoire du premier Etat et y occupant le même emploi, lorsque, comme en l'espèce au principal, le ressortissant du second Etat tire son revenu totalement ou presque exclusivement de l'activité exercée dans le premier Etat et ne perçoit pas dans le second Etat des revenus suffisants pour y être soumis à une imposition permettant de prendre en compte sa situation personnelle et familiale ».

<sup>267</sup> CJCE 1<sup>er</sup> juillet 1993 Anthony Hubbard contre Peter Hamburger, 20/92, Rec. 3777

<sup>268</sup> CJCE 1<sup>er</sup> juillet 1993 Anthony Hubbard contre Peter Hamburger, 20/92, Rec. 3777, pt. 18.

<sup>269</sup> CJCE 1<sup>er</sup> juillet 1993 Anthony Hubbard contre Peter Hamburger, 20/92, Rec. 3777, pt. 19. Voir déjà en ce sens : CJCE 21 mars 1972, Sail, 82/71, Rec. 119, point 5.

<sup>270</sup> CJCE 1<sup>er</sup> juillet 1993 Anthony Hubbard contre Peter Hamburger, 20/92, Rec. 3777, pt. 20.

## 1.2. L'examen de toutes les matières au regard du seul critère spatio-économique d'applicabilité

112. L'affaire du 13 octobre 1993<sup>271</sup> est une illustration de ce phénomène. Le litige portait sur la conformité au traité CE de la règle de jurisprudentielle allemande mettant une obligation d'information précontractuelle à la charge des parties. En vertu de celle-ci *«chacune des parties est tenue de communiquer à l'autre les circonstances dont elle a connaissance et qui, bien qu'elles ne présentent aucun rapport avec l'objet de la vente ou ses qualités, sont de nature à déterminer la décision de son cocontractant. Ainsi, [...] la faute qui est commise lors de la négociation du contrat (culpa in contrahendo) et qui engendre un dommage pour le cocontractant doit faire l'objet d'une réparation»*<sup>272</sup>. Cette règle relevait donc du domaine du droit des obligations qui ne constitue pas une compétence communautaire exclusive et dont on pouvait alors légitimement douter qu'il appartienne aux compétences partagées.
113. Mais, la Cour de justice ne va même pas s'attarder sur la question de la nature – droit des obligations – de la règle en cause pour juger de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce.

Le litige opposait la firme CMC Motorradcenter, établie en Allemagne, et Mme Pelin Baskiciogullari. La firme Motorradcenter, qui exploitait un commerce de motocyclettes avait acquis une motocyclette de la marque Yamaha auprès d'un importateur allemand qui, l'avait achetée lui-même à un concessionnaire français. Motorradcenter avait vendu l'une de ces motos à Mme Baskiciogullari.

En vertu des conditions générales de ventes applicables au contrat, l'acheteur pouvait faire valoir ses droits à la garantie auprès du vendeur ou bien auprès d'entreprises agréées par le fabricant ou par l'importateur. Cependant, dans les faits, les concessionnaires allemands refusaient généralement d'effectuer des réparations au titre de la garantie sur des motocyclettes importées par la voie parallèle. Ils arguaient de ce que ce type d'importation faisait naître un avantage injustifié en matière de concurrence, vu que les prix nets en France étaient inférieurs à ceux pratiqués en Allemagne. Or, bien que connaissant ce fait, Motorradcenter n'en n'avait pas informé Mme Pelin Baskiciogullari. Lorsqu'elle découvrit cette difficulté, Mme Pelin Baskiciogullari refusa de prendre possession de la motocyclette en question.

Les juridictions allemandes saisies de cette affaire se demandèrent si cette obligation d'information précontractuelle entraînait dans le champ d'application du droit communautaire et si elle ne constituait pas une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation prohibée au titre de l'article 28 du traité CE.

---

<sup>271</sup> CJCE 13 octobre 1993, CMC Motorradcenter GmbH contre Pelin Baskiciogullari, 93/92, Rec. 5009.

<sup>272</sup> CJCE 13 octobre 1993, CMC Motorradcenter GmbH contre Pelin Baskiciogullari, 93/92, Rec. 5009, pt. 7.

Afin de trancher la question de l'applicabilité du droit communautaire, la Cour de justice a considéré que la seule question qui se posait était est celle de savoir « *si la libre circulation des marchandises risqu[ait] d'être entravée* »<sup>273</sup>. En l'espèce, la Cour de justice a considéré que l'obligation précontractuelle d'information n'entraîne pas dans le champ d'application du traité CE, celle-ci n'étant pas susceptible d'entraver la libre circulation des marchandises<sup>274</sup>. En effet, selon la Cour « *en tout état de cause, ce n'est pas l'obligation d'information qui serait à l'origine de ce risque [d'entrave] mais la circonstance que certains concessionnaires de la marque concernée refusent d'effectuer des prestations relevant de la garantie sur les motocyclettes qui ont fait l'objet d'une importation parallèle* »<sup>275</sup>. Cet arrêt témoigne de ce que la Cour de justice, indifférente aux qualifications nationales<sup>276</sup>, procède toujours à une analyse de l'impact de la réglementation nationale sur les opérations économiques transfrontières au sein de la Communauté pour juger de l'applicabilité du droit communautaire.

Si la nature de la loi nationale n'est pas de nature à l'exclure du champ d'application du droit communautaire, le fait qu'il s'agisse d'une loi de police pouvait-il produire un tel effet ?

## 2. L'indifférence à la qualification de loi de police

114. Consacrées par l'article 3 du Code civil qui dispose que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent sur le territoire* », les lois de police sont des lois dotées d'une impérativité internationale. Pour rester le plus général possible, on peut définir les lois de police, comme des lois que le plus souvent le juge (le législateur le faisant extrêmement rarement) considère à une époque donnée, dans une société donnée, comme devant être appliquées de façon impérative en raison de leur contenu ou de l'objectif qu'elles poursuivent et, qui de ce fait, font échec à la règle de conflit de lois. Il s'agit d'un mécanisme exceptionnel dont les juges français usent avec autant de modération que ce type de loi le permet.

---

<sup>273</sup> CJCE 13 octobre 1993, CMC Motorradcenter GmbH contre Pelin Baskiciogullari, 93/92, Rec. 5009, pt. 13.

<sup>274</sup> La Cour a ici recours à la notion de réglementation dont l'effet sur la circulation est trop aléatoire ou indirect pour entrer dans le champ d'application du droit communautaire. Au point 12 de l'arrêt, elle affirme ainsi que « *que les effets restrictifs que l'obligation d'information en question pourrait produire sur la libre circulation des marchandises sont trop aléatoires et trop indirects pour que cette obligation puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre les États membres (voir arrêt du 7 mars 1990, Krantz, C-69/88, Rec. p. I-583)* ».

<sup>275</sup> CJCE 13 octobre 1993, CMC Motorradcenter GmbH contre Pelin Baskiciogullari, 93/92, Rec. 5009, pt. 11.

<sup>276</sup> Voir en ce sens les propos de Mme L. Idot qui remarque que « *la distinction droit public/droit privé, fondamentale en droit international parce qu'elle conditionne la méthode utilisée, est indifférente en droit communautaire* ». Idot L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé » in *Le droit international privé communautaire*, actes du colloque de Toulouse du 22 mars 2002, LPA, 2002, n°248, p. 29.

115. Leur fonction de protection de valeurs jugées les plus fondamentales pour l'Etat dont elles émanent justifie donc l'impossibilité d'y déroger<sup>277</sup>. Aussi, mécanisme d'exception et de protection des intérêts nationaux les plus fondamentaux, les Etats membres ont pu croire, à tort, qu'elles échapperaient au champ d'application du droit communautaire<sup>278</sup>.
116. A l'occasion de l'arrêt Arblade du 23 novembre 1999, la Cour de justice a, à nouveau, insisté fermement sur le fait que le principe de primauté du droit communautaire ne dépendait pas de la nature de la règle nationale en cause et que, par voie de conséquence, une loi de police n'échappait pas à la nécessité de respecter le droit communautaire<sup>279</sup>.

Dans cette affaire, deux gérants de sociétés françaises établies à titre principal en France, M. Arblade et M. Leloup, effectuaient des travaux de construction à Wanze, en Belgique. A cette fin, ils détachèrent pendant plus d'une année des travailleurs salariés sur ce chantier tout en continuant de se conformer aux prescriptions de la seule législation française. Selon les services de l'inspection des lois sociales belge, Messieurs Arblade et Leloup devaient pourtant se soumettre à la législation sociale belge qui constitue conformément à l'article 3 alinéa 1 du code civil belge, « des lois belges de police et de sûreté »<sup>280</sup>. Pour justifier leur refus de se soumettre aux lois sociales belges, Messieurs Arblade et Leloup s'appuyèrent sur les articles du traité CE garantissant la libre prestation de services. Respectant d'ores et déjà la législation française, ils soutenaient que l'application de la législation belge constituerait une restriction à la libre prestation de services prohibée par les articles 59 et 60 du traité CE.

117. La question de l'impact de la qualification belge de loi de police sur l'applicabilité du droit communautaire était alors posée. Le raisonnement mené par la Cour dans cette affaire ne laisse pas de place à l'équivoque. La qualification de loi de police et de sûreté retenue par l'Etat belge au sujet de ses lois sociales n'a aucun impact sur l'applicabilité du droit communautaire. En effet, la Cour de justice a pris connaissance de la qualification belge, puis a défini elle-même cette notion, pour enfin considérer que cette qualification ne conduisait pas à ce que les lois belges en cause échappent au champ d'application du traité CE. Elle a ainsi affirmé que « en ce qui concerne la [...] question posée dans chacune des affaires concernant la qualification, en droit belge, des

---

<sup>277</sup> Ainsi qu'en témoigne la définition qu'en donne Franciscakis : « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays ». Franciscakis « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit. dr. interpr.* 1966 p.1.

<sup>278</sup> Sur la question plus générale de l'ordre public et des lois de police en droit communautaire et sur l'émergence d'un ordre public européen, voir notamment : Poillot Peuzzetto S., « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire » in *Travaux du Comité français de droit international privé 2002-2004*, Pedonne, 2005, pp. 65-100 ; du même auteur, « ordre public et loi de police dans les textes de référence » in *La matière civile et commerciale, socle européen de droit international privé* Dalloz, 2009, pp. 92-118 ; Basedow J. « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence in *Droit international privé, esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz 2005, pp. 55-74 ; Stuycken T. « L'ordre public de la communauté européenne » in *Vers de nouveaux Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617

<sup>279</sup> CJCE, 23 novembre 1999, 396/96 et 376/96, *Rec.* 8453, pt. 31.

<sup>280</sup> CJCE, 23 novembre 1999, 396/96 et 376/96, *Rec.* 8453, pt. 24. Commentaires : *Europe* janvier 2000, comm. N°23, *Rev. crit. dr. inter pri.* 2000, 4, p. 710, note M. Fallon.

*dispositions litigieuses de loi de police et de sûreté, il convient d'entendre cette expression comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* »<sup>281</sup>. En reformulant une définition des lois de police, la Cour de justice témoigne de ce qu'elle a conscience de l'importance des réglementations ainsi qualifiées pour l'Etat dont elles émanent. Mais, elle n'en tire aucune conséquence quant à l'inapplicabilité du droit communautaire puisqu'elle affirme que *« l'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire »*<sup>282</sup>. De telles réglementations entrent donc également dans le champ d'application du traité CE dès lors qu'elles ont une incidence sur la libre prestation de services.

- 118.** Est-ce à dire que leur nature de loi de police n'a aucun impact en droit communautaire ? La Cour de justice a ensuite précisé que *« les motifs pris à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité et, le cas échéant au titre des raisons impérieuses d'intérêt général »*<sup>283</sup>. Il en résulte que la Cour de justice ne tient compte de l'importance de leur justification que pour juger de leur conformité au droit communautaire.
- 119.** En conclusion, la qualification nationale de loi de police n'a aucun impact sur le champ d'application du droit communautaire mais peut conduire la Cour de justice, dans le cadre du contrôle de conformité du droit national au droit communautaire, à valider la mise en œuvre de la réglementation nationale litigieuse.
- 120.** **Pourtant, établir qu'il se dégage de la lettre du traité un critère d'applicabilité de nature spatio-économique rétif aux classifications et aux qualifications juridiques nationales « ne revient nullement à dire que le domaine du droit communautaire ignore toute limite »**<sup>284</sup>. Il apparaît ainsi fondamental de cerner avec précision ce critère spatio-économique d'applicabilité afin de préserver un domaine de compétence discrétionnaire aux Etats membres.

---

<sup>281</sup> CJCE, 23 novembre 1999, 396/96 et 376/96, *Rec.* 8453, pt. 30.

<sup>282</sup> CJCE, 23 novembre 1999, 396/96 et 376/96, *Rec.* 8453, pt. 31.

<sup>283</sup> CJCE, 23 novembre 1999, 396/96 et 376/96, *Rec.* 8453, pt. 31.

<sup>284</sup> Fallon M., « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, ss. la dir. d' A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Patout, Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, pp. 31-80, pt. 10 p 39.

La Cour de justice, consciente de cette problématique, a tenté à de nombreuses reprises de préciser ce critère d'applicabilité. Malheureusement, comme il convient à présent de le démontrer, il ne résulte de ces louables efforts de la Cour qu'une jurisprudence redoutablement instable et insaisissable.

## § II. Les fluctuations de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'interprétation du critère d'applicabilité

121. La Cour de justice gardienne de l'interprétation du traité CE<sup>285</sup> a dû faire face aux incertitudes relatives au champ d'application du droit communautaire<sup>286</sup>. Elle tranchait par là même également nécessairement la délicate question du maintien d'un domaine de compétence normative discrétionnaire des Etats membres.

L'importance de ce conflit d'intérêts est une cause évidente des fluctuations de la jurisprudence de la Cour de justice quant au critère d'applicabilité du droit communautaire. La difficulté à cerner avec précision le critère d'application spatio-économique qui se dégage de la lettre et de l'esprit du Traité en est une autre.

122. Nous nous efforcerons de convaincre de ce que la mouvante jurisprudence communautaire traduit simplement le fait que ce critère spatio-économique d'applicabilité ne permet pas de déterminer *a priori* un champ d'application matériel clair et précis des libertés de circulation

A cette fin, il sera rappelé que la Cour de justice a dans un premier temps procédé à un **élargissement du champ d'application matériel** des libertés de circulation en **substituant clairement le critère d'applicabilité spatio-économique à celui de la discrimination (A)**. Elle n'a pu, dans un second temps, que **tenter d'interpréter plus strictement le critère spatio-économique**, sans réellement parvenir à mieux délimiter le champ d'application matériel des libertés de circulation (B).

### A. L'élargissement du champ d'application matériel des libertés

---

<sup>285</sup> Voir à ce sujet les travaux de M. K. Boskovits qui rappelle que la Cour de justice est « l'arbitre institutionnel en dernier ressort des conflits de compétence dans l'ordre juridique communautaire ». Boskovits K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999, Bruylant 1999, 800 p., p. 795.

<sup>286</sup> Voir à ce sujet les propos de J.-L. Dewost qui souligne en ce qui concerne la question du champ d'application du traité CE, « l'ambiguïté voulue et assumée du traité communautaire qui lie compétence et objectifs du traité ». Dewost J.-L., « Témoignages », *R.A.E. – L.E.A./ 2003-2004/1*, p. 23-25, p. 23 ; ou encore N. Bernard qui relève au sujet du traité CE que « le caractère parfois lacunaire, ambigu ou imprécis des textes [...] pourra laisser au juge une marge de manœuvre importante ». Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, p. 11-45, p. 12.

## de circulation par la substitution du critère d'applicabilité spatio-économique à celui de la discrimination

123. Rejetant tout recours à un critère matériel d'applicabilité des dispositions relatives aux libertés de circulation, la Cour de justice a paru d'abord retenir comme critère d'applicabilité le caractère discriminatoire de la réglementation nationale. Mais l'interprétation extensive qu'elle fait de la notion de discrimination a rendu **logiquement impossible son utilisation au titre de critère d'applicabilité** (1.). Puis, elle s'est totalement affranchie de la notion de discrimination en érigeant en critère d'applicabilité, l'affectation potentielle de la libre circulation. Cet élargissement progressif du critère d'applicabilité par **l'abandon jurisprudentiel de toute référence à la notion de discrimination** fit redouter aux Etats membres l'émergence d'un contrôle généralisé de toutes les dispositions du droit national (2.).

### 1. L'impossibilité logique de retenir le critère de la discrimination

124. Si, dans le traité CE, on ne trouve aucune référence aux matières juridiques, il faut en revanche relever la place prépondérante qu'occupe la notion de discrimination<sup>287</sup>.

L'article 12 du traité CE pose un principe d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité<sup>288</sup>. Il s'agit d'un principe général du droit communautaire<sup>289</sup> qui, par voie de conséquence s'applique à l'ensemble du traité CE. Les libertés de circulation sont donc nécessairement soumises au respect de ce principe. De plus, l'article 39§2 en libre circulation des travailleurs<sup>290</sup>, ainsi que – quoique de manière plus implicite indirecte – les articles 43§2 en liberté d'établissement<sup>291</sup> et 50 alinéa 3 en matière de services<sup>292</sup> visent l'interdiction des discriminations.

Dès lors, on a pu penser<sup>293</sup> que les articles du traité CE relatifs aux libertés de circulation ne prohibaient que les seules mesures nationales discriminatoires<sup>294</sup>.

---

<sup>287</sup> Il ne s'agit pas ici de procéder à une étude approfondie de la notion de discrimination en droit communautaire mais uniquement de juger de son aptitude à constituer un critère d'applicabilité pertinent. Le principe communautaire de non discrimination fait l'objet d'une étude infra.

<sup>288</sup> Article 12 du traité CE : « Dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

<sup>289</sup> CJCE 19 octobre 1977, « Ruckdeschel », aff. jointes 117/76 et 16/77, Rec. 1753, point 16. K. Lenaerts considère que c'est précisément cet arrêt qui institue « une règle de droit supérieure non écrite d'application générale ». K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire », C.D.E. 1991 p 5.

<sup>290</sup> Devenu l'article 45 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (inchangé).

<sup>291</sup> Devenu l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (inchangé).

<sup>292</sup> Devenu l'article 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (quasiment inchangé).

<sup>293</sup> Pour un plus ample exposé des débats doctrinaux quant au rôle de la discrimination pour déterminer le champ d'application des libertés de circulation, voir notamment : Bernard N. « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », C.D.E. 1998, p. 11-45. ; Martin D. « réflexions sur le champ d'application matériel de l'article 48 TCE », C.D.E., 1991, n°5-6, p. 555 ; Marengo, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », C.D.E., 1984, n° 3-4, p. 308.



**125.** La discrimination est alors apparue comme le critère d'applicabilité permettant d'identifier le champ d'application matériel du traité CE. Se posait donc la question de l'aptitude de la notion de discrimination à constituer un critère d'applicabilité efficient. La complexité de cette notion rendait discutable la pertinence d'un tel critère.

En effet, de la manière la plus générale, on peut définir la discrimination comme une différence de traitement entre deux catégories juridiques que l'on distingue l'une de l'autre au regard d'un certain critère et au détriment de l'une d'entre elle<sup>295</sup>.

Néanmoins, il existe principalement, deux types de discrimination. On oppose la discrimination formelle à la discrimination matérielle.

Une discrimination formelle est constituée lorsque qu'une règle de droit, dans sa formulation, retient un critère de distinction prohibé. Or, selon la lettre de l'article 12 du traité CE<sup>296</sup>, la nationalité est un critère de distinction prohibé.

De ce fait, si l'on retient une conception formelle de la discrimination, une règle de droit d'un Etat membre ne peut pas traiter de manière différente une catégorie de personne en raison de leur nationalité. De manière plus précise, elle ne saurait défavoriser un ressortissant d'un autre Etat membre par rapport à un ressortissant national<sup>297</sup>.

Dès lors, si l'on retenait la conception formelle de la discrimination et que l'on érigeait celle-ci en critère d'applicabilité, seules les réglementations des Etats membres prévoyant une différence de traitement fondée sur la nationalité entreraient dans le champ d'application du traité CE. Il serait alors assez simple de déterminer les réglementations entrant dans le champ d'application du droit communautaire.

**126.** La conception communautaire matérielle de la discrimination permettait-elle également de distinguer un critère d'applicabilité fiable ?

Une discrimination matérielle est selon la définition qu'en donne M. Ch. Perelman, « *une distinction [...] arbitraire, [car] on ne peut indiquer de motif évident ou fonctionnel,*

---

<sup>294</sup> Voir en ce sens N. Bernard qui relève que « certains ont avancés l'idée que [...] l'article 30 et de manière plus générale les règles de libre circulation dans le traité, se ramèneraient à une prohibition de la discrimination ». Bernard N. « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, p. 11-45, p. 14.

<sup>295</sup> Usuellement, la discrimination est définie comme une « distinction de droit ou de fait entre individus ou groupes aboutissant à une inégalité ». « Discrimination », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss. la dir. d' A.-J. Arnaud.

<sup>296</sup> Devenu l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Cet article dispose : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

<sup>297</sup> Voir notamment comme exemple de discrimination formelle : CJCE 20 février 1975, Commission c/Allemagne, 12/74, *Rec.* 181, pt. 14

*conforme à la nature des choses, raisonnable, relevant et au moins, non déraisonnable, permettant de la justifier* »<sup>298</sup>. En d'autres termes, une discrimination matérielle est une différence de traitement injustifiée. Etablir une telle discrimination suppose donc de ne pas s'en tenir au simple critère formel de distinction retenu par la règle de droit et d'étudier les effets produits par la réglementation ainsi que les motifs justifiant son adoption.

127. Dès 1963, la Cour de justice donne une définition du principe de non-discrimination témoignant de son refus de s'en tenir à une acception formelle de la discrimination qu'elle jugeait trop étroite, au profit de la notion de discrimination matérielle. Dépassant le seul critère formel de distinction retenu par la loi soumise à son appréciation, elle indique que « *le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; [...] une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; [...] la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* »<sup>299</sup>. Cette jurisprudence de la Cour est confirmée par la suite, notamment, en matière de libre circulation des personnes dans l'arrêt Sotgiu du 12 février 1974 dans lequel la Cour de justice a dit condamner « *toutes formes dissimulées de discrimination qui par application d'autres critères de distinction [que la nationalité] aboutissent en fait au même résultat* »<sup>300</sup>.

Cette conception matérielle de la discrimination rend ainsi nécessaire d'étudier les motifs de la réglementation afin de les confronter au critère de distinction retenu par la réglementation. En effet, seule l'étude des justifications de la réglementation révèle le caractère discriminatoire du critère de distinction de la loi.

Or, cette exigence d'étude des justifications de la loi condamne l'utilisation du critère de la discrimination pour juger de l'applicabilité du droit communautaire.

---

<sup>298</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 323.

<sup>299</sup> CJCE 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne/ Commission de la CEE, 13/63, *Rec.* 334.

<sup>300</sup> CJCE, 12 février 1974, Sotgiu c/Deutsch Bundespost, aff. 152/73, *Rec.* 153. Dans les conclusions de l'arrêt Van Binsbergen, à l'occasion duquel la Cour de justice applique la jurisprudence Sotgiu en matière de libre prestation de services, l'Avocat général Henri Mayras donne une définition particulièrement claire de la notion de discrimination déguisée : il considère qu'une telle discrimination est établie lorsque, « *sans exiger aucune condition de nationalité, la loi ou la réglementation interne subordonne le bénéfice de prestations ou d'avantages liés à l'emploi, au lieu de naissance ou la résidence effective sur le territoire national, de telle manière qu'en fait le bénéfice en soit réservé aux nationaux et ne puissent sauf exception, profiter aux ressortissants des autres Etats membres* ». CJCE 3 décembre 1974, 33/74, *Rec.* 1299. Ainsi, dans l'affaire Van Binsbergen, la Cour affirme-t-elle que l'article 59 «  *vise à l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire de services en raison de la nationalité ou de la circonstance qu'il se trouve établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie* ». CJCE 3 décembre 1974, 33/74, *Rec.* 1299, pt. 25.

(voir également en ce sens CJCE 13 décembre 1972, Marsmann, 44/72, *Rec.* 1248).

128. En effet, en principe le raisonnement de la Cour de justice se décompose toujours en deux étapes<sup>301</sup>. Dans un premier temps la Cour de justice contrôle l'applicabilité du droit communautaire et, si celui-ci est applicable, elle contrôle dans un second temps la conformité au droit communautaire de la réglementation. Cette étude de la conformité au droit communautaire la conduit à s'attacher aux justifications de la réglementation et à leur pertinence au regard de la règle de droit adoptée.

129. Ainsi retenir la discrimination matérielle comme critère d'applicabilité conduirait à ce que toutes les réglementations nationales soient étudiées par la Cour justice.

Celle-ci ne pourrait se prononcer sur l'applicabilité du droit communautaire qu'après avoir examiné le fondement et la pertinence des réglementations. En d'autres termes, seul un examen approfondi de la loi permettrait à la Cour de trancher la question de son caractère discriminatoire.

L'objet du critère d'applicabilité étant précisément de fixer une limite à ce contrôle communautaire du droit national, on constate sans difficulté que la conception matérielle de la discrimination retenue par la Cour de justice ne permet pas d'atteindre cet objectif.

130. Si la discrimination dans son acception matérielle peut être un critère de sanction par le droit communautaire<sup>302</sup>, elle ne peut donc en aucun cas constituer un critère d'applicabilité du droit communautaire discriminant.

131. Probablement consciente de cette difficulté, la Cour de justice a progressivement cessé d'utiliser le critère de la discrimination au profit de l'impact de la réglementation nationale sur les libertés de circulation<sup>303</sup> pour trancher la question de l'applicabilité du droit communautaire. Le plus souvent, c'est ainsi à l'issue de son contrôle de conformité que la Cour se prononçait sur le caractère discriminatoire de la réglementation et donc sur sa conformité au droit communautaire<sup>304</sup>.

---

<sup>301</sup> En ce sens, voir notamment M. Fallon, « Vers un principe général de liberté de circulation? Pour une approche unitaire du droit du marché intérieur », *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1996, Bruylant, pp. 73-115.

<sup>302</sup> Ainsi que le soulignait M. K. Lenaerts, la Cour de justice « [...] retient le concept de discrimination matérielle comme base d'une sanction juridictionnelle d'une éventuelle violation du principe d'égalité ». K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p. 3, pt. 7, p. 9.

<sup>303</sup> Ainsi, Mme S. Robin-Olivier constate-t-elle que « la référence à l'entrave sert de fondement à la condamnation de discriminations indirectes correspondant au redoublement d'obligations imposées par deux législations nationales ». Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques* Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface M.-A. Moreau, p. 225. Dans le même sens Martin D., « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.* 1998, n° 5-6, p. 567.

Nous verrons cependant que le notion de modalité de vente réintroduit le critère de la discrimination : Première partie, titre I, chapitre II, section I, § II, B, 2. « L'exclusion des réglementations relatives aux modalités de vente.

En ce sens récemment : CJCE 30 avril 2009, *Fachverband der Buch*, 531/07 (arrêt relatif à une réglementation fixant le prix du livre en Autriche).

<sup>304</sup> Voir notamment en ce sens CJCE 3 février 1982, « Séco », 62/81 et 63/81, *Rec.* 223.

Le caractère inutilisable de la notion de discrimination pour juger du champ d'application du droit communautaire a progressivement conduit la Cour de justice à s'en affranchir complètement, au profit du critère de l'affection du commerce intracommunautaire. La Cour a alors justifié cette interprétation extensive du champ d'application du traité CE par le caractère fondamental des libertés de circulation.

## 2. L'abandon jurisprudentiel de toute référence à la discrimination

132. L'absence de pertinence de la notion de discrimination comme critère d'applicabilité du droit des libertés de circulation a conduit la Cour à affirmer, dès 1974 dans l'arrêt Dassonville relatif à la libre circulation des marchandises, que « *toute réglementation commerciale nationale des Etats membres susceptibles d'entraver directement ou indirectement actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation* »<sup>305</sup>. Dans une seconde formule de principe, la Cour de justice a affirmé à l'occasion de l'arrêt Cassis de Dijon, que l'article 28 du traité CE visait les obstacles à la circulation intracommunautaire imputables à la diversité des législations et non au caractère discriminatoire de l'une d'entre elle<sup>306</sup>. La discrimination cessait donc explicitement d'être un critère d'applicabilité du droit communautaire<sup>307</sup>.
133. Cette jurisprudence, initiée en libre circulation des marchandises est étendue à toutes les libertés de circulation, comme en atteste la formulation particulièrement claire de la Cour de justice dans l'arrêt Kraus. Dans cet arrêt, la Cour a indiqué que « *les articles 48 et 52 s'opposent à toute mesure nationale [...] qui même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice par les ressortissants communautaires, y compris de ceux de l'Etat membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité* »<sup>308</sup>. Si un doute pouvait subsister quant à la nature des réglementations nationales effectivement condamnées par la Cour de

---

<sup>305</sup> CJCE, 11 juillet 1974, Dassonville, 8/74, Rec. 837, pt. 5.

<sup>306</sup> CJCE, 20 février 1979, Cassis de Dijon, 120/78, Rec. 649, pt. 8. « [...] que **les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales** relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs ».

<sup>307</sup> Sous réserve de la jurisprudence de la Cour relative aux mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'exportation.

<sup>308</sup> CJCE 31 mars 1993, Kraus, 12/92, Rec. 1663, pt. 32. Dans le même sens antérieurement voir notamment l'arrêt Säger : CJCE 25 juillet 1991 Säger, 76/90, Rec. 4221 ; la Cour, dit alors, que l'article 49 suppose « non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, [...] même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des produits analogues »

justice à l'issue du contrôle de proportionnalité<sup>309</sup>, il était désormais incontestable que la preuve d'une discrimination n'était plus nécessaire à l'application du droit communautaire.

134. La Cour qui contrôlait désormais toutes « [...] *les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité* »<sup>310</sup> semblait donc retenir, à notre sens, comme seul critère d'applicabilité du droit communautaire **l'affectation potentielle des libertés de circulation par la réglementation nationale.**

135. Or, ce critère économique, qui certes peut se déduire du Traité CE, présente l'inconvénient de mal préserver un domaine de compétence discrétionnaire aux Etats membres.

En effet, d'une part, il apparaît difficile de juger de l'impact d'une réglementation sur les activités économiques transfrontières au sein du marché intérieur. Il s'agit incontestablement d'un travail d'économiste et non de juriste.

Mais surtout, d'autre part, il apparaissait d'autant plus souple que la preuve d'une telle affectation ne semblait pas requise, la Cour de justice visant régulièrement le caractère simplement potentiel de cette affectation pour juger le traité CE applicable<sup>311</sup>.

136. Plusieurs raisons pouvaient cependant expliquer le recours à un critère d'applicabilité aussi souple.

En effet, cette « *substitution au raisonnement traditionnel en terme de discrimination, de formules dépourvues de référence à ce principe* »<sup>312</sup>, pour juger de l'applicabilité du droit

---

<sup>309</sup> Voir dans le sens d'une condamnation des seules discriminations : principalement, Marengo G., « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 ; mais également quoique de manière plus nuancée, Bernard N., « Discrimination and free movement in EC Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 45, 1996, p. 82 ; Defalque L., « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », *C.D.E.* 1987, pp. 471-491, Waelbroeck M., « Mesure d'effet équivalent, discriminations formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de justice » in *Mélanges F. Dumon*, Anvers, Kluwer, tome II, 1983, p. 1329.

<sup>310</sup> Et par ailleurs, dans le même arrêt, la Cour de justice établit également que celles-ci ne sont conformes au traité CE que si elles remplissent « quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles poursuivent une raison d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » CJCE 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94, *Rec.* 54/83, pt. 37. Dans le même sens CJCE 15 décembre 1995, Bosman, 415/93, *Rec.* 4921, pt. 96 : « des dispositions qui empêchent ou dissuadent un ressortissant d'un Etat membre de quitter son pays d'origine pour exercer son droit à la libre circulation constituant, [...], des entraves à cette liberté même si elles s'appliquent indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés ».

<sup>311</sup> En ce sens, R. Kovar remarque que, en vertu de la jurisprudence Dassonville, Cassis de Dijon, « la relation devant exister entre la réglementation potentielle et une entrave des échanges [étant] susceptible de n'être que potentielle [...] [elle] allait être jugée insuffisamment précise ». Kovar R., « Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose » *R.T.D. eur.* 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 215.

<sup>312</sup> Robin-Olivier, S. *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques* Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface M.-A. Moreau, p. 264, et les conclusions de l'avocat général Poiares Maduro sur l'affaire 72/03 Carbonati (CJCE 9 septembre 2004, *Rec.* 8027).

communautaire, pouvait simplement s'expliquer par la volonté de la Cour de condamner les discriminations matérielles.

Puis, le critère de la seule affection potentielle du commerce intracommunautaire aurait pu également s'expliquer par la difficulté intrinsèque à juger de l'impact réel d'une réglementation sans en étudier les justifications<sup>313</sup>.

137. Négligeant ces deux arguments, la Cour fit le choix d'expliquer que cette interprétation extensive du champ d'application du traité CE par le caractère fondamental des libertés de circulation.

Dans l'arrêt *Cassis de Dijon* du 20 février 1979 la Cour a ainsi affirmé que « *la libre circulation des marchandises [...] constitue l'une des règles fondamentales de la Communauté* »<sup>314</sup>. Elle rappelle depuis itérativement que toutes les libertés de circulation constituent des « *des libertés fondamentales garanties par le traité [...]* »<sup>315</sup>.

Elle en déduit que les notions déterminant le champ d'application des libertés de circulation doivent, de ce fait, nécessairement être interprétées de manière unitaire et de façon extensive.

Ainsi par exemple, dans un arrêt relatif à la libre circulation des travailleurs la Cour de justice a affirmé simplement que « *la libre circulation des travailleurs constituant l'un des principes fondamentaux de la communauté, la notion de travailleur au sens de l'article 48 ne saurait recevoir une interprétation variant selon les droits nationaux, mais revêt une portée communautaire. En tant qu'elle définit le champ d'application de cette liberté fondamentale, la notion communautaire de travailleur doit être interprétée de façon extensive* »<sup>316</sup>.

138. Parallèlement, et pour les mêmes raisons, la Cour interprète restrictivement les justifications possibles des réglementations nationales.

En effet, les justifications textuelles sont dites limitatives et en tout état de cause, comme celles de source jurisprudentielle soumise au contrôle rigoureux de proportionnalité et nécessité. Aussi la Cour juge que, l'article 36 du traité CE, « *en tant que dérogation à la*

---

<sup>313</sup> Voir à cet égard nos développements : première partie, titre I, chapitre II, section I, § I, A. « La déduction logique d'un critère d'applicabilité spatio-économique ».

<sup>314</sup> CJCE 20 février 1979, « *Cassis de Dijon* », 120/78, *Rec.* 649, pt. 66.

<sup>315</sup> CJCE 30 novembre 1995, *Gebhard*, 55/94, *Rec.* 54/83, pt. 37. Voir par exemple également en matière de libre circulation des personnes un arrêt du 15 décembre 1995 dans lequel elle affirme que « *la libre circulation des travailleurs constitue un des principes fondamentaux de la Communauté [...]* », CJCE 15 décembre 1995, 415/93, *Rec.* 2357.

<sup>316</sup> CJCE, 2 juillet 1986, *Lawrie Blum*, C-66/85, *Rec.* 2121, pt. 16, nous soulignons. Déjà en ce sens : CJCE 23 mars 1982, *Levin*, 53/81, *Rec.* p. 1035, et encore plus récemment CJCE 13 avril 2000 *Lethonen* 176/96, *Rec.* 2729.

*règle fondamentale de l'élimination de tous les obstacles à la libre circulation des marchandises entre les Etats membres, est d'interprétation stricte* »<sup>317</sup>.

139. En d'autres termes, le caractère fondamental des libertés de circulation semblant commander l'interprétation la plus extensive possible du champ d'application des dispositions relatives à celles-ci, il devint difficile d'en envisager les limites. Le critère d'applicabilité retenu semblait alors à ce point peu discriminant que certains auteurs évoquèrent le « *champ d'application illimité des dispositions relatives à la libre circulation* »<sup>318</sup>. D'un côté, le champ d'application du traité CE, paraissait donc extrêmement large, voir illimité, alors que d'un autre, la difficulté de justifier les réglementations nationales étaient grande.
140. Prenant conscience de ce que le critère d'applicabilité retenu rendait difficile l'identification des réglementations n'entrant pas dans le champ d'application du traité CE, la Cour de justice a tenté à plusieurs reprises de l'affiner en recentrant son analyse sur la notion de circulation c'est-à-dire sur l'élément spatial du critère d'applicabilité.

## **B. Les tentatives d'interprétation plus stricte du critère d'applicabilité spatio-économique**

141. Si à peu près toutes les réglementations des Etats membres sont susceptibles d'avoir un impact sur les activités économiques au sein de la Communauté, elles n'ont en revanche pas toutes **un effet spécifique sur les activités économiques intracommunautaires**.

Précisions immédiatement que nous utiliserons alternativement les termes d'activités économiques intracommunautaires ou transfrontières pour désigner toutes les activités économiques au sein de la Communauté impliquant un franchissement des frontières des Etats membres.

142. Or, les libertés de circulation sont, comme leur nom l'indique, un « *droit des flux transfrontières* »<sup>319</sup>. En d'autres termes, le champ d'application matériel des dispositions relatives aux libertés de circulation devrait être déterminé en tenant compte du critère d'applicabilité spatial inhérent aux libertés de circulation.

---

<sup>317</sup> CJCE, 17 juin 1981, Souvenir d'Irlande, Rec.1625, pt. 7.

<sup>318</sup> Bernard N. « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », C.D.E. 1998, p. 11-45, p. 23.

<sup>319</sup> Fallon M., « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », p. 31-80, point 10 p 39, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, ed. Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires.

S'appuyant sur ce point, la Cour de justice a tenté dans un premier temps d'**exclure du champ d'application du traité CE, les réglementations ayant un effet trop indirect ou aléatoire sur la libre circulation** (1). Puis, dans un second temps elle s'est efforcée d'identifier ce que peuvent être ces réglementations en élaborant la notion de **réglementation relative à une modalité de vente** (2).

Tout en présentant ces fluctuations jurisprudentielles, nous démontrerons que ces efforts louables de la Cour pour préciser le domaine matériel d'application du droit des libertés de circulation ne permettent néanmoins toujours pas d'identifier un critère d'applicabilité du droit communautaire suffisamment clair pour fixer son champ d'application matériel.

### **1. L'exclusion des réglementations ayant un effet trop indirect ou aléatoire sur la libre circulation**

**143.** Dans les années 1990, la Cour de justice a développé une jurisprudence dans le domaine de la libre circulation des marchandises en vertu de laquelle, seules les mesures ayant, de manière certaine, un effet sur les activités économiques transfrontières entraînent dans le champ d'application du traité CE<sup>320</sup>. Par la suite, elle a étendu cette jurisprudence aux autres libertés de circulation<sup>321</sup>.

**144.** L'affaire Krantz illustre bien la logique de cette jurisprudence. En l'espèce le litige opposait la société Krantz établie en République fédérale d'Allemagne, au receveur néerlandais des impôts directs et à l'État néerlandais. La société Krantz avait vendu à tempérament, avec réserve de propriété, des machines, à une société nommée J. J. Krantz & Zoon NV et sa filiale localisées toutes deux aux Pays-Bas.

J. J. Krantz & Zoon NV et sa filiale furent déclarées en faillite avant d'avoir payé à Krantz l'intégralité de la somme due pour l'achat des machines. Par voie de conséquence, Krantz restait propriétaire des dites machines. Par ailleurs, la société néerlandaise et sa filiale étaient débitrices d'une dette fiscale auprès de l'Etat néerlandais.

---

<sup>320</sup> CJCE 11 juillet 1990, Quietlynn, 23/89, *Rec.* 3059 ; CJCE 7 mars 1990, Krantz, 69/88, *Rec.* 583, CJCE 13 octobre 1993, CMC Motorradcenter GmbH contre Pelin Baskiciogullari, C-93/92, *Rec.* 5009.

Mais déjà auparavant bien que de manière moins explicite : CJCE 31 mars 1982, Blesgen, 75/81, *Rec.* 1211.

<sup>321</sup> Voir notamment : en liberté d'établissement : CJCE 8 décembre 1987 Gauchard, 20/87, *Rec.* 4983, CJCE 18 juillet 2007, 231/05, pt. 42 ; en libre circulation des capitaux, CJCE 28 septembre 2006, aff. jointes, 282/04 et 283/04, pt. 16 et pt. 29 ; en libre prestation de services : CJCE 3 octobre 1990, Nino, aff. jointes 54/88, 91/88 et 14/89, *Rec.* 3537, pt. 10 et pt. 11 ; en libre circulation des marchandises : CJCE 26 mai 2005, 20/03, pt. 31, en libre circulation des travailleurs : ordonnance de la Cour en date du 10 mai 2005 relative à l'affaire 178/04, pt. 27 ou encore CJCE 27 janvier 2000 Graf, 190/98.

M. Fallon affirme en ce sens que « la notion d'entrave aléatoire [...] a été étendue par la suite, de manière à apparaître comme un critère de portée générale, susceptible de concerner autant la circulation des marchandises que des services ou le déplacement de personnes, ou encore les règles de la concurrence ». Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *Rec. des cours, Académie de droit international, La Haye*, 1995, tome 253, pp. 9-282, pt. 20, p. 57.



Or, la législation néerlandaise permet au receveur des impôts directs de saisir des biens, à l'exclusion des stocks, qui se trouvent chez un contribuable, alors même que ces biens proviendraient d'un fournisseur établi dans un autre État membre qui les aurait vendus à tempérament avec réserve de propriété. Aux fins de recouvrement de cette dette fiscale, le receveur des impôts néerlandais saisit donc, en application de la loi néerlandaise évoquée, tous les biens meubles se trouvant dans les locaux de cette dernière, dont les machines appartenant à Krantz.

145. Krantz contesta alors la conformité au droit communautaire de la législation néerlandaise sur le fondement de l'article 28 du traité CE. Il avança le motif suivant : si les pouvoirs du receveur étaient de notoriété publique, les ventes à tempérament à destination des Pays-Bas diminueraient. En d'autres termes, selon Krantz, la réglementation fiscale néerlandaise constituait une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation car elle découragerait les opérateurs économiques des autres États membres de conclure des contrats à tempérament, à destination des Pays-Bas au regard des risques encourus pour le vendeur.

146. La Cour de justice a pourtant considéré que la législation néerlandaise n'était pas susceptible de gêner le commerce intracommunautaire. Elle a ainsi dit que « *la circonstance que les ressortissants d'autres États membres hésiteraient à vendre à tempérament des biens à des acheteurs de l'État membre concerné, parce que ces biens risqueraient d'être saisis par le receveur si les acheteurs n'honoreraient pas leurs dettes fiscales néerlandaises, est trop aléatoire et indirecte pour qu'une disposition nationale autorisant une telle saisie puisse être regardée comme étant de nature à entraver le commerce entre les États membres* »<sup>322</sup>. Dès lors, une telle réglementation n'entraîne pas dans le champ d'application du droit communautaire. Malheureusement, la Cour n'a pas expliqué quels éléments l'avaient conduit à considérer l'impact de la réglementation trop indirect et aléatoire.

147. Cette jurisprudence ne permet pourtant pas de restreindre de manière conséquente le champ d'application matériel des dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation.

---

<sup>322</sup> CJCE 7 mars 1990, Krantz, 69/88, *Rec.* 583, pt. 11. Cette notion de lien trop indirect ou aléatoire avec les échanges intracommunautaires est celle qui sera reprise quasiment systématiquement par la Cour de justice par la suite. Il est néanmoins intéressant de noter que dans un arrêt concomitant à Krantz, la Cour de justice a pu affirmer de manière plus catégorique qu'il n'existait aucun lien entre une réglementation et la libre circulation intracommunautaire pour exclure l'applicabilité du droit communautaire. Ainsi par exemple dans l'arrêt Quietlynn, la Cour dit que « *les dispositions [de la réglementation anglaise] interdisant la vente des articles pornographiques par des boutiques pornographiques non autorisées ne présentent, en réalité, aucun lien avec les échanges intracommunautaires puisque la commercialisation des produits visés par cette loi est possible par l'intermédiaire de boutiques autorisées ainsi que par d'autres circuits, à savoir les magasins dans lesquels les articles pornographiques ne constituent qu'une proportion insignifiante des ventes et qui, pour cette raison, ne sont pas soumis à une autorisation ou la vente par correspondance. Au surplus, ces dispositions n'ont pas pour objet de régir les échanges intracommunautaires de marchandises et, donc, elles ne sont pas de nature à entraver le commerce entre États membres.* » CJCE 11 juillet 1990, Quietlynn, 23/89, *Rec.* 3059, pt. 11.

### Trois raisons l'expliquent.

**La première raison** est liée au mode d'établissement de la preuve de ce lien certain entre la mesure litigieuse et le commerce intracommunautaire.

Selon M. M. Fallon<sup>323</sup>, il faudrait analyser cette jurisprudence comme suspendant l'applicabilité du droit communautaire à l'existence d'un lien de causalité direct entre la réglementation nationale litigieuse et la réalisation d'opération économique transfrontière<sup>324</sup>. En d'autres termes, cette jurisprudence poserait donc une condition supplémentaire à l'applicabilité du droit communautaire, à savoir la preuve de l'existence d'un tel lien de causalité.

Dès lors, l'impact de cette jurisprudence dépend de la plus ou moins grande facilité à établir cette preuve, c'est-à-dire de l'existence de présomption.

Or, il se dégage des arrêts de la Cour que celle-ci ne procède pas du tout systématiquement au contrôle de l'existence d'un lien direct. Bien au contraire, celui-ci semble être toujours présumé puisque le débat porte uniquement sur le caractère hypothétique et aléatoire de ce lien et non sur la preuve positive que la Cour de justice rapporterait, d'un lien de causalité direct. La difficile preuve d'un lien de causalité incertain semble donc peser systématiquement sur les Etats membres.

**La deuxième raison** est l'absence de précisions de la Cour quant aux éléments la conduisant à considérer ce lien de causalité comme incertain ou certain. En effet, la Cour de justice ne justifie que rarement sa position.

Un auteur a cependant perçu que les arrêts de la Cour dans lesquels celle-ci considérerait le lien de causalité comme incertain seraient de trois types. Il s'agirait de cas où « *l'intervention d'un tiers serait imprévisible* »<sup>325</sup>, ou encore lorsque la règle de droit litigieuse relèverait de la matière civile, ou enfin en raison du « *coût économique minimale de la charge* »<sup>326</sup>. Néanmoins, ces trois critères ne semblent pas fiables dans la mesure où la Cour de justice a déjà considéré que le droit communautaire pouvait être applicable à des règles de droit civil<sup>327</sup> et surtout que, en vertu d'une autre jurisprudence, – que nous

---

<sup>323</sup> Dans le même sens, voir notamment les propos de M. R. Kovar selon qui considère que cette jurisprudence de la Cour introduit l'exigence « *d'une relation de causalité plus stricte que celle retenue à l'origine* ». Kovar R., « Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose » *R.T.D.E. eur.* 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 235.

<sup>324</sup> L'auteur considère en effet que « *cette notion pourrait être vue comme un élément d'une théorie de la causalité, cherchant à établir une relation entre une gêne réellement éprouvée et l'existence d'une règle effectivement éprouvée, voir potentiellement applicable* ». Fallon M., « Libertés communautaires et règle de conflit de lois », p. 31-80, pt. 13 p. 43, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, ed. Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires.

<sup>325</sup> Fallon M., « Droit matériel général de l'Union européenne », 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, p.119.

<sup>326</sup> Fallon M., « Droit matériel général de l'Union européenne », 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, p.119.

<sup>327</sup> CJCE, 10 mai 1995, Alpine Investments, C 384/93, *Rec.* 4795 ; mais également la jurisprudence de la Cour relative notamment à la prohibition du jeu qui, indirectement, traite de la licéité de l'objet du contrat : CJCE 6 novembre 2003,

allons immédiatement exposer – elle refuse de prendre en considération le critère de l'impact économique d'une réglementation pour juger de l'applicabilité du droit communautaire.

En effet, **la troisième raison** est liée à la difficulté à concilier cette jurisprudence avec une autre jurisprudence de la Cour interdisant de quantifier l'impact d'une réglementation sur le commerce intracommunautaire pour juger de l'applicabilité du droit communautaire. La Cour refuse d'appliquer dans le domaine des libertés de circulation une règle *de minimis* telle que celle existant en droit de la concurrence<sup>328</sup>.

- 148.** Afin d'illustrer cette jurisprudence, il est possible de s'appuyer sur l'arrêt de la Cour du 18 mai 1993<sup>329</sup>.

Le litige opposait une filiale allemande de la société française Yves Rocher, à une association sans but lucratif luttant contre les pratiques économiques déloyales. Il portait sur l'application d'une législation allemande interdisant sur le territoire allemand la publicité utilisant des comparaisons de prix individuels.

En l'espèce, l'association reprochait à la filiale d'Yves Rocher d'avoir diffusé en Allemagne une publicité consistant en une comparaison des anciens et des nouveaux prix de ses produits en violation de la législation allemande. Les juridictions allemandes saisies interrogèrent la Cour de justice sur la conformité au droit communautaire de cette réglementation allemande et plus précisément sur sa capacité à entrer dans le champ d'application de l'article 28 du traité CE.

**Le gouvernement allemand** invité par la Cour à présenter ses observations ne manqua pas de remarquer que sa réglementation « *ne saurait être incompatible avec l'article 30 du traité, dans la mesure où elle ne provoque qu'une entrave marginale à la libre circulation des marchandises* »<sup>330</sup>. En d'autres termes, pour le gouvernement allemand, le lien entre la liberté circulation des marchandises et sa réglementation était incertain, aléatoire. Elle n'entraînait donc pas dans le champ d'application du droit communautaire. L'argument semblait pertinent, puisque la réglementation allemande s'appliquait tant aux produits nationaux qu'étrangers et ne représentait pas un obstacle sérieux à la commercialisation des produits français sur le marché allemand.

---

Ganbelli, 243/01 ; CJCE 6 mars 2007 Placania, 338/04, 359/04, 360/04 ; CJCE 8 septembre 2009 Bwin International, 42/07 ; ou encore celle relative aux règles exigeant d'un club de football ayant signé un contrat avec un jeune joueur de verser une indemnité au club sportif ayant formé : CJCE 15 décembre 1995, 415/93, *Rec.* 4921 et récemment les conclusions de l'Avocat générale Sharpston du 16 juillet 2009, aff. 325/08 Olympique Lyonnais ; ou encore sa jurisprudence relative à la libre détermination du prix en matière de contrat de vente de livres : CJCE 10 janvier 1985, 229/83, *Rec.* 1 ; CJCE 30 avril 2009, 531/07

<sup>328</sup> CJCE 9 juillet 1969 Völk c/Vervaecke, *Rec.* 295 ; en libre prestation de services : CJCE 15 février 2000, « Commission c/France », 34/98, *Rec.* 995.

<sup>329</sup> CJCE 18 mai 1993, Schutzverband-Yves Rocher, 126/91, *Rec.* 2361.

<sup>330</sup> CJCE 18 mai 1993, Schutzverband-Yves Rocher, 126/91, *Rec.* 2361, pt. 20.

Pourtant, la **Cour de justice** a rejeté cet argument sans même démontrer qu'en l'espèce un lien certain pouvait être établi entre la réglementation et la libre circulation des marchandises. Elle a ainsi affirmé que « *à l'exception des règles ayant des effets simplement hypothétiques sur les échanges intercommunautaires, il est constant que l'article 30 du traité ne fait pas de distinction entre les mesures qui peuvent être qualifiées de mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative selon l'intensité des effets qu'elles ont sur les échanges au sein de la Communauté* »<sup>331</sup>. La Cour de justice refuse donc que soit prise en considération l'intensité des effets d'une réglementation sur le commerce intracommunautaire pour juger du caractère certain du lien de causalité.

A notre avis, la Cour sous-entend probablement ici que l'évaluation de cette intensité de l'effet d'une réglementation sur le commerce intracommunautaire n'est possible que si un tel effet est d'ores et déjà constaté. Elle en tire donc la conclusion que le lien de causalité est caractérisé et ce faisant que le droit communautaire est applicable.

#### **149. Cette position, source d'incertitude, doit à notre sens être critiquée.**

En effet, toutes les réglementations s'appliquant aux opérateurs économiques ont un effet sur le commerce en général et donc également sur le commerce intracommunautaire.

La Cour<sup>332</sup> l'a d'ailleurs elle-même reconnu implicitement dans l'arrêt Keck et Mithouard de 1993. Dans cet arrêt, la Cour évoquait le problème soulevé par une « *législation [qui] est susceptible de restreindre le volume des ventes et [dit-elle], par conséquent, le volume des ventes des produits en provenance d'autres États membres [...]* »<sup>333</sup>. On le voit bien, la Cour admet que toute réglementation ayant un effet sur l'activité commerciale en général a, nécessairement également un effet sur les activités commerciales transfrontières également.

Nous pensons donc qu'il est vain de croire que certaines réglementations n'auraient aucun impact sur l'activité économique transfrontière<sup>334</sup>. Néanmoins, certaines se distinguent en raison de leur fort impact sur celle-ci.

---

<sup>331</sup> CJCE 18 mai 1993, Schutzverband-Yves Rocher, 126/91, *Rec.* 2361, pt. 21.

<sup>332</sup> Tout comme la Commission qui, dans la directive 70/50/CEE du 2 décembre 1969 portant sur la suppression des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation (JOCE L/13 du 19 janvier 1970, p. 35), indique qu'elle considère que toute réglementation commerciale a nécessairement un effet restrictif sur les échanges intracommunautaires en isolant le cas des mesures ayant un effet restrictif sur la libre circulation des marchandises ne dépassant pas le cadre des **effets propres d'une réglementation** de commerce.

<sup>333</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff. 267/91 et 268/91, *Rec.* 16097, pt. 13.

<sup>334</sup> Pour une position différente mais conduisant également l'auteur à contester l'utilisation de tout critère relatif au lien de causalité pour juger de l'applicabilité du droit communautaire: Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, p. 11-45, sp. p. 17 à 19. L'auteur considère « *qu'un critère aussi ouvert que celui de l'entrave directe et substantielle ne pourrait qu'accentuer les différences d'approches entre les diverses juridictions nationales* », *ibid.*, p. 19.

**150.** Les auteurs indiquent d'ailleurs souvent éprouver les plus grandes difficultés à établir une distinction entre les règles qui n'auraient qu'un effet hypothétique sur les échanges intracommunautaires de celles ayant un effet certain sur ceux-ci sans recourir au critère de l'intensité de l'affectation.

Aussi M. M. Fallon indique-t-il que la jurisprudence de la Cour de justice qui « *a exclu le contrôle de certaines entraves pour le motif que leur effet sur les échanges est trop aléatoire ou hypothétique [...] reste difficile à concilier avec l'affirmation selon laquelle une mesure peut constituer une entrave même si son effet n'est pas sensible, la Cour de justice rejetant le concept d'entrave d'importance mineure* »<sup>335</sup>. Dans le même sens, Messieurs M. Wilderspin et X. Lewis constatent que « *il n'est pas tout à fait clair si la Cour de justice soustrait à la sanction de ces articles [28 et 49 du traité CE] des mesures nationales n'ayant qu'un effet très mineur sur le commerce* »<sup>336</sup>. Ainsi, la Cour interdit-elle de procéder à une analyse quantitative pour établir le caractère incertain ce lien de causalité sans réellement proposer de critère d'appréciation à la place.

Dès lors les incertitudes relatives aux moyens d'établir le caractère incertain de ce lien de causalité, ne font qu'alimenter la difficulté à cerner un domaine de compétence discrétionnaire réservé aux Etats membres.

**151.** Face à ces difficultés d'interprétation de la jurisprudence de la Cour, le critère d'applicabilité du droit de la libre circulation le plus pertinent restait donc toujours l'existence d'une certaine incidence de la mesure nationale sur les échanges intracommunautaires. Ce critère très « ouvert »<sup>337</sup> d'applicabilité a conduit « *les opérateurs économiques [à] invoquer de plus en plus les articles [...] du traité pour contester toute espèce de réglementations [ayant] pour effet de limiter leur liberté commerciale* »<sup>338</sup>. La Cour de justice a alors encore une fois tenté de faire face à cette difficulté. Comme il convient à présent de l'établir, elle a pour cela décidé d'exclure expressément du champ d'application du Traité certaines réglementations nationales en les identifiant, cette fois, à l'aide d'un critère faisant référence à leur objet et non à leurs effets.

Ainsi est apparue la notion de réglementation relative aux modalités de vente.

---

<sup>335</sup> Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, p. 119.

<sup>336</sup> « *Traditionnellement, elle refusait d'exonérer des règles n'ayant qu'un effet de minimis mais, plus récemment, elle a exclu de l'application des articles 28 et 49 certaines mesures au motif qu'elles n'avaient pas un effet suffisant pour les qualifier d'entraves ou de restrictions* ». Wilderspin M., Lewis X., « Les relations entre droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », *Rev. crit. dr. internat. privé*, janvier-mars 2002, pp. 1-37, p. 19.

Pour une illustration du refus d'appliquer la théorie de *minimis* voir notamment : CJCE 5 mars 1984, 177 et 178/82, *Rec.* 1797, pt. 13.

En 1992 déjà, un auteur remarquait que « *la question de savoir s'il faut qu'une mesure ait un effet restrictif et sensible sur les échanges pour qu'elle tombe dans le champ d'application des articles 30 et 34 n'est pas clairement tranchée* ». Defalque L., « Les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent », in *Commentaire Mergret*, vol. 1, pt. 268, p. 244.

<sup>337</sup> Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, p. 1145, p. 19.

<sup>338</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff.C-267/91 et C-268/91, *Rec.* 16097, pt. 14.

## 2. L'exclusion des réglementations relatives aux modalités de vente

152. La Cour de justice a développé la notion de réglementation relative à une modalité de vente en libre circulation des marchandises dans l'arrêt Keck et Mithouard du 24 novembre 1993<sup>339</sup>.

Les juridictions françaises étaient saisies d'un litige opposant Messieurs Keck et Mithouard et l'administration française. Celle-ci leur reprochait d'avoir violé la loi française<sup>340</sup> interdisant la revente à perte sur le territoire français. De leur côté, Messieurs Keck et Mithouard soutenaient que la législation française n'était pas conforme au droit communautaire de la libre circulation des marchandises et constituait une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation prohibée au titre de l'article 28 du traité CE.

La Cour de justice, interrogée par le biais d'une question préjudicielle, a d'abord dû se prononcer sur l'applicabilité du droit communautaire. A l'occasion de cet arrêt, la Cour de justice exprima clairement sa volonté de limiter le champ d'application matériel du droit communautaire en excluant une catégorie de réglementation nationale déterminée<sup>341</sup>. Déplorant le fait que « *les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour 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 États membres, la Cour [affirme] estimer nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière* »<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff.C-267/91 et C-268/91, Rec. 16097.

D'aucuns soutiennent que la Cour de justice tendrait à s'affranchir de sa jurisprudence relative aux modalités de vente. A l'appui de cette thèse, Mme. A. Rigaux invoque un arrêt du 10 février 2009 rendu par la Cour de justice en Grande Chambre qu'elle qualifie de « *cas test pour l'abandon de la jurisprudence Keck et la consécration d'un critère re-fédéré de la mesure d'équivalent* ». Rigaux A. « Définition des mesures d'effet équivalent » *Europe*, avril 2009, comm. n°158, p. 20.

Cette conclusion nous semble pour notre part trop hâtive. En effet, pour qualifier la réglementation en cause de mesure d'effet équivalent, la Cour de justice, s'est appuyée, certes de manière globale sur sa « *jurisprudence également constante [de laquelle il résulte] que l'article 28 CE reflète l'obligation de respecter les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres, ainsi que celle d'assurer aux produits communautaires un libre accès aux marchés nationaux (voir, en ce sens, arrêts du 14 juillet 1983, Sandoz, 174/82, Rec. p. 2445, point 26; du 20 février 1979, Rewe-Zentral, dit «Cassis de Dijon», 120/78, Rec. p. 649, points 6, 14 et 15, ainsi que Keck et Mithouard, précité, points 16 et 17)*. CJCE 10 février 2009, Commission c/ Italie, 110/05, pt. 34.

La formulation bien que confuse fait en tout état de cause toujours mention de l'arrêt Keck et Mithouard. On ne peut donc pas aujourd'hui affirmer que la Cour aurait abandonné cette jurisprudence.

<sup>340</sup> Il s'agissait plus précisément de l'article 1er de la loi française n° 63-628 du 2 juillet 1963, tel qu'il a été modifié par l'article 32 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, qui interdit que soit revendu en l'état des produits à des prix inférieurs à leur prix d'achat effectif.

<sup>341</sup> Elle s'est d'ailleurs ainsi écartée du premier avis donné, le 18 novembre 1992, par l'avocat général Van Gerven qui se bornait alors à considérer que « *pour l'applicabilité à une législation nationale de l'article 30 [...] il est [...] exigé que la législation présente un certain lien avec le commerce intra-communautaire* ». CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff.C-267/91 et C-268/91, Rec. 6110, pt. 5.

<sup>342</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, Rec. 6097, pt. 14.

153. Mais, alors, comment isoler les réglementations exclues du champ d'application de l'article 28 du Traité ? Quel critère adopter ? Le critère de l'impact de la réglementation sur le commerce intracommunautaire générerait, ainsi qu'il l'a été exposé, une trop grande incertitude quant à l'identification des réglementations visées. Il fallait donc y substituer un autre critère plus simple à mettre en œuvre.

154. La Cour a posé le principe selon lequel n'entraient pas dans le champ d'application du droit communautaire les réglementations nationales « *qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente* »<sup>343</sup>, qu'elle définit par opposition aux « *règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement)* »<sup>344</sup>.

La raison de cette exclusion avancée par la Cour restait que ce type de réglementations ne serait « *pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les États membres* »<sup>345</sup>.

155. On le constate, la cause de l'exclusion du champ d'application du droit communautaire reste toujours la même : la réglementation n'aurait pas un effet négatif suffisant sur le commerce intracommunautaire.

Mais, cette fois, la Cour propose un critère matériel d'identification des réglementations produisant un tel effet, puisqu'il s'agit, dit-elle, de mesures relatives aux modalités de vente. En d'autres termes, à notre sens, la Cour a ainsi essayé de caractériser les mesures n'ayant pas un impact suffisant sur le commerce intracommunautaire afin de pouvoir les exclure du champ d'application de l'article 28 du traité CE, non pas au regard de leur effet sur le commerce intracommunautaire, mais en raison **de leur objet**.

156. Toutes les mesures réglementant des modalités de vente étaient donc *a priori* exclues. Cependant, la Cour a, dans ce même arrêt, apporté une entorse à ce principe. En effet, selon la Cour, de telles réglementations entraînent à nouveau dans le champ d'application du droit communautaire si elles se révélaient discriminatoires formellement ou matériellement. Dans cet arrêt la Cour a ainsi rappelé qu'une discrimination serait établie, si les réglementations relatives aux modalités de vente « *ne s'appliquaient pas à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, ou si [...] elles n'affectaient pas de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des*

---

<sup>343</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, *Rec.* 16097, pt. 16.

<sup>344</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, *Rec.* 16097, pt. 15.

<sup>345</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, *Rec.* 16097, pt. 16. Voir notamment à ce sujet les propos de M. R. Kovar qui, tout en s'estimant favorable à la jurisprudence Keck et Mithouard et ses suites considère que « *cette affirmation probablement exagérément catégorique aurait pu [et du] être évitée* ». Kovar R., « Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose » *R.T.D.E. eur.* 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 241.

*produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* »<sup>346</sup>. La Cour de justice parvint-elle effectivement par ce biais, à mieux délimiter le champ d'application matériel du droit des libertés de circulation ?

157. Rien n'est moins sûr. En effet, comme il convient à présent de l'exposer, trois importantes critiques<sup>347</sup> peuvent être exercées à l'encontre de cette jurisprudence.

De ces critiques, il résulte, en tout état de cause que le champ d'application matériel des libertés de circulation reste relativement incertain.

158. **La première critique** a porté sur la notion même de modalité de vente et à sa mise en œuvre dans le domaine de la libre circulation des marchandises. La *summa divisio* réglementation relative aux modalités de vente et réglementation relative aux conditions auxquelles la marchandise doit répondre, a été considérée comme trop réductrice et trop stricte.

**L'arrêt Familiapress** est un des arrêts<sup>348</sup> ayant servi de fondement à cette première critique. Cette affaire opposait un éditeur de journaux établi en Allemagne qui vendait en Allemagne et sur le territoire autrichien des publications offrant aux lecteurs la possibilité de participer à des jeux dotés de prix, à un éditeur de presse autrichien. Selon ce dernier, la législation autrichienne interdisant de manière générale d'offrir sans contrepartie aux consommateurs des primes liées à la vente de biens ou à la fourniture de services, la pratique de l'éditeur allemand contrevenait au droit autrichien.

Les **juridictions autrichiennes** saisies de ce litige s'interrogèrent sur la conformité de cette réglementation relative à la publicité qui, *a priori* concernait donc une modalité de

---

<sup>346</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff.C-267/91 et C-268/91, *Rec.* 16097, pt. 16.

<sup>347</sup> Voir notamment les vigoureuses critiques de : Mattera A. *R.M.U.E.*, n°1/1994 ; Simon D., et Rigaux A., *Europe*, janvier 1994, comm. 12 ; Picod F. « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTD. Eur.* 1998, pp. 169-189 ; Rigaux A. « Symphonie déconcertante ou keckophonie ? » *Europe* 11/2003, p. 7 et s. ; Roca D. *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire*, L'Harmattan, 2007, p. 132 et s. ; mais encore pour une analyse d'ensemble de ces critiques : Kovar R., « Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose » *RTD. eur.* 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, sp. p. 235 et ss.

Il est intéressant de relever que certains Avocats généraux émettent également des critiques à l'encontre de cette jurisprudence. Cependant, ils ne suggèrent pas pour autant d'abandonner celle-ci. Dans ses conclusions présentées le 30 mars 2006 afférant aux affaires jointes 158/04 et 159/04, Alfa Vita Vassilopoulos AE, l'Avocat général M. M. Poiares Maduro évoque longuement « les difficultés liées à l'application de l'arrêt Keck et Mithouard ». Cependant, à la question « *Y a-t-il lieu, pour autant, d'abandonner cette jurisprudence?* [il répond] **je ne le crois pas** ». Conclusions du 30 mars 2006, aff. jointes 158/04 et 159/04, pt. 35.

De la même façon, dans ses conclusions présentées le 8 juillet 2008 relatives à l'affaire 110/05, Commission c/ République italienne, l'Avocat général M. Y. Bot, après avoir largement critiqué la jurisprudence Keck et Mithouard indique : « néanmoins, comme l'avocat général Poiares Maduro, nous ne pensons pas qu'il soit aujourd'hui opportun de revenir sur cette jurisprudence ». Conclusion du 8 juillet 2008, 110/05, pt. 85

<sup>348</sup> CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, 368/95, *Rec.* 3689

Voir également notamment : CJCE 6 juillet 1995, Mars, 470/93, *Rec.* 1923 ; CJCE 8 mars 2001, Gourmet international, 405/98, *Rec.* 1795 ; CJCE 18 septembre 2003, Tommaso Morellato, 146/00, *Rec.* 9343.



vente et non une condition relative au produit<sup>349</sup> au droit de communautaire de la libre circulation. Il s'agissait indiscutablement d'une réglementation visant une méthode de promotion des ventes.

Pourtant **la Cour** a refusé de considérer qu'il s'agissait d'une modalité de vente échappant au champ d'application du Traité à moins d'être discriminatoire. La Cour a jugé que « *en l'occurrence, il y a lieu de constater que la législation nationale en cause, quand bien même elle viserait une méthode de promotion des ventes, porte, en l'espèce, sur le contenu même des produits, en ce que les jeux visés par elle font partie intégrante de la revue dans laquelle ils sont insérés. Dans ces conditions, l'application de la législation nationale en cause aux faits de l'espèce ne saurait concerner une modalité de vente au sens de l'arrêt Keck et Mithouard* »<sup>350</sup>. Ainsi donc la Cour a-t-elle exprimé le fait qu'il est impossible de se prononcer abstraitement sur la nature des réglementations pour les placer dans l'une ou l'autre des catégories qu'elle a créées. Il convient, en effet, d'étudier, au cas par cas chaque réglementation pour apprécier des conséquences qu'elle engendre. En l'espèce, bien qu'il s'agisse d'une méthode de promotion des ventes, la réglementation litigieuse « *contraint les opérateurs établis dans d'autres États membres à modifier le contenu du journal. L'interdiction en cause compromet [donc] l'accès du produit concerné au marché de l'État membre d'importation et, partant, entrave la libre circulation des marchandises. Elle constitue donc, en principe, une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 du traité* »<sup>351</sup>.

En fait, cet arrêt témoigne de ce qu'il n'est pas possible de faire une application rigide de la distinction opérée par l'arrêt Keck et Mithouard<sup>352</sup>. Le fait qu'une réglementation porte sur les méthodes de ventes est donc un élément nécessaire, mais non suffisant, à la caractérisation d'une modalité de vente exclue du champ d'application de l'article 28 du traité CE. Pour, les mêmes raisons, la Cour, se dispense parfois également de placer les réglementations dans l'une ou l'autre de ces catégories. Ainsi, lorsqu'une telle opération de qualification lui semble trop artificielle, la Cour revient au critère de l'affection certaine du commerce intracommunautaire pour trancher la question de l'applicabilité<sup>353</sup>.

---

<sup>349</sup> « *Le gouvernement autrichien soutient que l'interdiction en cause échappe à l'article 30 du traité. Selon lui, la possibilité d'offrir aux lecteurs d'un périodique de participer à des jeux dotés de prix constitue une simple méthode de promotion des ventes et, partant, une modalité de vente au sens de l'arrêt Keck et Mithouard, précité* ». CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, 368/95, Rec. 3689, pt. 10.

<sup>350</sup> CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, 368/95, Rec. 3689, pt. 11.

<sup>351</sup> CJCE, 26 juin 1997, Familiapress, 368/95, Rec. 3689, pt. 12.

<sup>352</sup> Voir en ce sens les écrits de M. R. Kovar qui considère que « *en réalité, ceux qui ont soutenu que la Cour s'était souvent écartées de la ligne tracée par son arrêt du 24 novembre 1993 sont parvenus à cette conclusion à partir d'une lecture contestable de cette décision qui en exagère la rigidité* » Kovar R., « *Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose* », *R.T.D.E. eur.* 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 238. Dans le même sens, « *Pareilles solutions témoignent du pragmatisme dont a fait preuve la Cour en ce domaine. La jurisprudence a su s'adapter aux circonstances de chaque espèce et aux réalités économiques rencontrées* ». Conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro du 30 mars 2006, aff. jointes 158/04 et 159/04, pt. 30.

<sup>353</sup> Voir notamment en ce sens CJCE 15 octobre 1995, Centros Servizi Spediponto, 96/94, Rec. 2883 ; CJCE 17 juillet 1994, Matteo Peralta, 379/92, Rec. 3453 ; CJCE 23 octobre 1997, Franzén, 189/95, Rec. 5909

Si la souplesse des catégories juridiques créées par la Cour se justifie par le souci de pragmatisme dont elle fait preuve<sup>354</sup>, elle ne permet en revanche pas de lever les incertitudes quant à l'existence d'un domaine de compétence normative discrétionnaire des Etats membres.

**159. La deuxième critique** qu'il faut à notre avis adresser à cette jurisprudence a trait à la contestable réintroduction du critère de la discrimination pour trancher la question de l'applicabilité du droit des libertés de circulation. La difficulté provient de ce que la Cour de justice ne condamne pas les simples discriminations formelles mais les discriminations matérielles. En effet, dans l'arrêt Keck et Mithouard la Cour rappelle que les modalités de vente ne sont exclues du champ d'application du droit communautaire qu'à la condition que « *elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* »<sup>355</sup>.

Or, pour en juger, il faut apprécier concrètement l'effet produit par la réglementation sur le commerce intracommunautaire afin de comprendre si l'on est en présence d'une différence de traitement justifiée.

Le critère de la discrimination déjà contestable en soi pour résoudre un problème d'applicabilité<sup>356</sup> du droit, réintroduit, en tout état de cause, celui de l'affectation du commerce intracommunautaire<sup>357</sup>. Le fait qu'il faille en l'espèce vérifier si une réglementation affecte plus lourdement le commerce intracommunautaire que le commerce purement interne ne rend pas la chose plus aisée. En effet la question fondamentale demeure : comment mesurer cette affectation ? En outre, la Cour de justice, dans un arrêt relativement récent affirme que cette affectation « discriminatoire » doit être certaine<sup>358</sup>.

---

<sup>354</sup> Voir en ce sens R. Kovar qui affirme que « *la réalité exige de renoncer à l'ambition d'une construction moniste par trop ambitieuse pour se satisfaire des solutions plus modestement pragmatiques. Tel est l'enseignement de la jurisprudence de la Cour* ». Kovar R., « Dasonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose » *R.T.D.E. eur.* 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 214.

<sup>355</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff. 267/91 et 268/91, *Rec.* 16097, pt. 16.

<sup>356</sup> Voir nos développements infra.

<sup>357</sup> En ce sens, M. R. Kovar remarque au sujet de l'arrêt Schutzverband du 13 janvier 2000 (254/98, *Rec.* 151) que celui-ci « *confirme ce que de nombreux commentateurs n'avaient pas voulu voir dans l'arrêt Keck et Mithouard, à savoir la persistance du critère de l'affectation des échanges intracommunautaire* ». Kovar R., « Dasonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose », *R.T.D.E.* 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 108. En effet, dès lors que l'examen de la discrimination suppose l'étude de l'incidence de la réglementation sur les échanges intracommunautaire.

En sens contraire, voir les propos de Messieurs L. Dubouis et C. Blumann au sujet de l'incidence de la jurisprudence Keck et Mithouard. Ces auteurs considèrent que cet arrêt permettait d'évincer le critère de l'affectation des échanges intracommunautaires : « [avec l'arrêt Keck et Mithouard] *si le critère de l'incidence sur les échanges intra-communautaires demeure entièrement valable pour les réglementations concernant les conditions auxquelles doivent répondre les marchandises, [...] il perd l'essentiel de son intérêt pour celles relatives aux modalités de vente. Dans ce dernier cas, il se voit substituer un double critère tiré d'une part de la finalité de la mesure et d'autre part de son caractère discriminatoire* ». Dubouis L., Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 2006, 4<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, Domat, droit public, pt. 373, p. 250.

<sup>358</sup> CJCE 26 mai 2005, Burmanjer, 20/03, *Rec.* 6445, pt. 31 : « *toutefois, les éléments dont la Cour dispose ne lui permettent pas d'établir avec certitude si le régime national de vente ambulante [qu'elle a préalablement qualifié de modalité de vente]*

## Toutes les difficultés liées à l'établissement du lien de causalité refont ainsi surface.

**160. La troisième critique** est relative à la portée de cette jurisprudence. En effet, celle-ci est-elle cantonnée à la libre circulation des marchandises ou s'étend-elle à toutes les libertés de circulation ? A ce sujet, force est de constater que la jurisprudence de la Cour est des plus incertaines.

Dans deux importants arrêts<sup>359</sup> relatifs à la libre prestation de services et à la libre circulation des travailleurs, la Cour de justice mentionne la jurisprudence Keck et Mithouard. Néanmoins, elle refuse dans ces deux cas de faire de la jurisprudence Keck et Mithouard une figure de l'application de cette jurisprudence ne sont pas réunies. Or, selon certains auteurs<sup>360</sup>, cette position ne serait pas justifiée.

Afin d'illustrer cette difficulté, il convient de s'appuyer sur l'**arrêt Alpine Investments**. La Cour de justice était interrogée sur la conformité d'une réglementation néerlandaise interdisant la pratique du cold calling en matière de vente de services financiers aux dispositions du traité CE relatives à la libre prestation de services. De manière plus précise, la réglementation néerlandaise prohibait aux prestataires de services établis sur son territoire d'adresser des appels téléphoniques non sollicités à des clients potentiels établis dans d'autres États membres en vue de proposer leurs services.

**Les gouvernements néerlandais et du Royaume-Uni** ont fait alors valoir que la réglementation litigieuse n'entrerait pas dans le champ d'application du Traité car d'une part, elle ne serait pas discriminatoire et d'autre part, elle serait assimilable à une modalité de vente<sup>361</sup>. Il s'agissait incontestablement d'une interdiction d'une méthode de

---

*affecte la commercialisation des produits originaires d'États membres autres que le Royaume de Belgique plus lourdement que celle des produits en provenance de ce dernier. Cependant, il semble ressortir des éléments du dossier transmis à la Cour que, si ce régime devait avoir une telle incidence, celle-ci serait trop insignifiante et aléatoire pour pouvoir être considérée comme étant de nature à entraver ou à gêner d'une autre manière le commerce entre les États membres ».*

<sup>359</sup> En libre prestation de services CJCE 10 mai 1995, Alpine Investments, 384/93, Rec. 1141, (mais également CJCE 9 juillet 1997, De Agostini et TV-Shop, aff. jointes 34/95, 35/95 et 36/95, Rec. 3875).

La question s'est à nouveau posée à la Cour de justice en 2003. CJCE 11 décembre 2003, Amok Verlag, 289/02, Rec. 15059. L'arrêt était relatif à une règle allemande selon laquelle lorsqu'une partie à un procès est domiciliée sur le territoire d'un autre État membre et se fait représenter par un avocat établi dans cet État membre, elle ne peut réclamer à la partie adverse que le paiement des frais d'avocats à hauteur de ceux qu'elle aurait engagés si l'avocat avait été établi en Allemagne. Le gouvernement allemand défendait cette règle en la qualifiant de modalité de vente. La Cour de justice a cependant considéré la règle conforme au traité CE, sans se prononcer sur la qualification de modalité de vente.

En libre circulation des travailleurs : CJCE 15 décembre 1995, Bosman, 415/93, Rec. 4921.

<sup>360</sup> Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », C.D.E. 1998, p. 11-45 ; mais également pour une étude approfondie de la question de la transposition de cette jurisprudence à la libre prestation de services : Roth Wulf-Henning, « the European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services : Is Keck Relevant ? » in *Services and Free Movement in EU law*, Oxford University Press, 2002, p. 1-24 ; Da Cruz Vilaça, José Luis, « On the Application of Keck in the field of free Provision of Services » in *Services and Free Movement in EU law*, Oxford University Press, 2002, p. 25-40.

<sup>361</sup> « Ceux-ci font valoir que l'interdiction en cause échappe au domaine d'application de l'article 59 du traité parce qu'elle est une mesure d'application générale, qu'elle n'est pas discriminatoire et qu'elle n'a pas pour objet ou pour effet de procurer au marchand national un avantage par rapport aux prestataires de services d'autres États membres. Or, n'affectant que la façon dont les services sont offerts, elle serait analogue aux mesures non discriminatoires réglementant des modalités de vente qui, selon la jurisprudence Keck et Mithouard (arrêt du 24 novembre 1993, C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097,

promotion des ventes qui n'empêchait pas de manière absolue l'accès au marché des autres Etats membres. Ainsi que le remarque M. N. Bernard, « *il [...] restait la possibilité d'utiliser d'autres modalités de commercialisation* »<sup>362</sup>. La qualification de modalité de vente n'étant donc pas invraisemblable, la question semblait être de savoir si la Cour de justice décidait d'étendre la jurisprudence Keck et Mithouard aux autres libertés de circulation.

**La Cour de justice** a rendu un arrêt surprenant. D'une part, elle a pris le parti de ne pas exclure, dans son principe, une application de sa jurisprudence Keck et Mithouard en libre prestation de services. Mais, d'autre part, elle a considéré que dans le cas d'espèce les éléments nécessaires à la caractérisation de cette notion n'étaient pas réunis. Elle a ainsi dit au sujet de la réglementation néerlandaise que « *une telle interdiction n'est pas analogue aux réglementations concernant les modalités de vente que la jurisprudence Keck et Mithouard a considérées comme échappant au domaine d'application de l'article 30 du traité* »<sup>363</sup>.

Afin de justifier sa position, la Cour de justice a mis l'accent sur la raison l'ayant conduit à exclure du champ d'application de l'article 28 du traité toute réglementation relative aux modalités de vente. Affirmant que « *la raison en est qu'elle n'est pas de nature à empêcher l'accès de ces derniers au marché de l'Etat membre d'importation ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* »<sup>364</sup>, la Cour a ainsi mis en exergue un critère implicite d'accès au marché d'un autre Etat membre.

En d'autres termes, les réglementations entrant dans le champ d'application de l'article 28 du Traité seraient uniquement celles empêchant totalement l'accès au marché des produits importés. Les réglementations nationales restreignant simplement le volume de ces ventes en seraient en revanche exclues<sup>365</sup>.

Une modalité de vente serait donc une réglementation :

- relative à une méthode de promotion des ventes et ;
- n'empêchant pas, de manière absolue, d'accéder au marché des autres Etats membres.

A ce stade du raisonnement de la Cour, la réglementation néerlandaise semblait alors remplir tous les critères nécessaires à la caractérisation de cette notion.

---

point 16), ne relèvent pas du domaine d'application de l'article 30 du traité CEE ». CJCE, 10 mai 1995, Alpine Investments, C 384/93, Rec. 1141 pt. 33.

<sup>362</sup> Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », C.D.E. 1998, p. 11-45, p. 22.

<sup>363</sup> CJCE, 10 mai 1995, Alpine Investments, C 384/93, Rec. 1141, pt. 33.

<sup>364</sup> CJCE, 10 mai 1995, Alpine Investments, C 384/93, Rec. 1141, pt. 37.

<sup>365</sup> En ce sens CJCE 15 décembre 1993 Hünermund, 292/92, Rec. 6787 ; CJCE 9 février 1995, Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec, 412/93, Rec. 179 ; ainsi que Kovar R., « Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose » R.T.D.E. eur. 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 239 et s.

Néanmoins, la Cour de justice a refusé d'assimiler la réglementation néerlandaise à une modalité de vente, en arguant de ce que celle-ci « conditionnait directement l'accès au marché des services dans les autres États membres »<sup>366</sup>. Par ce biais, la Cour de justice a donc introduit un élément nouveau et supplémentaire nécessaire à la caractérisation de la modalité de vente.

En vertu de cette jurisprudence la caractérisation d'une modalité de vente supposerait donc la réunion de trois éléments :

- une réglementation portant sur une méthode de promotion des ventes ;
- n'empêchant pas de manière absolue d'accéder au marché national ;
- ne conditionnant pas non plus l'accès aux marchés des autres Etats membres.

**161.** Que signifie alors le critère du conditionnement à l'accès aux marchés des autres Etats membres ?

En l'espèce, la réglementation néerlandaise n'avait pas un champ d'application strictement territorial puisqu'elle réglementait également l'exercice d'une activité économique au sein des autres Etats membres en interdisant une méthode de promotion des ventes de manière générale. La Cour souligne que « *une interdiction telle que celle en cause émane de l'État membre d'établissement du prestataire de services et concerne non seulement les offres qu'il a faites à des destinataires qui sont établis sur le territoire de cet État ou qui s'y déplacent afin de recevoir des services, mais également les offres adressées à des destinataires se trouvant sur le territoire d'un autre État membre* »<sup>367</sup>. La position de la Cour est difficile à comprendre.

**162.** En effet, même les réglementations qui sont d'application strictement territoriale ont un effet sur les échanges intracommunautaires puisqu'elles s'appliquent également aux produits importés.

Dès lors, comment justifier l'exclusion du champ d'application des modalités de vente, des réglementations dont le champ d'application n'est pas strictement territorial ?

On ne voit pas en quoi de telles réglementations, qui n'empêchent pas de manière absolue l'accès aux marchés des autres Etats membres, seraient plus gênantes pour le commerce intracommunautaire que celles d'application territoriale.

---

<sup>366</sup> CJCE, 10 mai 1995, Alpine Investments, C 384/93, Rec. I 141, pt. 38.

<sup>367</sup> CJCE, 10 mai 1995, Alpine Investments, C 384/93, Rec. I 141, pt. 38.

Ainsi donc, s'il fallait considérer que la Cour de justice transpose bien la notion de modalité de vente aux autres libertés de circulation, celle-ci ne s'appliquerait encore qu'aux réglementations strictement territoriales. La notion se réduirait alors à une peau de chagrin.

- 163.** Il résulte de cette jurisprudence que si l'exportation de la théorie des modalités de vente aux autres libertés de circulation ne peut pas être exclue, sa mise en œuvre effective paraît incertaine<sup>368</sup>. De manière encore plus tranchée, M. N. Bernard considère que « *quoi qu'en dise la Cour, le raisonnement suivi dans les arrêts Alpine Investments et Bosman est incompatible avec celui suivi dans l'arrêt Keck et les autres arrêts ayant fait application de la jurisprudence Keck en matière de libre circulation des marchandises* »<sup>369</sup>. L'auteur considère ces deux jurisprudences comme inconciliables car tandis que la jurisprudence Keck et Mithouard tendrait à faire entrer dans le champ d'application du traité les seules réglementations nationales cloisonnant les marchés nationaux, celle développée dans les arrêts Alpine Investments et Bosman conduirait à appréhender mêmes les simples restrictions à la liberté commerciales des opérateurs économiques<sup>370</sup>.

Quoiqu'il en soit, il apparaît encore une fois que la jurisprudence de la Cour de justice ne fournit pas un critère clair d'applicabilité du droit communautaire permettant aux Etats membres d'identifier le champ d'application matériel des libertés de circulation et, par voie de conséquence l'existence, à leur profit d'un domaine de compétence discrétionnaire.

### Conclusion de la section I

- 164.** A l'heure actuelle, la jurisprudence de la Cour quant au critère d'applicabilité des libertés de circulation est pour le moins trouble et complexe :

*A priori*, le recours au critère de la discrimination – au moins matériel – est abandonné.

Le critère de l'intensité de l'affection des échanges commerciaux intracommunautaires est ambigu. Si la Cour ne l'a pas nécessairement abandonné, en prohibant le recours à la

---

<sup>368</sup> Voir à ce sujet la perplexité des auteurs. Certains pensent qu'une transposition de la jurisprudence Keck et Mithouard est exclue au moins en libre prestation de services : ainsi L. Idot considère-t-elle que « *dans la mesure où l'application de l'article 59 CE suppose en toute hypothèse une prestation intracommunautaire, toute tentative d'extension de la jurisprudence Keck paraît condamnée* ». Idot L. *Europe* 1995, juillet comm. 264, 11. Dans le même sens Hatzopoulos V., « annotation to case C-384/93 », *C.M.L. rev.* 1995, 35, 1427-1445 ; Huglo J-G. comm. *R.T.D.E.*, 1995, 827-834. Pour une position plus mitigée: Luby Monique, *Journal du droit international*, 2-1997, 564-566.

<sup>369</sup> Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, p. 11-45, p. 23.

<sup>370</sup> Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, p. 11-45, p. 25.

règle *de minimis* en matière de liberté de circulation, elle rend son utilisation difficile et hasardeuse.

Le critère de la modalité de vente n'est pas plus simple à manier puisque son extension à toutes les libertés n'est pas certaine, qu'il suppose une analyse *in concreto* de chaque réglementation et qu'il réintroduit le critère de la discrimination au stade de l'appréciation du champ d'application.

Cependant, tous ces efforts de la Cour de justice tendant à découvrir des critères qui permettraient de délimiter plus sûrement le champ d'application des libertés de circulation nous semblent louables<sup>371</sup>. Certes, ils manquent souvent leur but puisque ne permettent pas de déterminer avec certitude quelles réglementations seraient exclues du domaine d'application des libertés de circulation. Néanmoins, ils témoignent d'une certaine conscience de la Cour de justice que le champ d'application des libertés de circulation ne peut pas être illimité. Bien que juridiquement relativement inefficaces, ces différentes constructions jurisprudentielles constituent un message politique fort à l'égard des Etats membres : la Cour de justice ne cherche pas à empiéter tous les domaines de compétences des Etats.

165. Une conclusion s'impose donc : Le critère d'applicabilité nécessairement spatio-économique<sup>372</sup> des libertés de circulation ne permet pas une délimitation *in abstracto* du champ d'application matériel des libertés de circulation. Une analyse *in concreto* de chaque réglementation sera toujours indispensable et délicate<sup>373</sup>, l'analyse économique de la portée d'une réglementation restant un exercice particulièrement périlleux pour le juriste. **En somme, il nous apparaît que si le champ d'application matériel des libertés de circulation est nécessairement déterminé, le critère d'applicabilité spatio-**

---

<sup>371</sup> En sens contraire : voir la critique véhémente de la multiplication des concepts par la Cour de justice dans le domaine plus particulier de la libre circulation des marchandises de M. D. Roca selon lequel : « *l'intervention de plus en plus importante de la Cour, notamment dans l'élaboration de concepts parfois complexes à mettre en œuvre, peut avoir pour risque d'alourdir un système dont l'objectif est d'assurer la libéralisation des échanges. Or, le commerce, pour être efficient, nécessite une certaine stabilité juridique, c'est-à-dire une sécurité juridique ne pouvant être obtenue que par la seule entremise de principes clairs, simples et efficaces. De là, les distinctions, entre modalités de ventes et conditions auxquelles doivent répondre les produits, la multiplication des justifications issues des exigences impératives d'intérêt général, parallèlement à celles déjà prévues par le traité CE, le développement du principe de précaution, toutes ces complications constituent autant d'obstacles éventuels aux échanges de marchandises* ». Roca D. *Le démantèlement des entraves aux commerces mondial et intracommunautaire*, L'Harmattan, 2007, p. 139.

<sup>372</sup> Voir en ce sens déjà les propos de M. J.-C. Masclat qui considère qu'il se dégage de la définition retenue traditionnellement par la Cour de justice en matière de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation – toute mesure susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire – que le « *seul critère ici retenu est celui de l'effet économique de la mesure en cause* ». Masclat J.-C., *R.T.D.E.* 1982, p. 324, note relative à l'arrêt *Souvenir d'Irlande* pt. 11, p. 329.

<sup>373</sup> En ce sens : M. J. Meeusen. L'auteur écrit : « *Il faut avouer que la jurisprudence Keck entre les règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises et celles qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, n'est pas toujours facile à comprendre. Sans doute, on peut expliquer cela par la difficulté réelle à trouver un équilibre entre diversité et unité, face aux situations concrètes et individuelles. Peut-être, en vue de ces difficultés, la méthode casuistique est, par nécessité, la seule possible – bien que cela oblige immédiatement à nous demander si cette tâche de rechercher l'équilibre entre unité et diversité doit être laissée aux juges. Voilà une autre question concernant les méthodes, qui est très sensible en Europe depuis un demi-siècle* ». Meeusen J. « L'Europe entre unité et diversité : du marché intérieur à l'espace de liberté, de sécurité et de justice » in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans* sous la dir. de Mme S. Poillot-Peuzeletto, Dalloz, 2008, pp. 185 -188, sp. p. 186

**économique le délimitant rend ce champ d'application matériel a priori indéterminable.**

166. Face à cette inéluctable incertitude du champ d'application matériel et dont il faut prendre acte, on pouvait espérer que la Cour de justice s'astreindrait à encadrer précisément les conditions d'invocabilité des libertés de circulation par les particuliers afin de préserver au mieux le pouvoir normatif effectif des Etats membres. Or, comme il convient à présent de le démontrer, la jurisprudence communautaire à cet égard est tout autre.

## Section II

### **Le caractère inutilement incertain des critères d'applicabilité des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques**

167. Selon la Cour de justice, le droit communautaire se distingue du droit international public en ce qu'il en ce qu'il n'a pas pour seuls destinataires des Etats. Ainsi, les libertés de circulation présentent-elles la particularité de conférer à certains particuliers des droits<sup>374</sup> subjectifs dont ils peuvent revendiquer le bénéfice **pour échapper à l'application du droit national.**

Le pouvoir normatif des Etats membres est ainsi de fait fragilisé par ces justiciables qui, s'appuyant sur le droit communautaire, remettent en question l'autorité du droit national. **Le souci de préserver la pluralité juridique** – c'est-à-dire l'existence de multiples lois nationales éventuellement divergentes, **effectivement mises en œuvre au sein de la Communauté** – expression des compétences normatives étatiques, **devrait donc pousser la Cour de justice à encadrer très strictement les conditions du bénéfice des libertés de circulation aux profits des opérateurs économiques.**

Or, comme il convient à présent de le démontrer, la Cour de justice a tendance à faciliter le recours aux libertés de circulation des opérateurs économiques et donc l'éviction des droits nationaux. Ce faisant, elle semble témoigner d'une volonté très théorique de préserver une pluralité au sein de la Communauté. Cette tendance jurisprudentielle qui ne s'appuie sur aucun fondement juridique précis doit, à notre sens, être condamnée.

168. Il convient donc, dans un premier temps, d'identifier les personnes juridiques entrant dans le champ d'application des dispositions relatives aux libertés de circulation en présentant les modalités de cette **extension du champ d'application personnel des libertés de circulation aux opérateurs économiques** par la Cour de justice (§ I).

---

<sup>374</sup> Ainsi que des obligations ainsi que nous l'exposerons.



Puis, il sera démontré que si, en principe, le bénéfice du droit communautaire est subordonné à la réalisation d'un critère d'applicabilité spatial, la jurisprudence de la Cour de justice est sur ce point est fluctuante et incertaine. Or, un assouplissement des conditions d'application du droit communautaire aux cas d'espèce fragilise inutilement la portée du droit national. Dans un second temps nous contesterons donc la pertinence de la jurisprudence de la Cour de laquelle il résulte cette **exigence incertaine d'un critère spatial d'applicabilité** (§ II.).

### § I. L'extension du champ d'application des libertés de circulation aux opérateurs économiques

169. La détermination du champ d'application personnel d'une règle de droit consiste à identifier les destinataires<sup>375</sup>, c'est-à-dire ceux qui y sont soumis.

Or, il ne se dégage pas expressément et clairement de la lettre du traité CE une consécration de droits subjectifs au profit de particuliers<sup>376</sup>.

En effet, en vertu de l'article 249 du traité CE, seuls les règlements et les décisions confèrent des droits directement invocables par leur destinataires qui peuvent être des particuliers.

Cet article dispose en effet :

*« Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.*

*La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.*

*La décision est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne.*

*Les recommandations et les avis ne lient pas ».*

---

<sup>375</sup> Selon Mme S. Francq, « le domaine d'application comporte également un aspect personnel, en ce sens que ses destinataires en sont identifiés ». Francq S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant 2005, L.G.D.J., Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, p. 8.

<sup>376</sup> Seul l'article 39 3) du Traité exprime explicitement l'idée d'un « droit de » au profit des opérateurs économiques. Il dispose que la libre circulation « comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique: a) **de répondre** à des emplois effectivement offerts; b) **de se déplacer** à cet effet librement sur le territoire des États membres; c) **de séjourner** dans un des États membres afin d'y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l'emploi des travailleurs nationaux; d) **de demeurer**, dans des conditions qui feront l'objet de règlements d'application établis par la Commission, sur le territoire d'un État membre, après y avoir occupé un emploi ».

170. Il convient donc rappeler comment la Cour de justice a pu consacrer le principe de l'extension du champ d'application personnel du droit communautaire aux particuliers. Pour cela, le principe communautaire de l'effet direct doit être étudié.

**Il sera établi qu'il en résulte, lorsqu'une réglementation nationale heurte les libertés de circulation, un « droit à la désobéissance » qui fragilise l'autorité du droit national.** Le pouvoir des Etats d'imposer sur leur territoire les réglementations nationales est en effet par ce biais largement remis en question.

Le choix de la Cour de consacrer le principe de l'effet direct constitue donc un acte politique crucial. **Son importance soulève la question des motivations qui ont guidé celui-ci : s'agissait-il plutôt de garantir l'effectivité des libertés de circulation ou de permettre un contrôle accru de la Cour de justice sur les réglementations nationales ?**

En d'autres termes, quel rôle la Cour de justice a-t-elle souhaité confier aux bénéficiaires des libertés de circulation ?

171. Ainsi, une fois le principe de l'effet direct établi, reste encore à déterminer de manière précise **qui sont les particuliers, sujets de droit communautaire de la libre circulation.**

En effet, s'agit-il de tous les ressortissants des Etats membres, de certains ressortissants d'Etats membres, de toute personne exerçant une activité économique au sein de la Communauté, indépendamment d'un critère de nationalité ? L'étude plus précise du champ d'application personnel de chacune des libertés de circulation permet de lever les doutes à ce sujet, **de comprendre la fonction de ces droits subjectifs communautaires et de définir la notion d'opérateur économique.**

Après avoir rappelé que le principe de l'**effet direct** est la **source des droits subjectifs** consacrés et de la double fonction qui leur est affectée (A), il sera démontré que le **bénéfice de ces droits subjectifs** est attaché à la qualité d'opérateurs économiques communautaires<sup>377</sup> (B).

#### **A. L'effet direct des libertés de circulation, source des droits subjectifs**

172. Se départissant de la lettre du Traité, la Cour de justice a rendu le 5 février 1963 une décision fondamentale par laquelle elle consacre **le principe de l'effet direct**<sup>378</sup>. Dans cet

---

<sup>377</sup> Le droit de libre circulation et de séjour fondé sur la seule qualité de citoyen est exclu du champ de cette étude. Voir notre introduction.

<sup>378</sup> Ce principe signifie, selon M. J.-M. Favret que « *le droit communautaire peut créer directement des droits ou obligations au profit ou à la charge des justiciables et que ces derniers pourront, dans certaines conditions, invoquer les normes*

arrêt dit « Van Gend en Loos »<sup>379</sup>, la Cour définit ce principe comme la capacité de certaines dispositions du droit communautaire à « engendrer des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder »<sup>380</sup>.

Le principe de l'effet direct emporte donc trois conséquences majeures.

Premièrement, il est ainsi affirmé que les particuliers sont présumés être titulaires de droits subjectifs de source communautaire.

Deuxièmement, l'effectivité de ces droits est assurée par la possibilité de revendiquer avec succès le respect de ces droits subjectifs devant les juridictions nationales.

Troisièmement, les particuliers qui se prévalent du droit communautaire veillent, ce faisant, à son respect par les Etats membres.

Le séisme juridique<sup>381</sup> engendré par cette décision invite à réexaminer brièvement le raisonnement ayant conduit la Cour de justice à considérer que le traité CE devait être interprété comme consacrant des droits subjectifs au profit de certains particuliers. Aussi, après avoir rappelé le sens du **principe de l'effet direct** (1.), évoquons nous **les conséquences** qu'engendre l'effet direct ainsi que les interrogations que ces conséquences suscitent quant à la **fonction** de ce principe (2).

## 1. Le principe de l'effet direct

173. Issues d'un accord entre les Etats membres et technique d'intégration négative, les dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation ont incontestablement pour destinataires les Etats membres qui voient par ce biais leur pouvoir normatif encadré.

Mais, alors que la lettre du Traité ne l'envisageait pas<sup>382</sup>, la Cour de justice a également déduit du Traité dans sa globalité que le droit communautaire « possède une aptitude générale à compléter le patrimoine juridique des particuliers de droits subjectifs et/ou

---

*communautaires d'effet direct à l'appui d'un recours devant le juge national* ». Favret J-M. *Droit et pratique de l'Union européenne*, coll. Manuel, Gualino éditeur, 5<sup>ème</sup> éd. 2005, pt. 410, p. 399.

<sup>379</sup> CJCE 5 février 1963, 26/62, *Rec.* 3, voir également en ce sens l'arrêt de principe également du 15 juillet 1964, Costa, 6/64, *Rec.* 1164.

<sup>380</sup> CJCE 5 février 1963, 26/62, *Rec.* 3, pt. 25.

<sup>381</sup> En ce sens, M. G. Isaac considère que cet arrêt constitue « la décision historique majeure que [la Cour de justice] ait rendue, marquant le divorce le plus net avec la solution traditionnelle du droit international ». Isaac G. « effet direct du droit communautaire, Encyclopédie Dalloz communautaire, octobre 1997, pt. 19.

<sup>382</sup> Le principe de l'effet direct n'est pas inscrit explicitement dans le traité CE. Seul l'article 249 mentionne de manière incidente l'effet direct des règlements communautaires. En effet, en vertu de celui-ci le règlement « est directement applicable dans tout Etat membre ».

*d'obligations* »<sup>383</sup>. Puis, de manière plus précise, la Cour a consacré l'effet direct des dispositions relatives aux libertés de circulation<sup>384</sup>.

Cette capacité du droit communautaire à engendrer des droits ou des obligations entrant directement dans le patrimoine juridique de particuliers est le premier élément composant le principe de l'effet direct.

Dans le cadre de cette étude relative à l'impact du droit communautaire sur les compétences étatiques, nous ne nous attacherons pas à l'étude des obligations<sup>385</sup> que les libertés de circulation peuvent mettre à la charge des particuliers mais aux seuls droits subjectifs que ce principe engendre<sup>386</sup>.

**174.** Néanmoins **dans le silence des textes**, comment la Cour a-t-elle pu déduire l'existence de tels droits subjectifs ? Comment encore, les dispositions du Traité qui, le plus souvent visent expressément comme destinataires directs les seuls Etats membres, pourraient-elles être interprétées comme consacrant implicitement des droits au profit des particuliers ? La question est particulièrement cruciale en matière de libertés de circulation car celles-ci ont toujours comme principaux destinataires les Etats membres à la charge desquels elles mettent des obligations tant de faire que de ne pas faire.

Dans l'arrêt Van Gend en Loos précité, la question de l'aptitude de l'article 12 (ancien) du Traité à créer des droits subjectifs au profit de particuliers étaient soulevée. En vertu de cet article, il pesait sur les Etats membres une obligation de ne pas réintroduire de nouveaux droits de douanes au sein de la Communauté. Cette disposition visait donc très clairement uniquement les Etats membres comme sujets d'une obligation de s'abstenir.

---

<sup>383</sup> Isaac G., Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey Université, 9<sup>ème</sup> ed. 2006, p. 267.

<sup>384</sup> En ce qui concerne l'article 28 : CJCE 21 janvier 1981, Dansk Supermarket, 58/80, *Rec.* 181, l'article 39 : CJCE 4 décembre 1974, Van Duyn, 41/74, *Rec.* 1337, l'article 43 : CJCE 21 juin 1974, Reyners, 2/74 *Rec.* 631, et CJCE 12 décembre 1974, Walrave, 36/74, *Rec.* 1405, les articles 49 et 50 al. 3 : CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, *Rec.* 1299. Enfin en matière de libre circulation des capitaux la Cour consacra le seul effet direct vertical de l'article 56 par l'arrêt du 14 décembre 1995, L.E. Sanz de Lera, aff. jtes. 163 et 165 et 250/94, *Rec.* 4821.

<sup>385</sup> Le terme « obligation » est ici entendu en son sens général, c'est-à-dire comme un « devoir » (*Vocabulaire juridique*, Comu G. Puf, 8<sup>ème</sup> éd. 2000), par opposition aux droits subjectifs qui sont « des prérogatives, des aires d'action, des sphères d'activité », reconnues aux individus (Carbonnier J., *Droit civil*, t. 1, Puf, coll. Quadrige manuels, pt. 161, p. 311).

Voir à ce sujet en particulier les arrêts relatifs à l'effet direct horizontal des libertés de circulation dont notamment l'arrêt Dansk Supermarket du 21 janvier 1981, 58/80, *Rec.* 181 qui fait peser sur les particuliers une obligation de ne pas prohiber la libre circulation des marchandises par le biais de conventions, ou encore en matière de libre circulation des personnes l'arrêt Walrave du 12 décembre 1974, Walrave, 36/74, *Rec.* 1405, qui condamne le caractère discriminatoire et donc entravant pour la libre circulation des personnes d'une convention collective. Voir notamment encore à ce sujet les réflexions de G. Isaac qui remarquent que « plusieurs autres dispositions sont opposables non seulement aux Etats, mais encore à des particuliers, pour lesquels elles engendrent des obligations directes. Ainsi en est-il des règles concernant la libre circulation et l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité ». Isaac G. « Effet direct du droit communautaire », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, octobre 1997, pt. 35.

Voir également à ce sujet deux récents arrêts relatifs à la faculté pour les libertés de circulation d'appréhender certaines actions syndicales : CJCE 18 décembre 2007, Laval, 341/05 et CJCE 11 décembre 2007, « The international transport », 438/05.

<sup>386</sup> Ce sont en effet, les seuls droits que les libertés de circulation ouvrent aux personnes juridiques qui leur permettent de s'opposer à la mise en œuvre du droit national et donc qui pourraient éventuellement vider de sa substance la reconnaissance communautaire de la légitimité et de la nécessité d'une certaine pluralité juridique pour réguler le marché intérieur.

La Cour a pourtant affirmé que cet article était d'effet direct, c'est-à-dire qu'il créait également des droits entrant dans le patrimoine juridique des particuliers.

Pour parvenir à un tel résultat, la Cour a procédé à une interprétation *a contrario* de la disposition en cause. Elle a affirmé ainsi que le droit communautaire engendre des droits subjectifs aux profits de particuliers qui « naissent [...] aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie [...] aux Etats membres [...] »<sup>387</sup>. En d'autres termes, lorsque le droit communautaire crée des obligations à la charge des Etats membres, il confère en même temps, à certains particuliers – qu'il nous appartiendra de définir – des droits<sup>388</sup>.

175. Reste encore à bien saisir ce en quoi consistent ces droits subjectifs déduits des obligations pesant sur les Etats membres. Si les auteurs conviennent généralement de ce que « le marché commun se présente ainsi comme un espace économique commun aux Etats qui composent la communauté, au sein duquel les **opérateurs économiques doivent pouvoir agir librement, en se prévalant des droits que leurs confèrent les règles prévus par le traité lui-même, ou instituées sur la base des dispositions de celui-ci, régissant les quatre libertés fondamentales de la communauté : la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux** »<sup>389</sup>, ils déterminent plus rarement ce à quoi correspond ce droit d'agir librement fondé sur les libertés de circulation.

De l'interprétation *a contrario* des dispositions du Traité, il résulte que si celles-ci mettent à la charge des Etats membres des obligations de ne pas gêner de manière injustifiée la libre circulation au sein du marché intérieur dans l'exercice de leur compétence normative, elles sont autant de **droits subjectifs de circuler au sein du marché intérieur sans être gêné – de manière injustifiée – par l'activité normative des Etats membres**<sup>390</sup> au profit de particuliers.

Par exemple, l'article 28 du traité CE qui dispose que « les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toute mesure d'effet équivalent sont interdites entre les Etats membres », ouvre un droit d'exporter des marchandises au sein de la Communauté vers

---

<sup>387</sup> CJCE 5 février 1963, 26/62, *Rec.* 3, pt. 23.

<sup>388</sup> Sur les obligations que ces dispositions mettent également à la charge des particuliers voir notamment : Waelbroeck M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles applicables aux entreprises dans la CEE », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, éd. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 781-803. L'auteur affirme que, « contrairement à une opinion très répandue, la Cour n'envisage pas les principes énoncés à l'article 30 comme applicables exclusivement aux Etats membres et ceux contenus aux articles 85 et 86 comme visant exclusivement les entreprises. [...] Le principe de libre circulation des marchandises oblige tant les particuliers que les Etats membres », (p. 781 et 786).

Dans l'arrêt *Dansk Supermarket c/ Imerco* du 22 janvier 1981 (58/80, *Rec.* 181, ici p. 195), la Cour indique que « en aucun cas, des conventions entre particuliers ne sauraient déroger aux dispositions impératives du traité relatives à la libre circulation des marchandises ».

<sup>389</sup> Materra A., *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, 2<sup>ème</sup> éd. 1990, Jupiter, p. 12

<sup>390</sup> Voir en ce sens, les propos de M. K. Boskovits, qui remarque, au sujet des libertés de circulation que « ces interdictions d'agir adressées aux Etats membres [...] se présentent en premier lieu, comme des garanties des libertés économiques des particuliers dans leur rapport avec les autorités publiques, visant à la promotion de la participation des agents économiques aux échanges intracommunautaires ». Boskovits K. *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruylant, 1999, p. 219.

d'autres Etats membres sans avoir à subir de réglementation nationale restreignant cette activité, à l'image d'un quota<sup>391</sup>.

En ce sens M. D. Simon explique fort justement qu'il s'agit d'un droit d'exiger des Etats membres que, dans l'exercice de leur compétence normative, ils respectent les obligations communautaires auxquelles ils ont souscrit. Ainsi, dit-il, ces droits subjectifs résultent également « *du fait qu'en imposant des obligations aux Etats membres, les traités font naître, par une sorte d'effet réflexe, des droits au profit des individus qui doivent pouvoir exiger que le respect des obligations souscrites par les Etats membres* »<sup>392</sup>. L'interprétation du Traité faite par la Cour se détache donc tout à fait de la lettre du Traité<sup>393</sup>.

#### 176. Comment la Cour justifia-t-elle sa méthode d'interprétation ?

C'est encore une fois le recours à une interprétation du Traité à la lumière des buts et du système communautaire qui permet à la Cour de l'analyser comme posant une « *présomption en faveur de l'effet direct* »<sup>394</sup>. La Cour justifia son interprétation, notamment, par le préambule du Traité qui vise « *les peuples* »<sup>395</sup> des Etats membres mais également par l'objet même du marché intérieur.

En effet dit-elle, puisque « *l'objectif du traité CE [...] est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, [...] ce Traité constitue [nécessairement] plus qu'un accord qui ne créerait que des obligations mutuelles entre les Etats contractants* »<sup>396</sup>. En 1991, la Cour de justice réaffirme la force de ce principe en indiquant, dans un avis du 14 décembre 1991, que le mécanisme de l'effet direct est l'une des « *caractéristiques essentielles de l'ordre juridique communautaire* »<sup>397</sup>.

#### 177. La Cour rappelle depuis itérativement ce principe. Dans l'arrêt « Francovich » du 19 décembre 1991, la Cour expose encore une fois clairement l'idée selon laquelle la

---

<sup>391</sup> Rappelons encore une fois que la Cour de justice a même été plus loin en consacrant l'effet direct vertical des dispositions relatives à la libre circulation. Par ce biais, elle a consacré un droit des opérateurs économiques de faire circuler leurs marchandises, opposable aux particuliers. Voir à ce sujet notamment deux arrêts relatifs à la facultés pour les libertés de circulation d'appréhender certaines actions syndicales : CJCE 18 décembre 2007, Laval, 341/05 et CJCE 11 décembre 2007, « The international transport », 438/05, ou encore l'arrêt Meca-Medina du 18 juillet 2006, 519/04, *Rec. 6991*, pt. 4, relatif à une convention collective.

<sup>392</sup> Simon D., *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> ed. mise à jour, 2001, collection Droit fondamental, Puf droit, pt. 310, p. 388.

<sup>393</sup> Voir en ce sens D. Simon qui considère au sujet du principe de l'effet direct que « *cette révolution par rapport au droit international classique est d'autant plus significative qu'elle ne trouve aucun fondement dans les dispositions des traités eux-mêmes* ». Simon D., *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> ed. mise à jour, 2001, collection Droit fondamental, Puf droit, pt. 310, p. 387.

<sup>394</sup> Isaac G., Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey Université, 9<sup>ème</sup> éd. 2006, p. 269.

<sup>395</sup> CJCE 5 février 1963, 26/62, *Rec. 3*, pt. 23. On retrouve cette référence aux peuples européens dans le préambule du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>396</sup> CJCE 5 février 1963, 26/62, *Rec. 3*, pt. 23.

<sup>397</sup> CJCE 14 décembre 1991, avis 1/91, *Rec. I. 6079*, pt. 21.

spécificité même du droit communautaire justifierait le mécanisme de l'effet direct. Ainsi dit-elle « [...] le *Traité a créé un ordre juridique propre intégré aux systèmes juridiques des Etats membres et qui s'impose à leurs juridictions, dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants et que, de même de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ; ceux-ci naissent [...] aussi en raison d'obligation que le traité impose d'une manière bien définie [...] aux Etats membres [...] »*<sup>398</sup>. Appliquée aux dispositions du *Traité* relatives aux libertés de circulation, cette logique conduit effectivement à considérer qu'à chacune des interdictions faites aux Etats membres correspond un droit de circuler **sans avoir à subir l'activité normative « défailante » des Etats membres, au profit de certains particuliers**<sup>399</sup>.

Ces dispositions du *Traité* constituent donc incontestablement « *des garanties des libertés économiques des particuliers [...] visant à la promotion de la participation des agents économiques aux échanges intracommunautaires* »<sup>400</sup>. De manière plus générale, le droit de circuler librement sans être gêné par l'activité normative des Etats membres constitue ainsi une faculté offerte à certains particuliers.

**178.** A ce titre, ce droit de circuler librement sans être gêné par l'activité normative des Etats membres peut être assimilé, ainsi qu'il convient à présent de l'exposer, à un droit subjectif de celui-ci<sup>401</sup>.

**Un droit subjectif**<sup>402</sup> peut être défini comme « *des prérogatives, des aires d'action, des sphères d'activité, [reconnues par le droit objectif aux individus et] dont ils vont jouir sous la protection de l'Etat : ce sont les droits individuels, les droits subjectifs (les droits de la personne, que l'on appelle justement sujet de droit) »*<sup>403</sup>.

---

<sup>398</sup> CJCE, 19 novembre 1991, Francovich, 6/90 et 9/90, *Rec.* 5357, pt. 31.

<sup>399</sup> Voir en ce sens notamment les explications données par la Cour quant à l'article 12 (ancien) interdisant l'introduction de nouveaux droits de douanes entre les Etats membres dans l'arrêt *Van Gend en Loos* : « *le fait, par cet article de désigner les Etats comme sujets de l'obligation de s'abstenir n'implique pas que leur ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires* ». CJCE 5 février 1963, 26/62, *Rec.* 3, pt. 24.

<sup>400</sup> Boskovits K. « *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres* », Bruylant, 1999, p. 219.

<sup>401</sup> Voir en ce sens, M. Fallon qui dit au sujet du droit du marché intérieur que « *constitué d'un régime tendant à assurer la «liberté» de «circulation», il s'analyse en un droit des libertés fondamentales. Le rapport social est moins vu dans son objectivité, qu'est considéré un droit subjectif à circuler ou faire circuler* ». Fallon M., « *Libertés communautaires et règles de conflit de lois* », p 31 à 80, point 10 p 39, in « *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* » sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, ed. Dalloz, 2004, coll. *Thèmes et commentaires*.

<sup>402</sup> Nous ne souhaitons pas prendre part au débat relatif à la notion de droit subjectif et à sa pertinence. Nous ne faisons référence à ce terme que pour insister sur le fait que les droits que les opérateurs tirent du droit communautaire de la libre circulation sont facultatifs, et que leur mise en œuvre ne dépend que de la volonté de ceux-ci.

<sup>403</sup> Carbonnier J., *Droit civil, t. 1*, Puf, coll. *Quadrige manuels*, pt. 161, p. 311

Appliquée au droit communautaire, cette définition doit être modifiée dans la mesure où les droits subjectifs<sup>404</sup> ne sont pas conférés par le droit national mais par le droit communautaire. Les individus vont donc jouir des prérogatives sous la protection du droit communautaire. La particularité du droit subjectif est que « *le titulaire d'un [tel] droit peut l'exercer mais il n'y est pas obligé* »<sup>405</sup>. En d'autres termes, on peut considérer que les droits subjectifs procèdent de règles juridiques « [...] *permissives (qui autorisent)* »<sup>406</sup> et qu'ils correspondent au « [...] **droit d'accomplir une action** [...] ». Car on entend par là seulement que la faculté d'accomplir une action appartient à un sujet de droit »<sup>407</sup>. Ainsi, « *le droit subjectif est un pouvoir, mais un pouvoir garanti par l'Etat [en notre matière par le droit communautaire], parce qu'il est conforme au droit objectif* »<sup>408</sup>. Le droit communautaire de la libre circulation confère effectivement aux justiciables la faculté de circuler au sein de la communauté afin d'y réaliser des opérations de commerce, sans être gêné (de manière injustifiée) par les Etats membres.

Mais, s'il est possible de déduire, *a contrario*, des obligations mises à la charge des Etats, la consécration de droit au profit des justiciables, comment garantir leur mise en œuvre effective ?

## 2. Les conséquences et fonctions de l'effet direct

179. Dès lors que l'on constate la consécration d'un droit ou d'une obligation par le droit communautaire, le **principe de l'effet utile**<sup>409</sup> commande que soit garantie son effectivité.

En d'autres termes les droits consacrés doivent pouvoir être revendiqués et appliqués au sein des Etats membres. **Tel est précisément également l'objet de la « doctrine de l'effet direct »**<sup>410</sup> développée par la Cour de justice.

---

<sup>404</sup> Voir également la définition de M. J.-L. Bergel, « *ce sont des prérogatives attribuées à des individus ou des groupes d'individus, reconnues et protégées par le droit objectif, et qui leur confèrent certains pouvoirs leur permettant de préserver leurs intérêts dans un domaine réservé, en imposant à autrui le respect de leur droit. En l'absence d'intérêt de volonté du titulaire du droit, en l'absence de protection organisée par le droit positif, ou en l'absence d'opposabilité du droit à autrui, les droits subjectifs ne seraient que des mirages* ». Bergel J.-L.. *Théorie générale du droit*, Paris Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd. 2003, p. 39, pt. 28.

<sup>405</sup> Carbonnier J., *Droit civil*, t. 1 », Puf, coll. *Quadrige manuels*, pt. 171, p. 329

<sup>406</sup> Kalinowski G. « Logique et philosophie du droit subjectif » in *Archives de Philosophie du droit*, n° 9, 1964, pp. 37-43, p. 37.

<sup>407</sup> Kalinowski G., « Logique et philosophie du droit subjectif » in *Archives de Philosophie du droit*, n° 9, 1964, pp. 37-43, p. 39.

<sup>408</sup> Carbonnier J., *Droit civil*, t. 1 », Puf, coll. *Quadrige manuels*, pt. 163, p. 315.

<sup>409</sup> Ce principe est défini par M. P. Pescatore comme « *l'idée simple que si plusieurs Etats se sont unis dans un dessein commun, s'ils ont institué à cet effet des structures, inventé des instruments, imaginé des procédures, il faut qu'en toute circonstance ce projet soit pratiquement opérant. Plus concrètement, il faut que les rapports de pouvoirs qui s'établissent entre la Communauté et ses Etats membres fonctionnent de manière à conduire à des résultats utiles et non pas à des conflits sans fin, ni des blocages de système* ». Pescatore P. Avant-propos à « *compétence et pouvoir dans les Communautés européennes* » de V. Constantinesco 1974, p. XI.

<sup>410</sup> Pescatore P. « The doctrine of effect direct. An infant disease of Community law », *European Law Review*, 1983, p. 155.



**180.** Ainsi que cela a déjà été évoqué, le principe de l'effet direct correspond tout à la fois à la capacité du droit communautaire à **créer des droits subjectifs et**, à la faculté pour ces destinataires du droit communautaire à **en solliciter le respect devant les juridictions nationales**<sup>411</sup>.

De manière très explicite encore, la Cour a, postérieurement à l'arrêt Van Gend en Loos, définit l'effet direct d'une disposition communautaire comme « *le droit pour le justiciable, de s'en prévaloir en justice* »<sup>412</sup> ou encore « *devant les juridictions nationales* »<sup>413</sup>. L'effet direct correspond donc, pour les justiciables bénéficiaires du droit communautaire, au pouvoir de s'en prévaloir avec succès devant les juridictions nationales<sup>414</sup>.

En ce sens M. R. Lecourt, définit l'effet direct comme « *le droit pour toute personne de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires. C'est l'obligation pour le juge de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève* »<sup>415</sup>.

Si, par principe, le droit communautaire peut être directement invoqué directement devant les juridictions nationales, quelles sont alors les conditions requises ?

**181.** Rappelons ici brièvement que toutes les dispositions communautaires ne sont pas dotées de l'effet direct. En effet, la Cour de justice subordonne l'invocabilité<sup>416</sup> de celles-ci à la réunion de deux conditions.

Il faut d'une part que la norme communautaire soit inconditionnelle et d'autre part qu'elle soit claire et précise<sup>417</sup>. La notion d'inconditionnalité suppose simplement que « *les Etats ou les institutions ne jouissent d'aucun pouvoir discrétionnaire pour prendre la mesure d'exécution* »<sup>418</sup>, et non pas qu'aucune mesure d'application ne soit nécessaire à son

---

<sup>411</sup> Voir en ce sens la définition que la Cour de justice en donne dans l'arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963, 26/62, *Rec.* 3, pt. 25. Il s'agirait en effet de la capacité de certaines dispositions du droit communautaire à « *engendrer des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder* »

<sup>412</sup> CJCE 6 octobre 1970, Grad c/ Finanzamt Traunstein, 9/70, *Rec.* 825, pt. 5.

<sup>413</sup> CJCE 10 septembre 1996, Taflan-Met, 277/94, *Rec.* 4085, pt. 23.

<sup>414</sup> Pour une approche un peu différente, voir les développements de Messieurs Guy Isaac et M. Blanquet qui considèrent que l'effet direct recouvre plus exactement trois éléments. Il s'agit premièrement de la capacité du droit communautaire à créer des droits et obligations entrant dans le patrimoine juridique des particuliers, deuxièmement de la faculté de ceux-ci à se prévaloir de leurs droits de source communautaire devant les juridictions nationales et troisièmement de l'obligation pesant sur les juges nationaux d'appliquer le droit communautaire revendiqué sur le territoire national. Isaac G., Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey Université, 9<sup>ème</sup> éd. 2006, p. 268 et s., ainsi que Isaac G. « effet direct du droit communautaire », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, octobre 1997, pt. 9

<sup>415</sup> Lecourt R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 248.

<sup>416</sup> Que J-M. Favret définit comme « *son aptitude à être invoquée par un particulier à l'appui d'un recours devant le juge national* » Favret J-M., *Droit et pratique de l'Union européenne*, coll. Manuel, Gualino éditeur, 5<sup>ème</sup> éd. 2005, pt. 410, p. 399.

<sup>417</sup> Voir notamment en ce sens les arrêts Ratti du 5 avril 1979, 148/78, *Rec.* 1629 et Ursula Becker du 19 janvier 1982, 8/81, *Rec.* 53 dans lesquelles la Cour vise les « *dispositions [...] étant du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises* ».

<sup>418</sup> Isaac G. « Effet direct du droit communautaire », *Encyclopédie Dalloz communautaire*, octobre 1997, pt. 24.

exécution<sup>419</sup>. En ce sens, la condition d'inconditionnalité est assez proche de celle de la précision. Comme le relève un auteur, finalement, « *les critères d'inconditionnalité et de précision suffisante se réduisent à une exigence d'ordre fonctionnel : une règle est d'effet direct pour autant que ses caractéristiques sont telles qu'elles la rendent susceptible d'une application judiciaire* »<sup>420</sup>. Aussi a-t-on pu résumer ces deux conditions à une exigence de justiciabilité, c'est-à-dire à faire l'objet d'une application judiciaire<sup>421</sup>.

Selon une jurisprudence constante de la Cour, les dispositions relatives aux libertés de circulation remplissent ces conditions<sup>422</sup>.

## 182. Rappelons enfin encore qu'il convient de distinguer deux types d'effet direct.

On distingue, principalement, les dispositions ayant un effet direct complet de celles n'ayant qu'un effet direct limité. Tandis que les dispositions ayant un effet direct complet sont invocables tant dans les rapports entre particuliers et les pouvoirs publics (effet direct vertical) qu'entre les particuliers eux-mêmes (effet direct horizontal), celles ayant un effet direct limité ne sont invocables que dans les rapports entre particuliers et les pouvoirs publics (effet direct vertical)<sup>423</sup>.

Il se dégage de la jurisprudence de la Cour que les dispositions relatives aux libertés de circulation pourraient avoir un effet direct complet<sup>424</sup>.

## 183. Il résulte de ce qui vient d'avoir été exposé que **le principe de l'effet direct**, en ce qu'il consacre des droits subjectifs, **endosse deux fonctions**.

D'une part, le principe de l'effet direct encourage les particuliers à faire usage de leur liberté de circulation en garantissant l'effectivité de ce droit. Il garantit en effet la

---

<sup>419</sup> Voir à ce sujet l'arrêt du 16 juin 1966, 57/65, *Rec.* 283, pt. 302 consacrant le principe de l'effet direct de l'article 95, al. 3 du traité CE.

<sup>420</sup> Isaac G. « effet direct du droit communautaire, Encyclopédie Dalloz communautaire, octobre 1997, pt. 28.

<sup>421</sup> Voir en ce sens Pescatore P., « The doctrine of effect direct. An infant disease of Community law », *European Law Review*, 1983, p. 174.

<sup>422</sup> En ce qui concerne l'article 28 : CJCE 21 janvier 1981, *Dansk Supermarket*, 58/80, *Rec.* 181, l'article 39 : CJCE 4 décembre 1974, *Van Duyn*, 41/74, *Rec.* 1337, l'article 43 : CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, 2/74 *Rec.* 631, et CJCE 12 décembre 1974, *Walrave*, 36/74, *Rec.* 1405, les articles 49 et 50 al. 3 : CJCE 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, 33/74, *Rec.* 1299 ; en libre circulation des capitaux : CJCE 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, aff. jointes 163/94 et autres, *Rec.* 4821.

<sup>423</sup> Les dispositions ayant un effet direct complet « *sont celles qui créent des obligations non seulement vis-à-vis des Etats membres (effet direct vertical) mais également pour les particuliers au niveau des rapports juridiques interpersonnels (effet direct horizontal)* ». Isaac G. « effet direct du droit communautaire, Encyclopédie Dalloz communautaire, octobre 1997, pt. 33. »

<sup>424</sup> En libre circulation des travailleurs : CJCE 13 décembre 1974, *Walrave et Koch*, 36/74, CJCE *Bosman*, 415/93, CJCE 6 juin 2000 *Angonese*, 281/98 ; en liberté d'établissement CJCE 11 décembre 2007, *Viking*, 488/05 ; en libre prestation de services : CJCE 18 décembre 2007, *Laval*, 341/05 ; en libre circulation des marchandises une solution n'est pas encore consacrée, la Cour de justice sanctionnant encore toujours les Etats du fait de comportements de certains opérateurs privés : CJCE 9 décembre 1997, *Commission c/ France* 265/95 ; CJCE 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, 112/00, *Rec.* 5659.

Une telle extension semble pour l'heure exclue en libre circulation des capitaux : CJCE 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, aff. jointes 163/94 et autres, *Rec.* 4821.

Voir sur la question notamment : Robin-Olivier S. et Pataut E. « L'Europe sociale ou Europe économique », *Rev. du droit du travail*, février 2008, pp.80-88.

protection des droits des particuliers en leur ouvrant un « *droit de s'opposer judiciairement à l'application des dispositions nationales contraire à [...] [une norme communautaire], ou encore le droit d'exiger de l'Etat qu'il conforme son action aux obligations que lui imposent des [normes communautaires] émanant de la Communauté* »<sup>425</sup>.

**Le principe de l'effet direct permet donc principalement d'échapper à l'application du droit national** heurtant le droit communautaire puisque, selon la Cour, « *le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence les dispositions du droit communautaires, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé* »<sup>426</sup>.

D'autre part, **il facilite « la sanction des violations du droit communautaire par les Etats membres »**<sup>427</sup>. En effet, par la mise en œuvre de ce principe, le droit communautaire contraignant est appliqué alors même qu'il n'aurait pas été spontanément intégré par les Etats membres dans le droit national. La Cour évoque très clairement cette idée dans l'arrêt Van Gend en Loos lorsqu'elle affirme que « *la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui que les articles 169 et 170 confient à la diligence de la Commission et des Etats membres* »<sup>428</sup>. **En d'autres termes, en revendiquant le bénéfice de l'effet direct, les particuliers œuvrent en faveur du respect de la primauté du droit communautaire au sein des Etats membres**<sup>429</sup>.

Du point de vue des Etats membres, **le principe de l'effet direct affaiblit fortement leur pouvoir d'imposer sur leur territoire les réglementations nationales.**

La portée de cet affaiblissement dépend alors du nombre de particuliers titulaires de ces droits subjectifs. Plus ceux-ci seront définis à l'aide de critères souples, plus l'affaiblissement du pouvoir de contrainte des Etats membres sera grand. Il convient donc à présent d'étudier de manière précise les dispositions relatives aux libertés de circulation pour identifier ces sujets de droit communautaire des libertés de circulation.

## **B. Les bénéficiaires des droits subjectifs**

---

<sup>425</sup> Pescatore P. « l'effet des directives communautaires, une tentative de démythification », D. 1980, p. 171-176.

<sup>426</sup> CJCE 9 mars 1978, « Simmenthal », 106/77, Rec. 629, pt. 24

<sup>427</sup> Haguenu C. *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, coll. Droit international, Bruylant, éd. Université de Bruxelles, 1995. p. 183.

<sup>428</sup> CJCE 5 février 1963, 26/62, Rec. 3, pt. 25.

<sup>429</sup> Voir également en ce sens, K. Boskovits qui affirme que « *le juge communautaire érige ainsi les particuliers, en quelque sorte, en agents décentralisés du contrôle de l'application effective du droit communautaire dans l'ordre interne des Etats membres en combinant de manière ingénieuse, le thème de la protection juridictionnelle des particuliers avec celui de la garantie de la mise en œuvre du droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux* ». Boskovits K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, 1999, Bruylant 1999, 800 p., p. 46.

184. L'identification des destinataires des dispositions relatives aux libertés de circulation conduit d'abord à se prononcer sur l'impact de la qualité de ressortissant d'un Etat membre.

S'agit-il d'une condition nécessaire, suffisante, ou encore d'un élément indifférent ?

185. A la lecture du traité CE, il apparaît que les bénéficiaires des libertés de circulation sont toujours principalement identifiés à l'aide de deux critères : celui de **l'activité économique, et du rattachement à un Etat membre.**

Ces deux critères, qui ne sont peut être pas suffisants, ainsi qu'il le sera démontré par la suite, sont en tout état de cause nécessaires<sup>430</sup> et **nous conduisent à retenir le terme d'opérateur économique pour désigner les personnes juridiques destinataires des libertés de circulation.**

Il convient donc d'analyser comment ces deux critères se réalisent en libre circulation des marchandises (1), en libre circulation des travailleurs (2) et, en libre prestation de services et liberté d'établissement (3).

### 1. Libre circulation des marchandises

186. Le titre 1 de la troisième partie du Traité vise la libre circulation des marchandises **Erreur ! Signet non défini.** Son champ d'application est donc déterminé au regard de la notion de marchandise.

La notion de marchandise qui est définie selon une jurisprudence constante de la Cour, comme tout *« produit appréciable en argent et susceptible, comme tel, de former l'objet de transactions commerciales »*<sup>431</sup>, atteste du caractère économique du droit conféré.

187. Par ailleurs, cette marchandise doit présenter un certain rattachement avec le territoire des Etats membres.

Les marchandises bénéficient du régime de libre circulation si elles ont été produites et commercialisées au sein d'Etats membres, ou conformément à l'article 23 § 2 du traité, si

---

<sup>430</sup> Nous développerons ce point dans le cadre de l'étude du champ d'application spatial du droit communautaire. Voir à ce sujet, Gavalda C. et Parléani G. *Droit de l'Union européenne*, Litec, 2002, n°227 : « toutes les personnes physiques ou morales ressortissantes d'un des Etats membres ne sont pas pour autant bénéficiaire des libertés communautaires ; n'ont cette qualité que celles qui par leur migration ou leur action se sont placées dans le champ d'application du droit communautaire ».

<sup>431</sup> CJCE, 10 septembre 1968, Commission c/ Italie, 7/68, Rec. 617.

elles se trouvent en libre pratique dans les Etats membres. Selon l'article 24 du code des douanes communautaires, lorsque la marchandise est fabriquée dans plusieurs pays, son pays d'origine est celui « où a eu lieu la dernière transformation ou ouvraison substantielle, économiquement justifiée, effectuée dans un entreprise équipée à cet effet et ayant abouti à la fabrication d'un produit nouveau ou représentant un stade de fabrication important ». Par ailleurs, les produits dits en libre pratique sont les produits en provenance d'Etats tiers ayant acquittés les droits de douane et toutes les formalités imposées par la réglementation communautaire (article 24 du traité).

En conclusion, il n'est donc pas nécessaire d'avoir la qualité de ressortissant communautaire pour se prévaloir de la libre circulation des marchandises, l'élément déterminant étant la marchandise ainsi que son lieu de provenance.

## 2. Libre circulation des travailleurs

188. L'article 39 du traité CE vise les travailleurs des Etats membres. Le travailleur est une notion communautaire autonome « définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et devoirs des personnes concernées. Or, la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »<sup>432</sup>. Le principe est encore que la liberté de circulation bénéficie aux personnes exerçant une activité salariée.

Par ailleurs, l'exigence d'un rattachement avec le territoire d'un Etat membre découle implicitement de la référence faite par l'article 39 du traité CE aux « travailleurs des Etats membres ». Selon la Cour de justice la libre circulation des travailleurs telle qu'elle résulte du Traité ne bénéficie qu'aux ressortissants des Etats membres<sup>433</sup>.

Cette liberté ne s'étend donc pas aux ressortissants des Etats tiers<sup>434</sup>.

Pour pouvoir se prévaloir directement des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs, il convient d'exercer une activité salariée et d'être ressortissant d'un Etat membre.

## 3. Liberté d'établissement Erreur ! Signet non défini. et libre prestation de services

---

<sup>432</sup> CJCE 2 juillet 1986, Lawrie Blum, C-66/85, Rec. 2121, pt. 17

<sup>433</sup> CJCE 16 décembre 1992, Kus, 237/91, Rec. 6781.

<sup>434</sup> Sous réserve des accords internationaux que la Communauté a pu passer avec des Etats tiers et du droit au regroupement familial.

189. La liberté d'établissement permet au « non-salarié » d'exercer une activité à titre permanent au sein d'un autre Etat. La libre prestation de services ouvre le droit d'exercer une activité à titre temporaire ou de bénéficier d'une prestation de services.

Il s'agit encore clairement d'un droit attaché à l'exercice d'une activité économique.

190. Le rattachement au territoire d'un Etat membre se vérifie au regard des critères de nationalité et de résidence. Tant en matière de liberté d'établissement qu'en matière de libre prestation de services, si l'on est une personne physique il faut, en principe, être ressortissant d'un Etat membre<sup>435</sup>.

En ce qui concerne les destinataires des prestations de services, la question de savoir si la résidence légale sur le territoire d'un Etat membre n'est pas une condition suffisante au bénéfice du régime de libre prestation de services n'est pas tranchée<sup>436</sup>.

Le bénéfice de la prestation de services suppose de justifier d'un établissement au sein d'un Etat membre.

191. Par ailleurs, dans le cas des personnes morales, elles doivent être constituées conformément à la législation d'un Etat membre (article 48 TCE) et avoir leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la communauté. Sous réserve du respect de ces conditions, des ressortissants d'Etats tiers peuvent donc créer de telles personnes morales et bénéficier du régime de libre circulation.

192. De manière générale, il existe deux importantes dérogations à l'exigence d'être ressortissant d'un Etat membre en libre circulation des personnes. Il s'agit de droits reconnus aux ressortissants d'Etats tiers comme corollaires aux droits consentis directement à des ressortissants communautaires. Il s'agit d'une part des droits liés au regroupement familial. D'autre part, les ressortissants d'Etats tiers exerçant légalement une activité dans la Communauté au sein d'une entreprise bénéficiaire de la libre

---

<sup>435</sup> Voir en ce sens encore récemment : CJCE 3 octobre 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen c/ Finanzamt Hamburg, 290/04, *Rec.* 9461. Comme il a été souligné, « la Cour s'en tient à une interprétation littérale de l'article 49 et refuse d'appliquer cette disposition lorsque, tout en étant établi dans un Etat membre, le prestataire de services relève d'un Etat tiers : le prestataire de service doit donc être ressortissant d'un Etat membre et établi à l'intérieur de la Communauté ». Molinier J., de Grove-Valdeyron N., *Droit du marché intérieur européen*. L.D.G.J., coll. Systèmes, Droit, 2008, p. 128. Sous réserve cependant du cas particulier du détachement temporaire de prestataire de services ressortissant d'Etats tiers mais résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat membre. Voir à ce sujet : CJCE 9 août 1994 Van der Elst, 43/93, *Rec.* 3803 ; ainsi que CJCE 27 mars 1990, Rush Portuguesa, 113/89, *Rec.* 1417.

<sup>436</sup> En effet, la question a été soulevée dans l'affaire Svensson et la Commission et l'Avocat Général Elmer ont émis des avis divergents sur ce point. Malheureusement, la Cour de justice s'est uniquement fondée sur une directive relative aux libertés de circulation dans cette affaire et n'a pas tranché cette question. CJCE 14 novembre 1995, Svensson, 484/93, *Rec.* 3955.

prestation de services peuvent bénéficier du régime de libre circulation lorsqu'ils sont détachés temporairement au sein d'un autre Etat membre<sup>437</sup>.

193. Aussi retiendrons-nous le terme **d'opérateurs économiques communautaires** pour désigner les destinataires des libertés de circulation. En effet, le terme de ressortissants communautaires visé par la Cour dans l'arrêt Francovich<sup>438</sup> est, dans cadre spécifique de notre étude des libertés économiques de circulation, doublement inadéquat.

D'une part, il ne permet pas de traduire la dimension économique pourtant fondamentale pour le bénéfice du régime des libertés de circulation. D'autre part, il ne vise pas les ressortissants d'Etat tiers qui peuvent pourtant, sous certaines conditions, bénéficier du régime des libertés de circulation.

194. Si la qualité d'opérateur économique est nécessaire au bénéfice du régime des libertés de circulation, s'agit-il également d'un critère suffisant ?

En effet, comme l'indique le libellé même des libertés de circulation, leur objet est de promouvoir les activités commerciales qui ne sont pas purement nationales au sein de la Communauté. La notion de circulation devrait donc logiquement s'entendre comme le franchissement d'une frontière. Dès lors, il convient de s'interroger sur l'existence d'un critère d'applicabilité spatiale contenu dans les libertés de circulation.

## § II. L'exigence incertaine d'un critère spatial d'applicabilité

195. Si « *la loi dans son sens le plus général, se présente comme la description d'une relation nécessaire entre **une hypothèse** et sa conséquence* »<sup>439</sup>, identifier son domaine d'application au regard d'un éventuel critère spatial conduit à rechercher si **l'hypothèse visée par la loi retient un élément de localisation géographique**.

Une première question se pose alors immédiatement : les dispositions du traité CE relatives à la libre circulation visent-elles des situations contenant un élément de localisation géographique ?

A cette question, il a déjà été répondu par l'affirmative.

---

<sup>437</sup> Voir à ce sujet : CJCE 9 août 1994 Van der Elst, 43/93, *Rec.* 3803 ; ainsi que CJCE 27 mars 1990, Rush Portuguesa, 113/89, *Rec.* 1417.

<sup>438</sup> CJCE, 19 novembre 1991, Francovitch, 6/90 et 9/90, *Rec.* 5357, pt. 31.

<sup>439</sup> Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd. 2003, p. 42, pt. 31.

Dès lors, comment la Cour de justice interprète-t-elle cette exigence à l'égard des opérateurs économiques souhaitant se prévaloir du droit communautaire ? En d'autres termes, la mise en œuvre du droit communautaire au profit des opérateurs économiques est-elle subordonnée à la démonstration de la réalisation d'un éventuel critère spatial d'applicabilité dans la situation de fait ?

196. L'enjeu est encore une fois de taille.

Si la Cour interprète strictement l'exigence de la réalisation d'un critère spatial d'applicabilité, les opérateurs économiques ne pourront alors que difficilement s'appuyer sur le Traité pour évincer le droit national.

Or, à notre avis, eu égard aux inéluctables incertitudes relatives au champ d'application matériel des libertés de circulation<sup>440</sup>, on ne peut que souhaiter que les conditions d'invocabilité des libertés de circulation par les opérateurs économiques soient en revanche claires et précises.

Malheureusement, nous démontrerons que la jurisprudence de la Cour est à cet égard inutilement confuse et incohérente et qu'il convient de ce fait, de plaider en faveur d'une modification de celle-ci.

197. Ainsi, après avoir établi qu'un **critère d'applicabilité spatial est *a priori* imposée par la lettre même du traité CE**, (A.) nous exercerons une critique nourrie à l'encontre de l'inutile et **incohérente interprétation jurisprudentielle de ce critère** (B.).

#### A. Le critère spatial d'applicabilité *a priori* imposé par la lettre du traité CE

198. Il faut tout d'abord procéder à un bref rappel de la notion de critère spatial d'applicabilité.

De manière générale, déterminer le champ d'application dans l'espace d'une règle de droit suppose de pouvoir identifier le **territoire géographique** au sein duquel celle-ci est appliquée, ainsi que **les conditions de son application** relatives à une certaine localisation.

Affirmer que les règles du traité CE relatives à la libre circulation s'appliquent au sein des Etats membres ne permet donc pas de déterminer les cas concrets dans lesquels les règles de droit communautaire trouveront effectivement à s'appliquer. A ce sujet, un auteur explique que « *le principe selon lequel « une loi s'applique sur un territoire » ne*

---

<sup>440</sup> Engendrées, ainsi que nous l'avons établi, par le critère d'applicabilité spatio-économique des libertés de circulation.



*permet pas d'identifier à quelle situation cette loi s'applique réellement. Il faut encore déterminer quel facteur localise la situation sur le territoire. [...] La problématique de l'applicabilité spatiale concerne donc l'identification du critère adopté par la loi pour délimiter les situations qui, d'un point de vue spatial, entre dans son champ d'application »<sup>441</sup>. Il convient donc de rechercher uniquement si les libertés de circulation contiennent un **critère d'applicabilité spatial**.*

199. Pour cela, il est nécessaire de se reporter à la lettre même du Traité afin de cerner l'hypothèse abstraite envisagée par les textes.

La recherche des caractéristiques propres à l'hypothèse abstraite envisagée par le droit communautaire de la libre circulation doit permettre de dégager l'éventuel critère spatial nécessaire à son application.

200. Il faut immédiatement relever que la double nature permissive<sup>442</sup> à l'égard des opérateurs économiques et prohibitive à l'égard des Etats membres lorsqu'ils légifèrent, des règles de la libre circulation, conduit à ce que, de manière concrète, l'éventuel élément spatial localisateur visé par le droit communautaire de la libre circulation ne se manifeste pas de la même façon selon que l'on s'attache à l'étude de l'applicabilité du droit communautaire à un opérateur économique ou à une règle de droit national.

201. En d'autres termes, il convient de distinguer deux problématiques distinctes.

Il s'agit d'une part de celle des conditions d'invocabilité du droit communautaire par les opérateurs économiques devant le juge national et, d'autre part, de celle plus générale de l'identification des réglementations nationales entrant en tout état de cause dans le champ d'application matériel des libertés de circulation<sup>443</sup>.

202. Il faut immédiatement remarquer que l'invocabilité des libertés de circulation devant le juge national suppose nécessairement que la **réglementation** litigieuse entre dans le champ d'application du traité CE. Mais, cette condition indispensable est-elle suffisante à l'invocabilité des libertés de circulation par les opérateurs économiques ?

---

<sup>441</sup> Francq S. *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant 2005, L.G.D.J., Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, p. 10

<sup>442</sup> Il convient encore une fois de rappeler que le caractère prohibitif des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques existe certainement, mais qu'il ne fait pas l'objet de développement dans le cadre de cette étude.

<sup>443</sup> Ainsi que nous l'exposerons, ce n'est pas parce qu'une réglementation entre dans le champ d'application des libertés de circulation que les particuliers peuvent invoquer le droit communautaire pour échapper à son application. Cette condition nécessaire n'est pas suffisante à l'invocabilité du droit communautaire.

203. En libre circulation des marchandises, l'article 28 du traité dispose que « *les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres* », en libre circulation des travailleurs l'article 39 du traité dispose que « *la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la communauté. [...] Elle implique le droit [...] de se déplacer [afin de répondre à des emplois effectivement offerts] librement sur le territoire des Etats membres* », en liberté d'établissement, l'article 43 prévoit que « *les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites* », en matière de libre prestation de services, l'article 49 prévoit que « *les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la communauté autre que celui du destinataire de la prestation* »<sup>444</sup>. De manière générale, en libre circulation, l'hypothèse envisagée par le traité CE est : « le droit national gêne le franchissement des frontières<sup>445</sup> des Etats membres par les opérateurs économiques au sein de la communauté<sup>446</sup> » et la conséquence : « l'interdiction du droit national produisant un tel effet ».

204. L'hypothèse abstraite visée par le droit communautaire fait donc mention d'un élément de localisation géographique générale : la faculté de circulation, c'est-à-dire de franchissement des frontières, des opérateurs économiques au sein de la Communauté.

Celui-ci se décompose en fait en deux éléments de localisation géographique cumulatifs : l'activité économique sur **le territoire communautaire** et le **franchissement de frontières** des Etats membres à cette fin.

205. L'applicabilité spatiale du droit communautaire est ainsi déterminée par un élément à proprement parler géographique – la localisation par le territoire communautaire – et, par un critère de mouvement sur un territoire donné – élément circulant : franchissement des frontières par les opérateurs économiques.

---

<sup>444</sup> L'article 39 relatif à la libre circulation des travailleurs affirme de manière plus générale que « *la libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté* ». En dépit d'une divergence dans la formulation on retrouve la même idée d'interdiction du droit national gênant la circulation des travailleurs.

<sup>445</sup> De manière générale, la circulation désigne le franchissement d'une frontière d'un Etat membre (nous ne souhaitons pas ici développer la jurisprudence de la Cour en matière de taxe d'effet équivalent, assimilant frontière régionale et frontière nationale). En effet, les règles relatives à la libre circulation des marchandises visent les restrictions à l'importation ou l'exportation, celles relatives à la libre circulation des travailleurs le droit de se déplacer vers un autre Etat membre afin d'y exercer un emploi, le droit d'établissement celui de s'établir « *dans le territoire d'un autre Etat membre* » et le droit à la libre prestation de services, celui d'exercer une telle activité « *dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation* ».

<sup>446</sup> Le droit communautaire de la libre circulation tend à protéger la circulation des opérateurs économiques au sein de la Communauté. Ainsi, l'article 28 interdit-il les restrictions quantitatives à l'importation « *entre les Etats membres* », l'article 39 vise-t-il la libre circulation des travailleurs « *à l'intérieur de la Communauté* », l'article 49 « *les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté* ».

Il convient donc de s'interroger sur les façons dont cette double exigence peut être transposée à l'égard des opérateurs économiques revendiquant le bénéfice du droit communautaire.

206. La lettre du Traité semble d'abord fort logiquement imposer que l'élément de localisation spatiale soit nécessairement caractérisé au sein du droit national lui-même<sup>447</sup>. Il s'agit ici de la délicate question de l'application du critère d'applicabilité spatio-économique du droit communautaire au droit des Etats membres. Ainsi qu'il a été établi, il faut, en principe, que le droit national que l'on cherche à évincer soit susceptible d'avoir un impact sur la libre circulation.

207. Mais, l'objet des règles relatives à la libre circulation étant cependant tout à la fois de condamner le droit national gênant la libre circulation de manière injustifiée et de garantir aux opérateurs économiques la possibilité effective de circuler, on peut légitimement considérer que les articles du traité CE imposent également aux opérateurs économiques d'être concrètement dans une situation de circulation pour pouvoir de se prévaloir du droit communautaire à l'encontre du droit national<sup>448</sup>.

L'invocabilité des libertés de circulations par les opérateurs économiques devrait alors dans ce cas être subordonnée à l'identification « *d'un élément de fait préalable à la mise en œuvre des règles* »<sup>449</sup> communautaire, à savoir, le franchissement d'une frontière d'un Etat membre.

208. M. J. de Beys et Mme R.-E. Papadopoulou ont exposé avec une particulière clarté cette problématique en distinguant l'élément spatial d'applicabilité contenu dans la réglementation nationale litigieuse de celui présent dans les faits du litige.

M. J. de Beys a ainsi pu plaider en faveur d'une interprétation stricte de la notion de situation purement interne, correspondant au cas dans lequel l'opérateur économique ne pourrait pas se prévaloir du droit communautaire. Selon cet auteur, les libertés de

---

<sup>447</sup> Comparer avec la définition de la notion d'applicabilité spatiale proposée par M. M. Fallon en droit international privé : « [...] l'applicabilité dans l'espace de la règle de droit recouvre la question de l'application de celle-ci à raison du rattachement d'une situation de vie à l'assise du système juridique auquel appartient la règle. Cette assise se comprend comme le ou les éléments servant à la délimitation des frontières extérieures du système et permettant de la singulariser par rapport à d'autres ». Fallon M., « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *Mélanges Vander Elst*, t. 1., pp. 285-322, p. 287, pt. 3 (nous soulignons).

<sup>448</sup> En ce sens Mme L. Sinopoli relève que « les principes de libre circulation et de non-discrimination posés par le Traité CE ont vocation à réglementer les situations présentant un élément d'extranéité puisqu'elles visent précisément à assurer que la constitution et le développement de ces situations ne soient pas entravés par les ordres juridiques nationaux » ; Sinopoli L., « Atelier de droit international privé – conflit de lois » in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant 2003, p. 306-314, p. 307

<sup>449</sup> Nous reprenons ici une partie de la définition traditionnelle donnée de la notion d'élément d'extranéité en droit international privé par M. J.-L. Elhoueiss (et dont il conteste la pertinence) : « *d'un élément de fait préalable à la mise en œuvre des règles de conflit de lois* », Elhoueiss J.-L., « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *J.D.I.* 2003, pp. 39-85, p. 39.

circulation devraient ne pas pouvoir être invoquées que dans le seul cas où d'une part le « litige [serait] purement interne [c'est-à-dire] ne présentant aucun élément d'extranéité [...] [et d'autre part] l'entrave [serait] purement interne [c'est-à-dire que] la mesure qu'un Etat édicte [...] ne toucherait que les ressortissants de cet Etats »<sup>450</sup>. De son côté, Mme R.-E. Papadopoulou a distingué les notions de « situations purement internes » et de « règle purement interne »<sup>451</sup> en appelant plus modérément à une clarification de la jurisprudence en la matière. L'auteur reconnaît cependant qu'il se dégage du traité CE que, en principe, « l'exercice du droit de libre circulation présuppose le franchissement d'une frontière, l'existence d'un lien quelconque avec un autre Etat membre, qui apporte à la situation concernée une dimension interétatique »<sup>452</sup>.

209. L'hypothèse visée par le droit de la circulation étant celle d'une règle de droit national gênant la libre circulation des opérateurs au sein de la communauté, nous considérons, qu'on ne peut qu'en déduire logiquement que le traité CE exige, pour sa mise en œuvre, un critère de localisation spatiale dans la loi qu'elle condamne et dans la situation de fait de l'opérateur économique qu'elle protège<sup>453</sup>. Cet élément de fait serait la circulation ou la volonté de circuler sur le territoire communautaire et la gêne dans cette entreprise imputable à un Etat membre.

Pourtant, l'analyse de la jurisprudence à laquelle il convient à présent de procéder se révèle nettement moins limpide.

## B. L'incohérente interprétation jurisprudentielle du critère spatial d'applicabilité

210. Formellement, la Cour de justice adhère au principe de l'exigence d'un critère spatial d'applicabilité dans les faits du litige. Elle rappelle ainsi itérativement que « les dispositions du Traité en matière de libre circulation ne peuvent pas être appliquées à une situation purement interne à un Etat membre »<sup>454</sup> c'est-à-dire à une situation dont « tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre »<sup>455</sup>.

<sup>450</sup> de Beys Julien, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? », *JT dr. eur.*, 2001, pp. 137-144, p. 138.

<sup>451</sup> Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », *C.D.E.* 2002 pp. 96-129, p. 106.

<sup>452</sup> Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », *C.D.E.* 2002 pp. 96-129, p. 99.

<sup>453</sup> En effet, les règles relatives à la libre circulation tendent à la protection de l'opérateur économique qui circule – ou fait circuler sa marchandise – et qui est gêné à cette occasion par le droit national d'un Etat membre.

<sup>454</sup> CJCE, 14 juillet 1994, Peralta, 379/92, *Rec.* 3453, pt. 27.

<sup>455</sup> CJCE, 11 avril 2000, Deliège, aff. Jointes 51/96 et 191/97 *Rec.* 2549, pt. 58

La Cour semble donc affirmer que le droit communautaire de la libre circulation n'est applicable qu'en présence d'un élément transfrontalier<sup>456</sup>.

Par voie de conséquence, les opérateurs économiques ne devraient pouvoir s'appuyer sur le droit communautaire, qu'en démontrant l'existence d'un élément transfrontalier dans leur situation de faits. **L'identification « d'un élément de fait [circulant devrait ainsi être un indispensable] préalable à la mise en œuvre des règles »<sup>457</sup> du droit communautaire.**

**211.** Pourtant en dépit de cette affirmation de principe, l'étude plus approfondie des décisions de la Cour révèle que la jurisprudence de la Cour est, sur cette question, évolutive et relativement incertaine. De plus la Cour a adopté des positions différentes en libre circulation des personnes et des marchandises.

**212.** L'analyse successive de la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes (1), puis en matière de libre circulation des marchandises (2) fait apparaître une jurisprudence inutilement incohérente et préjudiciable à l'autorité du droit national.

Il est donc, à notre sens, indispensable que la Cour modifie et unifie sa jurisprudence dans le sens de l'exigence systématique de la preuve d'un élément d'extranéité transfrontalier préalable toute mise en œuvre des règles du droit communautaire<sup>458</sup> (3).

### **1. Le critère spatial d'applicabilité en libre circulation des personnes**

**213.** Jusqu'au début des années 2000<sup>459</sup>, « dans le cadre de la libre circulation des personnes, la démarche de la Cour [était] très claire et bien établie : elle concluait à l'existence d'une situation interne dès lors que la situation de la personne tentant de se prévaloir des règles communautaires à l'encontre de l'Etat membre dont elle est ressortissante ne pouvait être assimilée à celle d'un étranger »<sup>460</sup>. En d'autres termes, un ressortissant

---

<sup>456</sup> Voir notamment H. Tagaras qui préfère, à juste titre à notre sens, avoir recours à ce terme plutôt qu'à celui d'élément d'extranéité, « Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites purement internes », in *Mélanges Waelbroeck*, vol. II, Bruylant 1999, pp.1499-1538, sp. p. 1501.

En effet, selon M. G. Comu, l'extranéité est « la qualité de ce qui est étranger ». Or, n'importe quel élément étranger ne suffit pas à déclencher l'application du droit communautaire. Le terme d'extranéité nous semble ainsi trop large.

<sup>457</sup> Nous reprenons ici une partie de la définition traditionnelle donnée de la notion d'élément d'extranéité en droit international privé par J.-L. Elhoueiss (et dont il conteste la pertinence) : « d'un élément de fait préalable à la mise en œuvre des règles de conflit de lois », Elhoueiss J.-L., « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *J.D.I.* 2003, pp. 39-85, p. 39.

<sup>458</sup> Voir en sens contraire, notamment : de Beys J., « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? » *JT dr. eur.*, 2001, pp. 137-144.

<sup>459</sup> CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, 148/02, *Rec.* I 1613.

<sup>460</sup> Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », *C.D.E.* 2002 pp. 96-129. p. 99

communautaire ne pouvait se prévaloir du droit communautaire qu'à la condition d'avoir usé de son droit de circulation<sup>461</sup>.

La présence d'un élément circulant était donc une condition nécessaire mais également suffisante à la réalisation du critère spatial d'applicabilité.

**214.** Dès lors qu'il avait circulé, un ressortissant d'un Etat membre pouvait donc s'appuyer sur le droit communautaire pour contester l'application d'une règle de droit de son Etat<sup>462</sup>. Ainsi, un allemand ayant acquis un diplôme sur le territoire d'un autre Etat membre et souhaitant s'en prévaloir en Allemagne, peut-il se fonder sur la libre circulation des travailleurs pour contester une réglementation allemande qui suspendrait l'utilisation de ce diplôme à une autorisation de l'administration allemande<sup>463</sup>. Puisqu'il a circulé, le ressortissant n'est plus dans une situation purement interne et peut donc invoquer le droit communautaire, même contre les réglementations de l'Etat dont il émane.

**215.** L'arrêt Garcia Avello du 2 octobre 2003<sup>464</sup> pourrait avoir remis en question ces solutions.

Cet arrêt rendu sur le fondement des articles 12 et 17 du traité CE (c'est-à-dire le principe de non-discrimination et la liberté de circulation et de séjour des citoyens) modifie la jurisprudence antérieure qui exigeait la présence d'un élément circulant pour que puisse être invoqué le bénéfice du droit communautaire.

Aussi, la solution dégagée dans le domaine particulier de la citoyenneté pourrait-il s'étendre aux libertés économiques de circulation.

**216.** L'affaire opposait M. Garcia Avello ressortissant espagnol résidant en Belgique avec sa femme Mme Weber de nationalité belge à l'administration belge. Les époux revendiquaient le droit pour leurs deux enfants nés en Belgique, y ayant toujours vécu et possédant la double nationalité belge et espagnole, de porter le nom famille de leurs deux parents conformément à la législation espagnole.

En vertu de la législation belge une telle faculté ne leur était pas offerte, le principe étant que les enfants portent le seul nom de leur père. Les juridictions belges saisies du litige interrogèrent la Cour de justice afin de savoir si l'interdiction faite aux enfants des

---

<sup>461</sup> Sous réserve de Garcia Avello, et des droits liés à la citoyenneté indépendamment de toute circulation

<sup>462</sup> Voir par exemple en ce sens CJCE 27 octobre 1982, « Moison et Jhanjan », aff. Jointes 35 et 36/82, *Rec.* 3723, pt. 17, dans lequel la Cour affirme que les dispositions du droit communautaires « ne sauraient être appliquées à des situations qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire [...] tel est certainement le cas de travailleurs n'ayant jamais exercé le droit de libre circulation au sein de la Communauté ».

<sup>463</sup> CJCE 31 mars 1993, Kraus, 12/92, *Rec.* 1663.

<sup>464</sup> CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, 148/02, *Rec.* 11613.

époux Avello-Weber de porter le nom de leurs deux parents était conforme au droit communautaire.

217. La Cour dut donc d'abord trancher la question de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce. La Cour commence alors par rappeler que « *la citoyenneté de l'union, prévue à l'article 17 CE, n'a pas pour autant pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire (arrêt du 5 juin 1997, Uecker et Jacquet, C-64/96 et C-65/96, Rec. I-3171, point 23)* »<sup>465</sup>. En d'autres termes, les articles du traité CE relatifs à la qualité de citoyens, tout comme les libertés de circulation, ne sont applicables qu'aux situations présentant un rattachement avec le droit communautaire, c'est-à-dire un élément circulant.

218. Or, en l'espèce le litige ne présentait aucun élément circulant. En effet, les enfants des époux Garcia-Avello qui revendiquaient le bénéfice du droit communautaire pour contester la législation belge n'avaient jamais vécu ailleurs qu'en Belgique où ils étaient nés. A tout le moins, il existait éventuellement un élément d'extranéité puisque les enfants, résidant en Belgique, possédait la nationalité espagnole.

En raison précisément de cette absence d'élément circulant, l'avocat général Jacob avait suggéré de considérer que le droit communautaire serait applicable parce que le refus de « *changement de nom [aurait] affecté à titre principal le père des enfants [qui, lui, avait effectivement circulé, puisqu'il] aurait été privé du droit d'obtenir la transmission de son nom conformément aux principes selon lesquels il avait été formé* »<sup>466</sup>.

La Cour a jugé ce détour parfaitement inutile et a plus simplement expliqué que le « *rattachement au droit communautaire existe à l'égard de personnes [...] qui sont des ressortissants d'un Etat membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre Etat membre* »<sup>467</sup>.

Le critère n'est plus alors nécessairement l'existence d'un élément circulant mais peut être un certain élément d'extranéité, à savoir la qualité de ressortissant étranger ou plus exactement d'un autre Etat membre. Les critères de circulation et de nationalité seraient alors alternatifs.

Relevons en outre que pour garantir la satisfaction de cette exigence, la Cour impose de ne prendre en considération que la seule nationalité espagnole des deux enfants résidant en Belgique.

---

<sup>465</sup> CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, 148/02, Rec. I p. 11613, pt. 26.

<sup>466</sup> Lagarde P. note d'arrêt, R.C.D.I.P. janv.-mars 2004, pp. 185-202, p. 195

<sup>467</sup> CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello, 148/02, Rec. I p. 11613, pt. 27.

219. Cet arrêt soulève la question de savoir si cette solution ne doit pas dès lors étendue à toutes les libertés de circulation des personnes. Si cette analyse se confirmait, les dispositions du Traité relatives à la libre circulation des personnes trouveraient donc désormais également à s'appliquer aux ressortissants communautaires, qui bien que n'ayant pas franchi de frontières d'Etats membres, sont titulaires de la nationalité d'un Etat membre autre que celui au sein duquel elles résident.

En d'autres termes, les conditions spatiales d'applicabilité seraient singulièrement assouplies.

Pour l'heure, une telle solution n'est pas explicitement consacrée par la Cour de justice qui a pu rappeler dans une espèce récente et, ce contrairement à l'avis de son avocat général<sup>468</sup>, que « *selon une jurisprudence constante, les règles du traité en matière de libre circulation des personnes [...] ne peuvent être appliqués à des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement avec l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre* »<sup>469</sup>.

220. Par ailleurs, ainsi que le remarquait justement un auteur, « [...] l'approche suivie par la Cour en matière de libre circulation des marchandises et des personnes n'est pas identique »<sup>470</sup>. En effet, l'approche de la Cour de justice en matière d'entraves non pécuniaires à la libre circulation des marchandises est encore nettement plus confuse.

## 2. Le critère spatial d'applicabilité en libre circulation des marchandises

Erreur ! Signet non défini.

221. En matière de libre circulation des marchandises, la position de la Cour est particulièrement obscure.

---

<sup>468</sup> CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008, Gouvernement de la Communauté française, gouvernement wallon c/ gouvernement flamand, 212/06, Rec. 4 ; conclusions de l'avocat général E. Sharpston présentées le 28 juin 2007. L'avocat général suggérait en effet d'abandonner le critère du franchissement d'une frontière nationale pour juger de l'applicabilité des libertés de circulation. Elle écrit ainsi : « 115. *Analysée au regard des libertés économiques classiques, la situation de ressortissants belges n'ayant jamais exercé le droit à la libre circulation apparaît être purement interne. Cela signifie-t-il qu'elle reste parfaitement hermétique à l'application du droit communautaire?*

116. *Je dois avouer que je trouve qu'il y a quelque chose de profondément paradoxal dans l'idée que, en dépit des efforts faits ces 50 dernières années pour abolir les barrières à la liberté de circulation entre Etats membres, des autorités décentralisées d'Etats membres puissent néanmoins réintroduire des barrières par la petite porte en les instaurant à l'intérieur des Etats membres* ».

<sup>469</sup> CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008, Gouvernement de la Communauté française, gouvernement wallon c/ gouvernement flamand, 212/06, Rec. 4, pt. 33. Dans le même sens, en liberté d'établissement et libre circulation des travailleurs, voir notamment : CJCE 8 décembre 1987, Gauchard, 20/87, Rec.4879, pts. 12 et 13 ; CJCE 26 janvier 1999, Terhoeve, 18/95, Rec. 345, pt. 26

<sup>470</sup> Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », C.D.E 2002 pp. 96-129. p. 99.



Cette obscurité a, à notre avis, deux causes :

- d'une part, que la Cour ne se prononce quasiment jamais de manière explicite sur cette question ;

- d'autre part, les Etats membres tentent de déduire, à notre sens à tort, les conditions d'applicabilité du droit communautaire de la recevabilité de questions préjudicielles.

**222.** Trois arrêts de la Cour de justice sont particulièrement significatifs à cet égard. Il s'agit des arrêts Pistre<sup>471</sup>, Schutzverband<sup>472</sup> et Guimont<sup>473</sup>. Ces trois arrêts présentent la particularité d'avoir été rendus dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Ils seront donc analysés à la lueur de cette importante précision.

**223.** Notre démonstration préalable de l'impossibilité d'assimiler les conditions de recevabilité d'une question préjudicielle aux conditions d'applicabilité du droit communautaire (2.1), nous permettra ensuite de dénoncer le système incohérent développé de la Cour de justice quant à l'exigence d'un critère spatial d'applicabilité en libre circulation des marchandises (2.2).

### **2.1. L'impossible assimilation des conditions de recevabilité d'une question préjudicielle aux conditions d'applicabilité du droit communautaire**

**224.** Les arrêts, Pistre<sup>474</sup>, Schutzverband<sup>475</sup> et Guimont<sup>476</sup> constituent des réponses à des questions préjudicielles posées par les juridictions nationales en matière de libre circulation des marchandises.

Dans ces trois affaires, les litiges pendants devant les juridictions nationales étaient purement internes. Les faits des espèces permettaient d'établir l'absence d'élément circulant.

En principe donc, le droit communautaire était inapplicable aux cas d'espèce.

La Cour de justice a néanmoins jugé les questions préjudicielles recevables.

---

<sup>471</sup> CJCE 7 mai 1997, 321 à 324/94, *Rec.* 2360.

<sup>472</sup> CJCE 13 janvier 2000, 254/98, *Rec.* 151.

<sup>473</sup> CJCE 5 décembre 2000, 448/98, *Rec.* 10663.

<sup>474</sup> CJCE 7 mai 1997, 321 à 324/94, *Rec.* 2360.

<sup>475</sup> CJCE 13 janvier 2000, 254/98, *Rec.* 151.

<sup>476</sup> CJCE 5 décembre 2000, 448/98, *Rec.* 10663.

La question s'est alors posée de savoir comment interpréter le choix de la Cour de justice de répondre à ce question préjudicielle.

Certains Etats en ont cru pouvoir en déduire que le droit communautaire serait applicable au cas d'espèce en dépit de l'absence d'élément circulant. En d'autres termes, ils ont lié, à notre sens à tort, indéfectiblement recevabilité de la question préjudicielle et applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce.

**225. La position de la doctrine.** – Si bon nombre d'auteurs se sont pencher sur la question des conditions d'invocabilité des libertés de circulation pour les particuliers, il est trop rarement mis en évidence qu'il convient de bien dissocier cette problématique de celle des **conditions de recevabilité d'une question préjudicielle**<sup>477</sup>.

Ainsi par exemple, M. J. de Beys<sup>478</sup> et Mme R.-E. Papadopoulou<sup>479</sup> qui ont pourtant tous deux consacré des études à la question des critères d'applicabilité des libertés de circulation, soit ne soulèvent pas cette question, soit font eux-mêmes la confusion que nous entendons dénoncer<sup>480</sup>. Le plus souvent, les auteurs se bornent à s'interroger sur le point de savoir si l'élément spatial contenu dans la réglementation elle-même suffit à considérer que le droit communautaire est applicable au cas d'espèce.

**226.** Si Mme L. Idot distingue pour sa part bien ces deux questions<sup>481</sup>, elle semble souhaiter que l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce dépende du seul élément transfrontalier contenu dans la règle de droit.

En effet, l'auteur relève d'abord très clairement que *« recevabilité de la question préjudicielle et prise de position sur le champ d'application spatial de la norme communautaire sont deux choses totalement différentes. Répondre à la première question ne résout pas la seconde. Le problème se pose dans les mêmes termes [pour*

---

<sup>477</sup> Sur la question plus générale de la recevabilité d'une question préjudicielle lorsque le litige n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire voir : Gallat H., *L'article 177 du traité de Rome, quarante ans après*, thèse, Université Jean Moulin (Lyon III) 1998, p. 276 ; Poilvache P. « Compétence préjudicielle et dispositions nationales inspirées du droit communautaire, *JT dr. eur.*, 1998, p. 121, Barav A. « Une anomalie préjudicielle » in *Mélanges en hommage à Guy Isaaci*, 2004, pp. 773-801 et, quoique de manière plus indirecte, Idot, L., « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthode, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005 p. 431.

<sup>478</sup> de Beys J. « le droit communautaire est-il applicable aux situations purement internes, à propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JT dr. eur.* 2001, p. 137-144

<sup>479</sup> Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », *C.D.E.* 2002 pp. 96-129.

<sup>480</sup> La confusion entre ces différentes problématiques est par exemple illustrée dans les propos de Mme R.-E. Papadopoulou qui assimile clairement applicabilité du droit communautaire et au cas d'espèce et légitimité du contrôle communautaire de conformité du droit national. L'auteur relève ainsi que *« l'existence d'une situation purement interne, qui conduit à la non application du droit communautaire de la libre circulation, déclenche automatiquement l'application des règles du droit national en excluant le contrôle de leur compatibilité avec le droit communautaire »*, Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », *C.D.E.* 2002 pp. 96-129. p. 122.

<sup>481</sup> L. Idot, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthode, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005 p. 431

toutes les libertés de circulation] : *faut-il s'attacher à la situation de fait, à la vocation de la règle nationale à s'appliquer également à des non nationaux, voir à exiger un élément d'extranéité à la fois dans la situation et dans la réglementation ?* »<sup>482</sup>.

Puis, visant dans une formulation plutôt générale la question de « *l'extension de l'encadrement des normes nationales aux situations purement internes* », l'auteur écrit ainsi que, à son avis, « *il n'est pas certain que l'élément d'extranéité doive être recherché dans la situation de fait soumise au juge* ». Elle semble donc bien considérer que le seul impact d'une réglementation sur la libre circulation intracommunautaire justifierait que les particuliers puissent se prévaloir du droit communautaire.

Pour défendre sa position, l'auteur avance alors un argument un peu surprenant. Elle explique ainsi : « *Puisque, dans ce type de contentieux* [question préjudicielle], *l'on contrôle la compatibilité d'une réglementation nationale par rapport au principe communautaire de libre circulation qui prime, il paraît normal de vérifier l'aptitude de la législation à avoir un effet sur les échanges* ». L'auteur semble donc elle-même soudainement assimiler le problème de la recevabilité d'une question préjudicielle qui, comme nous allons à présent l'établir, à n'en pas douter, dépend principalement de l'aptitude de la réglementation nationale à entrer dans le champ d'application matériel du droit communautaire, à celui de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce.

**227. Il nous appartient donc de convaincre** de l'importance de dissocier clairement trois différentes problématiques<sup>483</sup> :

- celle de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce (ou encore de l'invocabilité du droit communautaire par les opérateurs économiques) ;
- celle de la délimitation du champ d'application matériel des libertés de circulation à l'égard des réglementations nationales<sup>484</sup> ;
- celle enfin des critères de recevabilité d'une question préjudicielle.

**228.** A cette fin, il nous faut tout d'abord rappeler brièvement les conditions de recevabilité des questions préjudicielles.

Quel est l'**objet du renvoi préjudiciel** ? Le renvoi préjudiciel permet d'obtenir une information sur le sens du droit communautaire. Il s'agit d'un renvoi en interprétation<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> L. Idot, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthode, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005 p. 431, pt. 23, p. 442.

<sup>483</sup> Dans un arrêt récent rendu sur le fondement d'un règlement, mais également de la libre circulation des travailleurs, de celle des citoyens et de la liberté d'établissement, la Cour a très explicitement et simplement distingué ces trois questions : CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008, 212/06, Rec. 4, voir principalement les points 25 et s. relatifs à la « *recevabilité* » de la question préjudicielle, puis « *sur le fond* » les points 39 et 40.

<sup>484</sup> Que nous avons traitée dans la section I de ce même chapitre

Ainsi, « le mécanisme du renvoi intéresse seulement le droit communautaire [...]. Est exclue l'interprétation du droit national qui relève de la seule compétence du juge du renvoi »<sup>486</sup>.

En ce qui concerne **les conditions requises** pour que soit admis le renvoi préjudiciel effectué par un juge national, le principe est que « le mécanisme préjudiciel permet à une juridiction nationale, **pour les besoins de la solution du litige pendant devant elle, de demander à la Cour de justice l'interprétation du droit communautaire** »<sup>487</sup>. En effet, l'article 234 du traité<sup>488</sup> dispose que si dans une affaire pendante une question relative à l'interprétation du droit communautaire est soulevée, la « [...] juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point **est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la cour de justice de statuer sur cette question** ». Pour que la question soit recevable, il faut donc que celle-ci apparaisse nécessaire à la solution du litige.

- 229.** De prime abord, il n'était donc pas absolument impossible de déduire de l'article 234 du Traité que la Cour de justice n'ait à répondre aux questions préjudicielles que dans l'hypothèse où le droit communautaire sera effectivement applicable au litige.

Si une telle analyse était retenue, il serait alors possible de déduire précisément de la recevabilité des questions préjudicielles, si un facteur de localisation spatiale est nécessaire à la mise en œuvre du droit communautaire au cas d'espèce.

Ainsi par exemple, si démonstration préalable d'un élément circulant était nécessaire à l'application du droit communautaire au cas d'espèce, la Cour de justice devrait, selon cette analyse, refuser de répondre aux questions préjudicielles à défaut d'un tel « *d'un élément de fait [circulant]* »<sup>489</sup> dans le cas d'espèce.

- 230. L'analyse des Etats membres.** – A l'occasion d'un renvoi préjudiciel, lorsque tous les éléments de fait d'un litige sont cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre, les Etats membres se sont souvent appuyés sur le constat de l'absence d'élément circulant pour contester l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce. Ainsi, en contestant l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, ils contestent alors également la légitimité de la Cour de justice à répondre à la question préjudicielle qui lui est pourtant soumise : dans l'arrêt du 7 mai 1997 « Pistre » par exemple, « [...] **le gouvernement français et la Commission observent, à titre liminaire, que les faits du litige au principal**

---

<sup>485</sup> Ou d'un renvoi en appréciation de validité de certains actes communautaires (à l'exclusion des traités).

<sup>486</sup> Pertek Jacques, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Litec, 2001, pt. 94, p. 33, voir en ce sens : CJCE 7 mai 1990, Marleasing, 106/89, Rec. 4159.

<sup>487</sup> Pertek Jacques, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Litec, 2001, pt. 92, p. 33.

<sup>488</sup> La formulation est identique dans l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>489</sup> Nous reprenons ici une partie de la définition traditionnelle donnée de la notion d'élément d'extranéité en droit international privé par M. J.-L. Elhoueiss (et dont il conteste la pertinence) : « *d'un élément de fait préalable à la mise en œuvre des règles de conflit de lois* », Elhoueiss J.-L., « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *J.D.I.* 2003, pp. 39-85, p. 39.

*se limitent au territoire national* étant donné que les poursuites ont été engagées contre des ressortissants français et qu'elles concernent des produits français commercialisés sur le territoire français. Selon le gouvernement français, **ces poursuites ne relèvent donc pas des articles 30 et 36**, relatifs à la libre circulation des marchandises entre Etats membres, de sorte qu'il n'y a pas lieu de répondre à la question de la compatibilité d'une réglementation nationale comme celle en cause au principal avec ces dispositions »<sup>490</sup>. Dans l'arrêt *Schutzverband*, « le *Schutzverband* considère que **la question préjudicielle est irrecevable. [...] Les faits de l'affaire au principal ne concernant pas d'autres Etats membres** »<sup>491</sup>. Dans l'arrêt *Guimont* également, il avait été relevé que « **les faits à l'origine de ce renvoi préjudiciel devant la Cour avaient trait à une situation purement interne**, le prévenu étant de nationalité française et le produit en cause étant entièrement fabriquée sur le territoire français »<sup>492</sup>.

- 231. La réfutation par la Cour d'une telle assimilation.** Mais, la Cour de justice pouvait-elle accueillir une telle analyse de l'article 234 du traité et lier son interprétation du droit communautaire à son applicabilité au cas d'espèce?

Le principe de primauté ainsi que celui de l'effectivité du droit communautaire pouvaient-ils être conciliés avec un refus de contrôle du droit national par la Cour de justice au regard du caractère interne du litige pendant devant la juridiction nationale ?

- 232.** L'analyse des conséquences induites par l'adhésion à un tel raisonnement permet de comprendre pourquoi la Cour ne pouvait l'adopter.

En effet, si le principe de la primauté du droit communautaire impose aux Etats membres d'avoir un droit national conforme au droit communautaire dans la mesure où le droit national entre effectivement dans le champ d'application du droit communautaire, de quels moyens la Communauté dispose-t-elle pour contrôler l'activité législative des Etats membres ?

Un contrôle *a priori* de l'activité législative nationale est inconcevable et l'extrême largesse du champ d'application matérielle<sup>493</sup> du droit de la libre circulation rend techniquement impossible le contrôle de toutes les règles de droit nationales entrant dans le champ d'application du droit communautaire par la Commission (recours en manquement).

---

<sup>490</sup> CJCE, 7 mai 1997, 321 à 324/94, *Rec.* 2360, pt. 41

<sup>491</sup> CJCE 13 janvier 2000, 254/98, *Rec.* 151. pt. 11

<sup>492</sup> CJCE, 7 mai 1997, 321 à 324/94, *Rec.* 2360, pt. 18

<sup>493</sup> Voir à ce sujet la première partie, titre premier, chapitre second, section 2.

233. Dès lors, pourrait-on réellement envisager que la Cour de justice sollicitée dans le cadre d'une question préjudicielle, refuse d'interpréter le droit communautaire sous prétexte que bien que la règle de droit national qui lui est soumise entre dans le champ d'application du droit communautaire, les éléments de faits du litige porté devant le juge national sont strictement nationaux ?
234. Ainsi, en matière de libre circulation des marchandises par exemple, un auteur s'interrogeait sur le point de savoir s'il « *n'y a pas un certain artifice, voire une légère hypocrisie, à ne pas qualifier une réglementation comme mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative uniquement parce que celui qui « s'en plaint » le premier devant la Cour opère sur le territoire de l'Etat ayant édicté la mesure, alors que cette qualification serait immédiate si la mesure gênait un autre opérateur communautaire* »<sup>494</sup>. Les nécessités de faire effectivement primer le droit communautaire conduisent la Cour à analyser de manière souple **la condition de recevabilité du renvoi** relative à la pertinence de la question préjudicielle pour les besoins de la solution du litige.
235. Il est effectivement constant que, « *quand s'exerce la vigilance de la Cour, [son] contrôle [de la pertinence d'une question préjudicielle] ne porte pas sur l'évaluation de l'utilité du renvoi pour la solution du litige, puisqu'elle a constamment affirmé qu'il appartient au juge national d'apprécier la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement* »<sup>495</sup>. Ce n'est que « *s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation demandée n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige, ou si le juge de renvoi n'a pas défini le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent ces questions [...], la Cour refuse de répondre à tout ou partie des questions posées par l'acte de renvoi (CJCE ord. 26 janvier 1990 Falciola, 286/88, rec.1023) [...]. Toutefois, la Cour a marqué récemment les limites qu'elle entendait s'imposer en affirmant qu'est attachée aux questions posées à titre préjudiciel « une présomption de pertinence [...] qui ne peut être écartée que dans des cas exceptionnels (CJCE 7 septembre 1999, Beck et Bergdorf, 355/97, rec. 4977) »*<sup>496</sup>. En d'autres termes, **la seule limite réelle à l'admission d'un renvoi préjudiciel est l'absence totale de lien entre le litige et le droit communautaire.**
236. Mais, alors quand faut-il considérer qu'une question préjudicielle n'a « *aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige* » ? Une question préjudicielle relative à l'interprétation du droit de la libre la libre circulation posée à l'occasion d'un litige purement interne peut-elle être considérée comme ayant un rapport avec l'objet du litige ?

<sup>494</sup> de Beys J., « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? » *JT droit européen*, 2001, pp. 137-144, p. 138.

<sup>495</sup> Pertek J., *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Litec, 2001, pt. 163, p. 58.

<sup>496</sup> Pertek J., *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Litec, 2001, pt. 163, p. 58

237. Dans le cadre de la libre circulation des marchandises, les raisonnements de la Cour de justice à l'occasion des arrêts *Schutzverband* et *Guimont*, témoignent de son refus à assimiler la recevabilité de la question préjudicielle à l'applicabilité au fond du droit communautaire aux faits de l'espèce<sup>497</sup>.

238. Dans l'arrêt *Schutzverband*, **la Cour de justice refuse clairement de s'attacher aux faits de l'espèce pour apprécier de la recevabilité de la question préjudicielle**. Elle déduit cette recevabilité de la nécessité d'interpréter le droit communautaire dès qu'elle est sollicitée par une juridiction nationale : « *le Schutzverband considère que la question préjudicielle est irrecevable. [...] Les faits de l'affaire au principal ne concernaient pas d'autres Etats membres* »<sup>498</sup>. Pour la Cour cependant, « *il convient de rappeler que la procédure prévue à l'article 177 du traité est un instrument de coopération entre la Cour et les juges nationaux, grâce auquel la première fournit aux seconds les éléments d'interprétation du droit communautaire qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu'ils sont appelés à trancher [...]*<sup>499</sup> ». « *Il résulte d'une jurisprudence constante qu'il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est en principe tenue de statuer [...]*<sup>500</sup> ». Dans cet arrêt, la Cour affirme donc l'obligation de principe pesant sur la Cour de justice d'interpréter le droit communautaire indépendamment des éléments de fait du litige.

239. Dans l'arrêt *Guimont*, la Cour de justice n'évacue pas la question de l'applicabilité du droit communautaire aux faits de l'espèce. En revanche, elle dissocie clairement cette question de celle de la recevabilité de la question préjudicielle.

Dans cet arrêt, **la Cour de justice a constaté l'inapplicabilité du droit communautaire au cas d'espèce**. « *Toutefois, [dit-elle] cette constatation n'implique pas qu'il n'y a pas lieu de répondre à la question préjudicielle soumise à la cour dans la présente affaire.*

---

<sup>497</sup> Cette position constante de la Cour de justice est d'ailleurs largement contestée par ses Avocats généraux ainsi que la doctrine. Voir à ce sujet l'important article de M. A. Barav qui soutient à cet égard qu'à son sens, « *en reconnaissant sa compétence, la Cour élargit sciemment le champ d'application préjudiciel en méconnaissant la fonction de ce dernier et, plus fondamentalement, en dépassant les confins des ses propres attributions* ». Barav A. « Une anomalie préjudicielle » in *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, 2004, pp. 773-801, p. 801 ; ou encore les propos de Henri Gallat, cité Ami Barav (article précité), par qui considère que de la sorte, la Cour de justice procède à « *une intrusion dans la sphère du droit national* ». Gallat H. « L'article 177 du traité de Rome, quarante ans après », thèse non publiée, Université Jean Moulin (Lyon III) 1998, p. 276.

Il s'agit cependant d'une jurisprudence constante de la Cour : CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008, 212/06, *Rec.* 4

<sup>498</sup> CJCE 13 janvier 2000, 254/98, *Rec.* 151. pt. 11.

<sup>499</sup> CJCE 13 janvier 2000, 254/98, *Rec.* 151. pt. 12.

<sup>500</sup> CJCE 13 janvier 2000, 254/98, *Rec.* 151. pt. 13.

*En principe, il appartient aux seules juridictions nationales d'apprécier, au regard de la particularité de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence de la question qu'elle pose à la cour. Le rejet par cette dernière d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet au principal* »<sup>501</sup>. « En l'espèce, il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire ne serait pas nécessaire pour le juge national. En effet, **une telle réponse pourrait lui être utile dans l'hypothèse ou son droit national imposerait, dans une procédure telle que celle de l'espèce, de faire bénéficier un producteur national des mêmes droits que ceux qu'un producteur d'un autre Etat membre tirerait du droit communautaire dans la même situation** »<sup>502</sup>. La Cour de justice **dissocie donc clairement recevabilité de la question préjudicielle et applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce**<sup>503</sup>.

En effet, alors même que le droit communautaire ne serait pas applicable, une question préjudicielle relative au droit communautaire peut encore présenter un rapport avec l'objet du litige : **le droit national peut vouloir accorder les mêmes droits aux personnes exclus du champ d'application du droit communautaire que ceux dont bénéficient les destinataires du droit communautaire.**

**240.** Par conséquent, la recevabilité de la question préjudicielle n'étant dépendante de l'applicabilité du droit communautaire aux faits de l'espèce, **il n'est pas possible, ni souhaitable, de déduire de la recevabilité ou du rejet des questions préjudicielles les conditions d'applicabilité du droit communautaire**<sup>504</sup>.

Ainsi, les arrêts Pistre, Schutzverband et Guimont admettant la recevabilité des questions préjudicielles posées dans le cadre de litiges purement internes ne permettent-ils pas de considérer que la présence d'un élément de fait circulant n'est pas systématiquement indispensable à l'applicabilité du droit communautaire.

---

<sup>501</sup> CJCE 5 décembre 2000, 448/98, Rec. 10663, pt 22.

<sup>502</sup> CJCE 5 décembre 2000, 448/98, Rec. 10663, pt 23.

Dans le même sens, voir notamment : CJCE 30 mars 2006, Servizi Ausiliari, 451/03, Rec. 6421, pt. 29 ; CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008, 212/06, Rec. 4, pt. 40

<sup>503</sup> Il s'agit d'ailleurs d'une jurisprudence constante de la Cour. Voir notamment en ce sens : CJCE 17 juillet 1995, 130/95, Giloy, Rec. 4291, pt. 28 ; CJCE 17 juillet 1997, 28/95, Leur Bloem, Rec. 416 ; CJCE 18 octobre 1990, Dzodzi, aff. jointes C-297/88 et C-197/89, Rec. 3763.

<sup>504</sup> En ce sens l'Avocat général Tizzano écrivait déjà en ce sens que « *il ne ressort ni des termes de l'article 177 du traité, ni de l'objet de la procédure instituée par cet article que les auteurs du traité aient entendu exclure de la compétence de la Cour les renvois préjudiciels portant sur une disposition communautaire dans le cas particulier où le droit national d'un Etat membre renvoie au contenu de cette disposition pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne de cet Etat* » CJCE 18 octobre 1990, Dzodzi, aff. jointes, C- 297/88 et 197/89, Rec. 3763, pt. 16 ; CJCE 8 novembre 1990, C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Rec. 4003, pt. 25



241. Néanmoins, indépendamment de la question de la recevabilité de la question préjudicielle, la lecture jointe des arrêts Pistre et Guimont permet de cerner le critère spatial retenu par la Cour de justice afin que les ressortissant communautaire puisse se prévaloir du droit de la libre circulation. Il convient donc de reprendre l'analyse de ces trois importants arrêts en tenant compte de cette précision.

## 2.2. L'exigence variable d'un critère spatial d'applicabilité du droit communautaire déduit de la jurisprudence de la Cour de justice

242. Il convient de respecter la chronologie des arrêts et de s'attacher d'abord à l'étude de l'arrêt Pistre du 7 mai 1997, puis à celle de l'arrêt Guimont du 5 décembre 2000.

243. L'arrêt Pistre est un arrêt ambigu. Il est intervenu dans le cadre d'un litige opposant l'administration française à un producteur français de fromages qui commercialisait ceux-ci sur le territoire français. La réglementation française relative à l'utilisation d'une appellation contrôlée, réservait celle-ci au produit entièrement fabriqués dans certaines régions de France et selon un procédé particulier.

Dans cet arrêt, dans des termes pas tout à fait explicites, la Cour conteste le caractère inapplicable du droit communautaire au cas d'espèce. Elle affirme que s'il « *est vrai que l'application d'une mesure nationale n'ayant effectivement aucun lien avec l'importation des marchandises ne relève pas de l'article 30 du traité [...] cette dernière disposition ne peut toutefois pas être écartée pour la seule raison que, dans le cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre* »<sup>505</sup>. Concernant plus particulièrement la réglementation française, la Cour de justice recèle que « *l'article 30 du traité s'oppose à l'application d'une réglementation nationale, telle que celle prévue par l'article 34 de la loi [...]* ». Ainsi, sans avoir recours au terme d'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, la Cour impose au juge national de contrôler la conformité de la règle nationale au droit communautaire, et condamne, de manière générale, la règle de droit français.

244. Non conforme au droit communautaire, la règle de droit français semble alors inapplicable tant aux litiges présentant un élément circulant, qu'aux litiges purement internes. En effet, la Cour affirme que « *l'article 30 du traité s'oppose à l'application d'une réglementation nationale, telle que celle prévue par l'article 34 de la loi [...]* », sans préciser si cette interdiction d'appliquer le droit national non conforme n'est valable que pour les situations contenant un élément circulant. Bien que laissant planer un

---

<sup>505</sup> CJCE, 7 mai 1997, 321 à 324/94, Rec. 2360, pts. 44 et 45.

certain doute, l'arrêt Pistre semblait plutôt indiquer que la présence d'un élément circulant ne serait pas nécessaire à l'applicabilité du droit communautaire<sup>506</sup>.

**245.** L'arrêt Guimont apporte ainsi les précisions indispensables. En effet, à l'occasion de cet arrêt la Cour de justice nuance sa jurisprudence en affirmant que « [...] l'arrêt Pistre [...] concernait une situation où la règle nationale en cause n'était pas indistinctement applicable mais créait une **discrimination directe** à l'encontre des marchandises importées d'autres Etats membres. **S'agissant d'une règle** telle que celle au principal, qui est **selon son libellé, indistinctement applicable** aux produits nationaux et aux produits importés et qui vise à imposer aux producteurs certaines conditions de production afin de leur permettre de commercialiser leur produit sous une certaine dénomination, il découle de la jurisprudence de la Cour qu'une **telle règle ne relève de l'article 30 du traité que dans la mesure où elle trouve à s'appliquer à des situations ayant un lien de rattachement avec l'importation de la marchandise dans le commerce intracommunautaire** (voir arrêts du 15 décembre 1982, *Oosthoek's*, 286/81, *Rec.* 4575, *pt.* 9 et *CJCE*, 18 février 1987 *Mathot*, 98/86, *Rec.* 809, *pts* 3 et 7 à 9) »<sup>507</sup>. Le caractère discriminatoire de la règle de droit en cause est alors l'élément dont dépend la nécessité de la preuve d'un élément circulant pour déclencher l'applicabilité du droit communautaire<sup>508</sup>.

**246. La Cour de justice fait donc dépendre l'exigence d'un élément de fait localisateur de la nature de la règle de droit en cause.**

**247.** Lorsque la règle de droit crée une discrimination « directe », le droit communautaire est applicable indépendamment de tout élément de fait localisateur. Une situation même purement interne entre dans le champ d'application du droit communautaire.

Il s'agit par exemple d'une règle de droit ne permettant qu'aux produits français issus d'une certaine région de bénéficier d'une appellation contrôlée. Dans ce cas de figure un français ayant une activité commerciale dans le seul cadre de la France pourra alors

---

<sup>506</sup> La doctrine est à ce sujet souvent plus tranchée. Ainsi, Mme L. Idot écrit elle qu'à la suite de l'arrêt Pistre, « on pensait [...] que l'article 28 du traité pouvait s'appliquer à des situations internes ». Idot L., « Variations sur le domaine spatial d'application du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 431-453, *pt.* 17, p. 439.

<sup>507</sup> *CJCE* 5 décembre 2000, 448/98, *Rec.* 10663, *pts.* 20 et 21.

<sup>508</sup> Cette solution n'est pas remise en question par l'arrêt de la *CJCE* du 25 mars 2004 *Troostwijk*, 71/02, *Rec.* 3025. Voir en sens contraire, Rigaux A. *Europe* mai 2004, p. 18, *pt.* 131, note sous arrêt. Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, Université de Rouen, ss. la dir. de J.-S. Bergé, p. 377 et 378.

Une fois encore dans cet arrêt relatif à une réglementation indistinctement applicable, la Cour se limite à constater que le caractère purement interne de la situation ne confère pas un caractère irrecevable à une demande de décision préjudicielle : « en l'espèce, il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit communautaire ne serait pas nécessaire pour le jugement national (voir arrêt Guimont précité, *point* 23). En effet, une telle réponse pourrait lui être utile afin de déterminer si une interdiction telle que celle prévue à l'article 30, paragraphe 1, de l'UWG est susceptible de constituer une entrave potentielle au commerce intracommunautaire relevant du champ d'application de l'article 28 CE (voir également, arrêt 13 janvier 2000, *TK-Heimdienst*, c-254/98, *Rec. P.* I-151 ; *point* 14). *CJCE* 25 mars 2004, *Troostwijk*, 71/02, *Rec.* 3025, *pt.* 21.

s'appuyer sur le droit communautaire pour ne pas être soumis à la réglementation française.

248. Lorsque en revanche, la règle de droit serait formellement neutre –indistinctement applicable –, l'applicabilité du droit communautaire est donc subordonnée à la preuve d'un élément de fait circulant. s

Il s'agit par exemple d'une règle de droit imposant de manière générale (pour tous les produits) que les fromages présentent une croûte pour bénéficier de l'appellation contrôlée « emmenthal »<sup>509</sup>.

249. Cette jurisprudence qui, en libre circulation des marchandises, fait dépendre l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, de l'étude de la nature de la réglementation en cause est, à notre sens, contestable<sup>510</sup>. Il conviendrait donc d'y substituer une solution plus simple pour toutes les libertés de circulation.

### **2.3. Analyse critique de la jurisprudence de la Cour et proposition d'un critère de localisation spatiale unique d'applicabilité du droit communautaire**

250. La jurisprudence de la Cour conduit à quatre constats.

251. Premièrement, les règles d'applicabilité du droit communautaire ne sont ni uniformes ni claires pour toutes les libertés de circulation.

252. Deuxièmement en libre circulation des marchandises, l'applicabilité du droit communautaire dépend de la règle de droit national en cause. L'absence de critères objectifs<sup>511</sup> c'est-à-dire liés à des éléments de faits permettant de considérer qu'une situation de fait relève du droit communautaire est une source de difficulté.

253. Troisièmement, les règles d'applicabilité du droit communautaire varient selon le caractère discriminatoire de la règle de droit national. Or, l'extrême difficulté liée à

---

<sup>509</sup> Voir l'affaire Guimont, CJCE 5 décembre 2000, 448/98, *Rec.* 10663.

<sup>510</sup> En ce sens : Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », *C.D.E.* 2002 pp. 96-129 ; en sens contraire : de Beys Julien, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? » *JT droit européen*, 2001, pp. 137-144.

<sup>511</sup> Comparer avec la définition de la notion d'applicabilité spatiale proposée par M. Fallon en droit international privé : « [...] l'applicabilité dans l'espace de la règle de droit recouvre la question de l'application de celle-ci à raison du rattachement d'une situation de vie à l'assise du système juridique auquel appartient la règle ». Fallon M., « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *Mélanges Vander Elst*, t. 1., pp. 285-322, p. 287, pt. 3 (nous soulignons).

l'identification d'une discrimination rend ce critère particulièrement inapproprié. Il en résulte un système qui d'un point de vue méthodologique est très discutable, qui conduit des différences de traitement illogiques entre les opérateurs économiques selon la nature de la règle applicable et de ce fait à une certaine insécurité juridique.

**254.** Quatrièmement, le champ d'application matériel des libertés de circulation étant, comme il a été démontré, inéluctablement incertain, la préservation de l'autorité du droit national commanderait d'encadrer strictement les conditions d'invocabilité des libertés.

**255.** Il serait préférable que les règles d'applicabilité du droit communautaire soient les mêmes pour les toutes libertés de circulation.

Deux règles différentes relatives à l'applicabilité du droit communautaire sont alors envisageables. Ces deux règles ont en commun de ne pas faire dépendre l'applicabilité du droit de la libre circulation du caractère discriminatoire de la réglementation nationale et d'établir de manière claire et générale les raisons pour lesquels il est possible de considérer que « [...]une situation de vie [se rattache effectivement] à l'assise du système juridique [communautaire de la libre circulation] auquel appartient la règle»<sup>512</sup>.

**256.** En vertu de la première proposition, la Communauté pourrait poser comme règle que tous les ressortissants des Etats membres peuvent se prévaloir du droit communautaire indépendamment de toute circulation<sup>513</sup>. En d'autres termes, dès lors qu'une règle de droit s'appliquerait sur le territoire de la communauté dans le cadre de l'exercice d'une activité économique, le droit communautaire serait applicable.

L'élément de fait rattachant une situation au droit communautaire serait alors l'activité économique au sein de la communauté mais, indépendamment d'un quelconque franchissement des frontières. Il serait donc substituer à l'élément circulant un seul critère spatial d'applicabilité, l'activité économique au sein de la communauté.

L'adoption d'un tel système témoignerait d'un choix en faveur de la fonction de sanction des Etats membres de l'effet direct des libertés de circulation<sup>514</sup> puisqu'il faciliterait l'éviction du droit national non conforme au droit communautaire.

---

<sup>512</sup> Voir la définition de la notion d'applicabilité spatiale proposée par M. Fallon en droit international privé : « [...] l'applicabilité dans l'espace de la règle de droit recouvre la question de l'application de celle-ci à raison du rattachement d'une situation de vie à l'assise du système juridique auquel appartient la règle ». Fallon M., « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *Mélanges Vander Elst*, t. 1. , pp. 285-322, p. 287, pt. 3 (nous soulignons).

<sup>513</sup> En faveur d'une telle solution, voir les propos de l'avocat général E. Sharpston présentés le 28 juin 2007 et relative à l'arrêt CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008, 212/06. Il est intéressant de noter que la Cour de justice a très clairement réfuté la proposition de son avocat général : CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008, 212/06, *Rec.* 4, voir plus particulièrement les pts. 33, 37 et 38.

<sup>514</sup> Voir à cet égard nos développements relatifs aux différentes fonctions que peut endosser le mécanisme de l'effet direct. Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II, §I, A. 2. « Conséquences et fonction de l'effet direct ».

**257.** En vertu de la seconde proposition, la Communauté pourrait poser comme règle que seuls les opérateurs circulant effectivement au sein de la Communauté peuvent se prévaloir du droit communautaire.

L'élément de fait rattachant une situation au droit communautaire serait alors l'activité économique transfrontalière au sein de la communauté. Le critère spatial d'applicabilité serait donc réalisé aux conditions cumulatives d'activité économique au sein de la communauté et de franchissement des frontières d'un Etat membre.

Dans cette hypothèse, il s'agirait donc plutôt d'un choix en faveur de la fonction de protection des droits subjectifs des opérateurs économiques de l'effet direct des libertés de circulation<sup>515</sup>. Cette seconde hypothèse tendrait à promouvoir la circulation – le franchissement de frontières – au sein de la Communauté.

**258.** Nous considérons cette seconde solution comme la plus appropriée dans la mesure où, en protégeant la seule circulation des opérateurs économiques, le droit communautaire stimule certainement également cette circulation. Or, l'objet de ces règles est comme leur nom l'indique et comme nous le démontrerons avec précision<sup>516</sup>, d'encourager la circulation des opérateurs économiques. Il s'agirait donc d'un critère d'applicabilité en adéquation avec l'objet même des libertés de circulation.

**259.** En tout état de cause, à l'heure actuelle, deux constats s'imposent.

D'une part, les conditions d'applicabilité du droit des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques restent incertaines.

D'autres part la Cour de justice a plutôt tendance à assouplir ces conditions en refusant d'appréhender le critère spatial d'applicabilité comme un critère systématiquement nécessaire. La caractérisation d'un « litige de droit communautaire » est ainsi facilitée.

La jurisprudence de la Cour traduit une volonté de promouvoir l'invocabilité du droit communautaire par les opérateurs économiques.

Pour les Etats membres, cette évolution jurisprudentielle signifie une augmentation des cas concrets dans lesquels le droit national n'est plus applicable et donc, un rétrécissement consécutif de leur pouvoir normatif effectif.

---

<sup>515</sup> Voir à cet égard nos développements relatifs aux différentes fonctions que peut endosser le mécanisme de l'effet direct. Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II, §I, A. 2. « Conséquences et fonction de l'effet direct ».

<sup>516</sup> Voir à cet égard, Seconde partie, Titre II, Chapitre II, « La portée relative de l'abus de droit ».

## Conclusion du Chapitre II

- 260.** La présentation du champ d'application du droit des libertés de circulation démontre que celui-ci est l'image de sables mouvants. Insaisissable par certains aspects, incertain et extensible du fait des fluctuations jurisprudentielles de la Cour, il fragilise profondément la compétence normative pourtant consacrée des Etats membres.
- 261.** En effet, le champ d'application matérielle des dispositions du traité CE relatives au contrôle communautaire de l'exercice de leur compétence par les Etats membres, qui n'est pas défini expressément dans le traité CE, se révèle incertain.
- 262.** Certes, cela ne signifie pourtant pas que la Communauté détienne une compétence générale lui permettant d'exercer son contrôle sur n'importe quelle réglementation nationale. Les principes de spécialité et d'attribution imposent un critère d'applicabilité limitant le pouvoir de contrôle communautaire à la mission qui lui a été dévolue.
- 263.** Mais, l'objectif de libre circulation – économique – au sein du marché intérieur fait émerger un critère d'applicabilité d'une nature particulière. L'objectif communautaire étant principalement d'éradiquer toutes les mesures imputables aux Etats membres<sup>517</sup> gênant les activités économiques transfrontières au sein de la Communauté, il en résulte logiquement un critère d'applicabilité spatio-économique, l'affectation potentielle des activités économiques intracommunautaires.
- 264.** De ce critère, il faudrait tenter de déduire le champ d'application matérielle des dispositions du Traité relatives aux libertés de circulation. Mais, ce critère ne faisant aucunement référence à une notion de matière juridique, l'entreprise se révèle être vaine et souvent hasardeuse à moins de ne procéder à une véritable analyse économique de la portée du droit national.
- 265.** Les tentatives de la Cour tendant à préciser le champ d'application matérielle du contrôle communautaire de l'exercice des compétences nationales, par le biais de la création de « catégories juridiques » exclues du dit champ d'application, ne sont pas réellement satisfaisantes. En effet, elles ne permettent pas d'exclure de manière ferme et définitive

---

<sup>517</sup> Concernant les obligations que les libertés de circulations mettent directement à la charge des particuliers, voir notamment : CJCE 13 décembre 1974, Walrave et Koch, 36/74, CJCE Bosman, 415/93, CJCE 6 juin 2000 Angonese, 281/98 ; CJCE 18 juillet 2006, Meca-Medina, 519/04, *Rec. 6991*, pt. 4 ; CJCE 11 décembre 2007, Viking, 488/05 ; CJCE 18 décembre 2007, Laval, 341/05 ; et, quoique de manière plus indirecte (car c'est alors l'Etat qui est tenu responsable des agissements de certains opérateurs privés) : CJCE 9 décembre 1997, Commission c/ France 265/95 ; CJCE 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, 112/00, *Rec. 5659*.

certaines domaines du champ d'application des dispositions relatives aux libertés de circulation<sup>518</sup>. La Cour reste libre de vérifier *in concreto*, l'impact de l'application d'une mesure sur la libre circulation dans le cas d'espèce.

Ces tentatives sont à notre sens, malgré leur inefficacité, louables. En effet, elles constituent un message politique fort à l'attention des Etats membres puisque la Cour de justice indique ce faisant qu'elle a conscience des limites des compétences communautaires.

- 266.** L'impossibilité fondamentale, congénitale, de dresser une liste fiable des matières entrant dans le champ d'application de ces dispositions ou, même en étant exclues, conduit à considérer que les articles du traité CE relatifs aux libertés de circulation sont une base juridique universelle. En d'autres termes, le champ d'application matérielle du traité CE est sans aucun doute (dé)limité, mais pas *a priori* définissable. Il en résulte que l'exercice par les Etats membres de leurs compétences crée une pluralité juridique qui n'est qu'*a priori* légitime. L'application des réglementations affectant ne serait-ce que potentiellement le commerce intracommunautaire peut toujours être remise en cause par la Cour de justice à l'issue d'un contrôle de conformité.
- 267.** La fragilité des compétences nationales est encore accentuée par la place qu'octroie le droit communautaire aux opérateurs économiques. En effet, si en principe, le bénéfice du droit des libertés de circulation est subordonné à la réunion de trois éléments, la portée de deux d'entre eux est singulièrement affectée et ce faisant, l'invocabilité des libertés économiques de circulation facilitée.
- 268.** Ces trois éléments sont, premièrement la qualité d'opérateur économique<sup>519</sup>, deuxièmement la démonstration d'un critère spatial d'applicabilité dans les faits du litige (c'est-à-dire un élément circulant) et troisièmement la réalisation d'un critère spatio-économique d'applicabilité dans le droit national lui-même (c'est-à-dire sa capacité à affecter potentiellement le commerce intra-communautaire).
- 269.** Or, d'un côté la Cour de justice interprète souplesment et de manière confuse l'exigence d'un élément circulant préalable à toute mise en œuvre du droit des libertés. D'un autre

---

<sup>518</sup> Voir Idot L., « Rapport introductif », in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, ss. la dir. de J.-S. Bergé et M.-L. Niboyet, Bruylant, 2003, points 31, 32, 34, 36, 37 : « Tous les droits doivent dorénavant respecter les principes fondamentaux du droit communautaire. [...] Au premier rang des principes susceptibles de bouleverser une norme nationale de droit privé figure le principe de libre circulation. Dans ses quatre composantes (marchandises, personnes, services, capitaux), il permet de contrôler tant les législations discriminatoires, que celles seulement constitutives d'entraves aux échanges. [...] Le fait que la norme nationale relève d'une matière hors du champ des compétences communautaires est, indifférent. [Certains arrêts de la Cour] confirment que n'importe quel branche du droit privé peut être atteinte ».

<sup>519</sup> Telle que nous l'avons définie : Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II, § I, B : « Les bénéficiaires des droits subjectifs ».

côté, ainsi qu'il a été développé, le critère spatio-économique permettant de déterminer le champ d'application matériel du droit communautaire est par nature *a priori* insaisissable. Reste finalement comme seul critère fiable la qualité d'opérateur économique qui, nous l'avons vu, est interprétée souplement par la Cour de justice<sup>520</sup>.

270. Il est donc relativement aisé d'invoquer le bénéfice du droit communautaire pour contester l'application du droit national au cas d'espèce et épineux d'établir que le droit national n'entre pas dans le champ d'application matériel des libertés ou encore que le litige n'est pas de nature intracommunautaire.

Rares sont ainsi les situations ou les domaines juridiques échappant à l'emprise du droit communautaire.

### CONCLUSION DU TITRE I

271. La nature même du droit communautaire confère **une compétence normative de principe aux Etats membres**. Si dans le domaine du marché intérieur compétences nationales et communautaires sont partagés, il n'en reste pas moins, qu'en l'absence de droit dérivé (contraire) l'exercice par les Etats membres de leur compétence est par principe absolument conforme au Traité.

Mieux encore, la consécration de la nouvelle approche et du principe de subsidiarité indiquent que la Communauté compte en premier lieu sur les Etats membres **pour assurer la régulation du marché intérieur**.

La régulation du marché intérieur par l'exercice de compétences normatives repose donc sur une **coopération** entre les Etats membres et la Communauté.

De cet exercice légitime et souhaité de leur compétence normative par les Etats membres, **il résulte logiquement une pluralité juridique au sein de la Communauté**.

272. Est-ce à dire que le droit national issu de l'exercice de leur compétence par les Etats membres n'est pas soumis au respect du droit communautaire, ou encore qu'il respecte nécessairement celui-ci ? En d'autres termes l'identification d'une compétence normative étatique fondant le droit national met-il celui-ci à l'abri de toute remise en question fondée sur les libertés de circulation ? La réponse à ces questions est assurément négative.

---

<sup>520</sup> Voir : Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II, §I, B : « Les bénéficiaires des droits subjectifs ».



La consécration d'une compétence normative nationale ne rend pas le droit national qui en résulte inattaquable. Bien au contraire, l'adoption du système de l'**intégration négative** par le Traité témoigne de l'emprise indirecte mais puissante du droit communautaire sur l'exercice de la compétence normative étatique.

En effet, les libertés de circulation **fondent le contrôle communautaire du droit national** et révèlent que les compétences normatives nationales ne peuvent s'exercer que dans le strict respect du droit communautaire.

Les Etats membres ne peuvent alors exercer de manière discrétionnaire leur compétence normative qu'à la condition de se situer hors du champ d'application du droit des libertés de circulation. La délimitation du champ d'application des libertés de circulation apparaît de ce fait cruciale.

- 273.** Or, ce champ d'application du droit des libertés de circulation se révèle largement **insaisissable**.

En effet, si la Cour a clairement consacré l'effet direct de ces dispositions au bénéfice des opérateurs économiques, sa jurisprudence est incertaine et fluctuante quant conditions d'invocabilité du droit communautaire. On perçoit néanmoins une tendance à l'assouplissement des conditions d'applicabilité du droit communautaire.

Par ailleurs l'objet économique des libertés de circulation invite à retenir un critère de même nature afin de déterminer le champ d'application matériel des libertés de circulation. Ce critère, que l'on peut qualifier de **spatio-économique est l'affectation potentielle du commerce intracommunautaire** (ou, plus généralement encore, des activités économiques transfrontalières au sein du marché intérieur). Or, de celui-ci, il est impossible de déduire une liste claire et précise des matières qui entreraient ou n'entreraient pas dans le champ d'application matériel du traité CE.

- 274.** Il en résulte finalement qu'il pèse sur presque tout le droit national une présomption de soumission au droit communautaire. **Quel est l'impact d'un tel contrôle sur la pluralité juridique au sein du marché intérieur ?**

La Cour vise de manière récurrente « *les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales* ». Que faut-il déduire d'une telle formulation ? Que le traité CE reprend d'une main ce qu'il donne de l'autre ? Qu'il consacre la compétence normative des Etats membres mais condamne en fait systématiquement la mise en œuvre d'une loi divergente de celle d'un autre Etat membre à l'occasion de son contrôle au titre des libertés de circulation ? La pluralité juridique est-elle de fait inconciliable avec les libertés de circulation ?

Le constat d'un puissant pouvoir contrôle communautaire fondé sur les libertés de circulation invite à présent à s'attacher l'utilisation qu'en fait la Cour de justice pour pouvoir juger du caractère réellement conciliable de la pluralité juridique avec le bon fonctionnement du marché intérieur.

## TITRE II

### APPRECIATION CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE EN MATIERE D'ATTEINTES NEES DE LA PLURALITE JURIDIQUE

**275.** Sur le fondement des libertés de circulation, la Cour de justice sanctionne tant les réglementations nationales discriminatoires que celles qui, bien que non-discriminatoires, restreignent de façon injustifiée les échanges intracommunautaires.

Il convient donc de **rechercher, si la Cour considère que la pluralité juridique a un impact sur le caractère discriminatoire d'une réglementation nationale ou sur son effet restrictif injustifié.** Rappelons aussitôt que la pluralité correspond au « *fait d'exister en grand nombre, de n'être pas unique* »<sup>521</sup>. Il s'agit donc de l'existence de multiples systèmes juridiques et donc de **multiples** règles de droit qui peuvent être, ou ne pas être, **divergentes**.

Nous nous emploierons à établir que l'étude de la jurisprudence de **la Cour de justice** révèle qu'elle **juge, dans l'ensemble, la diversité juridique compatible avec le marché intérieur mais, en revanche, que la multiplicité de certaines réglementations nationales peut lui paraître problématique lorsque ces réglementations sont toutes impératives.**

Ainsi, après avoir expliqué comment certaines violations du **principe de non-discrimination** peuvent être liées à la pluralité juridique (Chapitre II), il faudra étudier le rôle que peut jouer la pluralité juridique sur les **restrictions non discriminatoires injustifiées à la libre circulation** générées certaines réglementations des Etats membres (Chapitre II).

## CHAPITRE I

### PLURALITE JURIDIQUE ET VIOLATION DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

**276.** Se dégage-t-il **de la jurisprudence de la Cour** de justice qu'elle considère en fait la pluralité juridique comme difficilement **conciliable avec les libertés de circulation** ?

---

<sup>521</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. Le Robert, 2009.

Tel serait le cas si la Cour jugeait inconciliables avec les libertés de circulation, les réglementations nationales en raison de leurs seules **divergences** ou de leur **multiplicité**.

**277. Répondre à cette question suppose, en tout état de cause, de confronter le phénomène de la pluralité juridique au principe communautaire de prohibition des discriminations.**

En effet, la force du principe de non-discrimination en droit communautaire est incontestable. Énoncé notamment à l'article 12 du traité CE<sup>522</sup>, il s'agit d'un principe général, c'est-à-dire « *d'une règle de droit supérieure non écrite d'application générale* »<sup>523</sup>, qui gouverne l'ensemble de la matière. Dès 1977, la Cour de justice affirmait ainsi que « *l'interdiction de discrimination énoncée à la disposition citée n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire [...]* »<sup>524</sup>.

De ce fait, toutes les branches du droit communautaire sont régies par ce principe<sup>525</sup>.

Les règles communautaires relatives au marché intérieur ne faisant pas exception<sup>526</sup>, les libertés de circulation imposent donc également aux États membres de respecter le principe de non-discrimination.

**278. Si la force de ce principe communautaire n'est pas discutée, sa définition et sa mise en œuvre soulèvent de profondes controverses pour plusieurs raisons qu'il faut à présent exposer.**

La difficulté provient **d'abord de l'absence de définition** de ce principe dans le Traité. L'article 12 du traité CE dispose ainsi simplement que « *dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

La difficulté est **ensuite accentuée par la complexité intrinsèque des notions d'égalité et de discrimination**<sup>527</sup>.

---

<sup>522</sup> L'article 12 du traité CE dispose : « *dans le domaine d'application du présent traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

L'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose : « *dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

<sup>523</sup> Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p 5.

<sup>524</sup> CJCE 19 octobre 1977, « Ruckdeschel », aff. Jointes 117/76 et 16/77, *Rec.* 1753, point 16. K. Lenaerts considère que c'est précisément cet arrêt qui institue « *une règle de droit supérieure non écrite d'application générale* ». K. Lenaerts, « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p 5.

<sup>525</sup> Ainsi que nous le justifierons par la suite, nous choisissons de ne pas distinguer le principe de non-discrimination de celui de l'égalité dans le cadre de l'étude des libertés de circulation. Nous employons ainsi de manière indifférenciée l'un et l'autre termes.

<sup>526</sup> Ce qui confirme par ailleurs le libellé des articles relatifs aux libertés de circulation qui visent tous, en des termes plus ou moins explicites, ce principe, ainsi que nous l'exposerons.

En ce sens, M. R. Hernu conclut ainsi une thèse intitulée « Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » par ces mots : « *si l'égalité et la non-discrimination constituent des droits fondamentaux et s'ils correspondent à une valeur sociale essentielle, ces considérations générales ne doivent cependant pas masquer l'impossibilité de parvenir à une définition de l'égalité, ni les contingences qui en résultent pour le contentieux de la non-discrimination* »<sup>528</sup>, tandis qu'un autre auteur relève dans sa thèse consacrée au « Principe d'égalité en droit communautaire », que « *traiter du principe d'égalité en droit communautaire peut [...] paraître exagérément ambitieux tant ce principe de la philosophie politique et de la philosophie du droit semble difficile à cerner* »<sup>529</sup>.

**Enfin, la jurisprudence de la Cour de justice** à cet égard témoigne d'une double complexité.

Le **lexique de la Cour** est d'abord extrêmement complexe.

La Cour vise alternativement les notions :

- d'égalité de traitement ;
- de non-discrimination ;
- de traitement national ;
- de discrimination directe ;
- de discrimination indirecte ;
- de discrimination matérielle ;
- de discrimination formelle ;

---

<sup>527</sup> On recense principalement trois thèses de droit communautaire consacrées spécifiquement à cette question : Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques* Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface M.-A. Moreau ; Hernu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, préface G. Soulier, L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003 ; Martin D. *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruylant, U.C.L. 2006 ; et une thèse de droit communautaire et international privé : Puljak, M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette ; voir également relativement récemment en droit privé : Mazière P., *Le principe d'égalité en droit privé*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003, préface B. Teyssié, et concernant plus spécifiquement l'article 13 du traité CE ; Dubout E. *L'article 13 du traité CE, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant 2006.

En ce qui concerne certains articles fondamentaux sur le sujet voir notamment : Travaux de l'Association Capitant (H.) et des amis de la culture juridique française, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire », 1961-1962, t. XIV, Librairie Dalloz ; Marengo G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative » *C.D.E.* 1984, pp. 291-364 ; Defalque L., « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », *C.D.E.* 1987, p. 471-491 ; Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, p. 3s. ; Garrone P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale » *R.T.D.E.*, 1994, p. 425 ; Martin D. « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.* 1998, p. 261 et p. 561 ; Schmitter C. « Le principe de non discrimination et ses limites » in *Union européenne et nationalité* 1999.

Pour une analyse des différentes conceptions de la notion d'égalité dans le temps : Sfez, L. *Leçon sur l'égalité*, Puf, 1984.

Batifol « Signification de l'égalité pour la philosophie du droit » in *Choix d'articles*, 1976, p. 488.

<sup>528</sup> Hernu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, préface G. Soulier, L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, point 439 p. 489.

<sup>529</sup> Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface M.-A. Moreau, p. 19.

- de discrimination ostensible ;
- de discrimination dissimulée ;
- de mesures indistinctement applicables ;
- de mesures discriminatoires ;
- d'affectation de la même manière en droit ;
- d'affectation de la même manière en fait.

Se pose alors la question du **sens exact de chacun de ses termes** et de la pertinence de leur distinction. En effet, la jurisprudence de la Cour est-elle à ce point **subtile ou** plus simplement **imprécise** ?

Le **rôle assigné** par la Cour de justice au principe de non-discrimination est tout aussi complexe. S'agit-il d'un outil de qualification permettant de juger de l'**applicabilité du droit communautaire** ou en d'autres termes d'un moyen de déterminer quelle réglementation entre dans le champ d'application des libertés de circulation ? S'agit-il d'un outil de **sanction communautaire** en ce sens que les réglementations discriminatoires seraient alors nécessairement **incompatibles** avec le Traité ?

Cette difficile identification du rôle assigné à la discrimination en droit communautaire est notamment manifeste en libre circulation des marchandises. En cette matière, la Cour de justice affirme utiliser la notion de discrimination pour **qualifier** certaines réglementations de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives (nous visons ici l'hypothèse des modalités de ventes<sup>530</sup> et les mesures indistinctement applicables<sup>531</sup>) et donc, pour juger de leur faculté à entrer dans le champ d'application de l'article 28 du traité CE. C'est pourtant bien souvent après avoir d'abord affirmé que la réglementation entre dans le champ d'application de l'article 28 du traité CE, puis étudié les justifications possibles à une telle mesure, que la Cour de justice peut finalement se prononcer sur le caractère discriminatoire de la réglementation et décider de sa sanction<sup>532</sup>.

---

<sup>530</sup> Dans l'arrêt Keck et Mithouard, la Cour de justice indique ainsi au sujet des: « *dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres, [que], dès lors que ces conditions sont remplies [...] ces réglementations échappent donc au domaine d'application de l'article 30 du traité* ». CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, Rec. 6097, pts. 16 et 17.

<sup>531</sup> Dans l'arrêt Commission c/ Irlande (CJCE 17 juin 1981, C-113/80, Rec. 1625), la Cour de justice a ainsi clairement affirmé qu'une réglementation indistinctement applicable (c'est-à-dire non discriminatoire) faisant obstacle à la libre circulation des marchandises, **ne serait pas constitutive d'une mesure d'effet équivalent dès lors qu'elle serait justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général**. La Cour affirme ainsi que « *ce ne serait que lorsqu'une réglementation nationale indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés [mais restreignant le commerce intracommunautaire,] pourrait être justifiée comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives [...] qu'elle pourrait déroger aux exigences découlant de l'article 30* ».

<sup>532</sup> La règle claire et intelligible posée par l'avocat général Lagrange en 1962 selon laquelle une discrimination ne peut pas être justifiée est ainsi largement bafouée. L'auteur affirmait alors que « *dans le traité de Rome [...] la discrimination est interdite par elle-même, toujours et de manière absolue. C'est la règle d'or, la règle qui revient toujours, du principe de la non-discrimination qu'on ne cesse d'entendre proclamer. Dès lors, si nous employions le terme de non-discrimination dans le même sens que le terme d'égalité, non ne pourrions plus rien faire. Alors je crois qu'il faut simplement s'entendre sur les mots. Autrement dit : ce qui, je dirais pour vous nationaux, est une discrimination légitime, eh bien pour nous est de la non-discrimination* ». Lagrange M., « Intervention » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit*

279. Il ne convient pas ici de rechercher les raisons qui, dans la jurisprudence de la Cour de justice motivent une telle approche de la discrimination. En revanche, il est indispensable de dépasser ces ambiguïtés afin de disposer d'**un procédé général de raisonnement permettant de contrôler la compatibilité de la pluralité juridique aux exigences communautaires de non-discrimination.**

A cette fin, il nous faudra identifier ce qu'est une discrimination communautaire **incompatible avec le Traité et donc prohibée**<sup>533</sup> pour pouvoir en **proposer une définition claire et efficiente.** C'est à la lueur de **cette définition de la discrimination** qu'il conviendra d'analyser la jurisprudence de la Cour et d'en tirer des conclusions quant à la capacité de la pluralité juridique à générer des discriminations prohibées par le droit communautaire.

C'est ainsi après avoir **déterminé** ce que sont **les discriminations sanctionnées** par la Cour de justice (Section I) que nous pourrons identifier les hypothèses de **discriminations effectivement liées à la pluralité juridique** (Section II).

## Section I

### Détermination des discriminations sanctionnées

280. Le traité CE impose aux Etats membres le respect du principe de non-discrimination sans le définir. La Cour de justice dont la mission est d'assurer « *le respect du droit [communautaire] dans l'interprétation et dans l'application du [...] traité* »<sup>534</sup>, a dû cerner les contours du principe de non-discrimination afin d'en sanctionner les violations.

Cependant, le langage de la Cour se révèle à ce point confus et imprécis qu'il est **impossible d'en extraire une définition claire et simple du principe de non-discrimination.**

281. Juger de l'impact de la pluralité juridique sur le principe de non-discrimination, impose donc d'en **proposer une nouvelle définition efficiente.** Cette nouvelle définition du

---

*international*, Journées de Luxembourg des 31 mai au 4 juin 1961, travaux de l'association Henri Capitant, tome XIV, Paris, 1965, Dalloz, pp. 427-428.

<sup>533</sup> Sur la nécessité de repenser la notion de discrimination en droit communautaire, voir les propos de M. D. Martin qui déplore qu'une « *sophistication de la jurisprudence [de la Cour de justice] ait progressivement entraîné une perte d'indenté d'un concept aussi fondamental que celui d'interdiction des discriminations* ». De ce fait, l'auteur « *estime que la jurisprudence sur les concepts de discrimination et de raison impérieuse doit être repensée. La perte d'indenté de ces notions essentielles s'est doublée d'une perte de sens. L'imprécision des raisonnements de la Cour, les confusions terminologiques de sa jurisprudence semblent être la manifestation des doutes qu'elle éprouve parfois quant à la portée et à l'étendue actuelle des libertés fondamentales* ». Martin D. « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.*, 1998, n° 2 p. 561 à 637, p. 631.

<sup>534</sup> Article 220 TCE.

principe de non-discrimination a pour **seul objet** de permettre de mieux appréhender **les réglementations nationales effectivement condamnées** par la Cour de justice, pour ensuite comprendre le rôle que peut jouer la pluralité juridique dans ces condamnations. Elle ne tend donc pas à saisir toutes les hypothèses visées explicitement par la Cour de justice sous le terme de discrimination<sup>535</sup>.

Cette **redéfinition du principe de non-discrimination** envisagé comme un outil de sanction communautaire conduit à en rechercher le sens, en s'appuyant d'une part sur **la méthode d'interprétation téléologique** gouvernant l'ensemble du droit communautaire et, d'autre part, **sur les définitions classiques des notions juridiques d'égalité et de discrimination retenues en philosophie et théorie générale du droit.**

282. La Cour rappelle en effet itérativement que les notions communautaires doivent être interprétées conformément à la méthode, fonctionnelle, de **l'interprétation téléologique** qui impose de s'attacher « *à la finalité et à l'esprit des traités* »<sup>536</sup>.

Cette méthode impose de s'interroger sur le rôle assigné au principe de non-discrimination en matière de libertés de circulation au regard des objectifs poursuivis en droit du marché intérieur.

Il sera exposé que, garant d'une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, le principe de non-discrimination assume une **fonction économique cardinale** au sein du marché intérieur.

283. Nous rechercherons ensuite le type de discriminations effectivement prohibé par le droit communautaire afin de satisfaire cet objectif économique.

La présentation des notions d'égalité et de discrimination telles que la doctrine les définit classiquement, permettra de les confronter aux **méthodes de sanction des réglementations nationales retenues par la Cour de justice.**

Il sera démontré qu'il résulte de cette confrontation que la discrimination sanctionnée par le droit communautaire en matière de libre circulation correspond à une **inégalité de traitement injustifiée entre l'opérateur économique usant des libertés de circulation et l'opérateur économique sédentaire.**

---

<sup>535</sup> Il ne s'agit pas en effet pour nous d'analyser toutes les facettes du concept de discrimination en droit communautaire, mais uniquement de comprendre dans quelle mesure la pluralité juridique est effectivement conciliable avec les libertés de circulation. Or, les libertés de circulation condamnent toujours et nécessairement, comme nous l'exposerons un type précis de discrimination. Seule l'étude de cette facette de la discrimination est donc pertinente.

<sup>536</sup> Fuente (de la) F. *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, Bruylant, éd. 1998, p. 290, « *interprétation du droit communautaire* ». Voir également pour une consécration de ce type d'interprétation CJCE, 22 septembre 1988, 187/87, *Rec.* 5013.

Aussi après avoir rappelé l'importante **fonction économique de la sanction communautaire des discriminations** (§ I.), déterminerons **le contenu la sanction communautaire par la discrimination** (§ II.)

### § I. Fonction économique de la sanction par la discrimination

284. La première difficulté soulevée par le principe communautaire de non-discrimination est d'ordre sémantique. Faut-il le distinguer ou l'opposer au principe d'égalité ? Cette importante question préliminaire doit être immédiatement tranchée.

Dans le traité CE, certaines règles relatives aux libertés de circulation font références à l'interdiction des discriminations, tandis que d'autres visent le droit à une certaine égalité de traitement. L'article 12 du traité CE est tout d'abord la formulation générale du principe de non-discrimination à raison de la nationalité. Ce principe se retrouve plus spécifiquement au sein des libertés de circulation<sup>537</sup>. Ainsi par exemple, l'article 39 du Traité vise l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, l'article 30 du Traité celles des discriminations arbitraires dans le commerce entre les Etats membres, tandis que les articles 43 et 50 du Traité mentionnent le droit des opérateurs économiques à être soumis, dans le cadre de leurs activités professionnelles, aux mêmes conditions que les nationaux.

Faut-il alors distinguer la notion d'égalité de celle de discrimination, ou ces deux notions correspondent-elles à un même concept ?

285. La définition de la discrimination retenue en philosophie et théorie générale du droit et la doctrine majoritaire, à laquelle nous nous rallions, assimile l'égalité et la non-discrimination.

En effet, selon le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, *« l'apparition du terme discrimination dans le langage du droit ne constitue pas à proprement parler un enrichissement du droit au fond. Il représente en fait une réaffirmation du principe d'égalité sous la forme négative du principe de la non-discrimination. Tout ce qui procède de l'idée de non-discrimination peut être en effet rattaché au principe d'égalité [...] »*<sup>538</sup>. Le principe de non-discrimination permettant de

---

<sup>537</sup> Voir au sujet de l'article 12 TCE, les propos de F. de la Fuente selon lesquels *« ce principe est appliqué à la libre circulation des personnes et des produits, et est le fondement de la politique de la concurrence, de la Fuente, F. « Principe de non-discrimination », Dictionnaire juridique de l'Union européenne, p. 454.*

<sup>538</sup> « Discrimination », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss la dir. A.-J. Arnaud, p. 185, point 2.

Dans le même sens voir notamment : Bossuyt M., qui affirme qu'il ne s'agit que des *« deux facettes d'une même réalité, mais qui peut être formulée tantôt de manière positive, tantôt de manière négative »*. Bossuyt M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant 1976, p. 37.



viser expressément un type particulier d'atteinte à l'égalité, ce serait donc « essentiellement à la volonté de lutte contre toutes les formes particulières d'inégalité, juridique ou sociale, qu'il faudrait rattacher la faveur dont cette référence fait l'objet »<sup>539</sup>. En ce sens, l'article 12 du traité CE vise plus particulièrement les discriminations à raison de la nationalité. On trouve également cependant des références plus vagues aux discriminations arbitraires notamment à l'article 30 du Traité.

En outre, le terme « discrimination » est relativement récent puisqu'il n'est n'apparu dans la langue française qu'à « la fin du XIX siècle [et] est utilisé pour la première fois dans un texte juridique international en 1948, dans la déclaration universelle des droit de l'homme [...] »<sup>540</sup>. Par voie de conséquence, la doctrine a longtemps plus souvent employé le terme d'égalité que celui de non-discrimination.

286. La doctrine majoritaire<sup>541</sup> s'oppose d'ailleurs également à une distinction nette entre les deux termes. On peut notamment citer à cet égard les propos de Mme S. Robin-Olivier qui remarque, en matière de libre circulation, que « le droit communautaire définit de manière identique le principe de non-discrimination et le principe d'égalité. Tous deux exigent, selon la Cour de justice, non seulement de ne pas traiter de manière différente des situations comparables, mais aussi de ne pas traiter de manière identique des situations différentes »<sup>542</sup>, ou encore Mme M.-P. Puljak qui soulève que « l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité n'est qu'une expression ponctuelle du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire »<sup>543</sup>.

---

Selon M. G. Cornu, la discrimination est une « différenciation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci au détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus généralement par l'application de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinction juridique [...] ou au détriment de certaines personnes morales en raison des mêmes critères appréciés sur la tête de leurs membres, agissement érigé en délit ». Comu G., *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd., 2000.

<sup>539</sup> « Discrimination », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss la dir. A.-J. Arnaud, p. 185, point 2.

<sup>540</sup> « Discrimination », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss la dir. A.-J. Arnaud, points 1 et 2.

<sup>541</sup> En ce sens voir notamment : Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p 5 ; Robin-Olivier S., « Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques » Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface M.-A. Moreau, p. 19 ; Puljak, M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 24, p. 35 ; Molinier J., « Le principe d'égalité » in *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Puf Droit et Justice, 2004, pp. 232-250, p. 238 ; Isaac G., Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 9<sup>ème</sup> éd. 2006, p. 254.

En sens contraire : Hemu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, préface G. Soulier, L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, points 234 s., p. 246.

<sup>542</sup> Robin-Olivier S., « Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques » Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Marie-Ange Moreau, p. 19.

<sup>543</sup> Puljak, M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 24, p. 35.

287. La Cour de justice a d'ailleurs elle-même pu affirmer que « *le principe d'égalité dont l'interdiction des discriminations n'est que l'expression spécifique est un des principes fondamentaux du droit communautaire* »<sup>544</sup>.

Afin de ne pas obscurcir inutilement notre propos, nous assimilerons donc **le principe de non-discrimination à une forme négative du principe d'égalité**.

288. Cette précision effectuée, comment expliquer l'importance accordée au sein du traité CE au principe de non-discrimination pour garantir la liberté de circulation des opérateurs économiques ?

La fonction, à l'origine, strictement **économique**<sup>545</sup> du principe communautaire de non-discrimination est largement admise<sup>546</sup> et imprègne encore aujourd'hui fortement son utilisation dans le cadre des libertés de circulation.

289. En effet, d'aucun affirme que la notion même de marché intérieur « *implique par elle-même l'égalité dans la condition juridique de tous les opérateurs concernés* »<sup>547</sup>. En d'autres termes le bon fonctionnement du marché intérieur serait subordonné à l'éradication des discriminations<sup>548</sup>.

Défini comme un espace dans lequel est respecté le « *principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* »<sup>549</sup>, le marché intérieur répond à une aspiration

---

<sup>544</sup> CJCE 8 octobre 1980, Uberschär, 810/79, *Rec.* 2747 ; CJCE 25 novembre 1986, Klensch, 201/85, *Rec.* 3477 pts. 8, 9, 12 ; CJCE 13 décembre 1989, Deschamps, 181/88, *Rec.* 4381, pts. 17 et 22 ; CJCE 9 septembre 2003, The Queen contre the Competition Commission, 137/00, *Rec.* 7975.

<sup>545</sup> En effet, le principe de non-discrimination a effectivement un domaine d'application générale dépassant le strict cadre des libertés économiques de circulation comme en témoigne la consécration d'un principe fondamental d'égalité.

<sup>546</sup> Voir notamment en ce sens les propos de Mme M. Dony qui rappelle que le principe de non-discrimination est « *une des conditions de base pour le fonctionnement du marché intérieur. L'objectif fondamental du traité est de réaliser une économie intégrée dans laquelle tant les facteurs que les fruits de production peuvent circuler librement sans distorsion. Or, le premier des obstacles à la réalisation de cet objectif était l'existence de règles et pratiques discriminatoires par lesquelles les gouvernements protégeaient traditionnellement leur propres producteurs et travailleurs de la concurrence. L'abolition de ces règles et pratiques étaient une condition sine qua non, même si elle n'était sans doute pas suffisante pour atteindre le degré d'intégration voulu par le traité* ». Dony M., « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Union européenne et nationalité*, sous la dir. E. Bribiosa, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 45.

<sup>547</sup> Hernu R., « Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes » ; Préface G. Soulier, L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, pt. 1, p. 1

L'auteur considère en effet que « *dans l'ordre pratique, la non-discrimination à une efficacité plus grande que le principe général et abstrait d'égalité pour reconnaître et sanctionner des inégalités. [...] Le contrôle de la non-discrimination qui porte sur la comparaison des situations et sur la justification d'un traitement le plus souvent distinct, peut être aisément effectué par le juge* ». Hernu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Préface G. Soulier, L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, pt. 15, p. 13.

<sup>548</sup> Voir en ce sens les propos de M. K. Lenaerts qui rappelle que « *égalité et non-discrimination sont essentielles pour parvenir à un véritable Marché commun et garantir des conditions de concurrence exemptes de toute falsification* ». Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991, p. 3-41, pt.18, p. 21.

<sup>549</sup> Article 4 TCE, nous soulignons. La référence à l'économie de marché fut insérée dans traité sur l'union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992.

libérale<sup>550</sup> tendant à favoriser les échanges économiques entre les Etats membres. C'est ainsi que les libertés économiques de circulation garantissent notamment aux travailleurs salariés, le droit de « *répondre à des emplois effectivement offerts dans un [autre] Etat membre* »<sup>551</sup>, aux travailleurs indépendants, le droit de « *s'établir dans le territoire d'un autre Etat membre* »<sup>552</sup>, tandis que l'article 28 du traité CE interdit les mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, que la Cour de justice a définies comme « *toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver, directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire* »<sup>553</sup>.

Il convient donc de rappeler très **brièvement** comment le principe de non-discrimination peut s'intégrer dans un projet économique<sup>554</sup>.

- 290.** Il faut pour cela d'ores et déjà indiquer que le principe de non-discrimination conduit, de manière générale à lutter contre toute « *distinction de droit ou de fait entre individus ou groupes aboutissant à une inégalité* »<sup>555</sup>. Il sert donc à la réalisation d'une certaine **égalité de traitement**<sup>556</sup>.

Les destinataires du droit de la libre circulation étant les opérateurs économiques, le principe de non-discrimination doit donc permettre l'égalité de traitement entre ceux-ci.

- 291.** Cette précision apportée, il convient donc de comprendre comment le principe de non-discrimination a pu apparaître comme un principe cardinal et indispensable au bon fonctionnement du marché intérieur.

---

<sup>550</sup> De manière générale, voir à ce sujet l'introduction du manuel de A. et G. Decocq qui rappelle que « *l'inspiration du droit communautaire des affaires réside dans le libéralisme économique* », Decocq A. et G. *Droit européen des affaires*, L.G.D.J., coll. Manuel, éd. 2003, p. 4

<sup>551</sup> Article 39§3 du traité CE.

<sup>552</sup> Article 43 traité CE.

<sup>553</sup> CJCE 11 juillet 1974, Dassonville, 8/74, *Rec.* 837, pt. 5.

<sup>554</sup> De manière plus générale, il faut cependant préciser que si « *les objectifs du droit communautaire [...] tracés par l'article 2 CE [témoignent de] valeurs [...] essentiellement économique, au fil du temps [...], l'accent a été mis progressivement sur la dimension proprement sociale du droit communautaire* ». M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, p. 17

Pour une étude approfondie du rôle économique joué par le principe de non-discrimination en matière de libre circulation, voir notamment, les développements de : Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Thèse, 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, p. 43 et S.; Hemu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*; L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, pts 132 et s. p. 131 et s.

<sup>555</sup> « Discrimination », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss la dir. A.-J. Arnaud.

<sup>556</sup> Voir à ce sujet les travaux de Ch. Perelman évoqués § 2 A de cette section.

Voir également à ce sujet les conclusions de l'avocat général Capotorti dans l'arrêt Rückdeschel (CJCE 19 octobre 1977, 117/76, *Rec.* 1778) dans lequel il explique que « *le principe de non-discrimination s'identifie avec celui de l'égalité de traitement des particuliers* ».

Dans son ouvrage « *De la démocratie en Amérique* », Tocqueville a développé l'idée selon laquelle une égalité de traitement formelle<sup>557</sup> entre les hommes générerait entre eux une rivalité naturelle favorable à l'émergence d'une certaine concurrence.

Or, selon une logique économique libérale **cette concurrence devrait être protégée**, l'Etat s'abstenant de la perturber en favorisant artificiellement une catégorie d'opérateurs économiques. La conception libérale de l'économie conduit ainsi à « *attribuer les biens et les charges en fonction des mérites individuels* [rendant de ce fait indispensable la] *neutralité de l'Etat à l'égard des concurrents* »<sup>558</sup>. En matière économique, « [...] *les notions de liberté et d'égalité viennent se conforter, l'égalité économiques permettant le jeu sans entrave de la liberté de commerce et de l'industrie* [...] »<sup>559</sup>.

Cette approche économique de l'égalité et de la discrimination explique pourquoi le projet économique de réalisation du marché intérieur invite depuis son origine à garantir une certaine égalité de traitement entre les opérateurs économiques et donc à prohiber certaines discriminations<sup>560</sup>. Elle a même conduit un auteur à affirmer que, dans le cadre des libertés économiques de circulation, « *l'égalité ne s'impose pas [...] comme une valeur en soi, correspondant à un idéal de justice vers lequel tendrait le droit communautaire, mais seulement comme un moyen, jugé particulièrement efficace, d'atteindre l'objectif fondamental de libre circulation, condition de la construction du marché commun* [...] »<sup>561</sup>. En d'autres termes, la concurrence non faussée que doit assurer l'interdiction des discriminations entre les opérateurs économiques serait une condition nécessaire à la circulation de ceux-ci. L'éradication de telles discriminations devrait en effet motiver ceux-ci à circuler ou à faire circuler l'objet de leur commerce afin de se localiser dans les Etats membres où les conditions apparaissent économiquement comme les plus favorables.

**292. En conclusion**, il apparaît qu'au sein du marché intérieur, le principe de non-discrimination endosse deux fonctions interdépendantes : il garantit que soit créées les conditions d'une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques et doit, de ce fait, conduire ceux-ci à user de leur droit de circuler.

Le principe de non-discrimination doit donc permettre à la Cour de justice **de lutter contre les réglementations des Etats membres qui, faussant la concurrence entre les opérateurs économiques, empêchent leur circulation.**

---

<sup>557</sup> Nous nous attacherons par la suite à expliquer la distinction entre l'égalité formelle et l'égalité matérielle.

<sup>558</sup> Hernu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, préf. G. Soulier, L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, points 135 et 136, p. 134 et p. 135.

<sup>559</sup> Jacqué J.-P., *Le principe d'égalité en droit économique, F.I.D.E. La Haye*, 1984, II, pp. 12-13, n°3, p. 1.

<sup>560</sup> Voir en ce sens notamment : Martin Ph. « le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? » p. 628 ; Cartou L. *L'Union européenne*, 1994, p.271 ; Colin J.-P. et Sinkomodo M. « Principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit international et en droit communautaire » *Rev. du Marché Commun et de l'Union européenne*, n°364, janv. 1993, p. 36

<sup>561</sup> Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préf. M.-A. Moreau, p. 88

Après avoir rappelé la fonction économique conférée au principe de non-discrimination, il faut en cerner précisément les contours. Il s'agit ainsi à présent de déterminer **le contenu de la sanction communautaire par la discrimination** permettant donc que soit garantie la concurrence entre les opérateurs économiques au sein du marché intérieur.

## **§ II. Contenu de la sanction communautaire par la discrimination**

- 293.** Déterminer la nature des discriminations effectivement condamnées par la Cour de justice, suppose de comprendre **à quel type d'égalité la Communauté aspire** pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. C'est en effet à cette égalité que l'existence d'une pluralité juridique ne doit pas porter atteinte.

**Nous appuierons à cette fin sur les définitions classiques des différents types d'égalités et de discriminations isolés par la doctrine en philosophie et théorie du droit** afin de les confronter aux méthodes du contrôle de conformité des réglementations nationales au Traité exercé par la Cour de justice.

C'est en effet uniquement en nous départissant du lexique communautaire que nous pourrions dépasser les ambiguïtés et controverses résultant du langage de la Cour de justice, et proposer une définition claire du principe de non-discrimination outil de sanction communautaire auquel le phénomène de la pluralité juridique sera confronté.

**Afin de démontrer que le principe de non-discrimination en droit communautaire peut être défini comme prohibant de manière absolue toute réglementation à l'origine d'une inégalité de traitement injustifiée entre certains opérateurs économiques**, il sera établi que la Cour de justice **contrôle toujours le respect de l'égalité dans la loi (A.) et l'absence de discriminations matérielles (B.)**.

### **A. Le contrôle du respect de l'égalité dans la loi**

- 294.** Après avoir rappelé la définition de la notion d'égalité dans la loi (1.), nous confronterons cette notion à la jurisprudence de la Cour de justice (2.).

#### **1. La notion d'égalité dans la loi**

295. Définie de manière usuelle, l'égalité correspond à la « *qualité de ce qui est égal* »<sup>562</sup>.

Cette première approche de la notion d'égalité laisse déjà clairement apparaître qu'elle suppose de comparer deux situations au moins afin de trancher la question de leur égalité.

296. Les difficultés intrinsèques à cette exigence de **comparabilité des situations** ont été clairement mises en lumière par M. Ch. Perelman qui s'est intéressé plus particulièrement aux différentes modalités d'expression du principe d'égalité<sup>563</sup>.

L'auteur oppose l'égalité mathématique – qu'il définit comme un « *rapport purement formel entre grandeurs* »<sup>564</sup> – à l'égalité en droit, qui présenterait la particularité d'avoir nécessairement une **fonction**, à savoir la promotion de **certaines valeurs** et qui de ce fait serait « *associée à l'idée de justice* »<sup>565</sup>.

La variabilité et la relativité de ces valeurs feraient de l'égalité une notion tout aussi fondamentale que nécessairement floue. En effet, si l'égalité en droit ne saurait être un « *rapport purement formel entre grandeurs* »<sup>566</sup>, comment l'appréhender ?

L'égalité est définie « *en droit et en moral [comme] l'égalité de traitement* »<sup>567</sup>. En ce sens l'avocat général Capotorti a d'ailleurs écrit dans ses conclusions relatives à l'arrêt Rückdeschel que « *le principe de non-discrimination s'identifie avec celui de l'égalité de traitement des particuliers* »<sup>568</sup>.

Il s'agit donc d'un traitement égal entre différentes catégories juridiques qui, au regard des valeurs promues dans une société donnée à un moment donné, semble juste<sup>569</sup>.

---

<sup>562</sup> « Egalité », *Le Petit Larousse Illustré*, 1989, p. 354.

<sup>563</sup> Perelman Ch., « De la justice » in *Justice et raison*, Bruxelles, Presse Universitaire 1963, p. 21 ; du même auteur « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319 ; du même auteur *Droit, moral et philosophie*, L.D.G.J., 1976, p. 27 ; du même auteur *Ethique et droit*, éd. Université de Bruxelles, 1990, p. 55

<sup>564</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319

Sur l'impossibilité d'appréhender, en droit, l'égalité de manière absolue (aucune situation n'étant véritablement identique) et donc sur son caractère nécessairement relatif voir également notamment : Kelsen H. « Justice et droit naturel », trad. E. Mazingue, in *Le Droit naturel*, Annales de philosophie politique III, Paris puf, 1959, p. 47-48.

<sup>565</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319

<sup>566</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319

<sup>567</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319. Aristote définissait déjà la justice comme « *une égalité des rapports* » Aristote « *Ethique à Nicomaque* », Livre V, Théorie de la justice, trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire, Le livre de poche, 1992, p. 201.

<sup>568</sup> CJCE 19 octobre 1977, 117/76, 16/77, *Rec.* 1778

<sup>569</sup> Voir également la définition que Batiffol donne de la discrimination en droit international privé : « *la discrimination consiste à traiter différemment deux personnes qui sont égales au point de vue du droit considéré, c'est-à-dire ne présentant à l'égard de ce droit aucune différence susceptible de justifier un traitement différent* ». Batiffol, « Egalité et discrimination en droit interne et en droit international privé français » in *Travaux de l'association Henri Capitant, journées de Luxembourg, Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, t. XIV, 1961-1962, pp. 460-467, p. 467.

Plus qu'une règle matérielle dotée d'un contenu substantiel clairement défini, le principe d'égalité s'apparente à **une méthode de contrôle de la légitimité d'une règle de droit.**

Deux difficultés apparaissent alors :

- quelles catégories juridiques retenir ?
- quelles valeurs peuvent être défendues ?

Pour répondre à ces questions, l'auteur rappelle les **deux grandes fonctions** que peut endosser le concept d'égalité en droit, et distingue à cet effet l'égalité dans l'application de la loi, appelée également égalité devant la loi, de l'égalité dans le contenu de la loi.

**297. L'égalité dans l'application de la loi**, appelée également égalité devant la loi, garantit la **sécurité juridique**. Elle correspond à « *l'obligation d'appliquer les normes juridiques générales au cas concret, en conformité avec ce que celles-ci établissent, même s'il en résulte une discrimination* »<sup>570</sup> de fait. Il s'agit de l'obligation de respecter la règle de droit indépendamment de son contenu.

**298. L'égalité dans le contenu de la loi**, dite aussi égalité dans la loi, qui tend à s'assurer que la règle de droit « *est justifiée par des raisons objectives* »<sup>571</sup> doit permettre d'**éviter l'arbitraire**.

Cette dernière conception de l'égalité soulève évidemment de plus amples difficultés. En effet, comment juger du caractère objectivement justifié d'une règle de droit<sup>572</sup> ? Seule l'égalité mathématique présentant un réel caractère objectif<sup>573</sup>, la notion « de raisons objectives » paraît finalement nécessairement relative en matière juridique.

---

<sup>570</sup> « L'égalité », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss la dir. A.-J. Amaud, point 4, p. 223

Voir en ce sens notamment : Kelsen H., « Justice et droit naturel », in *Le Droit naturel*, Annales de philosophie politique III, Paris puf, 1959, trad. E. Mazingue, p. 52-57 ; Perelman Ch., « De la justice » in *Justice et raison*, Bruxelles, Presse Universitaire 1963, p. 21 ; du même auteur « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 36-38.

A cet égard, M. H. Kelsen remarquait que « *poser l'égalité devant la loi, c'est poser simplement que les organes d'application du droit n'ont le droit de prendre en considération que les distinctions qui sont faites dans les lois à appliquer elle-même, ce qui revient tout simplement à affirmer le principe de la régularité de l'application du droit en général ; principe qui est immanent à tout ordre juridique et le principe de la légalité de l'application des lois, qui est immanent à toute loi – en d'autres termes le principe que les normes doivent être appliquées conformément aux normes* ». Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 190.

<sup>571</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 323.

<sup>572</sup> Voir en ce sens les propos de M. J. Rivero qui remarque que « *une fois qu'on a cessé de légiférer pour tous, selon l'idéal révolutionnaire, où marquer, sans arbitraire, la limite entre le groupe qui justifie une mesure spéciale et le sous groupe qui ne la justifie pas ?* » Rivero J., « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, travaux de l'association Henri Capitant, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965

<sup>573</sup> Qu'il définit comme « *rapport purement formel entre grandeurs* » Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319.

La notion de raison objective invite en fait à évaluer la pertinence de catégories établies par la règle et du traitement différencié ou égal qui y est assorti au regard de sa **fonction**.

Cette fonction doit elle-même apparaître comme juste. Ainsi, « *une distinction sera considérée comme arbitraire, quand on ne peut indiquer de motif évident ou fonctionnel, conforme à la nature des choses, raisonnable, relevant et au moins, non déraisonnable, permettant de la justifier* »<sup>574</sup>.

Ce type d'égalité peut alors conduire à rejeter certains critères de distinction si ceux-ci semblent difficilement conciliables avec des valeurs supérieures. Il est de ce fait considéré comme « *n'impliquant évidemment pas l'égalité absolue de toutes les personnes au regard des normes juridiques générales, mais bien l'absence de discriminations basées sur des critères de distinction interdits par le droit positifs ou par des principes métapositifs* »<sup>575</sup>.

Nous en concluons que **la recherche de l'égalité dans la loi** correspond à la vérification de l'adéquation entre les moyens – l'application d'un certain régime juridique à certaines catégories juridiques – mis en œuvre par une la loi avec **l'objectif poursuivi** par celle-ci. Dans cette optique, le principe d'égalité dans la loi conduit au rejet de certains critères de distinction présumés heurter des valeurs supérieures.

Comment peut-on alors formuler de manière négative<sup>576</sup>, c'est-à-dire **en terme de discrimination**, ce principe d'égalité dans la loi ? Cette question est importante, la Cour de justice raisonnant, en libre circulation, plutôt en termes de discrimination que d'égalité.

Il est **d'abord** généralement admis<sup>577</sup> qu'une discrimination ne correspond pas seulement à un simple traitement différencié, mais à un traitement différencié **au désavantage d'une catégorie juridique que la loi entend protéger**. Cependant, comment savoir si un traitement est neutre, défavorable, ou favorable à une certaine catégorie juridique ? Quel est le critère d'appréciation à retenir ? La caractérisation d'une discrimination supposant **une appréciation critique ou de valeur sur le résultat produit par cette**

---

<sup>574</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 323.

<sup>575</sup> « L'égalité », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, 2<sup>ème</sup> éd., ss la dir. A.-J. Arnaud, pt. 4, p. 223

<sup>576</sup> Selon M. Bossuyt, « *le lien entre égalité de traitement et non-discrimination traduit l'idée selon laquelle ces deux notions sont les deux facettes d'une même réalité mais qui est formulée tantôt de manière positive tantôt de façon négative* ». Bussuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 37. Usuellement, la discrimination est définie comme une « *distinction de droit ou de fait entre individus ou groupes aboutissant à une inégalité* », « Discrimination », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, 2<sup>ème</sup> éd., ss. la dir. A.-J. Arnaud.

<sup>577</sup> D. Lochak explique ainsi que si « *étymologiquement, discriminer, c'est faire une distinction entre les objets, établir entre eux une séparation, une différenciation à partir de leurs traits distinctifs, [...] aujourd'hui, toutefois, le mot discrimination se charge d'une connotation négative. [...] L'adjectif « discriminatoire » désigne ainsi exclusivement un comportement ou un acte qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment* ». Lochak (D.) « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, n° 11, p 778.



**différenciation**, un auteur a clairement mis en lumière l'importance des rapports qu'entretiennent les notions d'égalité et de valeur<sup>578</sup> en relevant, comme nous l'avons déjà évoqué, que **la recherche de l'égalité dans la loi tend en fait tout simplement à la promotion de certaines valeurs**. En d'autres termes, les valeurs promues par une société expliquent le type spécifique de discrimination sanctionnée (les discriminations en raison de la nationalité, de la race, du sexe etc.), et permettent de juger du caractère favorable ou défavorable du traitement différencié proposé par la loi.

**Le principe de non-discrimination, lorsqu'il tend à réaliser l'égalité dans la loi conduit ensuite à lutter contre l'arbitraire législatif**, c'est-à-dire à s'assurer du caractère justifier la loi au regard de son objet propre. Il conduit donc à interdire « *la distinction ou la différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite parce que illégitime* »<sup>579</sup>.

Une règle de droit est donc conforme au principe d'égalité dans la loi et donc non discriminatoire, si elle n'est pas arbitraire, c'est-à-dire si le régime juridique qu'elle attribue à une catégorie juridique est bien justifié au regard de l'objectif poursuivi par la règle.

## 2. Le contrôle effectué par la Cour de justice

**299.** Il convient à présent de confronter ces définitions de l'égalité et de la non-discrimination à la jurisprudence de la Cour de justice afin d'identifier le type d'égalité qu'elle cherche à garantir pour le bon fonctionnement du marché intérieur.

**300. Deux arguments** importants démontrent que la Cour de justice use du principe de non-discrimination afin de s'assurer du respect de l'égalité dans la loi.

**D'une part**, l'article 12 du Traité vise expressément l'interdiction d'un **type particulier** de discrimination. Il ne semble pas condamner tout type de discrimination mais uniquement celle fondée sur la nationalité.

Il convient néanmoins aussitôt de préciser que l'application du principe de la non-discrimination tel qu'il résulte de l'article 12 du Traité, à toutes les libertés de circulation,

---

<sup>578</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319 à 326.

<sup>579</sup> Lochak D. « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, n° 11, p 778. L'auteur considère de ce fait qu'il faut toujours prendre en considération trois éléments pour pouvoir se prononcer sur l'existence d'une discrimination : « *le premier élément, ce sont les personnes ou les groupes qui font l'objet d'une différence de traitement, ou encore le critère de la distinction opérée ; le second, c'est le domaine dans lequel cette différence de traitement intervient ; le troisième, c'est la justification de cette différence, son adéquation ou sa non adéquation au but poursuivi* ». Lochak D. « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, n° 11, p 778, p. 779.

conduit la Cour à interpréter très soupagement la notion de **nationalité** en ces matières<sup>580</sup>. Le principe de non-discrimination constitue en fait plutôt une interdiction des discriminations en raison du **rattachement de l'objet de la réglementation à un autre Etat membre** que celui dont la réglementation émane : origine de la marchandise, nationalité du travailleur salarié, lieu d'obtention d'un diplôme, lieu de constitution d'une société etc. L'article 39 du Traité condamne également expressément « *toute discrimination fondée sur la nationalité* ».

La nationalité – c'est-à-dire en fait, le rattachement à un autre Etat membre – peut alors apparaître comme le critère de distinction interdit par le droit des libertés de circulation, ou au moins comme le critère permettant de présumer le caractère discriminatoire d'une règle de droit. Or, l'égalité dans la loi est également définie comme « *impliquant [...] l'absence de discriminations basées sur des critères de distinction interdits par le droit positifs ou par des principes métopositifs* »<sup>581</sup>. Il s'agit donc bien de l'étude du contenu de la loi et du rejet de principe de certains critères de distinction.

**D'autre part**, en matière de libre circulation, si les articles du traité CE interdisent toujours les discriminations<sup>582</sup>, ils envisagent tous **des possibilités de justifications**.

L'article 30 en libre circulation des marchandises, l'article 39 en libre circulation des travailleurs, l'article 46 en liberté d'établissement ou encore l'article 55 en libre prestation de services, permettent d'établir la conformité d'une règle de droit au droit communautaire si celle-ci se justifie pour des raisons d'ordre public, de santé public ou encore de sécurité public<sup>583</sup>. La Cour de justice a, en outre, développé d'autres facultés de justifications visées sous les termes d'exigences impératives et de raisons impérieuses d'intérêt général.

Dans le cadre de son étude des justifications, la Cour de justice vérifie toujours que les moyens mis en œuvre par la règle de droit national sont bien aptes à atteindre la réalisation de l'objectif poursuivi. Elle contrôle ainsi que la règle **est nécessaire et proportionnée**. Pour être conforme au traité CE, la réglementation soumise à son appréciation doit être, selon la formulation récurrente de la Cour, « *proportionnée à l'objectif poursuivi et [...] cet objectif [ne doit pas pouvoir] être atteint par des mesures*

---

<sup>580</sup> En ce sens voir notamment Pescatore P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la CJCE » in *Mélanges G. Van der Meersch*, t. II, p. 330 ; ou encore l'arrêt Kraus de la Cour de justice (CJCE 31/3/93, « Kraus », 12/92, *Rec.* 1663) qui révèle clairement que le critère de la nationalité, entendue comme « *le lien juridique et politique, défini par la loi d'un Etat, unissant un individu audit Etat* » (Cornu G., *Vocabulaire juridique* Puf, 8<sup>ème</sup> éd. 2007) est trop réducteur lorsque le principe de non-discrimination est mis en œuvre dans le domaines des libertés de circulation : dans cet arrêt la Cour de justice a condamné une **réglementation allemande**, contestée par **un ressortissant allemand**, qui s'appliquait certes à toute personne indépendamment de sa nationalité mais prévoyait un régime spécial dès lors qu'un titre universitaire avait été acquis au sein d'un Etat étranger. Il faut en déduire que la Cour de justice cherche en fait à protéger de manière générale, l'**opérateur économique qui circule** en lui assurant une égalité de traitement, dans l'exercice de son activité économique, avec celui qui ne circule pas, indépendamment de sa nationalité.

<sup>581</sup> L'« égalité », Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss la dir. A.-J. Arnaud, point 4, p. 223

<sup>582</sup> ... ainsi que les simples restrictions aux échanges lorsque l'on ne constate pas d'inégalité de traitement.

<sup>583</sup> En libre circulation des marchandises, la liste de l'article 30 du traité est plus longue.

*restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires* »<sup>584</sup>. La Cour de justice ne sanctionne donc pas une réglementation générant **une différence de traitement** sans avoir étudié ses objectifs et la pertinence de cette différence de traitement au regard de cet objectif. Ce constat permet d'affirmer que **la méthode du contrôle de conformité employée par la Cour de justice**, qui la conduit à s'attacher au contenu de la règle et à mettre en relation les moyens mis en œuvre par la loi avec son objet, **s'apparente à la notion d'égalité dans la loi** telle qu'elle nous l'avons définie<sup>585</sup>.

301. Ainsi, pour s'assurer que les règles de droit national ne faussent pas la concurrence entre les opérateurs économiques, la Cour de justice **condamne celles qui sont arbitraires** c'est-à-dire celles qui créent des **inégalités de traitement**<sup>586</sup> entre les opérateurs économiques et **qui ne se justifient pas** pour la défense de la valeur supérieure que protège la règle de droit<sup>587</sup>.

**Il se dégage donc de la méthode du contrôle de conformité de la Cour de justice qu'elle tend, lorsqu'elle sanctionne les inégalités des traitements générées par une loi, à garantir l'égalité dans la loi entre les opérateurs économiques afin qu'il puisse s'exercer entre eux une concurrence non faussée.**

Reste alors à déterminer si, lorsqu'elle étudie le contenu de la règle de droit, la Cour procède au contrôle de l'absence de discrimination dite formelle ou de discrimination dite matérielle.

## **B. Le contrôle des discriminations matérielles**

302. La recherche des inégalités de traitement effectivement sanctionnées par la Cour de justice invite à présent à formuler la notion d'égalité de façon **négative**<sup>588</sup> car si *« l'égalité apparaît dans la jurisprudence de la Cour comme un fondement et une finalité,*

---

<sup>584</sup> Formule générale, tirée ici de l'arrêt « Guimont », CJCE 5 décembre 2000, 448/98, *Rec.* 10663, point 27.

<sup>585</sup> Selon M. Ch. Perelman l'objet du contrôle du respect de l'égalité dans la loi est effectivement d'apprécier si la règle de droit, qui crée une différence de traitement, *« est justifiée par des raisons objectives »*. Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 323.

<sup>586</sup> M. Ch. Perelman définit l'égalité *« en droit et en moral [comme] l'égalité de traitement »* Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319.

<sup>587</sup> La règle de droit doit être *« [...] justifiée par des raisons [dites] objectives »* au regard de l'objet de la loi. Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 323.

<sup>588</sup> On rappelle que *« l'apparition du terme discrimination dans le langage du droit ne constitue pas à proprement parler un enrichissement du droit au fond. Il représente en fait une réaffirmation du principe d'égalité sous la forme négative du principe de la non-discrimination. Tout ce qui procède de l'idée de non discrimination peut être en effet rattaché au principe d'égalité [...] »*. « Discrimination », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss la dir. A.-J. Arnaud, p. 185, point 2. Dans le même sens, voir également : Bossuyt « L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme », Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 37.

[...] **la non-discrimination** est conçue comme un instrument au service de sa réalisation effective »<sup>589</sup>.

Il s'agit ici pour nous de faire **un choix terminologique** afin de pouvoir dépasser les difficultés engendrées par le langage extrêmement fluctuant de la Cour de justice.

Nous retiendrons une des distinctions proposée en théorie et en philosophie du droit, à savoir la distinction entre discrimination matérielle et formelle. Celle-ci particulièrement claire permet en effet d'analyser les décisions de la Cour de justice.

## 1. Le choix de la distinction discrimination matérielle / discrimination formelle

**303.** En doctrine, l'approche théorique de la notion de discrimination conduit à distinguer clairement deux types de discriminations :

- la discrimination matérielle ;
- la discrimination formelle.

Tandis que la discrimination formelle correspondrait au recours **exprès dans la formulation même de la loi à un critère de distinction prohibé**<sup>590</sup>, la discrimination matérielle serait une **inégalité de traitement injustifiée révélée par la mise en œuvre de la loi**<sup>591</sup> c'est-à-dire une atteinte au principe de l'égalité dans la loi.

**Une telle définition de la discrimination matérielle implique donc qu'elle ne puisse jamais être justifiée. Elle est dès lors nécessairement prohibée de façon absolue.**

## 2. Les difficultés terminologiques

---

<sup>589</sup> Molinier J. « Le principe d'égalité » in *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, p. 233-249, p. 239.

<sup>590</sup> Selon M. R. Hernu le principe de non-discrimination peut être défini en contemplation de la conception formelle de l'égalité et dès lors « indiquer les limites de la possibilité de classer les situations par l'**interdiction de critères de différenciation** (tels que la race, la nationalité, le sexe, les opinions) qui vise à garantir le respect des valeurs essentielles sur lesquelles repose l'ordre juridique » Hernu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, préface G. Soulier, L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, pt. 18, p. 15

Pour sa part Mme M.-P. Puljak retient le terme de discrimination directe. Elle l'oppose à la discrimination indirecte « qui, par application d'autres critères, aboutit au même résultat qu'une discrimination ostensible fondée sur la nationalité ». Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 23, p. 35.

<sup>591</sup> En effet, comme le remarque M. K. Lenaerts, « l'aspect formel [de la réglementation] est neutre en ce qui concerne la seule véritable discrimination que la Cour reconnaît en tant que telle, à savoir, la discrimination matérielle ». Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p. 3 pt. 10, p. 12.

Egalement en ce sens, voir notamment : Waelbroeck M., « Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de justice » *Liber amicorum Frédéric Dumont*, Kluwer, Anvers, 1983, II, p. 1329

**304.** Malheureusement, le langage de la Cour de justice ne traduit pas cette distinction claire entre ces deux notions. La Cour évoque tantôt le cas des « formes dissimulées de discrimination »<sup>592</sup> qu'elle oppose aux « discriminations ostensibles fondées sur la nationalité », tantôt celui des « discriminations indirectes »<sup>593</sup> – s'opposant au cas de discriminations directes, tantôt encore l'opposition entre « discrimination en fait ou en droit »<sup>594</sup>. Elle a également développé la notion de « mesure indistinctement applicable »<sup>595</sup>, sans la définir, et s'interroge parfois de manière générale sur le point de savoir si une réglementation désavantage ou discrimine certains opérateurs économiques sans s'appuyer explicitement sur le concept de discrimination<sup>596</sup>.

**305.** Le langage de la doctrine ne se révèle pas toujours plus limpide. Ainsi, tandis que bon nombre d'auteurs assimilent les cas « de discrimination indirecte, dissimulée ou de fait »<sup>597</sup> qu'ils opposent aux discriminations « directes »<sup>598</sup> ou « ostensibles » et « formelles », d'autres proposent de distinguer ces notions<sup>599</sup>.

<sup>592</sup> Voir notamment en ce sens : CJCE 15 février 1974, Sotgiu, 152/73, Rec. 753, pt. 11 ; CJCE 1977, Thieffry, Rec. 765, pts. 13 et 14 ; CJCE 1979, Toia 237/78, Rec. 2645, pt. 12 ; CJCE 1982, Seco, aff. jtes. 62/81 et 63/81, Rec. 223, pt. 8 ; CJCE 1990, Biehl, 175/88, rec. 1779, pt. 13, CJCE 1993, Commerzbank, 330/91, rec. 4017, pt. 14 ; CJCE 1995, Schumacker, 279/93, Rec. 225, pt. 26 ; CJCE 1996, O'Flynn, 237/94, Rec. 2617, pt. 17 ; CJCE 1997, Mora Romero, 131/96, Rec. 3659, pt. 32 ; CJCE 2000, Allemagne c/ Commission, 156/98, Rec. 6857, pt. 83 CJCE 15 février 1974, Sotgiu, 152/73, Rec. 753, pt. 11

Pour une autre illustration des difficultés terminologiques : « Par discrimination **manifeste** nous entendons une discrimination trouvant son expression dans la législation elle-même, c'est-à-dire dans une législation qui applique expressément des conditions différentes aux ressortissants d'un autre Etat membre. Par discrimination **déguisée** nous entendons donc une discrimination résultant d'une législation qui applique apparemment les mêmes conditions, conditions ayant toutefois pour effet de désavantager les ressortissants d'une autre Etat membre ou les personnes qui y résident ». CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. 4221, conclusions de l'Avocat Général M. Jacobs, pt. 19.

<sup>593</sup> Voir notamment en ce sens : CJCE 1988, Stanton, 143/87, Rec. 3877, pt. 9 ; CJCE 1999, Terhoeve, Rec. 345, pt. 41 ; CJCE 1998, Clean Car Auto Service, 350/96, Rec. 2521, pt. 30 ; CJCE 1999 Ciola, 224/97, Rec. 2517, pt. 13 ; CJCE 2000, Graf, 190/98, Rec. 493, pt. 18.

<sup>594</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff. 267/91 et 268/91, Rec. 16097, pt. 16.

De façon générale, voir à ce sujet Gerkrath Jörg, « Egalité de traitement » in *Rep. communautaire Dalloz*, janvier 2002, spé. points 31 à 33. La lutte contre la discrimination en droit et en fait est aussi largement évoquée en libre circulation des marchandises.

<sup>595</sup> Voir notamment : CJCE 25 juillet 1991 Säger, 76/90, Rec. 4221 (libre prestation de services) ; CJCE, 17 juin 1981, Souvenir d'Irlande, Rec. I.1625, pt. 10 (libre circulation des marchandises).

<sup>596</sup> CJCE 1985 Leclerc c/ Au blé vert, 229/83, Rec. 1, pt. 29 ; CJCE 1995, Svensson, 484/93, Rec. 3955, pt. 15 ; CJCE 1997, Pistre, 321/94 et 324/94, Rec. 2343, pt. 52.

<sup>597</sup> Fallon M. *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> éd. Bruylant, 2002, p. 66 ;

Pour une autre illustration d'une certaine interchangeabilité dans l'utilisation de ces termes en doctrine : « L'article 12 CE ainsi que les dispositions spéciales du traité qui font application de ce principe, interdisent les discriminations exercées **directement** en raison de la nationalité. Prohibant la **différenciation objective** entre les nationaux de différents Etats membres, ils postulent l'assimilation de l'étranger au national. Une mesure nationale est donc discriminatoire si elle impose à un ressortissant d'un autre Etat membre un traitement différencié ou le place dans une situation de droit désavantageuse par rapport à la situation offerte à un national dans les mêmes circonstances. Le droit communautaire prohibe également les **discrimination indirectes** qui, par application **d'autres critères**, aboutit au même résultat qu'une **discrimination ostensible fondée sur la nationalité** ». Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 23, p. 35.

<sup>598</sup> Voir en ce sens les propos de M. F. Viangalli qui oppose uniquement la discrimination indirecte, qu'il définit comme une mesure dont l'effet discriminatoire « n'est perceptible que dans les faits, et ne surgit pas à la lecture du dispositif de la norme » à la discrimination directe définie par comme celle « procédant de l'emploi dans une réglementation d'un critère de distinction explicitement fondé sur la nationalité ». Viangalli F., *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004, pt. 52.

<sup>599</sup> En ce sens voir par exemple : Defalque L., « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », *C.D.E.* 1987, pp. 471-491, sp. p. 472 ; Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p. 3, pt. 10, p. 12. Cet auteur renvoie également aux propos de M. Waëlbroeck, « Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de justice » *Liber amicorum Frédéric Dumont*, Kluwer, Anvers, 1983, II, p. 1329 ; Hemu R. *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de*

A titre d'exemple on peut citer la complexe typologie des discriminations à laquelle procède M. K. Lenaerts<sup>600</sup>. L'auteur isole ainsi trois cas de discrimination :

- la discrimination directe qui correspondrait au cas dans lequel « *une réglementation [...] applique un critère de distinction prohibé ou soumet des cas différents à une réglementation formellement identique* » ;
- la discrimination indirecte correspondant au cas d'une réglementation « *n'appliquant pas de critère de distinction prohibé [...] mais d'autres critères de distinction dont les effets sont identiques ou du moins analogues à ceux auxquels aboutirait l'application du critère de distinction prohibé, ou encore [d'une réglementation établissant] une distinction purement formelle de cas différents mais leur appliquant en réalité un traitement identique* » ;
- la discrimination matérielle correspondant à une réglementation qui indépendamment du critère de distinction retenu « *traite de manière différente des situations similaires [ou] de manière identique des situations différentes* »

Il se révèle pour le moins épineux de saisir exactement les nuances entre ces différents types de discrimination.

### 3. Confrontation des notions retenues à la jurisprudence de la Cour

**306.** Notre recherche des discriminations effectivement sanctionnées par la Cour de justice invite à dépasser ces difficultés terminologiques et à cerner si la Cour condamne les réglementations nationales du fait de leur formulation<sup>601</sup> ou également ou peut-être même **exclusivement** du fait de **l'effet produit par leur mise en œuvre** au cas concret.

**307.** Trois éléments nous permettent d'affirmer que la Cour ne sanctionne que les seules discriminations matérielles.

---

*justice des communautés européennes*, préface G. Soulier, L.D.G.J., Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003, points 11 et ss. p. 10.

<sup>600</sup> Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p. 3.

Voir encore récemment pour une distinction assez complexe des discriminations : Dubout E. *L'article 13 du traité CE, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruylant 2006, p. 822. L'auteur distingue la discrimination formelle qu'il définit comme « *un traitement arbitrairement différent de situations identiques* », la discrimination matérielle qui consisterait en un « *traitement arbitrairement différent de situations identiques ou un traitement arbitrairement identique de situations différentes* », la discrimination directe qui serait « *une mesure directement fondée sur un motif prohibé de discrimination* », la discrimination indirecte consistant en une « *mesure fondée sur un critère apparemment neutre mais aboutissant en pratique à désavantager en particulier des personnes appartenant à une catégorie protégée* ».

<sup>601</sup> La Cour de justice parle parfois à cet égard de discrimination révélée « *sur la base d'analyses purement juridiques* » CJCE 8 avril 1976, G. Defrenne<sup>o</sup>2, 43/75, *Rec.* 455, pt. 21.

**308. Premièrement**, le principe communautaire de l'**effet utile**, ainsi que celui de l'efficacité des dispositions du traité CE devraient guider la Cour vers la condamnation des seules réelles discriminations, c'est-à-dire de celles créées ou révélées par l'application de la règle de droit au cas d'espèce, indépendamment de la question de la forme de la loi<sup>602</sup>. Il s'agit en effet de conférer des **droits effectifs**<sup>603</sup> aux opérateurs économiques communautaires.

**309. Deuxièmement**, la Cour de justice admet qu'une discrimination formelle c'est-à-dire une inégalité de traitement engendrée par une règle de droit retenant la nationalité comme critère d'application puisse être justifiée. En d'autres termes, la Cour ne **condamne** que les seules discriminations matérielles.

En ce sens, M. K. Lenaerts<sup>604</sup> a pu remarquer que « [...] dans des cas exceptionnels, la Cour a admis qu'une distinction exercée à raison de la nationalité des sujets de droit au moyen d'une réglementation nationale conforme au droit communautaire ne constituait pas une discrimination au sens matériel prohibée par l'article 7 du traité parce que cette distinction correspond à une différence objective entre les sujets de droit qui apparaît de la teneur de la réglementation en cause »<sup>605</sup>. Ainsi la Cour de justice a-t-elle pu considérer qu'une réglementation allemande sanctionnant plus lourdement les ressortissants des autres Etats membres que les Allemands du fait de ne pas détenir de passeport national valide ou un document équivalent sur le territoire allemand ne générerait pas d'inégalité de traitement. En effet, selon la Cour en cette matière, les ressortissants des autres Etats membres « ne sauraient être, purement et simplement, assimilés aux nationaux de l'Etat de séjour »<sup>606</sup>. Le critère de distinction retenu par la loi – la nationalité – ne suffisait donc pas à caractériser la discrimination.

La Cour a déjà également affirmé qu'une réglementation retenant un critère relatif à la nationalité ou le rattachement à un Etat membre de façon générale pouvait encore se trouver justifiée par le fait qu'elle ait pour objet « la sauvegarde de l'identité nationale »<sup>607</sup>.

---

<sup>602</sup> En ce sens, voir notamment les écrits de M. Olivier de Schutter qui relève que l'exigence de non-discrimination conduit à ne pas condamner la seule « discrimination dite **directe** ou **ouverte**, c'est-à-dire qui, étant inscrite dans telle réglementation ou telle pratique est susceptible d'être repérée **indépendamment même de l'application** dont la réglementation va faire l'objet ou de la façon dont la pratique est mise en œuvre ». de Schutter O., « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Union européenne et nationalité*, sous la dir. E. Bibiosa, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 13-44, pt. 4, p. 14.

<sup>603</sup> Voir par exemple l'arrêt Kraus dans lequel la Cour de justice a rappelé que les dispositions du traité relatives à la libre circulation interdisent à un Etat membre de « **refuser à une personne relevant du droit communautaire le bénéfice effectif des libertés garanties par le traité** ». (nous soulignons) CJCE 31 mars 1993, 12/92, *Rec.* 1663, point 30.

<sup>604</sup> Voir également en ce sens Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette,

<sup>605</sup> Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p. 3, pt. 6, p. 9.

<sup>606</sup> CJCE 14 juillet 1977, 8/77, *Rec.* 1495, pt. 11.

<sup>607</sup> Dans l'arrêt *Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg*, la Cour de justice a admis qu'il est possible de justifier une règle de droit par « la sauvegarde de l'identité nationale des Etats membres [qui] constitue un but légitime respecté par l'ordre juridique communautaire (ainsi que le reconnaît d'ailleurs l'article F, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne) [...] ». La Cour précise cependant en l'espèce qu'un tel motif, bien que légitime, ne permet d'exclure « à titre général » les

En libre circulation des travailleurs, la Cour de justice a aussi admis la conformité au droit communautaire de réglementations nationales réservant l'accès à certains emplois dans l'administration publique aux seuls nationaux dès lors que ces emplois « *comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques, et supposent ainsi, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'Etat ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité* »<sup>608</sup>.

**Troisièmement**, dès 1963, la Cour de justice a donné une définition du principe de non-discrimination démontrant que celle-ci dépassait la condamnation des simples discriminations formelles lorsqu'elle a affirmé que : « *le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination ; [...] une apparence de **discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle**, ; [...] la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* »<sup>609</sup>. De manière répétée la Cour affirme depuis condamner « *toute forme dissimulée de discrimination qui par application d'autres critères de distinction [que la nationalité] aboutissent en fait au même résultat* »<sup>610</sup>. Elle ne limite donc pas son contrôle à l'examen du critère formel retenu par la réglementation en cause et s'attache en fait à **l'effet produit** par la réglementation. Elle retient donc, sans aucun doute, « *le concept de discrimination matérielle comme base d'une sanction juridictionnelle d'une éventuelle violation du principe d'égalité* »<sup>611</sup>.

**310. Proposition.** – La Cour ne sanctionnant que les seules discriminations matérielles, nous considérons, **afin de clarifier le langage juridique**, qu'il serait préférable de substituer au terme de discrimination formelle, celui de **distinction** formelle.

---

ressortissants d'autres Etats membre de l'accès aux emplois de fonctionnaires. CJCE, 2 juillet 1996, Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg, *Rec.* 3207, point 35.

Dans le même sens, la Cour a jugé conforme au droit communautaire des réglementations – contenant une clause dite de nationalité – ou pratiques « *excluant les joueurs étrangers de certaines rencontres pour des motifs non économiques, tenant au caractère et au cadre spécifiques de ces rencontres et intéressant donc uniquement le sport en tant que tel, comme il en est des matchs entre équipes nationales de différents pays* ». CJCE 14 juillet 1976, Donà, 13/76, *Rec.* 1333, pts. 14 et 15 ; dans le même sens : CJCE 15 décembre 1995, Bosman, 415/93, *Rec.* 4921, pts 76 et 127 ; CJCE 11 avril 2000 Deliège 51/96, *Rec.* 2549, pt. 43.

<sup>608</sup> CJCE 17 décembre 1980, Commission c/ Belgique, 149/79, *Rec.* 3881, pt. 3.

<sup>609</sup> CJCE 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne/ Commission de la CEE, 13/63, *Rec.* 334.

<sup>610</sup> CJCE, 12 février 1974, Sotgiu c/Deutsch Bundespost, aff. 152/73, *Rec.* 153. Dans les conclusions de l'arrêt Van Binsbergen, à l'occasion duquel la Cour de justice applique la jurisprudence Sotgiu en matière de libre prestation de services, l'Avocat général Henri Mayras donne une définition particulièrement claire de la notion de discrimination déguisée : il considère qu'une telle discrimination est établie lorsque, « *sans exiger aucune condition de nationalité, la loi ou la réglementation interne subordonne le bénéfice de prestations ou d'avantages liés à l'emploi, au lieu de naissance ou la résidence effective sur le territoire national, de telle manière qu'en fait le bénéfice en soit réservé aux nationaux et ne puissent sauf exception, profiter aux ressortissants des autres Etats membres* ». CJCE 3 décembre 1974, 33/74, *Rec.* 1299. Ainsi, dans l'affaire Van Binsbergen, la Cour affirme-t-elle que l'article 59 «  *vise à l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire de services en raison de la nationalité ou de la circonstance qu'il se trouve établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie* ». CJCE 3 décembre 1974, 33/74, *Rec.* 1299, pt. 25.

(voir également en ce sens CJCE 13 décembre 1972, Marsmann, 44/72, *Rec.* 1248)

<sup>611</sup> Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire », *C.D.E.* 1991 p 3 pt. 7, p. 9



Le terme « discrimination » serait ainsi réservé aux seules discriminations effectivement condamnées, les discriminations matérielles. En effet, il résulte de la définition de la discrimination matérielle que celle-ci ne se déduit **que de la seule mise en œuvre** de la loi, indépendamment du critère de distinction formellement retenu. Ainsi, lorsque le droit communautaire tend à éradiquer les discriminations matérielles fondées sur la nationalité, le fait qu'une loi retienne comme critère de distinction la nationalité, ne pourra que faire **présumer une discrimination matérielle**. Seule l'application concrète de la loi pourra révéler si elle génère véritablement une inégalité de traitement injustifiée au détriment des opérateurs économiques circulant.

En 1961, l'avocat général Lagrange exposait clairement cette idée aux Etats membres en indiquant que « *dans le traité de Rome [...] la discrimination est interdite par elle-même, toujours et de manière absolue. C'est la règle d'or, la règle qui revient toujours, du principe de la non-discrimination qu'on ne cesse d'entendre proclamer.[...] Alors je crois qu'il faut simplement s'entendre sur les mots. Autrement dit : ce qui, je dirais pour vous nationaux, est une discrimination légitime, eh bien pour nous est de la non-discrimination* »<sup>612</sup>.

Nous pensons donc que le terme de discrimination devrait être abandonné pour désigner la discrimination formelle. En effet, déduite du recours dans la formulation d'une règle à un critère en rapport avec le rattachement d'un opérateur économique à un Etat membre, la discrimination formelle ne permet que d'établir une **présomption simple** de discrimination matérielle.

**311. Définition de la discrimination sanctionnée en droit communautaire.** – La confrontation des définitions des notions d'égalités et de discriminations retenues en théorie générale du droit à la jurisprudence de la Cour de justice nous permet donc à présent de proposer une définition efficiente du principe de non-discrimination objet de sanction.

Aspirant à garantir le respect de l'égalité dans la loi, la Cour de justice condamne toutes les discriminations matérielles, c'est-à-dire les règles de droit national qui créent, **de fait, des inégalités de traitement injustifiées au regard de l'objet de la règle entre certains opérateurs économiques**.

Deux éléments caractérisent donc la discrimination sanctionnée par le droit communautaire :

- l'inégalité de traitement qu'elle engendre ;

---

<sup>612</sup> Lagrange M., « Intervention » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées de Luxembourg des 31 mai au 4 juin 1961, travaux de l'association Henri Capitant, tome XIV, Paris, 1965, Dalloz, pp. 427-428.

- son caractère injustifié au regard de son objet.

Le principe de non-discrimination ainsi appréhendé est indispensable au fonctionnement du marché intérieur. Il est en effet un des garants de l'existence d'un espace économique au sein duquel **la concurrence n'est pas faussée et donc, au sein duquel les opérateurs économiques peuvent effectivement circuler librement.**

Les discriminations matérielles que la Cour de justice condamne se déduisent nécessairement de l'étude des justifications de la règle. Par conséquent, ces discriminations ne peuvent jamais être conformes au droit communautaire<sup>613</sup>.

Ainsi, l'importance de sa fonction, et les modalités de sa mise en œuvre, expliquent que la prohibition des discriminations – matérielles – constitue, en droit communautaire, une **interdiction absolue.**

**312. En conclusion, la force du principe de non-discrimination telle que nous l'avons défini conduit à rejeter toute possibilité de concilier discrimination matérielle et droit du marché intérieur.**

**Or, la pluralité juridique n'est-elle pas par essence une source de discrimination matérielle ?** En effet, en l'absence d'harmonisation, les opérateurs économiques de la Communauté restent le plus souvent soumis, chacun sur leur territoire, à des législations nationales qui peuvent être divergentes et ce faisant entraînent des différences de traitement au sein du marché intérieur. Cette constatation permettrait-elle d'affirmer que la pluralité juridique pourrait engendrer des discriminations violant le droit du marché intérieur ?

## Section II

### Identification des discriminations liées à la pluralité juridique

**313.** En l'absence de mesure d'harmonisation complète, les Etats membres restent compétents pour légiférer. Or, de cet exercice légal de leur compétence, il résulte une pluralité juridique, c'est-à-dire une multitude de réglementations variées, souvent liées aux traditions et à la culture nationale.

Tous les opérateurs économiques de la Communauté européenne ne sont donc pas assujettis aux mêmes règles de droit. Cet état de fait peut-il être appréhendé comme une

---

<sup>613</sup> Voir en ce sens quoique de manière moins tranchée, les propos de M. M. Fallon qui se demande si « *une mesure qualifiée de discriminatoire [peut-être] compatible avec le traité CE si elle se justifie par une raison légitime d'intérêt général ? [...] Il est malaisé de différencier l'examen de cette exception de celui du caractère discriminatoire même de la mesure* » Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2002, p. 68.

violation du principe de non-discrimination, ou générer une telle violation ? Le principe de non-discrimination, garant d'une **concurrence non faussée** au sein de la Communauté, s'oppose-t-il aux différences de traitement liées à l'absence d'uniformisation des droits nationaux ?

Le principe de non-discrimination tel que nous l'avons défini condamne les règles de droit créant, de fait, **des inégalités de traitement injustifiées, entre les opérateurs économiques usant de leur droit de circulation et ceux n'en n'usant pas.**

La discrimination se déduit donc, on l'a vu, de la réunion de **deux** éléments :

- une **inégalité de traitement** – c'est-à-dire le constat une différence de traitement, d'un point de vue économique, **en la défaveur des opérateurs économiques ayant fait usage des libertés de circulation**<sup>614</sup> ;
- le **caractère injustifié de cette inégalité de traitement** – au regard de l'objet de la loi nationale.

Quel est alors **l'impact de la pluralité juridique sur chacun de ces deux éléments** ?

Nous jugerons donc du rôle de la **pluralité juridique** tant dans l'existence d'**inégalités de traitement** appréhendées par le principe de non-discrimination (§ I.), que dans l'établissement du **caractère injustifié des règles de droit** créant de telles inégalités de traitement (§ II).

## **§ I. Pluralité juridique et inégalité de traitement**

**314. Définition de l'inégalité de traitement appréhendée par le principe de non-discrimination.** – Au regard de la fonction économique assumée par le principe de non-discrimination en matière de libertés de circulation et de la méthode de sanction adoptée par la Cour de justice, il est possible d'affirmer qu'une inégalité de traitement sanctionnée par le principe de non-discrimination est constituée lorsqu'une réglementation **traite**, d'un point de vue économique, **défavorablement l'opérateur économique ayant usé des libertés de circulation** par rapport à celui n'en n'ayant pas fait usage. Aussi faut-il se demander **dans quelle hypothèse, la pluralité juridique pourrait participer à ce que la loi génère une telle inégalité de traitement.**

---

<sup>614</sup> Rappelons encore une fois que si « *étymologiquement, discriminer, c'est faire une distinction entre les objets, établir entre eux une séparation, une différenciation à partir de leurs traits distinctifs, [...] aujourd'hui, toutefois, le mot discrimination se charge d'une connotation négative. [...] L'adjectif « discriminatoire» désigne ainsi exclusivement un comportement ou un acte qui tend à distinguer un groupe humain ou une personne des autres, à son détriment* ». Lochak D. « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, n° 11, p. 778.

**315. La pluralité juridique est caractérisée par** l'existence de lois éventuellement **divergentes** et, en tout état de cause,  **multiples** au sein du marché intérieur<sup>615</sup>.

Il convient donc ici de se demander comment la diversité de lois et/ou la multiplicité des lois peuvent engendrer des inégalités de traitement qui seraient appréhendées par le principe de non-discrimination.

Remarquons immédiatement que la **diversité**<sup>616</sup> des réglementations des Etats membres peut placer les opérateurs économiques au sein de la Communauté dans des situations différentes. En ce qui concerne la multiplicité des lois, l'opérateur économique circulant ou faisant circuler l'objet de son commerce, peut, dans certaines hypothèses, se voir **appliquer successivement** les lois des différents Etats membres au sein desquels il exerce son activité économique, à la différence de l'opérateur économique qui n'est actif qu'au sein d'un seul Etat membre.

Pour autant, ces **différences de traitement liées à l'existence d'une pluralité juridique sont-elles assimilables à des inégalités**<sup>617</sup> **de traitement appréhendées par le principe communautaire de non-discrimination ?**

Nous démontrerons que la Cour de justice considère que **les inégalités de traitement que peut générer la seule diversité juridique sont exclues du champ d'application du principe non-discrimination (A)**. En revanche, elle a déjà pu affirmer que **l'application successive de certaines lois des Etats membres pouvait effectivement engendrer des inégalités de traitement appréhendées par le principe de non-discrimination (B)**.

#### **A. L'exclusion du champ d'application du principe de non-discrimination des inégalités de traitement engendrées par la seule diversité juridique**

**316.** Il est indéniable que, au sein du marché intérieur, « *la disparité entre les législations nationales des Etats membres [peut] faire naître des inégalités de traitement entre nationaux et étrangers [...]* »<sup>618</sup>. Tous les opérateurs économiques ne sont en effet pas soumis aux mêmes réglementations et certaines d'entre elles encadrent certainement plus strictement que d'autres l'exercice d'activités économiques. Pour autant, ce constat suffit-il à affirmer que la disparité des droits des Etats membres au sein du marché intérieur serait génératrice d'une violation du principe de non-discrimination ?

---

<sup>615</sup> Voir notre introduction

<sup>616</sup> La diversité est définie comme ce « *qui ne s'accorde pas, [est] différent, éloigné, opposé* ». *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. Le Robert 2008.

<sup>617</sup> Selon la définition qu'en donne *Le Petit Larousse Illustré*, l'inégalité est « *le caractère, l'état de choses ou de personnes inégales entre elles* ». Le terme « inégal » est défini comme ce « *qui n'est pas égal, par rapport à quelque chose ou à quelqu'un d'autre* », et le terme « égal » comme ce qui est « *semblable en nature, en quantité, en qualité, en valeur* ».

<sup>618</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 39.

317. Une interrogation préliminaire s'impose : les arrêts de la Cour de justice relatifs à la liberté de circulation condamnent toujours exclusivement une règle de droit particulière et non l'existence d'une pluralité juridique. Comment déduire de tels arrêts, qu'**à travers une règle de droit jugée discriminatoire, la Cour viserait en fait l'effet produit par l'existence de la pluralité juridique ?**

La Cour étudie toujours, effectivement, la conformité d'une règle de droit particulière qui lui est soumise, au droit communautaire.

Néanmoins, si la simple constatation du contenu divergent ou plus attentatoire à la liberté commerciale d'une loi par rapport à une autre lui permettait de conclure à l'existence d'une inégalité de traitement appréhendée par le principe de non-discrimination, cela signifierait bien, que par le biais du contrôle d'une règle de droit, la Cour condamnerait en fait l'existence même de la diversité juridique.

Ce cas de figure peut être illustré de la façon suivante : dans un Etat membre A, le commerce est autorisé le dimanche. En revanche, il ne l'est pas dans l'Etat membre B. Un opérateur économique qui commercialise sa marchandise dans l'Etat membre A et qui souhaite la commercialiser également dans l'Etat membre B pourra-t-il se fonder sur le principe communautaire de non-discrimination pour contester la réglementation imposant le repos dominical ? En d'autres termes, doit-on « *considérer comme contraire au principe de non-discrimination l'application d'une législation nationale en raison de la seule circonstance que d'autres Etats membres appliqueraient des dispositions moins sévères* »<sup>619</sup> ?

Il convient à présent de démontrer qu'**une réponse négative** à cette question s'impose.

318. Certes, si l'on envisage de manière globale le marché intérieur, la disparité<sup>620</sup> des réglementations applicables sur le territoire des Etats membres empêche que soit réalisée une situation de parfaite **identité juridique entre tous les opérateurs** économiques. Or, le principe de non-discrimination appliqué aux libertés de circulation doit permettre que soit réalisée au sein de la Communauté une situation de concurrence non faussée entre les opérateurs économiques. La question a ainsi souvent été posée à la Cour de justice de savoir si fait que tous les opérateurs économiques ne soient pas soumis aux mêmes réglementations et que certains d'entre eux aient, par exemple, à se soumettre à des réglementations encadrant plus strictement l'exercice d'activités économiques ne fausserait pas la concurrence en les plaçant dans une situation désavantageuse par rapport aux autres opérateurs économiques.

---

<sup>619</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 40.

<sup>620</sup> Ce terme est défini par *Le Petit Larousse Illustré*, comme un « *manque d'égalité ; [une] différence marquée* ».

319. La **Cour** a clairement affirmé, notamment<sup>621</sup> dans l'arrêt Keck et Mithouard<sup>622</sup> que l'inégalité de traitement visée par le principe communautaire de non-discrimination et engendrée par une règle de droit ne pouvait en aucun cas se déduire du simple fait que des réglementations divergentes et plus souples seraient en vigueur dans d'autres Etats membres.

Une réglementation n'est donc pas sanctionnée par droit communautaire du seul fait que son contenu diverge de celui d'une autre même si ce faisant, elle peut placer l'opérateur économique qui y serait soumis a des exigences plus nombreuses pour l'exercice d'une activité économique que celui exerçant son activité dans un autre Etat membre.

L'arrêt Keck et Mithouard<sup>623</sup> relatif à une réglementation française prohibant la revente à perte permet ainsi de distinguer l'hypothèse d'une différence de traitement existant au sein de la Communauté en raison de la diversité des droits, de celle d'une inégalité de traitement appréhendée par le principe de non-discrimination.

Les juridictions françaises s'interrogeaient sur la conformité d'une réglementation prohibant la revente à perte au principe de non-discrimination « *dès lors qu'elle pourrait désavantager les entreprises qui y sont soumises par rapport à leur concurrentes opérant dans des Etats membres où la revente à perte est tolérée* »<sup>624</sup>.

La Cour de justice a réfuté une telle analyse du principe de non-discrimination. Elle a affirmé que, « *il y a lieu de considérer à cet égard que le fait que des entreprises ayant une activité de vente dans des Etats membres différents **soient soumises à des législations différentes**, les unes interdisant la revente à perte et les autres la tolérant, **n'est pas constitutif d'une discrimination**, dès lors que **la législation nationale** qui est en cause dans le litige au principal **s'applique à toute activité** de vente menée sur le territoire national, quelle que soit la nationalité des personnes qui l'exercent* »<sup>625</sup>.

Dans cet arrêt la Cour affirme clairement que l'inégalité de traitement nécessaire à la caractérisation d'une discrimination doit se déduire **de la réglementation nationale elle-même**, soumise à son appréciation et non de son caractère divergent des autres législations des Etats membres.

En d'autres termes encore la Cour indique qu'il faut distinguer une inégalité de traitement au sein de la Communauté résultant de l'absence d'uniformité des législations, d'une inégalité de traitement résultant du caractère discriminatoire **d'une règle de droit**.

---

<sup>621</sup> Déjà en ce sens antérieurement à l'arrêt Keck et Mithouard, voir notamment : CJCE 13 février 1969, Walt Wilhem, *Rec.* 1, CJCE, 28 juin 1978, Kenny *Rec.* 1489 ; CJCE 25 janvier 1983, Smit Transport, *Rec.* 1489 ; CJCE 20 octobre 1983, Phil Collins *Rec.* 5145 ; CJCE 14 juillet 1988, Lambert, *Rec.* 4369.

<sup>622</sup> CJCE 24 novembre 1993, C-276/91 et C-286/91, *Rec.* 6097.

<sup>623</sup> CJCE 24 novembre 1993, C-276/91 et C-286/91, *Rec.* 6097.

<sup>624</sup> CJCE 24 novembre 1993, C-276/91 et C-286/91, *Rec.* 6097, point 7

<sup>625</sup> CJCE 24 novembre 1993, C-276/91 et C-286/91, *Rec.* 6097, point 8.

320. Il semble, pour deux raisons, parfaitement logique que la Cour ne considère pas que les inégalités de traitement résultant de la seule diversité des lois puissent être appréhendées par le principe de non-discrimination<sup>626</sup>.

D'une part, cette diversité juridique n'est que l'expression de l'exercice par les Etats membres de leur compétence normative. Si la Cour condamnait les réglementations nationales du seul fait de leur caractère divergent les Etats membres n'auraient en fait plus de compétences propres et seraient contraint de s'aligner systématiquement sur la législation la moins exigeante<sup>627</sup>.

D'autre part, l'objet même des libertés de circulation justifie une telle approche de la notion. En effet, la Cour de justice exprime ainsi l'idée que le principe de non-discrimination **n'a pas pour objet de garantir, abstraitement, une concurrence absolue entre tous les opérateurs économiques** au sein de la Communauté mais permet plus spécifiquement de protéger l'opérateur économique qui circule – ou fait circuler l'objet de son commerce – en lui garantissant une situation de concurrence non faussée au sein de l'Etat membre vers lequel il circule.

Cette appréhension de la prohibition des discriminations encourage ainsi à la circulation en garantissant à l'opérateur économique qui circule que, **au sein des Etats membres dans lesquels il exercera son activité économique**, il se trouvera dans une situation de concurrence non faussée avec les autres opérateurs économiques. Il est indifférent de savoir si l'opérateur économique qui exerce son activité dans un Etat membre se trouve dans une position économique défavorable par rapport aux opérateurs économiques qui exercent leur activité économique au sein d'autres Etats membres. Ce faisant, la Cour affirme clairement que le principe de non-discrimination ne tend pas à favoriser la plus grande liberté commerciale des opérateurs économiques mais, au sein d'un Etat membre donnée une égalité des conditions de concurrence.

321. Il faut donc conclure que le principe de discrimination outil de sanction communautaire n'appréhende pas toutes les inégalités de traitements liées à l'existence d'une pluralité juridique au sein de la Communauté, mais seulement celles émanant d'une seule et même législation<sup>628</sup>.

---

<sup>626</sup> En ce sens, Mme M.-P. Puljak relève que « *le principe général de non-discrimination [...] n'impose pas qu'un traitement identique soit accordé, sur le territoire communautaire, à toutes les personnes auxquelles s'applique le droit du traité CE* », Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 42.

<sup>627</sup> Au moins en ce qui concerne les règles de droit relevant du champ d'application du droit communautaire.

<sup>628</sup> En ce sens, voir notamment : Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 43.

## B. L'appréhension par le principe de non-discrimination des inégalités de traitement engendrées par l'application successive des lois des Etats membres

322. Nous avons vu<sup>629</sup> que le droit communautaire condamne les discriminations **matérielles**, c'est-à-dire les lois dont la **mise en œuvre** désavantage l'opérateur économique circulant (ou faisant circuler l'objet de son commerce) par rapport à l'opérateur économique exerçant son activité dans un seul Etat membre, quelque soit le critère d'application qu'elles retiennent formellement.
323. Or, nous allons à présent l'expliquer, une partie de la doctrine et la Cour de justice ont mis en exergue que la mise en œuvre de certaines réglementations bien que formellement neutres, pouvait, **dans un contexte de multiplicité juridique**, engendrer des inégalités de traitement.
324. La « *discrimination matérielle consistant à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* »<sup>630</sup>, sans que cette inégalité de traitement ne soit justifiée, il convient donc de rechercher les raisons pour lesquelles il est possible de considérer que **la multiplicité de certaines règles de droit placerait les opérateurs économiques circulant** (ou faisant circuler l'objet de leur commerce) **dans une situation particulière**<sup>631</sup>.
325. A cet égard, on peut tout d'abord remarquer qu'en droit privé il est admis depuis fort longtemps<sup>632</sup> qu'une personne impliquée dans des relations internationales<sup>633</sup> se trouve dans une situation spécifique justifiant qu'on lui accorde un traitement différencié. L'application de règles matérielles nationales à ce type de situations, sans égard pour les points de contact que celles-ci présentent avec d'autres ordres juridiques est de ce fait considérée comme inacceptable et conduit au recours aux règles de conflit de lois.

---

<sup>629</sup> Première partie, Titre II, Chapitre I, §II, B « Le contrôle des discriminations matérielles

<sup>630</sup> Selon la Cour « *la discrimination matérielle consiste à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* », sans que cette inégalité de traitement ne soit justifiée. CJCE 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne/ Commission de la CEE, aff. 13/63, *Rec.* 334.

<sup>631</sup> En ce sens M. J.-G. Huglo a contesté la pertinence d'une application indifférenciée des réglementations nationales aux opérateurs économiques sédentaires et à ceux ayant fait usage de leur liberté de circulation en fustigeant « *l'inadéquation ontologique du principe de l'égalité de traitement, degré zéro de l'intégration communautaire, en matière de libre circulation, où par hypothèse, ceux qui ont fait usage de cette liberté ne sont pas dans une situation comparable à celle des ressortissants nationaux* ». Huglo J.-G., « Droit d'établissement et libre prestation des services », *R.T.D.E.*, 28 (4) oct.-dec. 1992, pp. 687-608, p. 687

<sup>632</sup> Voir par exemple P. Mayer et V. Heuzé qui considèrent que « *les conditions d'apparition du droit international privé sont réunies depuis l'Antiquité et ne semblent pas proches de disparaître* ». Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd. 2004, point 7.

<sup>633</sup> Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd. 2004, point 5



Par analogie, on pourrait donc songer que les opérateurs économiques exerçant leurs activités dans plusieurs Etats membres mériteraient également un traitement particulier du fait du rattachement de leur situation à plusieurs Etats membres.

Cependant, la réponse donnée par les règles de conflit de lois<sup>634</sup> à la spécificité de la situation des personnes impliquées dans les relations internationales ne produit pas toujours un résultat conforme au droit communautaire.

Ce constat impose de s'interroger sur ce qui, **au regard de la conception économique de l'égalité applicable aux libertés économiques de circulation**, pourrait constituer une situation particulière justifiant un traitement différencié.

- 326.** L'opérateur économique circulant, se trouve tout d'abord *a priori* dans une situation distincte de l'opérateur économique sédentaire (ou, en d'autres termes, qui n'exerce son activité économique qu'au sein d'un seul Etat), parce qu'à la différence de ce dernier il sera confronté à la pluralité juridique.

Ce constat ne suffit cependant pas à caractériser une différence de situation relevante au regard du principe communautaire de non-discrimination.

- 327.** La pluralité juridique ne placera en effet l'opérateur économique dans une situation particulière et singulière que si les différentes lois des Etats membres s'appliquent effectivement successivement à lui.

Il faudrait donc encore que les réglementations soient **impératives** et d'application territoriale.

- 328.** Or, en certaines matières, **même si les règles de droit sont impératives, leur application successive est invraisemblable.**

Ainsi en va-t-il du **droit privé** lorsque le juge saisi d'un litige recherche la loi nationale applicable. Dans cette situation, par définition, il n'y a pas de loi nationale qui ait d'ores et déjà été appliquée au litige en cours et les lois de droit privé de deux Etats membres différents ne sauraient jamais être appliquées cumulativement **et successivement**<sup>635</sup>.

---

<sup>634</sup> Sont ici visés tous les modes de règlements des conflits de lois, y compris les lois de police.

<sup>635</sup> En ce sens, voir les propos de M. V. Heuzé qui relève que l'objet du droit privé est « *d'arbitrer les intérêts privés qui s'affrontent à propos ou à l'occasion d'un type de situations de fait donné. Dès lors que l'Etat acteur a fait le choix d'assurer l'arbitrage, les règles au moyens desquels il s'oblige à l'opérer, par biais des tribunaux, ne peuvent évidemment pas être exprimées sous la forme d'une alternative entre l'action et l'abstention [de l'Etat]: il doit prendre parti en formulant une solution [...]* [en d'autres termes] *le cumul [des lois] ici est évidemment inenvisageable* » Heuzé V, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou anti-droit européen » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, « *Le droit international privé : esprit et méthodes* » Dalloz, 2005, p. 393-415, p. 413 et 414.

**La pluralité juridique ne saurait donc générer d'inégalités de traitement dans ce cas de figure.**

329. Mais, même lorsque l'application successive des réglementations est possible<sup>636</sup> l'opérateur économique circulant ne se trouve pas nécessairement dans une situation économique sensiblement différente de l'opérateur économique.

En effet, la doctrine, puis la Cour de justice, ont mis en exergue, de manière plus particulièrement explicite dans le domaine de la libre circulation des marchandises, que l'application successive des réglementations pourrait créer une inégalité de traitement lorsqu'elle engendre un coût, ou un manque à gagner. Il convient donc d'exposer cette idée et prenant appui sur l'exemple de la libre circulation de marchandises.

330. **La doctrine** a développé l'idée que l'adaptation nécessaire aux multiples réglementations impératives relatives à l'exercice d'une activité économique en vigueur dans les Etats membres pourrait générer un **coût**, plus ou moins important, et supporté par le seul opérateur économique exerçant son activité dans différents Etats membres, susceptible de le placer dans une **situation concurrentielle défavorable** par rapport à l'opérateur économique sédentaire.

M. Waelbroeck affirmait en ce sens dès 1983 que **toutes les mesures aboutissant soit en droit, soit en fait à rendre les importations ou les exportations plus difficiles ou plus onéreuses que les ventes nationales devaient être appréhendées par l'article 28 du Traité CE**<sup>637</sup>, tandis qu'un autre auteur relevait que l'adaptation aux exigences des réglementations divergentes des Etats membres pouvait « *entraîner des coûts qui ne grèvent pas les producteurs installés dans le territoire national, et constitue dès lors une gêne particulière pour les importations* »<sup>638</sup>. Cette idée est encore exprimée dans le rapport Cecchini relatif au « *coût de la non-Europe* » qui dénonçait l'impact des réglementations techniques des Etats membres sur la libre circulation<sup>639</sup>.

---

Dans le sens d'une exclusion du droit privé du champ d'application des libertés de circulation : Mühlbert Peter O. « Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt – Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung im EG-Binnenmarkt », *ZHR* 159 (1995), 2-33

<sup>636</sup> Une recherche précise quant à la détermination de ces lois sera menée dans le cadre de l'étude du principe de la reconnaissance mutuelle.

<sup>637</sup> Waelbroeck, M., « Mesure d'effet équivalent, discriminations formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de justice » in *Mélanges F. Dumon*, Anvers, Kluwer, tome II, 1983, p. 1338.

<sup>638</sup> Marenco, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 308.

<sup>639</sup> Voir notamment à cet égard le rapport Cecchini sur « le coût de la non-Europe » de mars 1988.

En ce sens également, la directive de la Commission n° 70/50 du 22 décembre 1969 (10<sup>ème</sup> considérant) (JO 1970, n° L 13, p 29) relative à la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation indiquait clairement que devait être condamnées par le droit communautaire les mesures nationales rendant les importations « *soit impossibles, soit plus difficiles ou onéreuses au regard de l'écoulement de la production nationale, sans que cela soit nécessaire pour atteindre un objectif qui reste dans le cadre des effets propres à une réglementation de commerce* ».

**331. La doctrine, puis la Cour de justice** ont encore précisé que toutes les réglementations relatives à l'exercice d'une activité économique ne généraient pas un coût – suffisamment sensible – pour placer l'opérateur économique dans une situation désavantageuse.

En libre circulation des marchandises, une distinction selon la nature de la réglementation a d'abord été proposée par M. G. Marengo en 1984<sup>640</sup>, avant d'être reprise par la Cour de justice en 1993 lorsqu'elle dégagea, dans l'arrêt Keck et Mithouard<sup>641</sup>, la notion de modalité de vente.

En 1984, M. G. Marengo, a défendu la thèse selon laquelle, en libre circulation des marchandises, en principe, seule l'application des réglementations « *comportant une manipulation du produit* » serait de nature à générer une inégalité de traitement. La Cour reprend cette idée dans l'arrêt Keck et Mithouard dans lequel elle déclare que certaines réglementations, celles relatives aux modalités des ventes ne seraient « *pas de nature à gêner davantage* [l'accès au marché des produits importés] *qu'elles ne gênent celui des produits nationaux* »<sup>642</sup>. En d'autres termes, les réglementations relatives aux modalités de vente ne généreraient pas d'inégalité de traitement quand bien même elles seraient impératives et indistinctement applicables à tous les opérateurs économiques.

Il convient de faire état brièvement de cette idée qui **restreint encore considérablement les cas dans lesquels la pluralité juridique peut être à la source d'une inégalité de traitement**, en présentant une réglementation imposant une manipulation du produit puis une modalité de vente.

### **332. Exemple « Cassis de Dijon » : le cas d'une réglementation imposant une manipulation du produit**

L'arrêt Cassis de Dijon<sup>643</sup> portait sur une réglementation allemande imposant une teneur alcoolique minimale de 25 degrés pour bénéficier l'appellation contrôlée cassis sur le territoire allemand.

La réglementation française exigeait pour sa part un degré d'alcool se situant entre 15 et 20 degrés. Un producteur français produisant une liqueur contenant un degré d'alcool conforme à la réglementation française se voyait ainsi privé de la possibilité de

---

<sup>640</sup> Marengo, G., « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 308.

Bien qu'exprimée autrement, à notre sens, la thèse de G. Marengo se trouvait en fait déjà dans la directive de la Commission n° 70/50 du 22/12/69 (JO 1970, n° L 13, p 29) dans lequel elle affirmait que devait être appréhendées au titre des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation « *les mesures régissant la commercialisation des produits portant notamment sur la forme la dimension, le poids, la composition, la présentation, l'identification et le conditionnement, applicables indistinctement aux produits nationaux et aux produits importés, dont les effets restrictifs sur la libre circulation des marchandises dépassent le cadre des effets propres d'une réglementation de commerce.* »

<sup>641</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, C-267/91 et C-268/91, *Rec. I.* 6097.

<sup>642</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, C-267/91 et C-268/91, *Rec. I.* 6097, point 17.

<sup>643</sup> CJCE 20 février 1979, « Cassis de Dijon », 120/78, *Rec.* 649

commercialiser sa marchandise en République fédérale d'Allemagne sous réserve d'en modifier la composition.

Or, cette modification a un coût que le produit local, soumis à une seule réglementation ne doit pas supporter. Contraint de fabriquer autant de liqueurs différentes qu'il y aurait de législations divergentes à cet égard, l'opérateur économique souhaitant commercialiser sa marchandise dans plusieurs Etats membres se voyait ainsi placé dans une situation désavantageuse par rapport à l'opérateur économique sédentaire.

La réglementation allemande appliquée de manière indifférenciée faisait ainsi peser sur le produit importé une charge le plaçant dans une situation économique désavantageuse par rapport au produit local.

M. G. Marengo puis la Cour de justice ont clairement opposé ce type de mesures à celles portant sur une modalité de vente ainsi que l'illustre l'arrêt Keck et Mithouard<sup>644</sup>.

### **333. Exemple « Keck et Mithouard » : le cas d'une réglementation portant sur une modalité de vente.**

L'arrêt Keck et Mithouard était relatif à une réglementation française prohibant, de manière générale, la revente à perte sur le territoire français.

Une telle réglementation place-t-elle le produit importé dans une position économique défavorable par rapport aux produits français dès lors que le produit importé aurait déjà été soumis à une réglementation autorisant la revente à perte sur le territoire d'un autre Etat membre ?

La Cour de justice apporte une réponse négative et sans équivoque à cette question puisqu'elle affirme que cette réglementation appliquée de manière indifférenciée n'est « *pas de nature à gêner davantage* [l'accès au marché des produits importés] *qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* »<sup>645</sup>. Pour la Cour, au regard de l'effet produit par la règle sur la concurrence entre produit national et importé, il n'y a donc pas de raison de considérer que produits locaux et produits ayant circulé sont des catégories juridiques distinctes, nécessitant l'élaboration de régimes juridiques distincts.

L'application indifférenciée de la règle n'étant pas source d'inégalité de traitement, **il faut partir du principe que la diversité et la pluralité de ce type de règles ne créent pas de trouble de la concurrence**<sup>646</sup>.

---

<sup>644</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, Rec. 6097.

<sup>645</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, Rec. 6097, pt. 17.

<sup>646</sup> Cumuler : « réunir en sa personne plusieurs activités ou plusieurs avantages ; qui s'additionne à eux-mêmes ; avoir à la fois »

Succession « ensemble de termes (événement, phénomène) qui occupent dans le temps des moments voisins mais distincts, de manière à présenter un ordre »

Ces « dispositions nationales, qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente »<sup>647</sup> sont définies par la Cour par opposition aux « règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les produits (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leurs poids, leurs composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement) »<sup>648</sup>. Il faudrait ainsi distinguer les règles relatives au produit lui-même de celles portant sur la façon dont celui-ci est commercialisé sur le territoire d'un Etat membre.

De plus, la Cour n'ayant pas expressément exclu d'étendre cette jurisprudence aux autres libertés de circulation<sup>649</sup>, il existe donc une présomption générale en matière de libre circulation selon laquelle **toutes les réglementations relatives aux modalités d'exercice d'une activité économique sur le territoire d'un Etat membre seraient insusceptibles de générer des inégalités de traitement quand bien même elles seraient divergentes, impératives et indistinctement applicables.**

334. Pour autant peut-on systématiquement distinguer l'impact produit par la diversité juridique sur la concurrence entre produit national et importé selon la nature des règles en cause ?
335. La jurisprudence postérieure à l'arrêt Keck et Mithouard, dont nous avons déjà fait état<sup>650</sup>, a révélé qu'il ne fallait pas opposer strictement les mesures relatives aux modalités de vente à celles relatives aux conditions auxquelles doit répondre le produit.

Le contentieux relatif aux réglementations relatives à la publicité illustre de manière particulièrement flagrante les limites d'une dissociation rigide des règles, selon leur nature. *A priori*, les règles prohibant certaines formes de publicité ne touchent pas au produit lui-même, mais à la façon dont il peut en être fait la promotion sur le territoire d'un Etat. Elles relèvent donc de la catégorie modalité de vente et sont supposées ne pas pouvoir être à l'origine d'inégalités de traitement en raison de la simple application successive des règles.

L'affaire Familiapress portait sur une réglementation autrichienne qui « interdisait de manière générale, d'offrir sans contrepartie aux consommateurs des primes liées à la vente de bien »<sup>651</sup>. De façon plus précise, elle interdisait aux éditeurs de périodiques, de proposer aux consommateurs de participer à des loteries. Un éditeur qui publiait

---

*Successivement* « selon un ordre de succession, par éléments successifs, (cf [...] l'un après l'autre)

<sup>647</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, *Rec.* 6097, pt.16

<sup>648</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, *Rec.* 6097, pt. 15

<sup>649</sup> Voir nos développements relatifs au champ d'application des libertés de circulation.

<sup>650</sup> Voir nos développements relatifs au champ d'application des libertés de circulation.

<sup>651</sup> CJCE 26 juin 1997, Familiapress, 368/95, *Rec.* 368/95. Dans le même sens voir: CJCE 6 juillet 1995, Mars, 470/93, *Rec.* 1923.

légalement sur le territoire d'un Etat membre un périodique contenant une possibilité de participer à une loterie ne pouvait donc pas commercialiser son produit en l'état sur le territoire autrichien. Il devrait ainsi **adapter son produit** aux exigences de la réglementation autrichienne. Cette adaptation ayant un coût que seul l'importateur aurait à supporter, l'application indifférenciée de cette réglementation autrichienne faussait la concurrence entre les périodiques autrichiens et ceux issus d'autres Etats membres au sein autorisant une telle publicité.

On peut citer dans le même sens l'arrêt Mars<sup>652</sup> relatif à une réglementation prohibant un certain type de publicité faite sur l'emballage du produit lui-même. Pour la commercialisation de son produit dans cet Etat membre en particulier, l'importateur devait ainsi modifier la présentation de chacun de ces produits. Encore une fois la **modification** entraîne donc une charge pécuniaire pour l'importateur uniquement qui le place dans une position économique désavantageuse par rapport au producteur national.

**336. En matière de libre circulation des marchandises**, la thèse de M. G. Marengo<sup>653</sup> semble donc rester la plus pertinente pour juger de l'aptitude d'une réglementation à engendrer des inégalités de traitement. Ainsi toute réglementation dont la mise en œuvre indifférenciée a pour effet d'entraîner une **manipulation du produit** importé pour sa commercialisation crée des distorsions de concurrence puisque cette manipulation coûteuse n'est assumée que pour le seul produit circulant. Dans ce cas de figure, il convient donc de considérer que le produit qui circule et celui qui ne circule pas **sont des catégories juridiques distinctes**, de sorte qu'une application indifférenciée de la règle de droit conduirait nécessairement à une inégalité de traitement.

Certes, la pluralité d'autres types de règles est aussi susceptible de générer des distorsions de concurrence. Mais cette distorsion de concurrence ne peut être établie que par la preuve que la mise en œuvre indifférenciée des règles engendre un **coût** ou une **difficulté particulière de commercialisation** pour le produit importé. Or, établir la certitude de cet élément semble relativement difficile en dehors des hypothèses de manipulations.

**337.** Il résulte donc de l'exemple de la libre circulation des marchandises que, de manière plus générale<sup>654</sup>, pour juger de la faculté de l'application successive des réglementations à générer une inégalité de traitement, le critère de **la nature de la règle n'apparaît pas absolument fiable** tandis que ceux de **la création d'un coût à la charge exclusive de**

---

<sup>652</sup> CJCE 6 juillet 1995, Mars, 470/93, Rec. 1923,

<sup>653</sup> Marengo, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », C.D.E., 1984, n° 3-4, p. 308.

<sup>654</sup> Pour une application plutôt récente de cette logique en libre prestation de services, voir : CJCE 12 octobre 2004 Wolf et Müller, 60/03, Rec. 9553 pt. 32 : « Ainsi que la Cour l'a déjà jugé, l'application des réglementations nationales de l'Etat membre d'accueil aux prestataires de services est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayantes les prestations de services par des personnes ou des entreprises établies dans d'autres Etats membres dans la mesure où elle entraîne des frais ainsi que des charges administratives et économiques supplémentaires ».

Dans le même sens : CJCE 24 janvier 2002, Portugaia Construções, 164/99, Rec. 787, pt. 16.

**l'opérateur économique circulant<sup>655</sup> ou encore d'une difficulté particulière d'accès au marché des autres Etats membres paraissent toujours pertinents.**

### **Conclusion du § I.**

**338.** Il se dégage de la jurisprudence de la Cour de justice que **la seule diversité juridique** ne génère pas en tant que telle d'inégalités de traitement sanctionnées par le principe de non-discrimination.

En effet, la Cour de justice tend à sanctionner le caractère discriminatoire propre à **une réglementation**. Dès lors, le fait qu'une réglementation ait un contenu divergent d'une autre ne permet pas de considérer qu'elle créerait ce faisant une inégalité de traitement prohibée par le principe de non-discrimination.

**339.** En revanche, la Cour de justice sanctionne les inégalités de traitement **générées par le mode d'application d'une réglementation et liées à l'existence d'une pluralité juridique**.

Ainsi, une réglementation :

- impérative ;
- appliquée de manière indifférenciée ;
- et qui du fait de l'existence d'une pluralité juridique empêche l'accès au marché national ou le rend nettement plus difficile, notamment en raison du coût sensible que son application engendre, pour l'opérateur économique exerçant une activité économique transfrontière ;

créée une inégalité de traitement appréhendée par le principe communautaire de discrimination.

**En conclusion, dans le contexte de pluralité juridique propre à la Communauté, toutes les réglementations impératives et appliquées de manière indifférenciée ne génèrent donc pas nécessairement de différences de traitement sources de distorsion de concurrence.**

---

<sup>655</sup> Marengo, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 308

340. Cependant, alors même que la mise en œuvre d'une règle de droit serait source d'une inégalité de traitement, il faut encore pouvoir démontrer que cette inégalité de traitement liée à la pluralité juridique est bien **injustifiée** pour que l'on soit en présence d'une **discrimination et donc d'une violation du droit communautaire**.

Ainsi, après avoir établi que la pluralité juridique pouvait, lorsque les réglementations sont impératives, **dans certains cas**, être à l'origine d'inégalités de traitement, il faut rechercher si la pluralité juridique peut avoir également un impact sur le caractère justifié ou injustifié de l'inégalité de traitement généré par ces réglementations. Il convient donc de s'attacher à présent à l'étude du **rôle exact joué par la pluralité juridique dans l'établissement du caractère injustifié** de la règle de droit.

## § II. Pluralité juridique et caractère injustifié de la règle de droit

341. Juger de l'impact de la pluralité juridique sur la faculté des Etats membres de justifier l'inégalité de traitement engendrée leur réglementation suppose de présenter préalablement et brièvement la façon dont la Cour appréhende ces justifications.

Après avoir proposé une **analyse théorique** des rapports que peuvent entretenir pluralité juridique et contrôle des justifications par la Cour de justice (A), nous ferons état des **manifestions** du caractère injustifié de règles de droit liées à la pluralité juridique (B).

### A. Analyse théorique

342. Il a été démontré que la Cour de justice affirme refuser de sanctionner une loi pour la simple raison que son contenu serait divergent de celles en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même il en résulterait une inégalité de traitement au sein du marché intérieur.

Cette position de la Cour s'explique principalement par le fait que cette pluralité juridique est le fruit de l'exercice légitime par les Etats membres de leur compétence. En ce sens, la Cour relève que ce sont souvent uniquement les « *particularités socioculturelles nationales ou régionales* »<sup>656</sup> propres à chaque Etat qui conduisent à l'élaboration de réglementations divergentes et non la volonté de porter atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur.

---

<sup>656</sup> CJCE 20 juin 1996, 418/93, *Rec.* 2975, pt. 25



La discrimination prohibée par le droit communautaire ne saurait donc résulter de la simple constatation d'obstacles à la circulation, nés **du seul exercice** de cette compétence normative nationale.

De ce fait, la Cour cherche toujours à caractériser la nature intrinsèquement discriminatoire d'une loi. Elle invite donc à distinguer les inégalités de traitement ayant pour origine le « *choix [législatif] exercé nécessairement de manière individuelle, par chaque Etat, [de celui ayant pour origine] la juxtaposition de ces choix* »<sup>657</sup>.

**343.** Selon M. G. Marengo<sup>658</sup>, cette volonté de pouvoir rattacher l'inégalité de traitement liée à la pluralité juridique à une réglementation en particulier traduirait l'exigence d'imputabilité<sup>659</sup> nécessaire à la caractérisation d'une discrimination. Ainsi dit-il « *pour qu'il y ait discrimination, [...] il ne suffit pas d'avoir décelé une restriction ; il faut encore pouvoir imputer cette restriction à la mesure d'un Etat membre déterminé* »<sup>660</sup>. En d'autres termes, **l'Etat dont émane la réglementation doit être véritablement responsable de l'inégalité de traitement.**

**344.** Cette présentation de la notion communautaire de la discrimination est conforme à la définition juridique que donne la **doctrine** unanime de la **discrimination matérielle** de manière générale.

Ainsi, par exemple, selon M<sup>me</sup> D. Lochak, la discrimination serait toute « *distinction ou différence de traitement illégitime : illégitime parce qu'arbitraire, et interdite parce que illégitime* »<sup>661</sup>. Il se dégage de cette définition que la discrimination suppose donc bien la démonstration du fait que l'Etat, à tort, ou plus exactement, de manière arbitraire, traite différemment certaines catégories juridiques, au détriment de l'une d'entre elles<sup>662</sup>. De même, lorsque M. Ch. Perelman affirme que le principe d'égalité dans la loi est violé lorsqu'une règle de droit établit « *une distinction qui [peut être] considérée comme arbitraire, [c'est-à-dire qu'on] ne peut indiquer de motif évident ou fonctionnel, conforme*

---

<sup>657</sup> Marengo, G., « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 et ss., p. 320.

<sup>658</sup> On retrouve la même idée mais formulée autrement dans les écrits de M. R.-C. Béraud dès 1968. L'auteur considère que la Cour de justice ne sanctionne que les réglementations révélant un abus de droit des Etats membres dans l'exercice de leur compétence normative. Béraud, R.-C., *R.T.D.E.* 1968, pp. 277-292, P. 290.

<sup>659</sup> Selon la définition qu'en donne *Le Petit Larousse Illustré*, imputer signifie « *attribuer à quelqu'un, à quelque chose la responsabilité de* ».

<sup>660</sup> Marengo, G., « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 et ss., p. 320.

<sup>661</sup> Lochak, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, n°11, p 778

<sup>662</sup> Ainsi, que nous l'avons évoqué, distinguer n'est pas discriminer. Discriminer, c'est traiter plus mal une catégorie juridique sans justification considérée comme objective dans une société donnée, à un moment donné. « *On retrouve cette connotation négative dans le langage juridique : en dépit d'un certain flottement terminologique qui conduit parfois à qualifier de discrimination, toute différence de traitement, toute distinction opérée entre des catégories personnes indépendamment de son caractère légitime ou non, la volonté de plus en plus nette, tant au niveau international que dans les législations internes de traquer et de mettre hors la loi toute forme de discrimination ne laisse aucun doute sur ce point : la discrimination apparaît bien comme ce qui est fondamentalement à proscrire* ». Lochak D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, n°11, p 778.

à la nature des choses, raisonnable, relevant et au moins, non déraisonnable, permettant de la justifier »<sup>663</sup>, il suggère nécessairement que l'Etat a commis au moins une erreur dans la conception de la loi.

**345.** Il résulte à notre sens tant de ces définitions classiques de la notion de discrimination que de la jurisprudence de la Cour de justice, que la discrimination prohibée par le droit communautaire correspond nécessairement à une **faute<sup>664</sup> commise par un Etat membre dans la détermination du contenu ou du champ d'application de ses lois.**

La faute peut en effet être définie comme un « *acte illicite* »<sup>665</sup> supposant la réunion, au moins, de deux éléments :

- un **élément matériel** : « *le fait originaire lequel peut consister en un fait positif – faute par commission – ou en une abstention – faute par omission* » ;
- un **élément d'illicéité** : « *la violation d'un devoir, la transgression du Droit* ».

Nous avons remarqué qu'en refusant de sanctionner les inégalités de traitement ayant pour seule origine la diversité juridique, la Cour de justice affirmait qu'une discrimination ne saurait être déduite du simple exercice **légitime**, par un Etat membre de sa compétence normative.

Il faut en déduire que la caractérisation d'une discrimination prohibée par le droit communautaire impose donc d'établir **un élément d'illicéité** soit, en d'autres termes, **la violation par les Etats membres d'une obligation communautaire pesant sur eux dans l'exercice de leur compétence normative**, ce qui comprend l'élaboration du contenu même des réglementations mais également **la détermination de leur modalité d'application<sup>666</sup>**.

**346.** Or, c'est précisément par l'étude des justifications de la réglementation nationale que la Cour de justice parvient à imputer l'inégalité de traitement engendrée par celle-ci à un

---

<sup>663</sup> Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 323.

<sup>664</sup> Dans son article, M. G. Marengo ne vise pas expressément la faute. Il insiste uniquement sur la nécessité de pouvoir imputer l'inégalité de traitement à la réglementation d'un Etat membre déterminé. Ces deux notions nous semblent pourtant indissociables. Marengo, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 et ss. , p. 320.

<sup>665</sup> Selon la définition qu'en donne G. Cornu, la faute est « *un acte illicite supposant la réunion d'un élément matériel, le fait originaire (lequel peut consister en un fait positif – faute par commission – ou en une abstention – faute par omission) ; d'un élément d'illicéité, la violation d'un devoir, la transgression du Droit (loi coutume, etc.) ; (sous réserve de la théorie de la faute dite objective) un élément moral (d'imputabilité), le discernement de l'auteur du fait, parfois nommé élément volontaire, bien qu'il puisse être intentionnel ou non, et auquel la loi attache diverses conséquences juridiques* ». Cornu G. *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> éd. 2000.

Dans *Le Petit Larousse* (éd. 2007), la faute est défini comme un « *manquement à une norme* ».

<sup>666</sup> Nous déterminerons dans la suite de notre raisonnement ce que sont ses obligations communautaires auxquels les Etats membres peuvent manquer dans l'exercice de leur compétence normative.

l'Etat membre dont elle émane et donc à déterminer si l'Etat a commis une faute au regard de ses obligations communautaires.

En effet, ainsi que nous l'avons établi, la discrimination matérielle est avérée par l'absence d'adéquation des objectifs poursuivis par la réglementation avec le régime juridique appliqué. Comme l'exprime clairement un auteur, « *pour qu'une différence de traitement soit acceptable, il ne suffit pas qu'il y ait une différence de situation ; il faut encore que la distinction puisse se justifier rationnellement, qu'elle soit **pertinente par rapport au but de la réglementation**, qu'elle ne soit pas arbitraire* »<sup>667</sup>. La prohibition des discriminations matérielles commande donc de vérifier si, au regard de l'objet de la règle, la différence de traitement qu'elle établit se justifie, c'est-à-dire si l'Etat a adopté une réglementation adaptée.

En ce sens, M. G. Marengo relève que l'obstacle aux échanges peut être « *rattaché [...] à la mesure d'un Etat en particulier [...] [lorsque] le choix législatif effectué [...] par cet Etat afin de répondre à des exigences légitimes, dépasse ce qui est nécessaire à cet effet. Si une mesure ne répond pas à des exigences légitimes ou se situe au-delà des limites tracées par les problèmes à résoudre, elle se singularise, par rapport aux mesures prises par les autres Etats membres dans la même matière, de manière à pouvoir lui imputer l'obstacle aux échanges* »<sup>668</sup>. L'étude des justifications permet en effet d'imputer l'inégalité de traitement engendrée par la règle de droit au choix législatif effectué par un Etat membre déterminé.

347. Se pose alors la question de la **méthode** d'appréciation de la légitimité de la réglementation à l'aune de sa justification.

A cet égard **deux thèses s'affrontent**. Un auteur<sup>669</sup> a soutenu que l'exigence d'imputabilité nécessaire à la caractérisation de la discrimination imposerait d'analyser la réglementation abstraitement, en dehors de tout contexte de pluralité juridique (1). Nous démontrerons cependant que la conception matérielle de la discrimination atteste au contraire de la nécessité d'analyser l'effet produit par la réglementation dans un contexte de circulation et donc de pluralité juridique (2).

## 1. Présentation de la thèse

348. Dans sa thèse consacrée au « droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité », Mme M.-P. Puljak,

<sup>667</sup> Lochak D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, n° 11, pp. 778-790, p. 780

<sup>668</sup> Marengo, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 et ss., p. 321

<sup>669</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette.

afin de définir le principe de non-discrimination, distingue trois cas d'inégalités de traitement<sup>670</sup> :

- les inégalités de traitement résultant de **la seule** disparité des législations ;
- les inégalités de traitement résultant de la pluralité des législations **et** d'une réglementation ;
- les inégalités de traitement résultant de **la seule** réglementation.

Selon l'auteur, **seul le dernier cas d'inégalité de traitement serait appréhendé par le principe de non-discrimination**. Pour adopter une telle conception du principe communautaire de non-discrimination, l'auteur s'appuie sur l'arrêt Walt Wilhem du 13 février 1969 dans lequel la Cour a déclaré que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité « *ne vise pas les éventuelles disparités traitements et les distorsions qui peuvent résulter, pour les personnes et entreprises soumises à la juridiction de la Communauté, des divergences existant entre les législations des différents Etats membres, dès lors que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité* »<sup>671</sup>. L'auteur en déduit que le principe communautaire de non-discrimination ne tendrait qu'à sanctionner les normes ayant « *un contenu substantiel marqué* »<sup>672</sup>. Mais qu'est-ce à dire ?

349. Reprenons le raisonnement de l'auteur : elle admet d'abord que lorsque les réglementations sont appliquées de manière impérative et indifférenciée une « ***inégalité de traitement*** [peut] *résulter des hypothèses de double charges de réglementations générées par la diversité des législations nationales* »<sup>673</sup>. Ainsi par exemple dit-elle « *si les bénéficiaires du droit communautaire devaient être soumis deux fois aux mêmes exigences, ils seraient ainsi défavorisés par rapport aux nationaux ou aux opérateurs économiques opérant localement par la simple application indifférenciée de la règle nationale* »<sup>674</sup>. Puis, l'auteur en déduit que, dans ce cas de figure, la règle soumise au contrôle de conformité au droit communautaire ne saurait être considérée comme discriminatoire car « *l'inégalité trouve sa source dans le traitement juridique du rapport de droit opéré à la fois par l'application de la législation de l'Etat membre d'origine, qui impose une contrainte spécifique, et par celle de la législation de l'Etat membre*

---

<sup>670</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, sp. pt. 43.

<sup>671</sup> Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité « *ne vise pas les éventuelles disparités traitements et les distorsions qui peuvent résulter, pour les personnes et entreprises soumises à la juridiction de la Communauté, des divergences existant entre les législations des différents Etats membres, dès lors que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité* » CJCE 13 février 1969, Walt Wilhem, 14/68, Rec. 1, pt. 13.

<sup>672</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 712.

<sup>673</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 41

<sup>674</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 41

d'accueil, qui impose elle aussi une obligation comparable sans prendre en considération l'existence d'une charge préalable »<sup>675</sup>. En d'autres termes, l'auteur considère qu'il ne s'agit pas d'un cas de discrimination car cet effet discriminatoire résulte de **l'application successive des lois et non uniquement du contenu intrinsèque** de l'une d'entre elles<sup>676</sup>.

**350.** En somme, l'auteur dissocie fermement le contenu d'une règle de droit, de la façon dont celle-ci est **concrètement appliquée** – c'est-à-dire dans un contexte de pluralité juridique –, ce qui lui permet d'affirmer « *qu'échappent au grief de la discrimination les hypothèses de double charge de réglementation liées à la mobilité intra-communautaire* »<sup>677</sup>. Bien qu'admettant que l'inégalité de traitement produit par la règle de droit qu'elle décrit a pour origine son absence de prise « *en considération l'existence d'une charge préalable* »<sup>678</sup>, elle considère que celle-ci ne lui est pas imputable. En d'autres termes encore, selon cet auteur, si l'inégalité de traitement résulte de la façon dont est appliquée une loi, cela ne permet pas d'imputer l'inégalité de traitement à l'Etat membre dont émane la règle. Le contenu de la règle de droit devrait être lui-même en soi, source d'inégalité de traitement pour que la règle de droit soit discriminatoire « *au sens du droit communautaire* »<sup>679</sup>. L'auteur déduit donc du refus de la Cour d'appréhender les inégalités de traitement générées par la seule disparité des législations, un refus de **sanctionner par le principe de non-discrimination** toutes les inégalités de traitement **liées notamment à la pluralité juridique.**

## 2. Réfutation de la thèse

---

<sup>675</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 43

<sup>676</sup> Cette même analyse du principe communautaire de non-discrimination conduit l'auteur à affirmer « *qu'il est douteux qu'une loi de police prenant en compte le lieu où l'activité économique développe ses effets soit suspecte de discrimination. Dans cette hypothèse, le forçage de l'ordre juridique qu'impose la méthode des lois de police ne dépend pas du fait que certaines catégories de personnes impliquées dans la situation considérée sont rattachées à cet ordre. Aussi est-il peu probable que le critère d'application utilisé joue spécialement au détriment des étrangers. [...] Pour la même raison, les lois de police qui s'appliquent du fait de l'exercice d'une activité économique sur le territoire de l'Etat à l'origine de la norme ne sont pas non plus discriminatoires. Elles ne protègent ni n'imposent de charge particulière aux étrangers plus qu'aux nationaux. Il en est ainsi par exemple en droit du travail. La réglementation française, dans ses dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail, la durée, le mode d'exécution du travail, les congés payés ou les organisations représentatives du personnel, s'applique en effet à tout travail exécuté sur le territoire français. De même, en matière de distribution commerciale, le lieu où se localisent physiquement les prestations accomplies par les parties constitue un critère objectif et non suspect de discrimination* ». Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pts. 719 et 721.

<sup>677</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 43

<sup>678</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 43

<sup>679</sup> « *La lecture jurisprudentielle du principe de non-discrimination appliqué à la branche du conflit de lois enseigne qu'une distinction majeure réside dans l'origine de la différence de traitement observées entre nationaux et étrangers. Lorsque la différence de traitement découle d'une disparité des législations, préexistante à la règle de conflit de lois, elle n'engendre aucune discrimination au sens du droit communautaire* ». Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 712.

351. L'interprétation faite par l'auteur de ce principe, nous semble cependant extrêmement restrictive et contestable à plusieurs égards<sup>680</sup>.

D'une part, le langage de la Cour de justice est souvent imprécis. Il n'est donc pas judicieux de tirer des conclusions des seuls mots employés par la Cour de justice.

D'autre part, le contrôle de conformité exercé par la Cour de justice n'est jamais un contrôle purement abstrait d'une règle de droit mais un contrôle extrêmement concret de l'effet produit par une réglementation dans un contexte de pluralité juridique.

352. Pour justifier son interprétation, Mme M.-P. Puljak s'appuie en effet sur **le langage de la Cour** de justice. En effet, elle reconnaît que les inégalités de traitement liées notamment à la pluralité juridique peuvent être **sanctionnées par la Cour de justice**, mais elle considère que la Cour ne les appréhende dans ce cas, non pas au titre de la discrimination, mais de celui de **l'entrave**. Ainsi dit-elle par exemple que « *révélée par une législation indistinctement applicable aux personnes, une telle inégalité de traitement constitue seulement une entrave non discriminatoire, ainsi que l'affirme désormais la Cour de justice* »<sup>681</sup>.

Il est exact de relever, en matière de libre circulation, l'accroissement du nombre d'arrêts de la Cour condamnant une réglementation nationale indépendamment de toute référence à la discrimination<sup>682</sup>. En libre circulation des marchandises par exemple, ce phénomène est apparu clairement depuis l'arrêt *Dassonville*<sup>683</sup> par lequel la Cour a défini la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative prohibée par l'article 28 du traité CE sans référence à cette notion. La Cour a alors affirmé que constitue une telle mesure « *toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce*

---

<sup>680</sup> Pour une interprétation extensive du principe de non-discrimination, voir notamment : Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, p. 219, ou encore M. G. Marengo selon lequel « *l'idée de discrimination, dans lesens le plus large de l'expression, doit toujours être présente : soit que la mesure contient en elle-même une discrimination formelle ou matérielle, soit que le choix qu'elle représente relève d'une attitude discriminatoire tout au moins par négligence, consistant dans une absence de sollicitude du législateur à l'égard des importations. Tel sera le cas lorsque, dans l'exercice d'une compétence restée au niveau de l'Etat, celui-ci opère un choix qui provoque une augmentation de coûts plus grande pour les importations que pour la production nationale, sans que cela réponde à un objectif digne de protection, ou lorsque la mesure prévoit, pour atteindre un tel objectif, des moyens excessivement onéreux* ». Marengo, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *CD.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 et ss. , p. 349

<sup>681</sup> Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette, pt. 43.

<sup>682</sup> Ainsi, « *en libre circulation des marchandises, la Cour fonde traditionnellement ses décisions sur le principe de libre circulation davantage que sur celui d'égalité* ». Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, p. 219, et ce phénomène est apparu dès les 1980 en matière de libre prestation de services (CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, *Rec.* 1299), et dans les années 1990 en matière de libre circulation des travailleurs (CJCE 18 décembre 1995, Bosman, 415/93, *Rec.* 4921) et de liberté d'établissement (CJCE 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94, *Rec.* 4165).

<sup>683</sup> CJCE 11 juillet 1974, 8/74, *Rec.* 837.

*intracommunautaire* »<sup>684</sup>. Il ne lui était désormais plus nécessaire de se prononcer sur le caractère discriminatoire de la réglementation pour la qualifier de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative.

**353.** Pour autant, cet état de fait ne permet pas d'affirmer qu'une réglementation nationale **ne produit pas un effet discriminatoire** – c'est-à-dire qu'elle génère une inégalité de traitement en la défaveur de l'opérateur économique non justifiée au regard de l'objet de la réglementation nationale –, ni que cet effet n'est pas **la cause réelle de sa condamnation** par la Cour<sup>685</sup>. Le langage de la Cour est ainsi reconnu par la doctrine unanime comme fluctuant et bien souvent imprécis<sup>686</sup>. Les principes régissant le droit communautaire doivent donc plutôt être déduits de l'analyse concrète **des réglementations effectivement sanctionnées par la Cour** que des formulations qu'elle emploie. Or, comme le remarque pertinemment un auteur<sup>687</sup>, l'absence de référence expresse à la discrimination ne correspond souvent qu'à une évolution d'ordre terminologique. En effet, dans bon nombre d'arrêtés, il ne s'agit que d'un « *abandon apparent de la référence à l'égalité, dans la mesure où les restrictions condamnées correspondent en réalité à des discriminations indirectes* »<sup>688</sup>.

**354.** De plus, l'approche du principe communautaire de non-discrimination proposée par Mme M.-P. Puljak nous semble peu conciliable avec la volonté non équivoque de la Cour de sanctionner toutes les **discriminations matérielles**. En effet, une discrimination matérielle est une inégalité de traitement révélée **par la mise en œuvre** de la règle et injustifiée. Dès lors, le caractère discriminatoire de la règle de droit ne peut être révélé

---

<sup>684</sup> CJCE 11 juillet 1974, 8/74, *Rec.* 837. Dans le même sens voir l'arrêt de principe « Cassis de Dijon », CJCE 20 février 1979, 120/78, *Rec.* I 649.

<sup>685</sup> Voir dans le sens d'une condamnation des seules discriminations principalement : Marengo G., « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 ; mais également quoique de manière plus nuancée, Bernard N., « Discrimination and free movement in EC Law », *International and Comparative Law Quarterly*, 45, 1996, p. 82 ; Defalque L., « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », *C.D.E.* 1987, pp. 471-491, Waelbroeck M., « Mesure d'effet équivalent, discriminations formelles et matérielles dans la jurisprudence de la Cour de justice » in *Mélanges F. Dumon*, Anvers, Kluwer, tome II, 1983, p. 1329.

<sup>686</sup> Voir notamment en ce sens les propos de Mme S. Poillot-Peuzezzo qui relève que « *s'il existe une culture juridique européenne, elle ne passe pas par l'importance des concepts. Le droit communautaire, droit économique par excellence, s'intéresse surtout à la réalité et souffre parfois que son accès doive passer par des concepts. C'est ainsi que, à chaque fois qu'il le peut le droit communautaire se passe de la qualification juridique. [...]* ». Poillot-Peuzezzo S. « Les concepts en droit communautaire » in *Vers une culture juridique européenne*, Montchrestien, 1998 (nous soulignons); ou encore ceux de M. D. Martin qui, en matière de discrimination, déplore « *l'imprécision des raisonnements de la Cour, les confusions terminologiques de sa jurisprudence* ». Martin D. « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.*, 1998, n° 2 p. 561 à 637, p. 631

<sup>687</sup> Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface M.-A. Moreau, p. 218.

<sup>688</sup> Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface M.-A. Moreau, p. 218.

Dans le même sens, M. A. Racllet relève que *certaines* « *progressivement, la notion de discrimination cède devant celle de restriction, [mais] sans que cette dernière appellation ne couvre autre chose que des discriminations déguisées* ». Racllet A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 423, p. 392.

que par l'effet produit par la règle de droit dans un contexte de circulation et de pluralité juridique<sup>689</sup>.

Cette affirmation peut être illustré par l'exemple suivant : dans un Etat membre A, un produit est soumis à un contrôle sanitaire. L'opérateur économique souhaite le commercialiser dans un Etat membre B. Or, dans un Etat membre B, un contrôle sanitaire est imposé de manière générale à tous les produits commercialisés sur le territoire. Un contrôle de la justification de la règle, détaché du cas d'espèce, conduirait à se demander si pour, la protection de la santé publique, l'exigence d'un contrôle sanitaire est appropriée. La réponse pourrait tout à fait être positive. En revanche, le même contrôle effectué en tenant compte de toutes les données du cas d'espèce conduira certainement à une réponse différente : pour la protection de la santé publique, l'exigence d'un contrôle sanitaire est-elle appropriée sachant que le produit a déjà été soumis à un contrôle – peut être équivalent – dans l'Etat membre dont il est originaire ? La mise en œuvre de la réglementation n'apparaît plus absolument nécessaire à la protection de la santé publique. L'exigence d'un second contrôle peut donc être disproportionnée. En d'autres termes, la mise en œuvre de la seconde loi pourra créer une inégalité de traitement (seuls les opérateurs économiques faisant circuler l'objet de leur commerce étant soumis à un double contrôle de leurs produits) éventuellement injustifiée (dès lors qu'un second contrôle apparaîtra inutile au regard de celui d'ores et déjà effectué dans l'Etat membre d'origine).

La Cour de justice rappelle ainsi itérativement que pour apprécier de la conformité au droit communautaire d'une réglementation, il convient de vérifier si « *elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles [en l'espèce] le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi et pour autant qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* »<sup>690</sup>.

L'étude du caractère justifié de la règle de droit ne peut ainsi pas être détachée **de la façon dont celle-ci s'applique et du contexte dans lequel elle s'applique**<sup>691</sup>. Ainsi que l'illustre l'exemple ci-dessus exposé, si chaque loi étudiée individuellement peut avoir

---

<sup>689</sup> Pour une illustration de ce raisonnement en libre prestation de services : CJCE 12 octobre 2004 Wolfet Müller, 60/03, *Rec.* 9553

<sup>690</sup> CJCE 12 octobre 2004 Wolfet Müller, 60/03, *Rec.* 9553 ; également en ce sens : CJCE 24 janvier 2002, Portugaia Construções, 164/99, *Rec.* 787.

<sup>691</sup> Ainsi que le remarque M. J. Basedow, « *la jurisprudence de la CJCE met en évidence que ce n'est jamais la norme abstraite qui est condamnée mais bien plutôt le résultat concret que produit son application dans le cas d'espèce. Or, ce résultat concret ne provient en aucun cas uniquement de la disposition de droit matériel en cause mais, tout à la fois du champ d'application dans l'espace de cette disposition de droit matériel. Preuve en est, que la norme de droit matériel lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'un litige de droit purement interne et ainsi, donc, « prise en tant que telle », n'entre pas dans le champ d'application des libertés de circulation et de ce fait ne viole pas le droit communautaire* ». Basedow J. « Der kollisionsrecht Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offērentis », *RabelsZ.* 1995, p.1 (notre traduction).

Dans le même sens, M. M. Fallon relève que l'effet restrictif d'une réglementation sur les échanges intracommunautaires est « *moins produit par une règle nationale considérée isolément que par l'existence d'une disparité des règles nationales mises en conflit dans le cas particulier* ». Fallon M., « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, ss. la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, p. 31-80, pt. 10, p. 39.



une justification, l'application successive des lois est parfois plus difficilement justifiable. **La règle de droit qui impose cette application successive** peut ainsi être à l'origine d'une inégalité de traitement. En effet, pourquoi le produit qui circule devrait-il être soumis à plusieurs contrôles tendant à la protection de la santé publique tandis que le produit national ne serait soumis qu'au respect d'un seul contrôle ? Une règle de droit peut donc être discriminatoire parce qu'elle s'applique de manière générale **sans prendre en considération l'effet qu'une telle application peut produire sur les opérateurs économiques exerçant leur activité dans différents Etats membres**. L'inégalité de traitement lui est alors imputable.

**355. En conclusion**, il apparaît premièrement que l'étude des justifications permet à la Cour de justice de caractériser une **faute**<sup>692</sup> imputable à un Etat membre.

Secondement, l'approche matérielle de la discrimination retenue par la Cour de justice la conduit à juger des justifications d'une réglementation, et l'existence d'une éventuelle faute de l'Etat dont elle émane, **au regard de la pluralité juridique éprouvée** par les opérateurs économiques exerçant leur activité au sein de plusieurs Etats membres. C'est donc bien plus **l'application d'une réglementation dans un contexte de pluralité juridique qui doit être justifiée plutôt que son seul contenu, évalué isolément**.

En somme, **l'étude des justifications permet de révéler si l'Etat dont émane la réglementation a commis une faute dans la détermination du contenu et du mode d'application de celle-ci, eu égard au phénomène de la pluralité juridique auquel l'opérateur économique circulant est confronté**.

Il convient donc à présent de rechercher quelles obligations particulières l'existence d'une pluralité juridique met à la charge des Etats membres et dont la violation peut conférer un caractère discriminatoire aux réglementations nationales soit en d'autres termes, **les manifestations de l'impact de la pluralité juridique** sur l'évaluation du caractère justifié d'une réglementation engendrant une inégalité de traitement.

## **B. Les manifestations**

**356.** Lorsque la Cour de justice condamne les réglementations qui conduisent à des discriminations de fait, elle affirme également qu'**il pèse sur les Etats membres une obligation de garantir une égalité matérielle entre les opérateurs exerçant leur activité au sein de plusieurs Etats membres et ceux sédentaires**.

---

<sup>692</sup> Définie ici, sans aucune connotation morale, comme un acte illicite c'est-à-dire la violation d'une obligation posée par le droit communautaire. Voir à ce sujet nos développements § II. de cette section, A. « Analyse théorique ».

Or, il a été constaté que la pluralité juridique pouvait placer les opérateurs exerçant leur activité au sein de plusieurs Etats membres dans une situation particulière. Dès lors qu'un Etat membre ignore cette spécificité, il s'expose à ce que sa loi soit à l'origine d'une inégalité de traitement qui lui sera donc imputable.

En effet, l'étude des justifications permet de comprendre si, au regard de l'objet de la réglementation, l'inégalité de traitement qu'elle crée est inévitable et indispensable. Dès lors, si l'inégalité de traitement a pour unique cause **l'indifférence d'un Etat membre à la situation particulière** dans laquelle se trouve par exemple, la marchandise qui circule, elle ne sera pas justifiée au regard de l'objet de la règle.

Si, par exemple, un Etat membre **impose** un contrôle sanitaire **de manière générale**, sans se préoccuper de ce que le produit importé a déjà pu être soumis à un tel contrôle dans l'Etat membre dont il est issu, il crée une inégalité de traitement injustifiée, soit en d'autres termes une discrimination. En effet, le double contrôle imposé au produit importé, n'est –peut être– pas nécessaire à la protection de la santé.

**357.** Certes, **l'application successive des lois** ne conduit pas nécessairement à une inégalité de traitement et de plus, une inégalité de traitement peut en tout état de cause être justifiée au regard de l'objet de la règle.

Dans un arrêt « Familiapress » du 26 juin 1997<sup>693</sup> par exemple, une réglementation autrichienne interdisant, de façon absolue, la distribution sur son territoire de périodiques comportant des énigmes dotées d'un prix, a pu être considérée comme nécessaire et proportionnée au maintien du pluralisme de la presse. Il était possible de considérer que, cette mesure qui, **de fait**, imposait aux seuls opérateurs économiques issus d'autres Etats membres au sein desquels une telle prohibition n'existait pas **de modifier** leurs journaux afin de pouvoir les commercialiser en Autriche, les plaçait dans une position économique défavorable par rapport aux opérateurs économiques ne commercialisant leurs journaux qu'en Autriche. En d'autres termes, la réglementation autrichienne générait certainement une inégalité de traitement entre les éditeurs de périodiques exerçant uniquement leur activité en Autriche et ceux qui diffusant d'ores et déjà leurs journaux dans un autre Etat membre au sein desquels une telle pratique serait admise, se voyaient contraint de faire une édition spéciale –sans jeu– en vue de sa commercialisation en Autriche.

Cependant, selon la Cour de justice, la défense du pluralisme de la presse pouvait justifier une telle inégalité de traitement si « *les journaux [...] offrant au travers de jeux [...] la possibilité de gagner un prix [étaient] en concurrence avec les petites entreprises de presse supposées être dans l'incapacité d'offrir des primes comparables et qu'une telle perspective de gain [était] susceptible de provoquer un déplacement de la demande* »<sup>694</sup>. Pour la Cour de justice, bien que pouvant générer, de fait, une inégalité de traitement

<sup>693</sup> CJCE 26 juin 1997, *Rec.* 3689.

<sup>694</sup> CJCE 26 juin 1997, *Rec.* 3689, pt. 34.

entre certains éditeurs, la réglementation autrichienne paraissait ainsi au regard de son objet parfaitement justifiée.

358. Cependant, ces deux constatations ne permettent pas à l'Etat de se dispenser de **prendre en considération le potentiel effet particulier** que produira la mise en œuvre de ses réglementations sur les opérateurs économiques exerçant leur activité dans plusieurs Etats membres, puisque la pertinence de la mise en œuvre de leur règle de droit ne peut se déduire que de la **confrontation des règles nationales aux réglementations des autres Etats membres auxquelles l'opérateur économique s'est déjà soumis**. En d'autres termes, lorsque l'application successive de réglementations pourrait être susceptible de générer une inégalité de traitement, le législateur ne devrait jamais prévoir que de telles réglementations puissent être toujours impératives sur leur territoire national, sous peine de voir sa réglementation jugée discriminatoire par la Cour de justice.

Cette obligation des Etats membres d'envisager les **effets potentiels de la mise en œuvre** d'une réglementation dans le contexte particulier de pluralité juridique peut être qualifiée d'**obligation de sollicitude à l'égard des opérateurs économiques l'éprouvant**. En d'autres termes, les Etats membres devraient prévoir que l'application de leur réglementation ne sera pas toujours automatique, mais subordonnée à l'étude préalable des réglementations auxquelles l'opérateur économique circulant au sein du marché intérieur a dorénavant et déjà pu se soumettre au cas d'espèce.

En ce sens, un auteur relève que le principe de non-discrimination – étudié par l'auteur dans le domaine de la libre circulation des marchandises – serait une expression particulière de l'obligation générale de sollicitude<sup>695</sup> posée par l'article 10 du traité CE<sup>696</sup> qui tendrait ici à imposer aux Etats membres de « *se conformer à une obligation de sollicitude à l'égard des importations, lorsqu'ils élaborent des mesures qui ont un effet restrictif [...]* »<sup>697</sup> sur le produit qui circule et donc de ne pas « *transposer mécaniquement aux importations [une mesure prévue pour la production nationale], sans tenir compte de ce qu'une souplesse raisonnable dans son application permettrait, sans pour autant en remettre en cause la substance, d'en atténuer les conséquences plus sévères pour les importations que pour la production interne* »<sup>698</sup>.

Cette obligation pesant sur les Etats membres de tenir compte du droit des autres Etats membres pour juger de l'application de leurs règles de droit a également été récemment

---

<sup>695</sup> On parle également d'un devoir de solidarité fondé sur l'article 10 du traité, Pescatore P., *Le droit de l'intégration*, Bruylant 2005, coll. Grands écrits, droit de l'Union européenne, chap. 2: « Réaménagements des souverainetés », p. 31 et s., sp. 42. V. également M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2002, section 3 : principe de solidarité p. 71.

<sup>696</sup> L'article 10 du Traité dispose que « *les Etats membres prennent toutes les mesures [...] propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité [...]. Ils facilitent [à la Communauté] l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* »

<sup>697</sup> Marenco, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 et ss., p. 312.

<sup>698</sup> Marenco, G. « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative », *C.D.E.*, 1984, n° 3-4, p. 291 et ss., p. 310

réaffirmée par le Parlement et le Conseil qui, par un règlement du 9 juillet 2008<sup>699</sup>, imposent aux autorités administrative des Etats membres de respecter une procédure particulière pour juger de l'applicabilité de certaines réglementations techniques nationales aux marchandises en provenance d'autres Etats membres<sup>700</sup>.

Ce faisant, il transparait qu'en raison de la mobilité des opérateurs économiques, les Etats membres, lorsque qu'ils réglementent l'activité économique nationale sont considérés, par la Communauté, comme réglementant indirectement également l'activité économique communautaire, de sorte qu'**ils ne sauraient plus désormais légiférer uniquement dans une optique strictement nationale.**

Cette idée est particulièrement clairement exprimée par la Cour de justice dans un arrêt du 7 mai 1991<sup>701</sup> relatif à une réglementation allemande imposant à toute personne souhaitant exercer la profession d'avocat sur le territoire allemand d'être titulaire du diplôme allemand. La Cour, condamnant cette réglementation affirme que si « *en l'absence d'harmonisation [...] les Etats membres sont en droit de définir les connaissances et qualifications nécessaires à l'exercice d'une profession, [...] [les articles relatifs aux libertés de circulation prescrivent] une obligation de résultat précise dont l'exécution doit être facilitée mais non conditionnée par la mise en œuvre d'un programme de mesure [de source communautaire]. Il découle d'ailleurs de l'arrêt du 28 avril 1977, Thieffry, point 16 (71/76, Rec. 765), que dans la mesure où le droit communautaire n'en a pas lui-même disposé, les objectifs du traité, peuvent se trouver réaliser par des mesures édictées par les Etats membres qui, aux termes de l'article 5 du traité, sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité [...] et de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* »<sup>702</sup>.

**En conclusion**, la pluralité juridique joue incontestablement un rôle dans l'établissement du caractère injustifié d'une inégalité de traitement générée par une règle de droit. En effet, si la Cour de justice constate que l'inégalité de traitement a pour cause non pas l'objet de la réglementation litigieuse mais son mode d'application dans un contexte de pluralité juridique elle la considéra injustifiée, c'est-à-dire, selon la définition que nous en avons donnée, constitutive d'une discrimination, et donc non-conforme au traité CE. De manière plus précise, la Cour de justice impose aux Etats membres de tenir compte du droit d'un autre Etat membre dorés et déjà appliqué pour juger de la pertinence de la mise en œuvre de certaines de leur propre réglementation. **Loin de condamner la pluralité**

---

<sup>699</sup> Règlement (CE) n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008, *établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre Etat membre et abrogeant la décision n°3052/95/CE*. JOCE L. 218/21, du 18 juillet 2008.

<sup>700</sup> Le règlement a plus exactement – selon son article 1<sup>er</sup> – pour objet d'imposer dans les domaines non harmonisés le respect de règles et procédure « *par les autorités compétentes d'un Etat membre lorsqu'elles prennent ou ont l'intention de prendre un décision [...] qui entraverait la libre circulation d'un produit commercialisé légalement dans un autre Etat membre* ».

<sup>701</sup> Voir également, l'arrêt Kraus du 31 mars 1993, 12/92, Rec. 1663 qui vise l'article 10 du traité CE comme fondement textuel expresse de l'obligation de résultat pesant sur les Etats membres en matière de libre circulation des personnes.

<sup>702</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, 340/89, Rec. 2357, pts 9, 13 et 14.

**juridique, le droit communautaire semble donc en fait juste imposer sa prise en considération par les Etats membres dans la mise en œuvre de leur réglementation.**

### **Conclusion du § II.**

- 359.** L'étude du caractère justifié d'une règle de droit, élément indispensable à la caractérisation d'une discrimination révèle donc l'éventuelle faute des Etats membres dans l'exercice de leur compétence.
- 360.** Cette faute sanctionnée par le droit communautaire peut être **liée à l'existence d'une pluralité juridique**. Pour autant, ni la multiplicité des réglementations, ni même leur diversité ne peut constituer en soi une faute ou, en d'autres termes, un **acte illicite**. L'existence de multiples lois au sein de la Communauté n'est en effet pas le produit d'une violation par les Etats membres d'une de leurs obligations communautaires mais **le fruit de l'exercice légitime de leur compétence normative** en l'absence de mesures d'harmonisation complètes.
- 361.** Cependant, cette pluralité juridique est une réalité tangible à laquelle est nécessairement et **spécifiquement confronté l'opérateur économique exerçant son activité dans plusieurs Etats membres**.

Lorsque les multiples réglementations sont **impératives**, leur application successive peut –**mais ce n'est pas nécessairement le cas** – placer l'opérateur économique qui y est confronté donc une situation économique **défavorable** par rapport à l'opérateur économique sédentaire.

La garantie d'un marché communautaire au sein duquel la concurrence entre les opérateurs économiques n'est pas faussée impose alors d'éradiquer ces inégalités de traitement **dès lors qu'elles ne se sont pas strictement justifiées au regard de l'objet de la réglementation**.

Dès lors, selon la Cour, ces inégalités de traitement ne doivent pas avoir pour cause l'indifférence de l'Etat, appliquant successivement sa réglementation, à la multiplicité des lois auxquelles l'opérateur économique circulant a pu être d'ores et déjà confronté.

A défaut, l'inégalité de traitement est jugée injustifiée. La mise en œuvre de la loi constituera alors une discrimination prohibée par le droit communautaire.

Ainsi, l'indifférence des Etats membres à la multiplicité des lois à laquelle l'opérateur économique peut être confronté joue-t-elle un rôle certain dans l'appréciation du

caractère justifiée de la mise en œuvre d'une réglementation et donc dans la caractérisation d'une discrimination.

## Conclusion de la Section II

**362.** La pluralité juridique n'engendre pas à elle seule d'inégalités de traitement appréhendées par le droit communautaire. La constatation de la divergence d'une législation ne suffit pas à ce qu'elle soit appréhendée par le principe de non-discrimination.

**363.** En revanche l'**application successive** de réglementations à un même opérateur économique du fait de son activité transfrontalière peut générer des inégalités de traitement jugées illégitimes par la Cour de justice. Selon la Cour, c'est en effet l'application successive des lois qui place l'opérateur économique dans une situation particulière bien plus que leur contenu intrinsèque.

**L'impérativité** des réglementations apparaît donc comme **un élément nécessaire mais non suffisant** à la caractérisation d'une discrimination liée à la pluralité juridique.

**364.** L'étude des justifications de la loi permet à la Cour de juger de la légitimité de son impérativité au regard notamment des réglementations des autres Etats membres auxquelles l'opérateur économique a déjà pu se soumettre.

**365.** Ce faisant, la logique de prise en considération du droit d'ores et déjà appliqué pour juger de la pertinence du droit applicable induit un **mécanisme de comparaison des législations nationales**.

Or, juger de la légitimité d'une réglementation au regard des objectifs qu'elle poursuit est, ainsi que l'indiquait M. Ch. Perelman une question nécessairement **relative** et qui plus est **de valeurs**. Comme le relève justement un auteur, la lutte contre les discriminations matérielles « *déporte le juge dans des zones proches de la frontière qui sépare le contrôle de la légalité du contrôle de l'opportunité* »<sup>703</sup>.

Cette logique de comparaison comporte donc un risque : en effet eu égard à la difficulté réelle de juger du caractère nécessaire et proportionné de l'application d'une réglementation, la tentation pourrait alors être grande de considérer plus simplement qu'une réglementation est disproportionnée et donc illégitime parce qu'elle est **minoritaire** au sein de la Communauté. Ce faisant ce serait alors en définitive en raison de sa divergence que la réglementation serait condamnée.

---

<sup>703</sup> de Schutter O., « Le concept de discrimination », *in Union européenne et nationalité*, sous la dir. E. Brébiosa, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 14-44, pt. 7, p. 18.

366. Le droit communautaire oscille ainsi entre une **volonté non équivoque de ne pas condamner les légitimes diversité et multiplicité juridique** et **l'indiscutable difficulté à juger du caractère justifié d'une règle de droit** générant une inégalité de traitement dans un contexte de pluralité juridique.

### Conclusion du Chapitre I

367. L'imprécision du langage de la Cour et les fluctuations de sa jurisprudence nous ont conduit à **repenser la notion de discrimination communautaire** afin de pouvoir en confronter les éléments de définition au phénomène de la pluralité juridique.

368. Outil de protection d'une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques, le principe de non-discrimination peut être défini comme **une méthode de sanction des réglementations nationales générant des inégalités de traitement injustifiées entre les opérateurs économiques ayant une activité économique dans plusieurs Etats membres et ceux sédentaires.**

369. La pluralité juridique peut générer des inégalités de traitement. Cependant, la volonté de la Cour de justice d'imputer l'inégalité de traitement à une réglementation particulière la conduit à poser **le principe de la légitimité des inégalités de traitements ayant pour seule cause la diversité juridique.**

En revanche, l'inégalité de traitement est, selon la Cour, bien imputable à une réglementation particulière lorsque celle-ci s'applique impérativement et indistinctement à tous les opérateurs économiques sans considération pour la situation particulière dans laquelle se trouve l'opérateur économique circulant.

C'est donc principalement **le mode d'application d'une réglementation dans un contexte de pluralité juridique** qui peut heurter le bon fonctionnement du marché intérieur. En d'autres termes, du fait de la pluralité juridique, les réglementations **impératives** peuvent heurter les exigences communautaires de non-discrimination.

Mais, la Cour de justice ne se bornant pas à condamner les seules réglementations générant des inégalités de traitement, il convient à présent de confronter le phénomène de la pluralité juridique aux réglementations, qui bien que non discriminatoires, sont inconciliables avec les libertés de circulation.

**CHAPITRE II**  
**PLURALITE JURIDIQUE ET RESTRICTION NON DISCRIMINATOIRE INJUSTIFIEE**  
**A LA LIBRE CIRCULATION.**

**370.** Toutes les lois, même dans un contexte de pluralité juridique n'engendrent **pas d'inégalités de traitement**. Deux raisons l'expliquent.

Premièrement, l'inégalité de traitement établie par la comparaison suppose nécessairement que l'objet de la comparaison se retrouve au sein des différents Etats membres. En d'autres termes, des biens ou les moyens de productions similaires, équivalents ou au moins interchangeables doivent se trouver au sein de différents Etats membres. Puis, certains d'entre eux doivent être traités de manière défavorable du fait, pourrait-on dire grossièrement, de leur rattachement à un autre Etat membre pour que soit établie une inégalité de traitement. Or, un Etat peut être par exemple seul producteur d'une denrée qui, si elle n'est interchangeable avec aucune autre, sera insusceptible de se trouver en situation de concurrence au sein de la Communauté et donc d'être l'objet d'une inégalité de traitement.

Secondement, certaines réglementations produisent véritablement les mêmes effets sur les marchandises, les services et les personnes quel que soit leur rattachement à un autre ou plusieurs Etats membres. Elles ne génèrent alors pas non plus d'inégalités de traitement.

Dès lors, lorsque la Cour de justice condamne de telles réglementations, le premier élément de la définition de la discrimination – l'inégalité de traitement – manquant, elle ne saurait les sanctionner sur le fondement du principe de non-discrimination tel que nous l'avons défini.

Quelle est alors la cause de la sanction communautaire de ce type de réglementations ?

**371.** Nous démontrerons qu'il se dégage encore une fois de manière manifeste des décisions de la Cour de justice que celle-ci fustige essentiellement **l'impérativité** de certaines réglementations<sup>704</sup>, dans un contexte de pluralité juridique, plutôt que leur **diversité**.

---

<sup>704</sup> En ce sens : CJCE 10 décembre 1968, 07/68, *Rec.* 617 dans lequel la Cour de justice affirme que l'article 28 du Traité vise « les interventions des Etats dans le commerce intracommunautaire par des mesures ayant le caractère de **prohibitions** [...] et qui [...] constituent **une décision contraignante** dans la décision des opérateurs ».

Voir également : Voir en ce sens les propos de M. A. Raclét qui relève que les dispositions relatives aux libertés de circulation visent « toutes les manifestations du pouvoir normatif national [...] aucune distinction n'étant opérée entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire. [...] Ce qui compte, avant tout, c'est le caractère **contraignant des mesures visées, qui traduisent l'exercice de prérogatives de puissance publique** par les Etats membres. Nous pouvons donc considérer que celui-ci est au cœur de la notion communautaire de mesure ». Raclét A. *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 405, p. 379.



Ce constat invite à s'interroger sur les **méthodes** qui pourraient permettre de concilier multiplicité des réglementations nationales et bon fonctionnement du marché intérieur ainsi que sur les **risques** que ces méthodes pourraient engendrer pour la préservation de l'autorité des lois nationales.

Ainsi après avoir établi qu'il se dégage de la jurisprudence de la Cour une volonté de condamner les réglementations engendrant des **restrictions injustifiées liées à la multiplicité des réglementations nationales impératives** (section I.), nous envisagerons, de façon théorique, **les possibles solutions à la multiplicité des réglementations nationales impératives** (section II.).

### Section I

#### Les restrictions injustifiées liées à la multiplicité des réglementations nationales impératives

**372.** La pluralité juridique s'exprime de deux façons : d'une part, par la diversité des lois nationales et, d'autre part, par leur multiplicité.

Il convient ici de rechercher comment ses deux éléments sont pris en considération par la Cour de justice pour condamner une réglementation non discriminatoire.

Nous établirons dans un premier temps que la Cour de justice affirme avec force que le caractère conciliable d'une réglementation nationale avec le droit communautaire ne doit pas se déduire des divergences de législations. Cette position témoigne du **refus explicite de la Cour de condamner les divergences de législations** (§ I.).

Nous démontrerons qu'en revanche la Cour de justice semble prendre en considération l'impérativité des réglementations à toutes les étapes de son contrôle de conformité. Tout comme en matière de discrimination, il se dégage ainsi de la jurisprudence de la Cour une **condamnation** de – certaines – **réglementations impératives dans un contexte de pluralité juridique** (§ II.).

#### § I. Le refus explicite de la Cour de condamner les divergences de législations

**373.** Le contrôle de conformité des lois au Traité est en principe<sup>705</sup> toujours conduit par la Cour de justice en deux temps. D'abord la Cour vérifie que la réglementation qui lui est soumise entre bien dans le champ d'application du droit communautaire, c'est-à-dire, si

---

<sup>705</sup> Nous exposerons que la Cour de justice ne dissocie en fait pas toujours clairement les deux étapes de son raisonnement.

elle est susceptible d'avoir un impact sur les échanges intracommunautaires<sup>706</sup>. Puis, si tel est le cas, elle juge de la légitimité de sa mise en œuvre – c'est-à-dire de sa nécessité et de sa proportionnalité – eu égard à son objet<sup>707</sup>.

Dans un premier temps, nous démontrerons que, tout comme en matière d'inégalité de traitement, la Cour de justice refuse catégoriquement de déduire l'effet potentiellement restrictif aux échanges intracommunautaires d'une réglementation de sa divergence des législations des autres Etats membres. En d'autres termes, **les divergences de législations ne permettent pas de préjuger de leur effet restrictif (A)**. Dans un second temps, il sera établi que la Cour de justice soucieuse de préserver la compétence normative effective des Etats membres affirme également ne pas juger de la nécessité et de la proportionnalité d'une réglementation en fonction des celles en vigueur au sein des autres Etats membres. **Les divergences de législations ne permettent donc pas non plus de préjuger de leur caractère injustifié (B)**.

#### **A. Les divergences de législations ne permettent pas de préjuger de leur effet restrictif**

**374.** Toutes les réglementations ne génèrent pas, de fait, d'inégalités de traitement<sup>708</sup>. Certaines mêmes sont considérées par la Cour de justice de justice elle-même comme – en principe<sup>709</sup> – insusceptibles de produire un tel effet. Ainsi en va-t-il par exemple, dans le domaine de la libre circulation des marchandises, des réglementations relatives aux modalités de ventes<sup>710</sup>.

Pour autant, une réglementation n'est pas, de ce simple fait, exclue du champ d'application du traité CE.

---

<sup>706</sup> Pour une approche plus nuancée de la question, voir nos développements relatifs au champ d'application des libertés de circulation.

<sup>707</sup> S'attachant à dégager les constantes qui permettraient d'élaborer un régime général et unitaire des libertés de circulation, M. Fallon constate que « dans tous les cas, un principe d'interdiction est assorti d'une disposition permettant à l'Etat de justifier une entrave à l'aide d'un objectif d'intérêt général ». Fallon M., « Vers un principe général de liberté de circulation », *Annales d'Etudes européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1996, pp. 73-115, p. 84

<sup>708</sup> Une réglementation imposant le repos dominicale est ainsi considérée comme pouvant « avoir des conséquences négatives sur le volume des ventes de certains magasins, [bien qu'elle] affecte aussi bien la vente des produits nationaux que celles des produits importés et que la commercialisation des produits en provenance d'autres Etats membres n'est donc pas rendue plus difficile que celles des produits nationaux ». CJCE 24 novembre 1993, 267/91 et 268/91, conclusions de l'avocat général Van Gerven, *Rec.* 6117, pt. 10.

Voir en ce sens les arrêts : CJCE 23 novembre 1989 Torfaen 145/88, *Rec.* 3865 ; CJCE 28 février 1991, Conforama, 312/89, *Rec.* 997 ; CJCE 28 février 1991, marchandise, 332/89, *Rec.* 1027

<sup>709</sup> Voir Première partie, Titre I, Chapitre II, Section I, §II, B, 2 « L'exclusion des modalités de ventes »

<sup>710</sup> Dans cet arrêt, la Cour relève au sujet des modalités de vente que « l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre Etat membre et répondant aux règles édictées par cet Etat n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux ». CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff.C-267/91 et C-268/91, *Rec.* 16097, pt. 17.

La Cour appréhende en effet généralement toutes les réglementations susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires<sup>711</sup>. Ainsi, par exemple, en matière de libre prestation de services l'avocat général M. F. G. Jacobs a-t-il pu suggérer que « *la question de savoir si une règle imposée par l'Etat membre d'origine constitue une restriction à la libre prestation de services [soit] tranchée sur la base d'un critère fonctionnel, consistant à se demander si cette règle **entrave de manière substantielle l'aptitude de personnes établies sur son territoire à fournir des services intracommunautaires*** »<sup>712</sup>.

Mais comment juger de cet effet au moins potentiellement restrictif d'une réglementation sur les échanges et la pluralité juridique ?

Nous avons établi que mesurer cet impact supposait de procéder à une véritable analyse économique du droit<sup>713</sup>.

Les juges de la Cour de justice qui ne détiennent pas nécessairement de compétence particulière en matière économique – il s'agit avant tout de juristes et non d'économistes – ne s'appuient-ils pas alors plus simplement sur une comparaison des réglementations en vigueur dans les Etats membres pour trancher cette question ? En d'autres termes, à défaut de pouvoir véritablement juger de l'impact d'une réglementation en s'appuyant sur la science économique, les juges ne déduiraient-ils pas simplement son effet restrictif sur les échanges du fait qu'elle est plus sévère que d'autres au sein de la Communauté ?

**375.** L'arrêt *Alpine Investments*<sup>714</sup> – que nous avons déjà évoqué – permet de trancher cette question. En effet, la Cour s'y est exprimée particulièrement clairement sur ce sujet.

Dans cet arrêt, une réglementation néerlandaise ne générant aucune inégalité de traitements était en cause. Cette réglementation interdisait de manière générale aux prestataires de services **établis aux Pays-Bas** d'adresser des appels téléphoniques non sollicités à des clients potentiels en vue de proposer leurs services en matière de valeurs mobilières. L'interdiction de pratiquer le « cold calling » s'appliquait donc également à l'égard de clients potentiels établis dans d'autres États membres.

D'une part, la réglementation privait de la possibilité de recourir à une pratique commerciale, tant les prestataires de services établis aux Pays-Bas exerçant leur activité

---

<sup>711</sup> Pour une approche plus nuancée voir nos développements relatifs au champ d'application matériel des libertés de circulation, Première partie, Titre I, Chapitre II, Section I « Le caractère inévitablement incertain du champ d'application matériel »

<sup>712</sup> Il est intéressant de relever que l'Avocat général propose ici de s'attacher à la recherche d'une affectation substantielle alors que la Cour prohibe de manière générale le recours au critère de l'intensité de l'impact d'une réglementation sur les échanges intracommunautaire pour juger de l'applicabilité des dispositions du Traité relatives aux libertés de circulation.

<sup>713</sup> Première partie, Titre I, Chapitre II, Section I. « Le caractère inévitablement incertain du champ d'application matériel ».

<sup>714</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167

uniquement aux Pays-Bas, que ceux établis aux Pays-Bas mais exerçant leur activité au sein d'autres Etats membres.

D'autre part, relative à une **méthode d'offre** de services et non au service lui-même, elle ne plaçait pas le prestataire de services établi aux Pays-Bas et exerçant son activité dans plusieurs Etats membres dans une situation de fait défavorable par rapport à celui n'exerçant son activité qu'aux seuls Pays-Bas, puisque son respect n'engendrait pas nécessairement un coût substantiel pour le seul opérateur économique circulant.

La réglementation n'engendrait donc aucune inégalité de traitement entre l'opérateur économique exerçant son activité aux seuls Pays-Bas et celui exerçant son activité aux Pays-Bas et dans d'autres Etats membres.

En ce sens, bien que ne distinguant pas clairement la question de l'inégalité de traitement de celle de la discrimination, l'avocat général a d'ailleurs écrit qu'il convenait tout d'abord « *de noter que l'interdiction litigieuse est non discriminatoire. Elle s'applique sans discrimination à tous les prestataires de services établis aux Pays-Bas. Elle s'applique sans qu'il faille se demander si les clients potentiels d'Alpine Investments résident aux Pays-Bas ou d'en d'autres Etats membres. Elle s'applique donc sans discrimination en ce qui concerne les destinataires de services* »<sup>715</sup>.

**376.** A défaut d'inégalité de traitement, la Cour, a ainsi dû, pour juger de l'applicabilité l'article 59 du Traité à la réglementation qui lui était soumise, vérifier « *si l'interdiction de prendre contact par téléphone avec des clients potentiels se trouvant dans un autre Etat membre sans leur consentement préalable [était] susceptible de constituer une restriction à la libre prestation de services* »<sup>716</sup>.

Afin de fournir à la Cour de justice tous les éléments nécessaires à l'établissement de l'effet restrictif engendré par la réglementation, la juridiction de renvoi a attiré l'attention de la Cour sur le fait qu'une telle prohibition du « cold calling » n'existait pas dans tous les Etats membres. Elle l'informa ainsi de ce que « *les prestataires établis dans les Etats membres où résident des destinataires potentiels ne sont pas nécessairement soumis à la même interdiction ou, à tout le moins, pas selon les mêmes modalités* »<sup>717</sup>. La Cour se devait alors de répondre clairement à la question de la pertinence de la prise en considération de la diversité des législations nationales pour juger de l'effet restrictif d'une réglementation sur les échanges.

**377.** Dans cet arrêt la Cour a répondu très explicitement à cette question ; c'est ainsi sans ambiguïté qu'elle a rejeté toute possibilité de déduire l'effet restrictif d'une

---

<sup>715</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167, conclusions de l'Avocat Général M. F. G. Jacobs, pt. 38.

<sup>716</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167, pt. 26

<sup>717</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167, pt. 26

réglementation de sa divergence des réglementations des autres Etats membres. Selon la Cour, il faut « *relever qu'une interdiction telle que celle qui est en cause dans le litige au principal ne constitue pas une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 59 du seul fait que d'autres États membres appliquent des règles moins strictes aux prestataires de services similaires établis sur leur territoire* »<sup>718</sup>. Encore une fois, la Cour indique que l'effet restrictif de la réglementation doit lui être imputable. L'avocat général s'était d'ailleurs également prononcé en ce sens en soutenant que « *le fait que différents Etats membres imposent des restrictions différentes [...] n'entraîne pas une situation incompatible avec le traité* »<sup>719</sup>.

- 378.** La réglementation doit donc par elle-même générer une restriction. Cependant, si la Cour de justice refuse de comparer les réglementations pour juger d'un effet restrictif, procède-t-elle pour autant à une analyse économique approfondie des effets produits par la réglementation litigieuse ?

Après avoir catégoriquement refusé de procéder à une comparaison des législations, la Cour, loin de démontrer l'effet restrictif de la mesure, le déduit du simple fait qu'il s'agit d'une règle – relative à une modalité d'exercice d'une activité économique – **impérative** et **prohibitive**<sup>720</sup> : elle affirme que « *toutefois, une telle interdiction prive les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres États membres* ». De ce simple constat, elle tire la conclusion que la réglementation « *est dès lors susceptible de constituer une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers* »<sup>721</sup>. La Cour ne procède donc à aucune analyse microéconomique.

Que faut-il comprendre d'une telle attitude de la Cour ?

- 379.** Le refus de la Cour de justice de comparer les législations en vigueur au sein des Etats membres pour juger de leur effet restrictif témoigne probablement d'une volonté de **préserver l'indépendance des Etats membres les uns vis-à-vis des autres** et donc de ne pas envenimer les relations entre eux-ci<sup>722</sup>. La Cour ne souhaite certainement pas

<sup>718</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, pt. 27

<sup>719</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, conclusions de l'Avocat Général M. F. G. Jacobs, pt. 38.

<sup>720</sup> « Pour exprimer l'action de la règle juridique, on dit généralement qu'elle ordonne, **défend**, permet, récompense ou punit. Ordonner et défendre exprime claire mènent l'idée d'obligation. Punir correspond aux sanctions de la règle. Récompenser suppose une rétribution qui peut être obligatoire (prime, rémunération) ou facultative (décoration) ; dans le premier cas l'obligation existe ; mais qu'en est-il dans le second ? Il s'agit en réalité d'une permission. Permettre semble contredire l'idée d'obligation : ce qui est permis n'est pas imposé. Pourtant la permission est liée à l'obligation. La permission est une dispense, une exception à une interdiction ». Mazeaud H. et L., Mazeaud J., Chabas F., « Introduction à l'étude du droit » in *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd. 1991, pt. 4, p. 16.

<sup>721</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, pt. 28

<sup>722</sup> Dans son étude consacrée à la souveraineté de l'Etat, Mme F. Chaltiel dissocie ainsi deux aspects de la souveraineté étatique : d'une part la souveraineté-indépendance qui correspondrait à l'absence de toute subordination et d'autre part la souveraineté-commandement traduisant l'autorité des Etats sur leurs sujets qui leur permet de leur imposer ses décisions. Chaltiel F., *La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherche sur la souveraineté de l'Etat membre*, L.D.G.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 99, 2000.

laisser penser aux Etats membres qu'ils sont en fait dépouillés de leur pouvoir normatif effectif du simple fait qu'un autre Etat membre ne l'exerce pas ou l'exerce autrement. En d'autres termes, un Etat membre ne doit pas pouvoir imposer sa politique législative au sein de toute la Communauté. En ce sens, l'avocat général relève que « *l'interdiction du « cold calling » imposée par le droit néerlandais, qui s'applique de manière identique à toutes les personnes qui y sont soumises, ne peut pas être incompatible avec le traité pour la seule raison que d'autres Etats membres appliqueraient des règles moins strictes aux prestataires de services établis sur leur territoire* »<sup>723</sup>.

Cependant si la Cour cherche ainsi vraisemblablement à préserver la souveraineté des Etats membres les uns vis-à-vis des autres, elle souhaite en revanche certainement également garantir largement l'emprise du droit communautaire sur les droits nationaux comme en témoigne son affirmation lapidaire de l'impact de la réglementation néerlandaise sur les échanges intracommunautaires.

Dès lors, la Cour de justice témoigne-t-elle de plus de modération dans son étude des justifications que la réglementation ? Parvient-elle en outre à juger de la légitimité d'une réglementation sans procéder à une comparaison des réglementations nationales ?

## **B. Les divergences de législations ne permettent pas de préjuger de leur caractère injustifié**

**380.** La Cour de justice<sup>724</sup>, après avoir jugé qu'une réglementation entre effectivement dans le champ d'application du traité CE, vérifie si elle lui est conforme au regard de son objet, de sa nécessité et de son caractère proportionné. Ainsi, dans l'arrêt *Alpine Investments* précité<sup>725</sup> la juridiction interroge-t-elle la Cour afin de « *savoir si [elle considère que] des raisons impérieuses d'intérêt général justifient l'interdiction du « cold calling » et si celle-ci doit être considérée comme étant objectivement nécessaire et proportionnée au but poursuivi* »<sup>726</sup>.

**381.** La réglementation néerlandaise tendait à la protection des consommateurs et à la préservation de la bonne réputation du secteur financier national qui, selon la Cour de justice, constituent des objectifs légitimes.

---

<sup>723</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167, conclusions de l'Avocat Général M. F. G. Jacobs, pt. 38.

<sup>724</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167

<sup>725</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167

<sup>726</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167, pt. 40

Restait donc pour la réglementation à passer avec succès le test de proportionnalité<sup>727</sup> pour être jugée conforme au traité CE.

A cet égard, la Cour rappelle sa jurisprudence constante en vertu de laquelle, « *en ce qui concerne la proportionnalité de la restriction en cause, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les exigences imposées aux prestataires de services doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles visent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* »<sup>728</sup>. En d'autres termes, le principe de proportionnalité impose « *un rapport de juste proportion entre les moyens et les fins* »<sup>729</sup> ou encore de « *de juste mesure [c'est-à-dire] d'adéquation des moyens au but poursuivi* »<sup>730</sup>. Il s'agit donc pour la Cour de justice d'un contrôle de **stricte nécessité** de l'activité normative des Etats membres.

En principe, la charge de la preuve de la nécessité et du caractère proportionné de la réglementation pèse sur l'Etat membre. En matière de libre circulation des marchandises, la Cour de justice a ainsi pu affirmer « *qu'il doit toujours incomber à l'autorité publique qui invoque l'article 36 C.E. de démontrer que les mesures qu'elle impose satisfont aux critères* »<sup>731</sup> de proportionnalité.

**382.** D'aucuns<sup>732</sup> considèrent que le test de proportionnalité se décomposerait en trois éléments :

- un critère d'adéquation supposant « *que la mesure adoptée par l'Etat membre soit justifiée par une raison d'intérêt général national. Il s'agit d'appréhender la légalité ou la légitimité formelle de la mesure étatique* » ;

- un critère de nécessité imposant « *qu'entre plusieurs mesures propres à garantir la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi dans l'ordre juridique interne, les autorités publiques nationales choisissent celle qui porte l'atteinte la moins sévère aux règles systémiques du marché commun* » ;

---

<sup>727</sup> Dans l'arrêt Schröder du 11 juillet 1989, la Cour affirmé pour la première fois qu'il s'agit d'un principe général du droit communautaire : « *Le principe de proportionnalité [...] est reconnu par une jurisprudence constante de la Cour comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire* ». CJCE 11 juillet 1989, 265/87, Rec. 2263, pt. 21.

Voir notamment à cet égard : Papadopoulou R.-E., *Principes généraux du droit communautaire, origines et consécration*, Bruylant, Bruxelles, 1996 ; Favret J.-M. « La primauté du principe communautaire de proportionnalité sur la loi nationale », note ss. T. A. de Caen 8 avril 1997, R.F.D.A. 1997, p. 389

En ce qui concerne les arrêts consacrant le principe de proportionnalité en liberté de circulation, voir notamment :

- en libre circulation des marchandises (art. 30 du Traité) : CJCE 14 juillet 1983, 174/82, Rec. 2245, pt. 18

- article 45 : CJCE 21 juin 1974 Reynolds, 02/74, Rec. 631, pt. 43

<sup>728</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, pt. 45 ; voir également en ce sens CJCE 25 juillet 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda e. a., 288 / 89, Rec. 4007, pt. 15.

<sup>729</sup> Ritleng D. « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », A.J.D.A., 1999, p. 645, sp. 652.

<sup>730</sup> Behar-Touchais « Rapport introductif » in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* colloque tenu le 20 mars 1998 ) l'Université Paris V, L.P.A., 30 septembre 1998, n° spécial, p. 3, sp. n° 1.

<sup>731</sup> CJCE 8 novembre 1979, 251/78, Rec. 3369.

<sup>732</sup> Raclat A. *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 429, p. 397.

- un critère de proportionnalité *stricto sensu* supposant « *de mettre en balance les effets favorables et défavorables de la mesure nationale. [...] Dans cette optique, la Cour de justice contrôle parfois l'efficacité de la mesure nationale* ».

En d'autres termes, pour que le principe de proportionnalité ne soit pas violé, l'Etat membre doit prouver que sa réglementation est « *utile (ou pertinente) et indispensable, en d'autres termes, qu'elle ne doit pas pouvoir être remplacée par une réglementation alternative tout aussi utile mais qui constituerait une entrave moindre à la libre circulation* »<sup>733</sup>. Il se dégage clairement de cette remarque de l'avocat général W. Van Gerven que si l'exigence de « *nécessité* [propre au contrôle de proportionnalité pourrait] *théoriquement varier du simplement nécessaire au strictement ou absolument nécessaire, la Cour de justice opte manifestement pour la seconde acceptation, ce qui implique un contrôle rigoureux de la nécessité* »<sup>734</sup>.

**383.** La société Alpine Investments a alors remarqué qu'une telle prohibition n'était pas en vigueur au sein de tous les Etats membres pourtant également soucieux d'assurer tant la protection des consommateurs que la bonne réputation de marchés financiers nationaux. Selon cette société, les réglementations divergentes des Etats membres tendraient toutes à garantir le même objectif mais elles auraient recours à des méthodes plus ou moins attentatoires à la liberté commerciale des opérateurs économiques. Dès lors, en se prononçant explicitement sur la légitimité d'une de ces réglementations nationales, la Cour le ferait alors également implicitement pour les autres. En d'autres termes, du fait des exigences rigoureuses de proportionnalité et de nécessité, si la Cour de justice jugeait la réglementation **néerlandaise** nécessaire, cela signifierait donc que les réglementations des autres Etats membres seraient insuffisantes et *vice versa*.

La Cour rapporte ainsi que la société « *Alpine Investments objecte par ailleurs qu'une interdiction générale du démarchage par téléphone des clients potentiels n'est pas nécessaire à la réalisation des buts poursuivis par les autorités néerlandaises. L'enregistrement obligatoire par les sociétés de courtage de leurs appels téléphoniques non sollicités suffirait à protéger efficacement les consommateurs. De telles règles auraient d'ailleurs été adoptées au Royaume-Uni par la Securities and Futures Authority (autorité de contrôle des valeurs mobilières et des opérations à terme)* »<sup>735</sup>. La société Alpine Investments suggère donc judicieusement à la Cour que juger une réglementation revient nécessairement à se prononcer sur celles en vigueur au sein des autres Etats membres. Une réglementation ne pourrait être appréciée isolément<sup>736</sup>.

---

<sup>733</sup> CJCE 4 octobre 1991 Grogan, 159/90, *Rec.* 4685.

<sup>734</sup> Racllet A. *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 452, p. 416. Dans le cadre de la libre circulation des marchandises, l'auteur estime que la preuve d'éventuelles mesures alternatives moins attentatoires aux libertés de circulation pèserait sur la Commission. Il ne s'appuie cependant sur aucun arrêt (voir *ibidem*, pt. 455, p. 419).

<sup>735</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167, pt. 50.

<sup>736</sup> En d'autres termes, soit ces réglementations divergentes permettaient d'assurer efficacement la protection des intérêts évoqués et, dès lors, la réglementation néerlandaise était disproportionnée, soit la réglementation néerlandaise serait



384. L'avocat général a fermement rejeté cette argumentation. Il s'est pour cela appuyé sur le pouvoir des Etats membres de librement choisir leur politique législative et donc le degré de « sévérité » de leur législation.

Il écrit ainsi que « *le fait qu'un autre Etat membre impose des règles moins strictes ne signifie pas que les règles en vigueur aux Pays-Bas violent le principe de proportionnalité. Cela ressort clairement du fait que les directives d'harmonisation en matière de protection du consommateur autorisent habituellement les Etats membres à imposer des exigences plus strictes ou supplémentaires. A fortiori, en l'absence de mesure d'harmonisation, les règles d'un Etat membre ne peuvent pas être considérées comme contraires au principe de proportionnalité au seul motif qu'un autre Etat membre applique des règles moins strictes. [... ] En l'absence de règles d'harmonisation, chaque Etat membre dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans la détermination du niveau de protection des investisseurs sur son territoire* »<sup>737</sup>. Il faut cependant remarquer que le risque qu'une telle logique pourrait engendrer pour la souveraineté des Etats les uns vis-à-vis des autres n'est pas la seule cause du rejet de l'argumentation de la société Alpine Investments par l'avocat général. En effet, ce dernier relève certes d'un côté que le raisonnement de la société Alpine Investments pourrait conduire à ce que « *en l'absence d'harmonisation, les Etats membres [doivent] aligner leur législation sur celle de l'Etat membre imposant les exigences les moins lourdes. [Mais d'un autre coté, il précise que] cela pourrait avoir pour effet de saper la confiance des investisseurs au lieu de la promouvoir* »<sup>738</sup>. Il apparaît donc clairement que c'est aussi parce qu'un abaissement du niveau de protection des investisseurs est jugé préjudiciable au bon fonctionnement de ce secteur économique que la confrontation des réglementations n'est pas pris en considération pour apprécier de la proportionnalité de la réglementation.

La Cour de justice a adhéré au raisonnement de l'avocat général. Elle affirme au sujet de l'argumentation développée par la société Alpine Investments que « *ce point de vue ne saurait être admis. Comme l'avocat général l'a relevé à juste titre au point 88 de ses conclusions, le fait qu'un Etat membre impose des règles moins strictes que celles imposées par un autre Etat membre ne signifie pas que ces dernières sont disproportionnées et, partant, incompatibles avec le droit communautaire* »<sup>739</sup>. La Cour a donc examiné la réglementation néerlandaise « *notamment au regard des conditions qui prévalent sur le marché national et des raisons ayant conduit à [son] adoption* »<sup>740</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour parvient à juger de la nécessité et de la proportionnalité de la réglementation néerlandaise **sans procéder à une comparaison de législations**. Elle

---

indispensable à la protection des intérêts et, dès lors, cela signifierait implicitement que les réglementations des autres Etats membres seraient inaptes à protéger efficacement ces intérêts.

<sup>737</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, Conclusions de l'avocat général, pts. 88 et 90.

<sup>738</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, Conclusions de l'avocat général, pt. 90.

<sup>739</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, pt. 51.

<sup>740</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, Conclusions de l'avocat général, pt. 91.

affirme ainsi que « *en tout état de cause, la réglementation en cause a une portée limitée. D'abord, elle interdit seulement de prendre contact avec des clients potentiels par téléphone ou en personne sans leur consentement préalable écrit, les autres techniques de prise de contact restant autorisées. Ensuite, cette mesure affecte les relations avec des clients potentiels, mais non avec les clients existants qui gardent la possibilité de donner leur consentement écrit à de nouvelles communications. Enfin, l'interdiction des appels téléphoniques non sollicités est limitée au marché sur lequel ont été constatés des abus, en l'occurrence, celui des contrats à terme des marchandises* »<sup>741</sup>. S'appuyant sur ces trois arguments, la Cour décide que l'interdiction du « cold calling » n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif qu'elle poursuit.

385. Mais alors, si au moins en principe ce n'est pas la diversité juridique que la Cour de justice souhaite condamner, ne serait-ce pas en fait plus simplement l'existence même de réglementations contraignantes ? Si une telle hypothèse se confirmait, il va de soi que ces réglementations seraient alors d'autant plus néfastes qu'elles seraient nombreuses.

## § II. La condamnation des réglementations impératives dans un contexte de pluralité juridique

386. Dans un arrêt du 10 mars 1983, la Cour de justice a affirmé que « *les principes de libre circulation des marchandises et de la libre concurrence, ainsi que le libre exercice du commerce, en tant que droit fondamental, constituent des principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect* »<sup>742</sup>. Que recouvre la notion de libre exercice du commerce que la Cour de justice érige en principe général du droit communautaire ?

S'oppose-t-elle à toute réglementation étatique de l'activité économique<sup>743</sup> ? Ne faut-il pas déduire d'une telle formulation de la Cour qu'elle appréhende négativement toute réglementation car elle rechercherait en fait à favoriser **le pur libre jeu de la concurrence**<sup>744</sup> ? En d'autres termes, promouvoir le libre exercice du commerce signifie-t-il affirmer que l'économie s'accommode mal des règles de droit<sup>745</sup> ?

<sup>741</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, *Rec.* 1167, pt. 54

<sup>742</sup> CJCE 10 mars 1983, G.I.E. Interhuiles (huiles usagées), 172/82, *Rec.* 555, pt. 9. Voir déjà en ce sens antérieurement : CJCE 13 novembre 1979, Haver, *Rec.* 2727. Le traité de Nice a en outre consacré le principe de la liberté fondamentale de l'entreprise.

<sup>743</sup> Selon la définition qu'en donne G. Comu, la liberté est une notion polymorphe qui signifie parfois notamment « *l'absence de réglementation* ». Comu G. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8<sup>ème</sup> éd. 2007.

La question de savoir si les dispositions relatives à la libre circulation tendent à favoriser l'autonomie des individus en tant qu'acteurs dans le marché contre l'interventionnisme étatique a été longuement débattue par la doctrine allemande : Streit et Mussler, « the Economic Constitution of EC – From Rome to Maastricht » *European law journal*, vol. 1, 1995, p. 5 ; Buchanan, « Europe's Constitutional Opportunity » in *Europe's Constitutional future, Institute of Economic Affairs Readings*, n°33, 1990, p. 11 ; Metsmäcker « On the legitimacy of European Law » *RabelsZeitschrift*, vol. 58, 1994, p. 615. Pour notre part, nous nous contenterons de nous demander dans quelle mesure ces théories peuvent s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre circulation.

<sup>744</sup> Müller-Graff, « Les perspectives d'un droit privé européen », *REA\_LEA*, 1998, p. 242, sp. p. 243 ; Rouhette G. « Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France » in *Freedom of contracts and Constitutional Law*, ss. la dir. de A. Mordechai

Rappelons ici que « *la règle de droit est une règle de conduite sociale dont le respect est assuré par l'autorité publique* »<sup>746</sup>. La règle de droit a ainsi un caractère obligatoire, général, permanent, coercitif<sup>747</sup>.

Le souci de la Cour de justice de préserver le **libre** exercice du commerce semble viser plus précisément les différentes **modalités d'expression du caractère obligatoire** de la règle de droit. En effet, si toutes les règles de droit sont par nature obligatoires, en revanche, certaines sont impératives quand d'autres ne sont que supplétives.

Il convient donc à présent de rechercher l'impact de l'étendue du caractère obligatoire des règles de droit sur les raisonnements de la Cour de justice. Nous démontrerons que si la Cour de justice ne désapprouve pas en soi l'existence de réglementations nationales encadrant l'activité économique, lorsqu'elle contrôle la conformité d'une réglementation au traité CE, la Cour mentionne cependant toujours tant son impérativité que son caractère supplétif. Il s'agit donc de faire état des **manifestations de la défiance de la Cour à l'encontre des réglementations impératives (A.)** ainsi que des **manifestations de la préférence accordée par la Cour aux réglementations supplétives (B.)**

## **A. Manifestations de la défiance de la Cour à l'encontre des réglementations impératives**

**387.** Il faut tout d'abord remarquer que la majorité des règles appréhendées par les libertés de circulation sont des règles de droit public ou de droit privé **encadrant l'exercice des**

---

Rabello et P. Sarcevic, H and M Sacher Institute for Legislative Research & Comparative Law, Faculté de droit de Jérusalem, 1998, p. 66 ; Mengozzi P. « Règles communautaires et règles impératives en tant que limites et contre limites imposées à l'autonomie contractuelle », *R.M.U.E.*, 1999, n°1, p. 169.

En sens contraire, M. A. Racllet affirme que « *les règles du droit communautaire des affaires dont la fonction est d'assurer l'ouverture et l'abolition des frontières entre Etats membres, ne doivent pas devenir des instruments de démantèlement des structures réglementaires nationales dans l'optique d'une totale liberté commerciale et professionnelle* ». Racllet A. *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 426, p. 395

<sup>745</sup> Voir en ce sens les positions du théoricien Hayek. Hayek *La Constitution de la liberté*, Litec 1993, p. 133. Dans la théorie néolibérale « *le marché est perçu comme le moyen le plus efficace, le plus rationnel et le plus juste d'harmonisation des comportements ; le contrat apparaît comme le vecteur de la construction de l'ordre de marché au sens où l'entend Hayek, c'est-à-dire un ordrespontané (catallaxie), engendré par la confrontation et l'ajustement des préférences individuelles. On sait que pour Hayek, la régulation par le marché, via la technique contractuelle, est la seule forme compatible avec la liberté, si tant est « qu'une société libre est une société pluraliste, sans hiérarchie commune de fins particulières » : chacun est conduit par le gain qu'il recherche à servir des besoins collectifs dont il n'a pas la connaissance directe ; l'ordre de marché appelle seulement l'existence d'une « armature permanente de lois », règles définies a priori, fixes, impersonnelles, **identiques pour tous**, qui encadrent le jeu des rapports contractuels assurant la régulation du fonctionnement social* ». Chevallier J. « Contractualisation et régulation » in *La contractualisation de la production normative* ss. la dir. de S. Chassignard-Pinet et D. Hiez, Dalloz 2008, pp. 83-93, pt. 1, p. 83.

En sens contraire : Homann K., *Rationalität und Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1988.

Sur l'ensemble de ces questions voir les développements de Messieurs C. Lucas de Leyssac et G. Parleani sur la « Liberté d'entreprise, d'entreprendre et du commerce et de l'industrie ». Lucas de Leyssac C., Parleani G., *Droit du marché*, Thémis, Droit privé, PufDroit, 2002, p. 481 et s.

<sup>746</sup> Mazeaud H. et L., Mazeaud J., Chabas F., « Introduction à l'étude du droit » in *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd. 2000, pt. 3, p. 15.

<sup>747</sup> En ce sens voir notamment : Mazeaud H. et L., Mazeaud J., Chabas F., « Introduction à l'étude du droit » in *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd. 2000.

**activités économiques**<sup>748</sup>. « Dans ce type d'intervention, les personnes publique ne prennent pas part elles-mêmes aux activités, mais se bornent à en surveiller et à en orienter l'exercice afin d'assurer sa conformité à leurs objectifs. Elles exercent en somme une mission de régulation, ou de police économique<sup>749</sup>. Ces réglementations sont principalement relatives aux contrôles préalables à toute activité économique et à la réglementation de leur exercice – sous la forme, par exemple de réglementations relevant du droit du travail, du droit de la consommation ou du droit de l'environnement. Eu égard à leur objectif d'ordre public, ces réglementations sont souvent – mais pas nécessairement – au moins dotées d'une **impérativité interne**.

Il faut ensuite rappeler que la difficulté à cerner le champ d'application matériel des libertés de circulation a pu générer un sentiment de colonisation du droit national. En d'autres termes, il a pu sembler que la Cour de justice souhaitait appréhender par le biais des libertés de circulation peu ou prou toutes les réglementations nationales<sup>750</sup>.

La question s'est alors posée de savoir si cette attitude de la Cour de justice n'était pas l'expression de l'adhésion de la Cour de justice à un **idéal libéral rétif à toute réglementation**<sup>751</sup> de manière générale et à tout encadrement étatique des activités économiques plus précisément.

Il convient donc d'établir que **la Cour de justice a exprimé, relativement clairement son absence d'hostilité de principe à l'encontre des réglementations nationales mais, en revanche, qu'il ressort effectivement de sa jurisprudence une certaine défiance à l'encontre des réglementations impératives.**

**388. La volonté affirmée de la Cour de préserver l'existence de réglementations nationales.** – L'idée « centrale de la théorie économique classique [est que] le libre jeu des mécanismes du marché et des intérêts particuliers permettrait d'atteindre l'intérêt général, mieux que ne le ferait n'importe quelle réglementation publique. Dans cette optique une régulation économique vaut toujours mieux qu'une réglementation étatique »<sup>752</sup>. Fallait-il déduire de l'interprétation très extensive du champ d'application des libertés de circulation faite par la Cour de justice qu'elle tendrait à faire des libertés

---

<sup>748</sup> Il convient ici cependant de relativiser notre propos en rappelant que la Cour de justice considère depuis longtemps que les libertés de circulation ouvrent aux opérateurs économiques des droits accessoires ou corollaires à leur activité économique. Voir notamment en ce sens : CJCE 11 juillet 1985, 137/84 ; CJCE 7 mars 1996, France, 334/94. Cette tendance est encore accentuée par la prise en considération du statut de citoyen de l'Union, voir récemment notamment en ce sens : CJCE 23 mars 2004, 138/02, *Rec.* 1703, pt. 63 ; CJCE 4 juin 2009, aff. jointes 22/08 et 23/08, *Rec.* 109, pt. 37)

<sup>749</sup> Moulin R. Brunet P., *Droit public des interventions économiques*, L.G.D.J., col. Droit des affaires, 2007, pt. 13, p. 30.

<sup>750</sup> Voir Première partie, Titre I, Chapitre II, Section I, « Le caractère inévitablement incertain du champ matériel d'application »

<sup>751</sup> En ce sens voir notamment les propos de E. Steindorff qui affirme que « Dans une organisation caractérisée par les principes de l'économie de marché et de la subsidiarité, c'est en première ligne l'autonomie individuelle de décision et d'organisation des particuliers qui doit être rendue possible et organisée » (nous traduisons). Steindorff E. *EG-Vertrag und Privatrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 42.

<sup>752</sup> Racllet A. *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 456, p. 421.

de circulation « *des instruments de démantèlement des structures réglementaires nationales dans l'optique d'une totale liberté commerciale et professionnelle* »<sup>753</sup> ?

389. Si cette crainte légitime a pu s'exprimer<sup>754</sup>, elle semble aujourd'hui pouvoir être dépassée. D'une part, la lettre du traité CE en matière de liberté de circulation, qui s'inscrit certes dans une logique libérale<sup>755</sup> ne fait cependant pas l'éloge de l'autonomie des individus contre tout interventionnisme étatique<sup>756</sup>. Il n'y est inscrit qu'une volonté de lutter plus particulièrement contre le cloisonnement des marchés nationaux<sup>757</sup>, dont on ne saurait déduire *a priori* qu'elle conduit à condamner toute réglementation étatique par principe<sup>758</sup>.

D'autre part, la Cour a, par sa jurisprudence Keck et Mithouard, envoyé en signal fort aux Etats membres dans le sens d'une volonté de ne pas favoriser la liberté professionnelle et commerciale au détriment de toute régulation étatique **même impérative**.

Dans cet arrêt, la Cour écrit expressément qu'elle souhaite procéder à un véritable revirement de jurisprudence afin que ne soit plus contestées par les opérateurs économiques toutes les réglementations du seul fait qu'elles limitent leur liberté commerciale.

---

<sup>753</sup> Raclat A. *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 426, p. 395.

<sup>754</sup> Comme le relève Mme S. Francq, « *certain soutiennent que l'autonomie de la volonté fait partie des valeurs cardinales sur lesquelles reposent l'ordre juridique communautaire* ». Francq S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, L.D.G.J. Bruylant, 2005, p. 573

Elle cite à cet égard M. E. Steindorff selon lequel l'autonomie de la volonté « *résulterait de l'économie de marché et du principe de subsidiarité* ». Steindorff E., *EG-Vertrag und Privatrecht*, p. 42.

Selon M. J. Basedow, le développement d'un marché nécessiterait du point de vue du droit privé le développement de trois catégories de règles : au titre de ces trois catégories se trouvent celles établissant autant que possible la liberté contractuelle et l'effet obligatoire des contrats. Basedow J., « *A Common Contract Law for the Common Market* », *C.M.L.R.*, 1996, pp. 1169-1195, sp. 1179 ; « *Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung* » Walter Eucken Institut : *Borträge und Aufsätze*, Hef 137, Tübingen, Mohr, 1992, p. 15 et s. ; Voir également en ce sens : A. Nuyts qui relève : « *Ce dernier motif met en évidence que l'entrave causée par une norme nationale est liée à son caractère impératif* », Nuyts A., *R.C.D.I.P.* 1999, p. 31-74 et p. 245-265, sp. p. 248 ; Riesenhuber K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003, p. 96-101. L'auteur soutient que la sanction du traité CE ne concerne pas le droit supplétif sur le plan interne et international et que le principe de l'autonomie de la volonté serait inhérent à la construction communautaire, puisque la Cour de justice s'y référerait sans cesse, même si elle n'en fait pas un principe fondamental de droit européen. Riesenhuber K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003, p. 35, p. 240-242, p. 557-560 ; Muir Watt H. « *Aspects économiques du droit international privé* », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, sp. n.b.p. n° 1616).

<sup>755</sup> En ce sens M. N. Bernard relève que « *En ouvrant les frontières, il s'agit d'assurer une meilleure allocation des ressources, d'une part en soumettant les entreprises établies dans un Etat membre à la concurrence d'entreprises d'autres Etats membres et, d'autre part, en leur permettant d'atteindre une taille optimale en réalisant des économies d'échelle. Toutefois, cela n'implique pas nécessairement un parti pris en faveur d'une liberté commerciale maximale et de la déréglementation des marchés* ». Bernard N. « *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence* », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, p. 26.

<sup>756</sup> En ce sens notamment Joerges C. « *The Market without a State?* » *EUI Working Paper*, n°2/1996, p. 1-6.

<sup>757</sup> Bernard N. « *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence* », *C.D.E.* 1998, pp. 11-46, p. 26.

<sup>758</sup> Aussi a-t-on pu relever « *l'ambivalence économique d'un grand nombre de dispositions [du Traité] qui [...] peuvent suivant les cas être [...] mises au service d'options politiques économique communautaire très différentes comprenant tout l'éventail qui va des modes de gestion économique d'une économie de marché néo-libérale à ceux d'une Soziale-Marktwirtschaft ou d'une économie mixte* ». Mertens de Wilmars J., « *Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne* », in *Interventions publiques et Droit communautaire*, ss. la dir. de Mme J. Dutheil de la Rochère et M. J. Vandamme, Pedone, 1988, p. 26.

La Cour affirme ainsi que « *étant donné que les opérateurs économiques invoquent de plus en plus l'article 30 du traité pour 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 États membres, la Cour estime nécessaire de réexaminer et de préciser sa jurisprudence en la matière* »<sup>759</sup>. Dans cet arrêt la Cour affirme donc clairement que les libertés de circulation ne sont pas antagonistes avec toute réglementation encadrant de façon impérative les activités économiques.

La Cour décide ainsi que ne doivent plus entrer dans le champ d'application de l'article 28 du Traité CE, les réglementations « *nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* ». La réglementation nationale ici visée par la Cour interdisait un certain type de vente, notamment la revente à perte. Il s'agissait donc d'une réglementation prohibitive et impérative. Il faut déduire de cet arrêt que pour la Cour, la libre circulation des marchandises ne saurait se transformer en un instrument de contestation de l'ensemble du droit national même s'il est impératif.

**390.** Cette jurisprudence, dont l'extension aux autres libertés de circulation n'est pas expressément exclues par la Cour de justice<sup>760</sup> délivre, en dépit des difficultés que soulève sa mise en œuvre<sup>761</sup>, un **message politique fort** : La Cour de justice n'interprète pas les libertés de circulation comme promouvant la liberté commerciale s'opposant à la régulation étatique<sup>762</sup>. Elle ne fait pas l'apologie de l'autonomie individuelle ni même de la liberté économique la plus absolue.

**391.** Au-delà même de la jurisprudence Keck et Mithouard, il se dégage de bon nombre d'arrêts de la Cour de justice que celle-ci ne cherche pas du tout systématiquement à condamner toutes les réglementations étatiques impératives. On peut citer à titre d'exemple sa jurisprudence relative au repos dominical. Bien que n'excluant pas que de telles réglementations entrent dans le champ d'application de l'article 28 du Traité, la Cour de justice les considère parfaitement conformes au Traité car elle seraient « *l'expression de certains choix politiques et économiques adaptés aux particularités*

---

<sup>759</sup> CJCE 24 novembre 1993, C-276/91 et C-286/91, *Rec.* 6097, pt. 14.

<sup>760</sup> Voir nos développements : Première partie, Titre I, Chapitre I, Section I, §2, B. « Les tentatives d'interprétation plus stricte du critère spatio-économique », et, notamment, les réflexions de l'avocat général Poires Maduro à ce sujet à l'occasion de ses conclusions dans les affaires jointes C-158/04 et C-159/04, présentées le 30 mars 2006, ainsi que celles de l'avocat général Y. Bot présentées le 8 juillet 2008 dans l'affaire 110/05.

<sup>761</sup> Voir nos développements : Première partie, Titre I, Chapitre I, Section I, §1. « Le caractère inévitablement incertain du contrôle communautaire par les libertés de circulation ».

<sup>762</sup> Cette jurisprudence apparaît ainsi fondamentale car « *favorisé par le caractère général, imprécis et lacunaire du droit primaire, le développement du droit jurisprudentiel bénéficie [...] de l'autorité considérable dont jouit la Cour dans le système institutionnel communautaire [qui] chargé très généralement d'assurer le respect du droit [...] détient en fait le monopole de l'interprétation authentique des traités* ». Gerkrath J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1997, p. 205.

*socioculturelles nationales et régionales, dont l'appréciation appartient, dans l'état actuel du droit communautaire, aux Etats membres* »<sup>763</sup>.

**392. La prise en considération de l'impérativité des réglementations dans leur sanction communautaire.** – Cependant, il faut remarquer que la majorité des réglementations soumises au contrôle de la Cour de justice **sont impératives et que la Cour de justice relève toujours cet élément** dont elle semble même parfois déduire l'impact sur les échanges intracommunautaires.

**393.** Ainsi peut-on énumérer à titre d'exemples en matière de libre circulation des marchandises, l'arrêt Cassis de Dijon du 20 février 1979 concernant une « **exigence unilatérale, imposée par la réglementation d'un Etat membre, d'une teneur alcoométrique minimum pour la commercialisation de boissons spiritueuses** », l'arrêt Souvenir d'Irlande du 17 juin 1981 relatif à une réglementation « **subordonnant l'accès au marché national de ces « souvenirs » importés des autres Etats membres à la condition de l'apposition d'une mention d'origine** », l'arrêt Keck et Mithouard du 24 novembre 1993 relatif à « **une législation nationale interdisant de façon générale la revente à perte** », l'arrêt Mars du 6 juillet 1995 portant sur « **une interdiction [...] [de] mise en circulation dans un État membre de produits portant [certaines] mêmes mentions publicitaires** », l'arrêt Semerano du 20 juin 1996 sur « **une réglementation nationale en matière de fermeture des magasins [...] opposable à tous les opérateurs économiques exerçant des activités sur le territoire national** », l'arrêt Familiapress du 26 juin 1997 relatif à une « **interdiction de vente de périodiques** » contenant des loteries, l'arrêt Guimont du 5 décembre 2000 relatif à une « **législation nationale soumettant des marchandises en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, à certaines conditions pour pouvoir utiliser la dénomination générique communément utilisée pour ce produit et imposant ainsi le cas échéant aux producteurs l'utilisation de dénominations inconnues ou moins appréciées par le consommateur** », ou encore l'arrêt Pistre du 24 novembre 1993<sup>764</sup> relatif à une réglementation en vertu de laquelle « **pour qu'un produit puisse bénéficier de la dénomination montagne [...] sa fabrication et conditionnement doivent être effectués dans les zones de montagne situées sur le territoire français** ».

**394.** En libre circulation des travailleurs, libre prestation de services et liberté d'établissement, le constat est identique. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt Gebhard 30 novembre

---

<sup>763</sup> CJCE 28 février 1991, Marchandise et Union départementale des syndicats CGT de l' Aisne, 332/89, Rec. 997.

Consacrant la conformité au droit communautaire d'une réglementation interdisant la publicité pour l'alcool lors de la diffusion en France de manifestations sportives : CJCE 13 juillet 2004, commission c/ France, 262/02, D. 2004, p. 3060, note Zarka ; dans le même sens : CJCE 13 juillet 2004 429/02, Rec. 6613 ; Cass. Com 5 avril 2005, n° 97-21. 291, Société Bacardi-Martini.

Consacrant la conformité au droit communautaire d'une réglementation allemande interdisant le jeu de tir sur cible humaine : CJCE 14 octobre 2004, Omega, 36/02, A.J.D.A. 2005, p. 152, note von Walter ; concernant la licéité du principe de prohibition des jeux de hasard : CJCE 8 septembre 2009, 42/07, non encore publié

<sup>764</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, 267/91 et 268/91, Rec. 16097, pt. 50 (nous soulignons).

1995<sup>765</sup> appréhendant le problème de « *l'accès à certaines activités non salariées et leur exercice subordonnés au respect de certaines dispositions législatives, réglementaires ou administratives, justifiées par l'intérêt général, telles que les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité* », l'arrêt Canal satellite du 22 janvier 2002<sup>766</sup> visant le cas de « *l'obligation imposée, [par une réglementation nationale] à une entreprise qui souhaite commercialiser des appareils, équipements, décodeurs ou systèmes de transmission et de réception numérique de signaux de télévision par satellite de s'inscrire, en tant qu'opérateur de services d'accès conditionnel, dans un registre et de déclarer dans celui-ci les produits qu'elle se propose de commercialiser* », l'arrêt Kraus du 31 mars 1993<sup>767</sup>, relatif à la réglementation d'un Etat membre « *instituant une procédure de **délivrance d'autorisations administratives, préalables** à l'utilisation des titres universitaires de troisième cycle acquis dans un autre Etat membre* », l'arrêt Commission c/Grèce du 30 mai 1989<sup>768</sup> relatif à une réglementation « ***prohibant, sous peine de nullité absolue [...]** l'acquisition par des personnes physiques ou morales autres que les ressortissants helléniques [...] du droit de propriété [...] sur des biens immobiliers situés dans les régions helléniques désignées comme frontalières [...]* », ou encore l'arrêt Alpine Investments du 10 mai 1995<sup>769</sup> relatif à une « ***interdiction** [de pratiquer le cold calling] **privant** les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres Etats membres* », ou enfin l'arrêt Kohll du 28 mars 1998 relatif à une réglementation « *soumettant la prise en charge des prestations de maladie remboursables, selon les modalités de la législation de l'Etat d'affiliation, à une **autorisation préalable** de l'institution de cet Etat lorsque les prestations sont fournies dans un autre Etat membre* ».

395. L'impact du caractère impératif des réglementations est particulièrement explicite dans deux affaires à l'occasion desquelles la Cour de justice semble avoir véritablement déduit de l'impérativité de la réglementation soumise à son appréciation, son entrée dans le champ d'application des libertés de circulation.

Dans l'arrêt Alpine Investments – déjà évoqué – relatif à une réglementation néerlandaise prohibant le démarchage téléphonique en matière de services financiers, la Cour relève que « *une **telle interdiction prive** les opérateurs concernés d'une technique rapide et directe de publicité et de prise de contact avec des clients potentiels se trouvant dans d'autres Etats membres. Elle est dès lors susceptible de constituer une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers* »<sup>770</sup>.

<sup>765</sup> CJCE 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94, Rec. 593

<sup>766</sup> CJCE 22 janvier 2002, Canal Satellite Digital, 390/99, Rec. 607

<sup>767</sup> CJCE 31 mars 1993, Kraus, 19/92, Rec. 1663

<sup>768</sup> CJCE 30 mai 1989, Commission c/ Grèce, C-305/87, Rec. 1461, point 2.

<sup>769</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 4795

<sup>770</sup> CJCE 10 mai 1995, 384/93, Rec. 1167, pt. 28



Dans l'arrêt Canal Satellite la Cour intitule un paragraphe de son arrêt « *Sur l'existence de restrictions aux libertés fondamentales garanties par le traité* » indiquant ainsi clairement et pédagogiquement qu'elle entend procéder au contrôle de l'impact de la réglementation sur les libertés de circulation. Pourtant le raisonnement exposé par la Cour ressemble plus à une affirmation de cet impact liée à l'impérativité de la réglementation qu'à sa démonstration. De manière lapidaire, la Cour de justice juge que « ***l'obligation imposée à une entreprise qui souhaite commercialiser des appareils, équipements, décodeurs ou systèmes de transmission et de réception numérique de signaux de télévision par satellite de s'inscrire, en tant qu'opérateur de services d'accès conditionnel, dans un registre et de déclarer dans celui-ci les produits qu'elle se propose de commercialiser restreint la libre circulation des marchandises et la libre prestation des services garanties respectivement aux articles 30 et 59 du traité*** ». La redondance des termes – obligation et imposée – semble ici indiquer que c'est bien du seul caractère contraignant de la réglementation que la Cour de justice a cru pouvoir déduire un effet restrictif sur les libertés de circulation.

- 396.** Le caractère impératif des réglementations – ordonnant ou prohibant certaines actions – déferées au contrôle de la Cour étant quasiment systématique et en tout état de cause toujours relevé par la Cour de justice, certains auteurs ont cru pouvoir en déduire qu'une réglementation ne serait appréhendée par les libertés de circulation **qu'à la condition d'être impérative**. Il s'agirait donc, eu égard à la jurisprudence Keck et Mithouard, d'une condition certes pas toujours suffisante, mais en tous cas nécessaire à la mise en œuvre des libertés de circulation.

En ce sens M. A. Raclet<sup>771</sup> affirme que les dispositions relatives aux libertés de circulation viseraient « *toutes les manifestations du pouvoir normatif national [...] aucune distinction n'étant opérée entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire [...] ce qui compte, [étant] avant tout, le caractère contraignant des mesures visées, qui traduit l'exercice de prérogatives de puissance publique par les Etats membres. Nous pouvons donc considérer que celui-ci est au cœur de la notion communautaire de mesure* »<sup>772</sup>.

---

<sup>771</sup> Voir également en ce sens les propos de M. F. Viangalli qui relève à propos de l'arrêt Alsthom portant sur l'application de l'article 1643 du Code civil français applicable du fait d'une clause de choix de loi que « *un opérateur n'est pas fondé à invoquer la contrariété au traité d'une règle qu'il a choisi lui-même de se voir appliquer* » ou encore que « *la loi française n'aurait pu heurter de toute façon le droit communautaire, quand bien même il eût été gênant pour le commerce, puisque son application dépend finalement de la volonté des parties* ». Viangalli F., *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004, pts. 211 et 213, p. 93.

En ce sens également : Riesenhuber K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003, p. 96-101. L'auteur soutient que le droit supplétif sur le plan interne et international ne fait pas l'objet du contrôle de la Cour de justice sur le fondement des libertés de circulation.

<sup>772</sup> Raclet A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, 2002, pt. 405, p. 379. L'auteur relève cependant que la Cour de justice n'appréhende pas que les seules mesures nationales contraignantes puisque des pratiques administratives constantes et répétées sont également sanctionnées.

Cependant, il s'agirait selon l'auteur de simples exceptions au principe pouvant se justifier par la théorie de l'apparence.

397. L'étude des formulations employées par la Cour de justice n'autorise pourtant pas un avis si tranché. En matière de libre circulation des marchandises par exemple, la Cour de justice définit la mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative comme « *toute réglementation commerciale des Etats membres susceptibles d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire* »<sup>773</sup>. Cette formulation de principe de l'arrêt Dassonville ne fait aucune référence explicite à un critère d'impérativité des réglementations.

Cependant, dans l'arrêt Keck et Mithouard précisant la définition de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, la Cour en exclut les « *dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente* »<sup>774</sup>. Ce faisant, elle semble suggérer la pertinence du critère de l'impérativité pour caractériser une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation. En ce sens encore, par un arrêt du 10 décembre 1968, la Cour de justice a affirmé que l'article 28 du Traité viserait « *les interventions des Etats dans le commerce intracommunautaire par des mesures ayant le caractère de **prohibitions** [...] et qui [...] constituent **une décision contraignante** dans la décision des opérateurs* »<sup>775</sup>.

398. En conclusion, si l'impérativité joue certainement un rôle prépondérant dans les raisonnements de la Cour de justice, il semble difficile d'affirmer qu'il s'agirait d'un élément **nécessaire** pour qu'une réglementation entre dans le champ d'application des libertés de circulation.

En effet, la Cour de justice indique régulièrement que les libertés de circulation s'opposeraient à « *toute mesure nationale, [...] susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'État membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité* »<sup>776</sup>. Le caractère peu précis et extrêmement large du champ d'application des libertés de circulation ainsi proposé par la Cour de justice invite à la prudence et ne permet certainement pas d'affirmer qu'elle considérerait que seules les réglementations impératives pourraient rendre moins attrayant l'exercice des libertés de circulation.

399. Afin de démontrer que le droit supplétif peut être appréhendé par les libertés de circulation, un auteur relève d'ailleurs que même en matière contractuelle, le droit supplétif n'est pas toujours véritablement choisi par les deux parties. En effet d'une part, l'une plus puissante économiquement que l'autre, peut de fait imposer son choix. D'autre part, mal informées, ou ne trouvant pas d'accord sur ce point, les parties peuvent

---

<sup>773</sup> CJCE 11 juillet 1974, 8/74, Rec. 837.

<sup>774</sup> CJCE 24 novembre 1993, 267/91 et 268/91, Keck et Mithouard, Rec. 6097, pt. 17.

<sup>775</sup> CJCE 10 décembre 1968, 07/68, Rec. 617

<sup>776</sup> CJCE 31 mars 1993, Kraus, 12/92 Rec. 1663, pt. 32

n'effectuer aucun choix de loi. De plus, dit-il, même une règle supplétive peut générer un coût<sup>777</sup>.

En outre, dans un certain nombre d'arrêts la Cour de justice a appréhendé au titre des libertés de circulation des conventions librement passées entre personnes privées<sup>778</sup>.

**400. Conclusion.** Il n'est pas certain que **seules** les réglementations impératives soient appréhendées par les libertés de circulation.

En outre, **toutes les réglementations impératives n'ont pas vocation à entrer dans le champ d'application des libertés** de circulation.

En revanche il se dégage clairement des arrêts de la Cour qu'elle prend en considération – et de manière défavorable – cet élément. **La Cour témoigne donc d'une certaine défiance à l'encontre des réglementations impératives.** A l'inverse, une règle de droit supplétive est-elle alors nécessairement conforme aux libertés de circulation ? Certains l'ont soutenu.

## **B. Manifestations de la préférence accordée par la Cour aux réglementations supplétives**

**401.** Deux arrêts<sup>779</sup> permettent de mesurer combien le caractère supplétif d'une réglementation **influe favorablement** le jugement de la Cour.

Ces deux arrêts de la Cour nous permettent d'affirmer que le caractère supplétif du droit favorise indiscutablement sa conformité aux libertés de circulation. Nous étudierons successivement l'arrêt Boussac Saint-Frères SA (1) et l'arrêt Alsthom (2).

### **1. L'arrêt Boussac Saint-Frères SA**

**402.** Il faut cependant d'ores et déjà préciser que, dans l'arrêt Boussac frères, ce n'est pas parce que la loi déférée au contrôle de la Cour était elle-même supplétive que la Cour de justice la considère conciliable au droit communautaire mais parce que **sa mise en œuvre dépendait d'un élément laissé à la libre appréciation des parties** dans le cadre de leur accord contractuel

---

<sup>777</sup> Steindorff E., *EG-Vertrag und Privatrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, p. 79.

<sup>778</sup> Voir notamment en ce sens l'arrêt Bosman (CJCE 15 décembre 1995, 415/93, *Rec.* 4921) par lequel la Cour de justice a appréhendé au titre de l'article 48 du TCE les règles édictées par les associations sportives au titre du transfert d'un joueur, ou encore plus récemment les conclusions de l'Avocat générale Sharpston du 16 juillet 2009, aff. 325/08 Olympique Lyonnais.

<sup>779</sup> CJCE 29 octobre 1980, « Boussac Saint-Frères SA », 22/80, *Rec.* 3427 ; CJCE 24 janvier 1991, « Alsthom Atlantique SA », 339/89, *Rec.* 107.

403. Dans cette affaire, un tribunal allemand avait été saisi d'une demande émanant d'une entreprise établie en France qui avait vendu et livré des textiles à une commerçante domiciliée en République fédérale d'Allemagne. Cette saisine avait pour objet le recouvrement du solde de la facture relative audit contrat de vente par la voie de la procédure dite « Mahnverfahren » permettant au créancier d'obtenir une injonction de payer une somme déterminée de façon simple et expéditive.

Cependant, cette « *une procédure de recouvrement simplifiée [...] n'était pas accessible aux créanciers poursuivant le recouvrement d'une dette libellée en monnaie étrangère sur un débiteur établi sur le territoire national* »<sup>780</sup>.

Il restait néanmoins loisible à « *tout créancier établi sur le territoire d'un Etat membre de poursuivre le recouvrement d'une dette, quelle que soit la monnaie dans laquelle elle est libellée, selon les procédures ordinaires devant les tribunaux* »<sup>781</sup>.

404. Le juge allemand interrogea alors la Cour de justice afin de déterminer si « *l'article 7 du traité [prohibant les discriminations fondées sur la nationalité] s'opposait à une disposition nationale de procédure civile qui, tout en maintenant la possibilité pour tout créancier établi sur le territoire d'un Etat membre de poursuivre le recouvrement d'une dette, quelle que soit la monnaie dans laquelle elle est libellée, selon les procédures ordinaires devant les tribunaux, prévoit une procédure de recouvrement simplifiée qui n'est pas accessible aux créanciers poursuivant le recouvrement d'une dette libellée en monnaie étrangère sur un débiteur établi sur le territoire national* »<sup>782</sup>.

405. Pour la Cour de justice, il est « *incontestable qu'une législation nationale qui soumet l'accès aux juridictions à des conditions relatives à la monnaie dans laquelle les créances sont libellées, pourrait avoir pour effet de défavoriser les créanciers établis dans les autres Etats membres par rapport aux créanciers établis sur le territoire national, et de constituer ainsi un obstacle aux relations commerciales dans le marché commun qui frapperait surtout les ressortissants des autres Etats membres* »<sup>783</sup>.

La Cour a pourtant rejeté la qualification de discrimination en s'appuyant sur deux arguments d'égale portée.

D'une part, les parties au contrat ont le choix de déterminer la monnaie de leur créance.

---

<sup>780</sup> CJCE 29 octobre 1980, « Boussac Saint-Frères SA », 22/80, *Rec.* 3427, pt. 3.

<sup>781</sup> CJCE 29 octobre 1980, « Boussac Saint-Frères SA », 22/80, *Rec.* 3427, pt. 3.

<sup>782</sup> CJCE 29 octobre 1980, « Boussac Saint-Frères SA », 22/80, *Rec.* 3427, pt. 8.

<sup>783</sup> CJCE 29 octobre 1980, « Boussac Saint-Frères SA », 22/80, *Rec.* 3427, pt. 10.

D'autre part, les procédures ordinaires restent en tout état de cause accessibles aux créanciers établis dans d'autres Etats membres. En effet, elle écrit que « *ne constitue pas une discrimination basée sur la nationalité, même de façon indirecte, une distinction fondée sur la monnaie dans laquelle les créances sont libellées, s'appliquant à la seule procédure de recouvrement simplifiée, lorsque les parties au contrat sont libres de choisir la monnaie dans laquelle la créance est libellée et lorsque les procédures ordinaires restent accessibles aux créanciers établis sur le territoire des autres Etats membres, quelle que soit la monnaie dans laquelle la créance est libellée* ».

406. En l'espèce, bien qu'il ne s'agisse pas du seul argument pertinent pour la Cour, le fait que les parties soient libres de choisir la monnaie dans laquelle sera libellée leur créance, c'est-à-dire l'absence de réglementation impérative à cet égard contribue à ce que la règle de procédure civile litigieuse soit jugée non-discriminatoire.

## 2. L'arrêt Alsthom

407. Le second arrêt est l'arrêt « Alsthom »<sup>784</sup> du 24 janvier 1991. Cet arrêt portait sur la jurisprudence française relative à l'article 1643 du Code civil français soumettant le fabricant ou le vendeur professionnel à une présomption irréfragable de connaissance des défauts de la chose vendue, dont le vendeur ne peut se dégager qu'en cas de relations contractuelles avec un professionnel de la même spécialité.

La société Sulzer SA établie en France avait vendu la société Alsthom Atlantique SA des moteurs pour bateaux qui ne fonctionnaient pas. Après avoir fait réparer à ses frais les dits moteurs, la société Alsthom a saisi le juge français d'une demande en paiement des frais exposés pour remédier aux vices cachés des moteurs vendus. Elle s'est pour cela fondée sur le droit français applicable en l'espèce.

Afin d'échapper à cette condamnation, la société Sulzer a soulevé le problème de la conformité à la libre circulation des marchandises de la jurisprudence française arguant de ce que la législation française aurait pour effet d'exposer le vendeur établi en France à un risque financier important en cas de vices cachés.

408. Il s'agissait plus précisément de déterminer si l'article 1643 du Code civil français tel qu'interprété par la Cour de cassation, constituait une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation prohibée par l'article 29 du traité CE.

---

<sup>784</sup> CJCE 24 janvier 1991, « Alsthom Atlantique SA », 339/89, Rec. 107.

409. Il convient de noter que la notion de mesure d'effet équivalant à une restriction à l'exportation diverge de celle relative à l'importation<sup>785</sup>. Elle est en effet plus restrictive en ce qu'elle ne vise que les seules les discriminatoires. Selon la jurisprudence Groenveld, l'article 29 du Traité n'interdit que les mesures « *qui ont pour objet ou pour effet de restreindre spécifiquement les courants d'exportation et d'établir ainsi une différence de traitement entre le commerce intérieur d'un Etat membre et son commerce d'exploitation, de manière à assurer un avantage particulier à la production nationale ou au marché intérieur de l'Etat intéressé au détriment de la production ou du commerce d'autres Etats membres* »<sup>786</sup>. En ce sens encore, la Commission rappelle dans cet arrêt que la qualification de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation requiert deux éléments cumulatifs : « *une restriction spécifique des courants d'échanges et une différence de traitement assurant un avantage particulier à la production ou au marché national* »<sup>787</sup>. On pouvait donc tenter de soutenir que la réglementation française rendait le commerce intra-communautaire plus difficile que le commerce interne car, en concurrence avec des vendeurs établis dans d'autres Etat membre, le vendeur établi en France se voyait soumis, à défaut de choix de loi ou en cas de choix de loi française, à des exigences beaucoup plus rigoureuses que ces concurrents établis dans d'autres Etats membres dans lesquels une disposition analogue n'existerait pas.

410. En l'espèce, la Cour de justice a, conformément à sa jurisprudence constante à cet égard, rappelé avec force que le caractère discriminatoire et la conformité au droit communautaire du droit national ne se déduisaient pas de sa divergence du droit des autres Etats membres. Pour la Cour, « *les dispositions combinées des articles 2, 3 sous f), 34 et 85, paragraphe 1, du traité CEE doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne s'opposent pas à l'application d'une jurisprudence d'un Etat membre, [...] les empêchant de se prévaloir des dispositions législatives nationales leur permettant de limiter leur responsabilité lorsqu'ils n'ont pas eu connaissance du vice dans les mêmes termes que leurs concurrents des autres Etats membres peuvent le faire* »<sup>788</sup>.

En outre, le rapporteur G. F. Mancini relevait qu'à son sens « *[...] l'absence d'effet restrictif [de la norme] tiendrait en premier lieu, au fait que les contrats d'exportation seraient soumis à la loi d'autonomie [...]. Dès lors, à partir du moment où il existe un contrat d'exportation, les opérateurs commerciaux auraient la possibilité de choisir un*

---

<sup>785</sup> L. Dubouis, C. Blumann, *Doit matériel de l'Union européenne*, 2004, 3<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, Domat, droit public, n°372, p. 235.

<sup>786</sup> CJCE 8 novembre 1979, Groenveld, 15/79, Rec. 3409, pt. 7. Egalement notamment : CJCE 27 mars 1990, Espagne c/ Conseil, 9/89, Rec. 1383, pt. 21.

<sup>787</sup> CJCE 24 janvier 1991, « Alsthom Atlantique SA », 339/89, Rec. 107 ; Rapport d'audience de G. F. Mancini, point 17.

<sup>788</sup> CJCE 24 janvier 1991, « Alsthom Atlantique SA », 339/89, Rec. I-107, dispositif de l'arrêt.

En ce sens également l'avocat général Van Gerven relevait au sujet de jurisprudence française qu'elle « *s'applique à toutes les relations contractuelles, tant celles qui ont un caractère purement interne que celles qui se situent au niveau international [...], ses répercussions sur la responsabilité du vendeur du fait des vices cachés valent donc de la même manière pour le commerce d'exportation et pour le commerce intérieur* ». CJCE 24 janvier 1991, « Alsthom Atlantique SA », 339/89, Rec. 107 ; conclusions de l'Avocat Général W. Van Gerven, pt. 8.

droit qui ne contienne pas la règle critiquée »<sup>789</sup>. Or, pour lui, il serait évident « [...] qu'une règle **non contraignante ne serait pas susceptible d'avoir un effet sur les comportements commerciaux** [...] »<sup>790</sup>. Dès lors, elle ne devrait même pas entrer dans le champ d'application des libertés de circulation.

La Cour de justice a pour sa part développé l'argumentation suivante : « *il y a lieu de constater que la jurisprudence de la Cour de cassation française, dont il est fait état dans la présente affaire, s'applique **indistinctement** à toutes les relations commerciales régies par le droit français et **n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre spécifiquement** les courants d'exportation et de favoriser ainsi la production nationale ou le marché intérieur national. **Par ailleurs, les parties à un contrat de vente international sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français.*** »

*Au vu de **l'ensemble de ces considérations**, il convient de répondre [...] que les dispositions combinées des articles 2, 3, sous f), 34 et 85, paragraphe 1, du traité CEE doivent être interprétées en ce sens qu'elles ne **s'opposent pas à l'application** [de cette] jurisprudence»<sup>791</sup>.*

411. La motivation de la Cour est donc ambiguë.

L'article 29 du traité CE ne prohibant que les seules réglementations discriminatoires, la première partie de son raisonnement – la jurisprudence de la Cour de cassation française s'applique **indistinctement** à toutes les relations commerciales régies par le droit français et **n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre spécifiquement** les courants d'exportation et de favoriser ainsi la production nationale – suffisait à exclure du champ d'application de l'article 29 du traité CE la réglementation litigieuse.

Pourtant, la Cour décide d'ajouter que le caractère internationalement supplétif du droit français est également une *considération* l'ayant conduit à juger que la jurisprudence française était nécessairement conciliable avec le Traité.

412. De cet arrêt, il n'est donc pas possible de déduire si le caractère supplétif du droit national l'exclut nécessairement du champ d'application du traité CE, ni même s'il garantit sa conformité au Traité<sup>792</sup>.

---

<sup>789</sup> CJCE 24 janvier 1991, « Alsthom Atlantique SA », 339/89, *Rec.* 107 ; Rapport d'audience de G. F. Mancini, pt. 17.

<sup>790</sup> CJCE 24 janvier 1991, « Alsthom Atlantique SA », 339/89, *Rec.* 107 ; Rapport d'audience de G. F. Mancini, pt. 17.

<sup>791</sup> CJCE 24 janvier 1991, « Alsthom Atlantique SA », 339/89, *Rec.* 107, pts. 15 et 16

<sup>792</sup> Pour une présentation plus tranchée de cet arrêt, voir notamment les propos de Mme S. Poillot-Peuzetto : « *La Cour avait en effet refusé de considérer la spécificité du droit français relative à la limitation de la responsabilité des vendeurs professionnels, comme une atteinte au principe de libre circulation dès lors que, en particulier, « les parties à un contrat de vente international sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français ».* Poillot-Peuzetto S., « L'autonomie de la volonté dans la recherche de l'unité et de la

Cependant il apparaît de manière non équivoque que la Cour de justice témoigne d'une certaine défiance à l'encontre des réglementations impératives et que, à l'inverse, le caractère supplétif de celle-ci est toujours un élément favorisant leur conformité aux libertés de circulation.

**413. Conclusion du § II.** Ni la lettre du traité CE, ni l'interprétation faite par la Cour de justice des libertés de circulation ne permettent d'affirmer l'existence d'une hostilité de principe du droit communautaire à l'exercice par les Etats membres de leur compétence normative.

Par sa jurisprudence *Keck et Mithouard* la Cour de justice a même clairement indiqué qu'en dépit de leur caractère impératif, certaines réglementations régissant pourtant des modalités d'exercice de l'activité économique échappaient au champ d'application des libertés de circulation.

Néanmoins, l'étude de la jurisprudence de la Cour enseigne que la plupart des réglementations appréhendées par la Cour sont impératives et que cet élément est pris en considération par la Cour qui en déduit même parfois l'applicabilité du droit communautaire.

De plus, lorsque les réglementations sont supplétives ou que leur mise en œuvre est indirectement dépendant d'un élément dont les parties ont la maîtrise par la voie contractuelle, la Cour le souligne afin d'établir leur conformité aux libertés de circulation.

Ainsi, sans être hostile par principe aux réglementations nationales, la Cour de justice témoigne sa faveur pour les règles de droit dispositives, et une certaine défiance à l'encontre de celles impératives.

Ce constat invite à s'interroger d'un point de vue théorique, sur les différentes solutions envisageables au problème soulevé par l'impérativité des lois et des risques y afférant.

## Section II

### La possible solution à la multiplicité des réglementations nationales impératives

**414.** Si l'impérativité des règles de droit est un élément – non suffisant – mais souvent mis en avant par la Cour pour juger d'une violation des libertés de circulation, il paraît alors simple d'envisager que la conformité du droit national pourrait être assurée par le développement des lois simplement supplétives et, ce faisant, par celui de nouvelles

---

diversité des normes, un instrument de la construction communautaire» in *Le DROIT à la mesure de l'HOMME, Mélanges en l'honneur de Philippe Leger*, Pedone, 2006, pp. 267-276, p. 270, (nous soulignons).



facultés de choix de loi. Mais alors, quelles limites assigner au choix de loi et comment permettre l'expression de ce choix de loi ?

Cette remarque invite à rappeler les différents modes de choix de loi traditionnellement admis. En matière contractuelle internationale, le choix de loi est garanti par le système de la loi d'autonomie. En dehors de la matière contractuelle, certains auteurs ont envisagé des moyens indirects de choix de loi, par la voie notamment de la mobilité.

415. Cependant, l'extension des facultés de choix de loi soulève la question d'une possible émergence d'une forme de concurrence entre la loi et la volonté individuelle. En d'autres termes, l'approche complexe de la Cour de justice en matière d'impérativité des lois nationales renouvelle la question du risque pour le respect de l'autorité de la loi d'un développement exacerbé de nouvelles facultés de choix de loi.

C'est ainsi après avoir présenté comme solution possible au problème de la conciliation des réglementations nationales aux libertés de circulation **la consécration de multiples formes de choix de loi** (§ I.), que nous nous attacherons à présenter les **risques** qu'une telle extension contiendrait **pour la préservation de l'autorité de la loi, à la lumière du concept de l'autonomie de la volonté** (§ II.).

### § I. La consécration de multiples formes de choix de loi

416. **En droit international privé**, le concept de choix de loi peut être entendu de deux façons. Il est le plus souvent assimilé, au mécanisme de la loi d'autonomie propre à **la règle de conflit de lois** relative – principalement<sup>793</sup> – aux actes juridiques. Le choix de loi est dans cette hypothèse ostensible. Cependant, à l'occasion de l'étude de la fraude à la loi en droit international privé ou encore de son analyse économique<sup>794</sup> certains auteurs ont identifié un autre type de choix de loi. Il s'agit alors des « *manœuvres tendant à orienter le choix du droit applicable [...] en jouant avec la localisation des éléments de rattachement pertinents* »<sup>795</sup>. Le choix de loi est alors occulte.

Il s'agit ainsi dans un premier temps de rappeler que traditionnellement, en droit international privé, la faculté de choix de loi est cantonnée aux règles internationalement

---

<sup>793</sup> Voir cependant les évolutions en ce domaine sous l'impulsion notamment du droit communautaire, plus particulièrement en matière de quasi-contrat : Règlement CE n° 864/2007, (JOUE du 31 juillet 2007, L 199/40) Rome 2 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

Voir également notamment concernant l'émergence de la loi d'autonomie en matière familiale : Gannagé P. « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *R.C.D.I.P.* 1992, p. 425 et s.; Carlier J.-Y. *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992 ; Hunter-Henin M., *Pour une définition du statut personnel*, Thèse Paris I, 2001, ss. la dir. de Mme H. Muir Watt.

<sup>794</sup> Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, 2004, tome 307, pp. 29-383

<sup>795</sup> Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à E. Cereche*, ed. Larcier, 1997, ss. la dir. de Joe Verhoeven, 165-188, p. 180.

supplétives en matière d'actes juridiques et résulte d'une manifestation de volonté. Il s'agit donc de rappeler brièvement le mécanisme de **la loi d'autonomie** (A).

Dans un second temps, nous nous attacherons au choix de loi lorsqu'il se réalise par un autre biais qu'une manifestation de volonté, notamment la modification d'éléments concrets de sa situation afin de satisfaire les critères d'applicabilité requis par la loi convoitée. Dès lors, le choix de loi peut se porter sur des règles impératives. Nous cernerons alors cette **conception extensive du choix de loi** (B).

### A. Le choix de loi ostensible : la loi d'autonomie

**417.** En droit international privé, la faculté pour les sujets de droits de choisir la loi à laquelle ils seront soumis est consacrée en matière de contrat – ou plus généralement d'acte juridique – et fait figure d'exception<sup>796</sup>. Ainsi que le remarque M. T. Vignal, « *ce qui fait l'originalité de la matière [contractuelle], c'est en effet la part prépondérante qu'y tient la volonté des parties* »<sup>797</sup>. Le principe selon lequel « *la loi applicable est abandonnée aux parties [est appelé] loi d'autonomie* »<sup>798</sup>. Reste à rappeler comment se manifeste ce choix de loi et dans quelle matière celui-ci peut s'exercer.

**418.** **L'exercice de cette faculté de choix de loi** est aisé. En effet, il est acquis depuis l'arrêt *American Trading* du 5 décembre 1910<sup>799</sup> qu'il peut résulter d'une clause du contrat, c'est-à-dire d'une simple manifestation de volonté. Cette solution est confirmée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui dispose dans son article 3. 1 que « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties [et que celui-ci] doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* », article non modifié par le règlement Rome I<sup>800</sup>.

**419.** **L'inapplicabilité du système de la loi d'autonomie en droit public et en droit privé autre que contractuel.** – Le système de la loi d'autonomie est principalement<sup>801</sup>

---

<sup>796</sup> Il ne s'agit en effet pas du rattachement de principe, en dépit de l'essor de ce critère de rattachement en la matière. Voir notamment à ce sujet : von Overbeck A. E. « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé » in *Les nouveaux itinéraires en Droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant 1993, p. 619, Bureau D., « L'influence de la volonté individuelle sur le conflit de lois » in *L'avenir du Droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz 1999, p.285.

<sup>797</sup> Vignal T. *Droit international privé*, Armand Colin, éd. Dalloz, Série Droit privé, 2005, pt. 361, p. 220.

<sup>798</sup> Vignal T. *Droit international privé*, Armand Colin, éd. Dalloz, Série Droit privé, 2005, pt. 361, p. 220.

<sup>799</sup> Civ. 5 décembre 1910, S. 1911, p. 129, note C. Lyon-Caen, GA, n°11.

<sup>800</sup> Ainsi que par le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Règlement CE n° 593/2008, du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2008 (JOUE n° L. 177, 4 juillet 2008, p. 6) qui s'applique aux contrats conclus à compter du 17 décembre 2009.

<sup>801</sup> Voir cependant : Règlement CE n° 864/2007, (JOUE du 31 juillet 2007, L 199/40) Rome 2 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (article 14) et nos références *supra* sur l'essor de l'autonomie de la volonté en droit international privé. Sur l'impact respectif du droit international privé et du droit communautaire, v. notamment et récemment Poillot-Penuzzetto S. « Ordre public et lois de police dans les textes de référence » in *La matière civile et commerciale, socled'un code*

consacré en droit international privé en matière contractuelle. Il est donc en principe exclu **en droit public**, celui-ci n'entrant théoriquement pas dans le champ d'application des règles de conflit de lois<sup>802</sup> et, également des autres matières de droit privé régies par des règles de conflit de lois retenant un critère de rattachement autre que la volonté.

Le droit public est défini comme « *les règles qui régissent l'Etat et les collectivités publiques ainsi que leurs rapports avec les citoyens* »<sup>803</sup>, par opposition au droit privé « *qui gouvernent les rapports entre particuliers* »<sup>804</sup>. On considère traditionnellement qu'appartiennent à cette catégorie juridique le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit financier et fiscal ou encore le droit pénal<sup>805</sup>.

Ces règles de droit considérées généralement comme particulièrement liées à la souveraineté des Etats s'appliquent le plus souvent selon une **logique unilatérale**<sup>806</sup>. Elles déterminent alors uniquement leur propre champ d'application sans jamais se prononcer sur celui des règles de droit public étrangères<sup>807</sup>. Dès lors, il ne saurait être question pour un législateur national de faire dépendre l'applicabilité du droit public étranger d'une manifestation de volonté des particuliers. Il n'existe pas de possibilité de choisir entre l'application de plusieurs droits nationaux.

Quant aux règles de conflit de lois applicables dans les autres matières de droit privé, les critères de rattachement retenus par le législateur ne sont le plus souvent tout simplement pas la volonté<sup>808</sup>. Le caractère « objectif » de ces critères atteste de ce que l'application des lois en cause ne doit, en principe, pas dépendre de la volonté des sujets de droit.

#### **420. Dans le cadre contractuel, le caractère inopérant de la loi d'autonomie en présence de règles de droit internationalement impératives.** – Dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le domaine du choix

---

*européen de droit international privé* ? ss. la dir. de M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 93-118 ; Muir Watt H. « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme » in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé* ? ss. la dir. de M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 77-92.

<sup>802</sup> Voir cependant, pour une étude des recours aux mécanismes de droit international privé entre personnes publiques : Audit M. *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, L.D.G.J., Bibliothèque de droit privé, t. 358, 2002.

Pour une approche renouvelée de cette problématique voir également en particulier : Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, 2004, tome 307, pp. 29-383, ainsi que les très nombreuses références bibliographiques de l'auteur.

<sup>803</sup> Aubert J.-L., *Introduction au droit*, PUF, 1981, p. 17

<sup>804</sup> Aubert J.-L., *Introduction au droit*, PUF, 1981, p. 17

<sup>805</sup> Voir à ce sujet la définition du terme « public » in *Vocabulaire juridique*, Cornu G., Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 6<sup>ème</sup> éd. 2004.

<sup>806</sup> Voir sur cette question : Audit M., *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, L.D.G.J., Bibliothèque de droit privé, t. 358, 2002.

<sup>807</sup> Ainsi dans le domaine plus particulier du droit pénal et du droit fiscal, T. Vignal observe-t-il que « *la méthode suivie est foncièrement unilatérale : si le juge français constate l'inapplicabilité de ses dispositions pénales ou fiscales, il n'a pas à se prononcer [...] sur l'application d'une loi étrangère. Ces matières intéressent de trop près la souveraineté des différents Etats pour que l'on impose l'application d'une loi étrangère éventuellement contre sa volonté* », Vignal T. *Droit international privé*, Armand Colin, éd. Dalloz, Série Droit privé, 2005, pt. 55, p. 39.

<sup>808</sup> Voir cependant les évolutions en ce domaine sous l'impulsion du droit communautaire, plus particulièrement en matière de quasi-contrat : Règlement CE n° 864/2007, (JOUE du 31 juillet 2007, L 199/40) Rome 2 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

semble large puisque les parties peuvent choisir la loi de n'importe quel Etat. Il n'est pas nécessaire que celle-ci présente un lien objectif avec l'opération contractuelle, « *les parties peuvent donc désigner une loi tierce* »<sup>809</sup>.

421. Cependant, cette faculté de choix de loi connaît traditionnellement deux importantes limites. Il s'agit d'une part de loi de police<sup>810</sup> et, d'autre part, du mécanisme de l'exception d'ordre public international qui conduit à évincer l'application du droit choisi dès lors que ce dernier n'y est pas conforme<sup>811</sup>. La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>812</sup> rappelle ces deux limites puisqu'en vertu de son article 16, la loi choisie par les parties « *peut être écartée [...] si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* », et qu'en vertu de l'article 7 les juges peuvent faire primer tant les lois de police du for que les lois de police étrangères.

422. L'exception d'ordre public ne constituant pas un corps de règles déterminé mais plutôt des principes jugés fondamentaux par l'ordre juridique qui le consacre, l'ordre public international est une limite au choix de loi mais ne peut bien évidemment pas lui-même faire l'objet d'un choix de loi.

En revanche les lois de police sont des règles de droit matériel dont l'application est indépendante de la volonté privée. Il s'agit de lois internationalement impératives<sup>813</sup> puisque leur mise en œuvre n'est pas subordonnée à la compétence de l'ordre juridique dont elles émanent en vertu de la règle de conflit de lois. En effet, les lois de police sont des règles de droit dont « *l'hypothèse ne couvre pas [...] un rapport juridique défini dans son abstraction mais un corps de règles matérielles contenu dans un ensemble législatif déterminé ; le facteur de localisation est formulé de manière unilatérale, servant à définir uniquement le champ d'application dans l'espace des règles matérielles en causes : il s'agit alors d'un procédé d'auto-désignation. [...] Le terme loi de police [...] recouvre*

---

<sup>809</sup> Audit B., *Droit international privé*, economica, coll. Corpus Droit privé, 4<sup>ème</sup> éd. 2006, pt 817, p. 657

<sup>810</sup> L'importance de cette limite a conduit V. Heuzé à affirmer que règle de conflit de lois en matière contractuelle est « *subsidaire en ce que, plus que tout autre sans aucun doute, elle doit très souvent s'effacer au profit des règles d'application immédiates* », Heuzé V., *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes* ; 1990 ; G.L.N. éd. JOLY, pt. 5, p. 3. Aussi, V. Heuzé déplore-t-il « *l'impérativité très faible de la règle de conflit [qu'il juge] à la fois paradoxale et inquiétante* », *Ibid* pt. 5, p. 4.

<sup>811</sup> Relevons outre, que même lorsque les parties ont fait légalement un choix de loi, la jurisprudence leur dénie le droit d'évincer contractuellement les dispositions impératives de la législation choisie : C. cass., A. P. 17 mai 2002 (en matière de bail commercial) ; Cass. Com. 4 février 1992, « Hilaire Maurel ».

<sup>812</sup> On retrouve l'exception d'ordre public (article 16) et celle issue de lois de police (article 9) dans le Règlement Rome I (Règlement CE n° 593/2008, du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2008 (JOUE n° L. 177, 4 juillet 2008, p. 6).

<sup>813</sup> En effet, si « *la plupart des règles ne comportent aucune précision quant à leur domaine spatial et sont donc applicables sans limitation dès lors que l'ordre juridique auxquelles elles appartiennent est compétent* », les lois de police en revanche, « *ont pour caractéristique d'établir un lien entre le domaine spatial d'application et la compétence* ». Mayer P., « Les lois de police étrangères », *J.D.I.* 1981, p. 277-345, pt. 7 p. 282 et pt. 10 p. 284. En effet, « *chacune de ces règles est applicable (au moins dans le for dont elle émane) même si l'ordre juridique auquel elle appartient n'est pas désigné par la règle de conflit, dès lors que l'Etat qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquée aux situations présentant avec lui un certain rattachement [ou en d'autres termes que leur critère spatial d'applicabilité le permet]* ». Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd. 2004, pt. 120, p. 88.

*des règles concernant la matière civile et commerciale. A ce titre elle ressortit au droit privé. Mais elle peut également relever du droit public [...] [lorsque, par exemple] elle contient une règle de conduite destinée au particulier [assortie] de sanction de nature administrative ou répressive »<sup>814</sup>. La loi de police s'applique donc impérativement et indépendamment de l'ordre juridique compétent en vertu de la règle de conflit de lois dès lors que son critère spatial de rattachement se trouve réalisé. Celui-ci traduisant le lien existant « objectivement » entre une situation de fait et l'ordre juridique dont émane la loi de police, ce critère de rattachement ne peut évidemment jamais être la volonté, critère d'application par définition subjectif (il peut, en revanche, s'agir tant de la nationalité, que du domicile, ou encore de tout autre critère territorial).*

Ainsi, il résulte de la méthode d'application des règles de droit public, du critère de rattachement des règles de conflit de lois de droit privé autre que contractuel, et du mécanisme des lois de police que, en droit international privé, le choix de loi ne peut par principe<sup>815</sup> se porter que **sur le droit « contractuel » internationalement supplétif des Etats.**

- 423.** Cependant si le législateur ne prévoit pas que certaines règles de droit puissent faire l'objet d'un choix de loi – puisque pour ces lois, il retient tout simplement un critère d'application spatial autre que la volonté<sup>816</sup> –, cela signifie-t-il pour autant qu'en ces matières un choix de loi soit impossible ?

Ainsi qu'il convient à présent de l'expliquer, il faut répondre par la négative à cette interrogation car l'application ou la non application d'une loi peut être, obtenue (et donc choisie) autrement que par le biais d'une manifestation ostensible de volonté.

## **B. Le choix de loi occulte : la conception extensive du choix de loi**

- 424.** Si l'applicabilité d'une loi ne dépend pas d'une manifestation de volonté des particuliers, les particuliers peuvent parfois modifier des éléments concrets de leur situation pour satisfaire le critère d'application de la loi convoitée. Cette méthode de choix de loi occulte, ou indirecte peut être légitime ou frauduleuse. Par ailleurs, les lois retenant un critère spatial d'application de nature territoriale, sont les plus susceptibles de faire l'objet

---

<sup>814</sup> Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *Rec. des cours, Académie de droit international*, 1995, tome 253, pp. 9-282, pt. 149, p. 258.

<sup>815</sup> Ceci, sous réserve donc, de nos remarques sur l'essor de l'autonomie de la volonté en droit international privé et du règlement Rome 2.

<sup>816</sup> Ou encore, pour reprendre les termes de A. Nuyts, « un facteur de rattachement qui déclenche leur intervention » et qui n'est pas la volonté des sujets de droit. Nuyts, A. « L'application des lois de police dans l'espace », *R.C.D.I.P.* 1999, n°1, p. 31-74, n°2, p. 245-265, pt. 2, p. 34.

M. P. Mayer considère ainsi qu'il « faut considérer comme critères spatiaux non seulement les critères de nature territoriale, mais aussi les critères personnels, tels que le domicile ou la nationalité des sujets de droit » qui tous déterminent l'applicabilité dans l'espace de la règle de droit. Mayer P., « Les lois de police étrangères », *J.D.I.* 1981, p. 277-345, pt. 7 p. 282.

de tels choix de loi indirect. Après avoir présenté, de manière générale, le possible choix de loi par la manipulation du critère d'application de la loi (1), nous nous attacherons au cas plus particulier du choix de loi par la mobilité (2).

## 1. Le choix de loi par la manipulation du critère d'application de la loi

425. Le professeur M. Fallon a visé cette possibilité détournée de choix de loi par l'emploi du terme « délocalisation ». La délocalisation est alors selon l'auteur une action « émanant de particuliers, sur un élément de localisation de la situation »<sup>817</sup>, « influençant l'applicabilité spatiale d'un ordre juridique »<sup>818</sup>. En d'autres termes encore, la délocalisation permet « d'orienter le choix du droit applicable dans un système institutionnel déterminé en jouant avec la localisation des éléments de rattachement pertinents »<sup>819</sup>.

Ainsi, par exemple, une loi dont le critère spatial d'application est le domicile peut être évincée ou appliquée par le biais d'un changement de domicile. De la même façon, une réglementation impérative d'application territoriale posant des exigences sanitaires sur le lieu de travail peut être évincée ou appliquée par le biais du déplacement de l'établissement de travail.

426. Si l'existence d'une telle possibilité de choix de loi indirecte est indéniable, deux éléments imposent une approche plus nuancée.

D'une part, si ce choix de loi indirect peut-être parfaitement **légitime**, il peut également constituer une fraude à la loi. La fraude est caractérisée si la manipulation du critère spatial d'application « correspond à un artifice »<sup>820</sup>. C'est d'ailleurs sous ce second aspect (fraude à la loi) que ce type de choix est étudié par M. M. Fallon<sup>821</sup> et généralement envisagé par la doctrine internationaliste.

---

<sup>817</sup> Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à E. Cerexhe*, ed. Larcier, 1997, ss. la dir. de J. Verhoeven, 165-188, p. 165.

<sup>818</sup> Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à E. Cerexhe*, ed. Larcier, 1997, sous la dir. de Joe Verhoeven, 165-188, p.166.

<sup>819</sup> Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à E. Cerexhe*, ed. Larcier, 1997, ss. la dir. de J. Verhoeven, 165-188, p. 180. Dans cet article, M. Fallon remarque encore que « la délocalisation présente [...] la singularité d'agir sur un élément d'extranéité dans l'intention d'influencer l'applicabilité spatiale d'un ordre juridique. Elle exploite les limites dans l'espace que s'assigne nécessairement tout système juridique ».

<sup>820</sup> Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à E. Cerexhe*, éd. Larcier, 1997, ss. la dir. de J. Verhoeven, 165-188, p.166. Un autre auteur relève encore que « en droit international privé, la notion de fraude est aisément susceptible d'être invoquée parce que des personnes soumises à une loi qui les contrarie peuvent être tentées de se placer sous l'empire d'une loi étrangère plus complaisante ». Audit B., *Droit international privé*, Economica, coll. Droit Civil, 5<sup>ème</sup> éd. 2008, pt. 236, p.203 ; du même auteur *La fraude à la loi*, Thèse, Paris II, Dalloz, 1974, 477 p.

<sup>821</sup> « Cette étude a pour objet d'analyser les délocalisations artificielles » affirme-t-il. Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à E. Cerexhe*, ed. Larcier, 1997, ss. la dir. de J. Verhoeven, 165-188, p.167.

Or, le constat d'une fraude à la loi ruine l'effet de la manœuvre. En effet, il est alors fait échec au choix de loi indirect ainsi effectué puisque la fraude à la loi est sanctionnée par l'absence de prise en « *compte de la manipulation opérée sur le facteur de localisation* »<sup>822</sup>. Concrètement, la loi convoitée ne sera pas appliquée au profit de celle normalement applicable en l'absence d'une telle manipulation.

D'autre part, toutes les règles de droit n'ont pas des critères spatiaux d'application malléables. Ainsi par exemple, la manipulation d'une règle de droit dont le critère d'application est le lieu de situation de l'immeuble est-elle relativement complexe<sup>823</sup>. La faculté de choix de loi indirect existe donc véritablement uniquement lorsque « *l'applicabilité dans l'espace [d'une loi] dépend d'un facteur de localisation laissé à la maîtrise du particulier* »<sup>824</sup>. Tel est en particulier le cas des règles de droit retenant un critère spatial d'application de nature territorial.

## 2. Le choix de loi par la mobilité

427. Cette faculté de choix de loi par la manipulation du facteur de localisation d'une règle de droit est également envisagée par Mme H. Muir Watt à l'occasion de son étude relative aux aspects économiques du droit international privé<sup>825</sup>.
428. S'attachant plus particulièrement **aux règles – de droit public – d'application territoriale**, l'auteur constate qu'un choix de loi indirect peut être réalisé par le biais de la mobilité de sujets de droit.

Encore une fois pour bénéficier ou échapper à l'emprise de telle loi, il suffira de se situer (et donc de se déplacer) sur le territoire dont elle émane. L'auteur affirme ainsi que « *le modèle [économique du fédéralisme] repose essentiellement sur l'idée que diverses lois étatiques sont mises en concurrence du fait de la mobilité de leurs destinataires, qui disposent du pouvoir de se soustraire à l'une pour se soumettre à l'autre au moyen d'un simple déplacement [...]. Le paradigme compétitif conduit à problématiser le conflit de lois comme un choix de produits législatifs disponibles sur un marché*

---

<sup>822</sup> Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à E. Cerexhe*, éd. Larcier, 1997, ss. la dir. de J. Verhoeven, 165-188, p. 167.

<sup>823</sup> Voir cependant l'affaire Caron, Civ. 1<sup>ère</sup> 20 mars 1985 relatif à la vente d'un immeuble situé en France par une personne à une société aux Etats-Unis dont elle détenait les actions afin d'évincer la loi applicable aux immeubles et de bénéficier de celle applicable aux meubles.

<sup>824</sup> Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à E. Cerexhe*, éd. Larcier, 1997, ss. la dir. de J. Verhoeven, 165-188, p. 180.

<sup>825</sup> Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, et récemment encore du même auteur, Muir Watt H. « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme » in *La matière civile et commerciale, sode d'un code européen de droit international privé ?* ss. la dir. de M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Penuzzetto, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 77-92.

*concurrentiel* »<sup>826</sup>. Au fond, selon cet auteur, le système de la loi d'autonomie consacrée par le droit international privé serait même une simple expression métaphorique de la mobilité<sup>827</sup>.

429. Mais, ainsi que le relève justement Mme H. Muir Watt, le choix de loi indirect par la mobilité « *suppose en réalité que la liberté de circulation à travers les frontières soit garantie et surtout que le déplacement des entreprises soit facilité* »<sup>828</sup>. **Or ne faut-il pas considérer que le droit communautaire en faisant des libertés de circulation au sein du marché intérieur un principe fondamental, promeut nécessairement ce choix de loi indirect ?** Les libertés de circulation promouvant la mobilité, il s'agit avant de s'interroger sur leur faculté à développer de ce type de choix de loi de rappeler le risque de remise en question de l'autorité de loi qu'un développement exacerbé du choix de loi pourrait engendrer.

## § II. Le risque de remise en question de l'autorité de la loi à la lumière du concept de l'autonomie de la volonté

430. Les réflexions – notamment – des internationalistes au sujet du concept d'autonomie de la volonté ont été l'occasion d'une réflexion sur l'idée d'**autorité de la loi**<sup>829</sup>.

Elles méritent à présent d'être rappelées afin que, par la suite, un regard critique puisse être porté sur l'impact des libertés de circulation.

Les auteurs s'employèrent notamment et plus particulièrement à démontrer que le respect de l'autorité de la loi imposait de réfuter que des particuliers puissent échapper à l'application des lois nationales impératives par le biais d'un simple choix de loi<sup>830</sup>. En d'autres termes, **le respect de l'autorité de la loi supposerait que les législateurs nationaux aient toujours la maîtrise de l'applicabilité de leur droit, c'est-à-dire une compétence exclusive pour déterminer l'impérativité du droit.**

---

<sup>826</sup> Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 10, p. 53.

<sup>827</sup> Selon H. Muir Watt, le droit international privé «  *tend à son tour à conférer à la mobilité une signification métaphorique en l'assimilant au choix de la loi applicable* » Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 19, p. 63.

<sup>828</sup> Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 11 p. 53.

<sup>829</sup> «  *Partant d'un rattachement objectif, par le lieu de conclusion, on a admis à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle la possibilité pour les parties de désigner la loi applicable au nom de l'autonomie de la volonté. Ce principe subjectiviste a donné lieu à une forte réaction objectiviste, fondée sur l'autorité des lois* », Audit B., *Droit international privé*, Economica, 4<sup>ème</sup> éd. 2006, pt. 166, p. 141.

<sup>830</sup> «  *La critique majeure faite au subjectivisme – impossibilité d'échapper par une déclaration de volonté à une disposition impérative – n'est donc en définitive justifiée qu'à l'égard des lois de police et il suffit pour ne pas l'encourir de reconnaître que justement la loi d'autonomie ne permet pas d'échapper à l'application de ces règles* ». Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd. 2007, pt. 699, p. 529.



Il s'agit donc de rappeler brièvement **le concept d'autonomie de la volonté (A)**, puis d'exposer uniquement **les critiques** qui lui ont été adressées sur le fondement du respect de l'autorité de loi (B).

### A. Le concept d'autonomie de la volonté

- 431.** En 1910, la Cour de cassation énonce que « *la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée* »<sup>831</sup>. Cette règle de conflit en matière contractuelle consacrant le système de la « loi d'autonomie » est le fruit d'une longue et houleuse réflexion quant au rôle que peut jouer la volonté pour résoudre un conflit de lois<sup>832</sup> qu'il convient de rappeler brièvement.
- 432.** Au XIX siècle émerge en effet l'idée que la volonté des parties permettrait de trancher directement la question de la loi applicable en matière contractuelle<sup>833</sup>. Cette pensée est appréhendée par le terme « d'autonomie de la volonté »<sup>834</sup>.

S'appuyant sur les solutions dégagées par Dumoulin en matière de régime matrimonial<sup>835</sup>, le juriste belge Laurent dans son ouvrage « le droit civil international »<sup>836</sup> est un des principaux partisans de la thèse de l'autonomie de la volonté<sup>837</sup> comme solution au conflit de lois en matière contractuelle. Il affirme ainsi que « *dans la matière des contrats, la volonté des parties est un tout ; ce sont elles qui font la loi, c'est donc leur volonté qui déterminera la loi par laquelle elles sont régies* »<sup>838</sup>.

En somme, le contrat n'est à proprement parler soumis à aucune loi, les parties n'étant en fait liées que par les dispositions matérielles d'une loi qu'elles ont librement incorporée dans leur contrat. Les règles de droit sont donc uniquement contraignantes car les parties ont fait le choix de les intégrer à leur contrat. La logique d'une telle contractualisation du

---

<sup>831</sup> Civ. 5 décembre 1910, *American Trading*, S. 11. 129, *J.D.J.* 12.1156, GA n°11

<sup>832</sup> Il n'est pas nécessaire à notre propos de rappeler toutes les évolutions de pensées à ce sujet.

<sup>833</sup> Il ne s'agit donc pas de justifier *a posteriori* la règle de conflit de lois prévoyant comme critère de rattachement le lieu de conclusion du contrat, ou une dérogation exceptionnelle à cette règle pratiquement utile dans un cas d'espèce donné.

En ce sens, évoquant les travaux de Foelix et Savigny, voir Ranouil V., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Puf, 1980, p. 20 ; Batiffol H. « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », première publication in *Festschrift Hans Lewald*, Verlag Hebling & Lichtenhahn, 1953, p. 219 et s., et in *Choix d'articles* Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, pp. 265-269 et les nombreuses références faites par cet auteur.

<sup>834</sup> Le terme est véritablement introduit par Weiss en 1886 dans son *Traité Élémentaire de Droit International Privé*.

<sup>835</sup> En matière de régime matrimonial : Dumoulin, *La consultation aux époux de Ganey (1525) et « Concilium 53 »* ; en matière de contrat : Dumoulin, *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus* » in *Omnia Opera*, t. 3, pp. 554 et s., traduit par Gruber-Magiot.

<sup>836</sup> Laurent, *Le droit civil international*, 1881, t. VII, p. 512 s.

<sup>837</sup> Le recours à la terminologie d'autonomie de la volonté dans le langage juridique français est néanmoins principalement consacré par Weiss dans son *Traité élémentaire de droit international privé*, t. IV, 2<sup>ème</sup> éd. 1912, p.350 et s.

<sup>838</sup> Laurent, *Le droit civil international*, 1881, t. VIII, p. 383.

droit<sup>839</sup> suggère que celui-ci présente toujours nécessairement un caractère supplétif<sup>840</sup>.

Ce faisant, Laurent ouvre une réflexion sur les sources du droit<sup>841</sup> et défend l'idée que la seule volonté pourrait créer le droit (en l'occurrence déterminer son champ d'application), tout comme le ferait une loi. Il place sur un pied d'égalité la volonté individuelle et la loi<sup>842</sup>.

433. Cette doctrine de l'autonomie de la volonté qualifiée également de « subjectivisme pur »<sup>843</sup> fut, au nom du respect de l'autorité de la loi, l'objet de virulentes critiques<sup>844</sup> dès la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>845</sup>. Pillet affirmait ainsi que « *la mauvaise direction prise par la doctrine [favorable à l'autonomie de la volonté] et par la jurisprudence paraît avoir son origine dans une conception vicieuse du rôle joué par la volonté des parties dans les contrats. [...] Elle envisage l'homme dans sa nature, et ne tient aucun compte de l'autorité de la loi, c'est-à-dire de l'état de société* »<sup>846</sup>. C'est cette critique qu'il convient à présent d'exposer afin d'identifier ce qui, selon les internationalistes, confère à la loi son autorité.

## B. Les critiques du concept

434. Les premières critiques émanèrent de Brochet et Pillet et étaient fondées sur l'impossibilité de déroger par le choix de loi aux lois dotées d'une impérativité tant internationale qu'interne.

---

<sup>839</sup> La notion de loi contractualisée est à attribuer à M. J.-M. Jacquet : Jacquet J.-M. *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, economica, 1983, n°29, p. 27.

<sup>840</sup> Ainsi que le rappelle M. T. Vignal, l'objection la plus importante faite à la théorie de l'Autonomie de la volonté est qu'elle conduit « à supprimer toute disposition impérative sur le plan international, puisque les parties peuvent écarter toutes les règles qui ne leur conviennent pas ». Vignal T. *Droit international privé*, Armand Colin, éd. Dalloz, Série Droit privé, 2005, pt. 364, p. 222.

<sup>841</sup> « Dans la pensée juridique, l'autonomie de la volonté, concept purement doctrinal, signifie que la volonté est la source et la mesure des droits subjectifs ; qu'elle est un organe créateur du droit. [...] Il est donc une philosophie de l'homme, une théorie du fondement du droit et une théorie du but du droit. [...] Il fait de l'individu la source du droit, ce que l'on désigne par doctrine de l'autonomie de la volonté ; il assigne pour fin au droit la coexistence des volontés individuelles », Ranouil V., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Puf, 1980, p. 9, s'appuyant sur la pensée de Gounot *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Paris 1912, p. 3.

<sup>842</sup> Brochet qui sera, avec von Bar, un des premiers à critiquer la thèse de l'autonomie de la volonté affirme que « *le contrat est, de tous les faits juridiques, celui qui met en évidence le pouvoir de la volonté individuelle ; c'est ici que se présente, le plus naturellement, la question de savoir quels rapports il existe entre cette puissance et celle de la loi [...]* ».

<sup>843</sup> Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd. 2004, pt. 696, p. 514.

<sup>844</sup> Deux critiques fondamentales sont adressées à la théorie de l'autonomie de volonté. D'une part, « *la source d'une obligation ne peut se trouver que dans la loi qui la sanctionne* » (Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd. 2004, pt. 697, p. 515), et, d'autre part, une manifestation de volonté ne saurait évincer l'application d'une loi impérative sous peine de porter atteinte à son autorité. Seule la seconde de ces critiques retiendra notre attention. Voir principalement à ce sujet : Heuzé V., *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes*, 1990, GLN éd. JOLY

<sup>845</sup> En Allemagne : von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 1862 ; en langue française : Brochet *Clunet* 1872, Pillet, « Essai d'un système général de solution de conflit de lois », *Clunet* 1895 p. 938-945.

<sup>846</sup> Pillet, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet* 1895 p. 938-945, p. 942.

A dire vrai, la distinction entre ces deux notions était alors relativement floue et le propos de ces auteurs ne nous intéresse qu'en ce qu'il permet d'identifier **l'élément caractérisant l'autorité de la loi**.

435. Il convient donc uniquement à présent d'établir qu'ils suggèrent que la simple **possibilité pour le législateur d'imposer le respect de lois** impératives caractérise l'autorité de la loi et réduit à néant la théorie de l'autonomie de la volonté.

Selon Pillet, qui fut un des premiers critiques de la doctrine de l'autonomie de la volonté, « *aux termes de cette doctrine, toutes les lois, dans cet ordre d'idées, sont facultatives au point de vue international, et il dépend de la volonté des parties d'accepter ou de repousser leur autorité, et aussi l'œuvre des jurisconsultes sur ce chapitre consiste-t-elle, non plus comme ailleurs à déterminer la loi à laquelle on devra se soumettre, mais à découvrir celle que les parties contractantes doivent être présumées avoir acceptées dans les diverses hypothèses qui peuvent être prévues* »<sup>847</sup>.

Or, une telle conception du pouvoir de la volonté individuelle méconnaît la nature et la fonction de la loi. En effet, toutes les lois ne sauraient être facultatives car « *si une loi a été faite obligatoire, si, dans le pays pour lequel elle a été écrite, on oblige les citoyens à s'incliner devant son autorité et à renoncer à leur liberté en tant qu'elle serait en contrariété avec ses dispositions, c'est que ce caractère obligatoire était nécessaire, et que sans lui le but de la loi ne pouvait être atteint. Si maintenant dans les relations internationales, on décide que l'application ou la non application de cette loi dépend exclusivement de la volonté des intéressés, on transforme cette loi, on la corrompt, on la destitue de sa force et on prive les particuliers du secours que bon gré mal gré, elle était destinée à leur prêter* »<sup>848</sup>. La fonction de la loi **qui ne se limite pas en la satisfaction de certains intérêts personnels**<sup>849</sup>, commande ainsi dans certains cas de figure son impérativité<sup>850</sup>.

L'autorité de la loi est donc remise en question par la doctrine de l'autonomie de la volonté puisqu'en vertu de celle-ci, **la loi serait dépossédée d'une de ses principales caractéristiques, à savoir son pouvoir de contrainte lié à l'objectif qu'elle poursuit**<sup>851</sup>.

<sup>847</sup> Pillet, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet* 1895 p. 938-945, p. 939.

<sup>848</sup> Pillet, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet* 1895 p. 938-945, p. 943.

<sup>849</sup> Voir à cet égard notamment les réflexions de Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, sp. p. 223.

<sup>850</sup> A ce sujet M. J.-C. Pommier remarque que « *le principe de l'autonomie de la volonté qui permettait de choisir la loi applicable à leur contrat s'inscrit dans ce courant, où les intérêts de l'individu contractant seuls sont pris en compte, négligeant des intérêts concurrents comme ceux de l'Etat, manifestés dans des lois très impératives* », Pommier J.-C. *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, coll. Droit civil dirigée par C. Larroumet, 1992, pt. 50, p. 53.

<sup>851</sup> Comme l'évoque M. B. Audit, la théorie doctrinale de l'autonomie de la volonté « *plaçait la volonté sur le même pied que la loi, faisant bon marché de l'autorité de celle-ci [puisqu'] à s'en tenir à ces formules, [...] si une loi donnée s'applique au contrat international, c'est parce que les parties l'ont bien voulu. Or, tous les droits internes connaissent en la matière*

En effet, si toutes les règles de droits ne sont pas impératives, et si leur degré d'impérativité peut varier, il n'en reste pas moins que **le législateur doit rester le seul juge de cette impérativité**. Toutes les lois ne sont pas supplétives, et donc la volonté des parties ne saurait ignorer l'impérativité<sup>852</sup> de certaines règles de droit. M. V. Heuzé qui a également formulé une critique nourrie à l'encontre de l'autonomie de la volonté relève ainsi que *« l'on nie l'essence même du droit en fondant son caractère impératif sur le consentement de ses sujets : les individus sont soumis au droit, non le droit au individu »*<sup>853</sup>.

En d'autres termes, si *« le choix de loi en droit international privé [permettait] aux cocontractants d'échapper à ces prescriptions impératives en plaçant leurs conventions sous l'empire d'une loi étrangère, ce ne [serait] plus la loi qui détermine les relations qu'elle gouverne, ce [serait] les parties qui [décideraient] si elles consentent à obéir à la loi »*<sup>854</sup>.

**La reconnaissance de lois d'impérativité internationale par le droit positif impose alors de réfuter la théorie de l'autonomie de la volonté<sup>855</sup>. L'autorité de la loi se manifeste par l'existence de lois impératives auxquelles il est impossible de déroger, c'est-à-dire par un encadrement de la volonté des sujets de droit<sup>856</sup>.** Ce pouvoir de contrainte législatif témoigne effectivement de la soumission des volontés aux exigences de la loi. Comme l'affirmait Batiffol, *« si l'Etat peut toujours apporter à la liberté contractuelle des limitations qu'impose l'ordre public, et s'il lui appartient de les multiplier quand les circonstances lui paraissent l'appeler, est-il possible de nier que le droit constitue un système de règles organisant la vie sociale qui, tout en tenant le plus*

---

certaines **dispositions impératives** ; on peut donc s'étonner que **les destinataires de ces règles aient la faculté des'y soustraire** par la désignation d'une loi étrangère », B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd. 2008 pt. 169, p. 150.

Par ailleurs nous ne saurions, dans le cadre limité de cette étude, entreprendre de discuter la question de la détermination des éléments caractérisant la loi.

<sup>852</sup> Niboyet remarquait d'ailleurs *« qu'au XIX siècle la doctrine de l'Autonomie de la Volonté va se développer ; elle signifiera que les cocontractants ne sont liés par aucune disposition impérative de la loi. Mais il faut bien s'entendre. On ne prétendra pas que les contractants soient libres de régler leurs conventions à leur guise. On peut admettre qu'il existe une loi à laquelle leur convention doit bien entendu, se conformer, mais qu'il appartient à eux seuls de la déterminer, ce qui revient bien un peu au même »*, Niboyet *« La théorie de l'Autonomie de la Volonté »*, *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 1927, vol. I, pp. 5-116, p. 12.

<sup>853</sup> Nous citons ici : Heuzé V., Mayer P., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 8<sup>ème</sup> éd. 2004, pt. 697, p. 515, mais c'est avant tout dans sa thèse de doctorat que M. V. Heuzé a dénié toute pertinence au principe de l'autonomie de la volonté. L'auteur s'y demandait déjà *« comment une loi pourrait conserver sa nature, et donc son autorité, quand son application est cependant subordonnée à son adoption par les parties contractantes »*. Heuzé V., *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes*, 1990, GLN éd. JOLY, pt. 231, p. 125.

<sup>854</sup> Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°28, p. 66.

<sup>855</sup> En effet car ce n'est que si *« le choix de loi en droit international privé [permettait] aux cocontractants d'échapper à ces prescriptions impératives en plaçant leurs conventions sous l'empire d'une loi étrangère, [que] ce ne [serait] plus la loi qui détermine les relations qu'elle gouverne, [mais] les parties qui [décideraient] si elles consentent à obéir à la loi »*. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°28, p. 66.

<sup>856</sup> En ce sens Niboyet s'appuyant sur les mots de Mailher de Chassat se demande si la volonté des parties pourrait *« absorber la loi avec tous ses attributs, sa majesté, son autorité, de sorte que l'intérêt individuel seul maître anéantirait l'intérêt général ? Nous croyons que le domaine de la liberté des conventions n'est pas celui que l'on pense, en général ; il est comme une sorte de terrain neutre entouré de toutes parts de lois dont le caractère obligatoire ne permet pas de reconnaître comme souveraine l'intention des parties. La volonté est impuissante à créer du droit à l'encontre de la loi ; en notre matière comme dans toutes les autres, elle gravite dans un cercle limité »*, Niboyet *« La théorie de l'Autonomie de la Volonté »*, *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 1927, vol. I, pp. 5-116, p. 57.

*grand compte de la liberté individuelle, décident cependant d'elles-mêmes des modes selon lesquelles cette liberté s'exercera ? Plus précisément, si la loi est mesure de s'imposer à la volonté individuelle, c'est elle qui délimite l'empire qu'elle abandonne à cette volonté ; il paraît bien difficile de prétendre que l'élément premier ne serait pas la règle de droit »<sup>857</sup>.*

436. Partant, toutes les réflexions menées quant aux domaines dans lesquels la volonté pourrait être la source de la compétence d'une loi sont déjà un aveu de l'échec de la théorie de l'autonomie de la volonté. En effet, les partisans de la théorie de l'autonomie de la volonté considéraient déjà que le pouvoir de la volonté de désigner la loi compétente ne s'exerçait que sous réserve de la conformité aux exigences de l'ordre public du for<sup>858</sup>, ou encore, par la suite qu'en matière de lois supplétives<sup>859</sup>.

Mais, ainsi que M. V. Heuzé le suggère dans sa thèse de doctorat, à partir du moment où l'on admet une possibilité de limitation (même minime, type ordre public international) de source législative au pouvoir de la volonté, alors la démonstration est faite de la subordination de la volonté à la loi. En effet, « *il est cependant contradictoire d'admettre, à la fois que la volonté est une source du droit au même titre, à l'égal de la loi, et que cependant celle-ci peut exceptionnellement s'imposer à celle-là. Car s'il y a hiérarchie, il peut y avoir délégation, mais non concurrence* »<sup>860</sup>.

437. Il convient donc de déduire des réflexions menées relatives au concept d'autonomie de la volonté qu'un des principaux attributs de la loi qui lui confère son autorité est le fait

---

<sup>857</sup> Batiffol H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°32, p. 73.

<sup>858</sup> Voir en ce sens Laurent, Mancini « *de l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traité internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles* », *J.D.I.*, 1874, p. 221, de Fiore, *Droit international privé*, traduit par Ch. Antoine, Paris 1890, t. 1, p. 154 et s., d'Esperson *Le droit international privé dans la législation italienne*, traduit par Ch. Antoine et *J.D.I.* 1882, p. 270 et s., Picard « *de la valeur et de l'effet des actes passés en pays étranger d'après la législation belge* », *J.D.I.* 1881, p. 473, Bossion, *Du conflit de lois en ce qui concerne la substance des obligations conventionnelles*, Thèse Paris 1884, Asser et Rivier *Elément du droit international privé ou du conflit de lois*, Paris 1884, Jarassé *De la substance et de l'effet des conventions en droit international privé*, thèse Poitiers 1886, Lainé « *Etude sur le titre préliminaire du Projet de révision du code civil belge* », *Bulletin de la Société, des législations comparées* t. XIX, 1889-1890, p. 546 et s., Girault, *Traité des contrats par correspondance*, Paris 1890, Despagnet *Précis de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd. Paris, 1891 p. 482 et s., Loiseau *Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence depuis le Code civil*, Thèse Paris 1893, p. 254

<sup>859</sup> Il apparaît ainsi curieux d'affirmer que « *le refus par les anti-autonomistes de considérer que la volonté concordante des parties puisse déterminer la loi applicable au contrat dans les matières impératives, réduit le domaine de l'autonomie de la volonté qui, selon les autonomistes fournissait la solution du conflit de lois tant supplétives qu'impératives* ». Pommier J.-C. *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, coll. Droit civil dirigée par C. Larroumet, 1992, pt. 35 p. 42, (nous soulignons).

De deux chose l'une: soit l'on accepte le postulat de l'autonomie de la volonté qui fait de cette dernière une force créatrice de droit à l'égal de loi et dans ce cas on refuse toute limitation de cette volonté par le biais d'une loi impérative. Soit, on rejette totalement le concept d'autonomie de la volonté et l'on considère alors que le choix de loi ne peut s'exercer que dans le domaine des lois supplétives. Mais, en aucun cas, on ne saurait logiquement déduire de l'existence de lois impératives que celles-ci limitent le champ d'application de l'autonomie de la volonté qui est une réflexion doctrinale sur les sources du droit ! L'existence de lois impératives internationalement démontre l'inexactitude du concept d'autonomie de la volonté et la limitation du domaine de la loi d'autonomie.

<sup>860</sup> Heuzé V., *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes* ; 1989 ; GLN éd. JOLY, pt. 116, p. 63.

qu'elle puisse être impérative. En d'autres termes, la maîtrise de l'applicabilité des règles de droit par le législateur – qui choisit lesquelles de ses règles seront d'impérativité interne, internationale ou supplétives – atteste donc de l'autorité supérieure de la loi<sup>861</sup>.

**438. Nous adhérons à la pensée des auteurs critiques à l'encontre de la théorie de l'autonomie de la volonté** et considérons, avec eux, que la loi tire son autorité de sa faculté à s'imposer à ses destinataires.

L'existence de lois impératives, auxquelles les personnes privées ne peuvent véritablement pas déroger est fondamentale car elle témoigne de la supériorité de la loi sur les volontés individuelles et donc de l'intérêt général sur les intérêts particuliers.

**Les limites imposées aux facultés de choix de loi des personnes privées sont ainsi tout à la fois l'expression et les garantes du respect de l'autorité de la loi.**

**439.** Or, nous avons vu que les libertés de circulation permettaient aux opérateurs économiques de contester la mise en œuvre<sup>862</sup> du droit national impératif<sup>863</sup> contraire au Traité CE. Nous allons à présent démontrer comment les libertés de circulation **ouvrent parallèlement de nouvelles facultés de choix de loi** aux opérateurs économiques dans des domaines jugés impératifs par les Etats membres.

Nous essaierons alors de convaincre de ce que **le droit communautaire**, dans certaines circonstances que nous définirons, **offre aux opérateurs économiques la possibilité de remettre en question l'autorité du droit national** et renouvelle ainsi le débat relatif à l'autonomie de la volonté.

## Conclusion du Chapitre II

**440.** Il ressort notre confrontation du phénomène de la pluralité juridique à la prohibition des restrictions non discriminatoires injustifiées à la libre circulation, que la Cour de justice semble considérer la multiplicité de certaines réglementations nationales impératives et le bon fonctionnement du marché intérieur difficilement conciliables.

En effet, si la Cour de justice ne cherche pas à condamner la diversité juridique, elle témoigne en revanche d'une certaine défiance à l'encontre des réglementations

---

<sup>861</sup> Niboyet remarquait pour cette raison que « *le point de départ de cette théorie de l'Autonomie de la Volonté est contestable. Comment les diverses lois impératives du droit interne seraient elles ainsi découronnées de leur trait caractéristique lorsqu'il s'agit d'obligations conventionnelles ? Comment substituer la volonté des parties à celles du Souverain dans l'élaboration de règles de solution des Conflits de lois qui nous apparaissent comme des règles de pur droit public ?* », Niboyet « La théorie de l'Autonomie de la Volonté », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 1927, vol. I, pp. 5-116, p. 14.

<sup>862</sup> Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II, §I, A. « L'effet direct des libertés de circulation, source des droits subjectifs ».

<sup>863</sup> Première partie, Titre I, Chapitre II, Section I, §I, B. « L'indifférence aux qualifications juridiques nationales ».

impératives d'application territoriale encadrant l'activité économique. En outre, il se dégage clairement de sa jurisprudence une préférence accordée aux réglementations supplétives.

Dès lors, le droit communautaire primant, il convenait de s'interroger d'abord théoriquement sur les moyens possibles de concilier multiplicité des réglementations – impératives – et libertés de circulation. L'impérativité semblant être l'élément problématique et les lois supplétives ayant la faveur de la Cour, il pouvait apparaître que les libertés de circulation exigeraient en fait une réduction très sensible du nombre de lois impératives au profit du développement de facultés de choix de lois. Cependant, les réflexions doctrinales relatives notamment à la notion d'autonomie de la volonté ont clairement mis en exergue les risques pour l'autorité de la loi que pourrait comporter un développement exacerbé des facultés de choix de loi ou, en d'autres termes, un anéantissant de fait la notion de loi nationale impérative.

La défense de l'intérêt collectif contre les intérêts particuliers et la notion même d'Etat plaident, à notre sens, en faveur d'un encadrement réel et effectif des possibilités **pour les opérateurs économiques** de se soustraire aux lois jugées impératives par les Etats membres dont elles émanent.

Fort de cette conviction, il convient à présent d'étudier de manière concrète cette fois, les solutions développées par la Cour de justice pour garantir une meilleure conciliation de la pluralité juridique et des exigences du marché intérieur.

## CONCLUSION DU TITRE II

441. L'objet de ce titre était de déceler si la pluralité juridique, terminologie appréhendant tant le phénomène de la **diversité** juridique que celui de la **multiplicité** des lois, se révélait, au regard de la jurisprudence de la Cour, conciliable avec le régime des libertés de circulation. Les libertés de circulation prohibent les **discriminations**, c'est-à-dire, selon la définition que nous en avons données, les inégalités de traitement injustifiées, et les **restrictions injustifiées** aux libertés de circulation. Aussi est-ce à ces deux éléments du régime de libertés de circulation qu'il a fallu confronter le phénomène de la pluralité juridique.
442. Au terme de ce titre, il est possible d'affirmer que s'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que la pluralité juridique n'est pas en soi un obstacle à la libre circulation, certaines de ses manifestations posent parfois problème.

En effet, la mise en œuvre d'une réglementation nationale peut générer une discrimination ou une restriction injustifiée aux libertés de circulation lorsqu'elle est appliquée de manière **impérative** et **générale** sur le territoire national.

Selon la Cour de justice, le phénomène de la pluralité juridique place les opérateurs économiques usant des libertés de circulation, dans une situation spécifique que les Etats membre doivent prendre en considération. A défaut la mise en œuvre de leur réglementation risque d'être condamnée.

S'il se dégage de cette première étude que l'impérativité et la multiplicité des lois sont les éléments du phénomène de la pluralité juridique stigmatisés par la Cour de justice, reste alors à découvrir plus précisément **quelles réglementations appliquées impérativement aux opérateurs économique circulant sont effectivement condamnées par la Cour de justice.**

Et outre, que signifie l'exigence communautaire d'une prise en considération de la situation particulière dans laquelle se trouve l'opérateur économique usant des libertés de circulation ? Qu'imposent concrètement les libertés de circulation pour garantir une parfaite conciliation de la pluralité juridique – fruit de l'exercice par les Etats membres de leur compétence normative – et des libertés de circulation – cœur du droit primaire communautaire primant le droit national ? Quelles caractéristiques doivent présenter les lois pour que leur mise en œuvre ne génère pas de violation du droit communautaire dans un contexte de pluralité juridique ?

La Cour de justice a déduit des libertés de circulation un mécanisme dont l'objet est très précisément de permettre la coexistence harmonieuse de la pluralité juridique et des libertés de circulation au sein du marché intérieur. Ce faisant, la Cour a révélé de manière plus précise d'une part la nature des réglementations susceptibles d'être problématiques aux vues de la pluralité juridique et, d'autre part, la solution par elle préconisée. C'est à l'étude de ce mécanisme, la **reconnaissance mutuelle** et de sa limite l'**abus de droit communautaire** qu'il faut à présent se consacrer pour pouvoir juger de l'impact des libertés de circulation sur l'**autorité** des multiples et parfois divergents droits nationaux au sein du marché intérieur.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

**443.** La conciliation de la pluralité juridique avec les libertés de circulation est difficile.

A l'origine de cette difficulté se trouve d'abord le système de la régulation du marché intérieur par le biais des mécanismes de l'intégration positive – compétence normative de la Communauté – et de l'intégration négative – compétence de contrôle *a posteriori* de



l'exercice de la compétence normative des Etats membres par la Cour de justice par le biais des libertés de circulation.

En effet, d'un côté la préservation de la pluralité juridique est en principe assurée par le maintien de la compétence normative des Etats membres, ainsi que par l'exercice modéré que la Communauté fait de sa compétence normative partagée en matière de marché intérieur.

D'un autre côté, le contrôle des réglementations nationales par la Cour de justice semble mettre en sursis la pluralité juridique, fruit de l'exercice de leur compétence par les Etats membres.

Il permet en effet à la Cour de justice de condamner la mise en œuvre des réglementations nationales jugées non-conformes aux libertés de circulation.

Mais c'est plus encore le champ d'application des libertés de circulation et donc du contrôle exercé par la Cour de justice qui fragilise les compétences normatives étatiques.

Le champ d'application matériel des libertés de circulation étant déterminé à l'aide d'un critère d'applicabilité spatio-économique, il paraît extrêmement difficile de cerner avec certitude les réglementations nationales que les libertés de circulation appréhendent ou plus exactement celles qu'elles n'appréhenderaient pas. Quelle réglementation n'a pas un effet au moins potentiel et minime sur les activités économiques transfrontières ? La difficulté soulevée par une telle analyse économique du droit donne le sentiment que, ce faisant, ce serait presque tout le droit des Etats membres que la Cour de justice pourrait avoir à apprécier.

Le champ d'application personnel des libertés de circulation est encore plus problématique. En effet, les opérateurs économiques titulaires de droits subjectifs déduits des libertés de circulation peuvent s'appuyer sur le droit communautaire pour échapper à l'application du droit national impératif. La difficulté est ici accrue car ce n'est pas seulement la question de la primauté du droit communautaire qui est alors en jeu mais également, plus précisément, celle des rapports entre Etats membres et personnes privées. Or, à notre sens, la faculté des opérateurs économiques à échapper aux réglementations impératives ne peut être légitime qu'à la condition que le droit communautaire soit, **sans aucun doute** leur égard applicable. Pourtant, s'écartant de la lettre du traité CE, la Cour de justice a tendance à interpréter très soupagement les conditions d'applicabilité des libertés de circulation au bénéfice des opérateurs économiques. Ce faisant, elle prend le risque de transformer les libertés de circulation en un outil de démantèlement des droits nationaux, faisant fi de l'autorité des droits nationaux.

Résulte-t-il alors de ce puissant contrôle communautaire des réglementations nationales une hostilité de fait à l'encontre de la pluralité juridique ?

L'étude de la jurisprudence a révélé que si la Cour affirme toujours la diversité juridique parfaitement légitime, elle apprécie en revanche défavorablement, d'une part le caractère impératif des lois et, d'autre part, leur application successive à l'opérateur économique circulant.

A cette approche générale des éléments de la pluralité juridique jugés problématiques par la Cour de justice, doit à présent succéder une analyse plus précise tant de la nature des lois condamnées par la Cour de justice, que de la solution par elle préconisée pour permettre une conciliation.

**SECONDE PARTIE**  
**LA CONCILIATION PAR LES NOUVELLES FACULTES DE CHOIX DE LOI**  
**DEDUITES DES LIBERTES DE CIRCULATION**

**444.** Dans une première partie nous avons établi que si les libertés de circulation étaient par principe conciliables avec la pluralité juridique, la Cour de justice condamnait cependant souvent l'application successive de réglementations jugées pourtant impératives par les Etats membres dont elles émanent. Doit-on alors nécessairement déduire de tels arrêts que la Cour de justice jugerait finalement la pluralité juridique inconciliable avec les exigences du marché intérieur ? Rien n'est moins sûr.

En effet, il va à présent être démontré qu'il se dégage en fait de la jurisprudence de la Cour de justice le développement d'un mécanisme dit de « reconnaissance mutuelle » permettant précisément de concilier pluralité juridique et liberté de circulation. Ce mécanisme, qui n'est pas explicitement consacré par la Cour de justice tend à ouvrir, en certains domaines, de nouvelles facultés choix de loi au profit des opérateurs économiques. C'est cette **profonde remise en question de l'impérativité de certaines lois et les modalités particulières d'exercice du choix de loi** qui attestent de la façon propre au droit communautaire de gérer la pluralité juridique au sein du marché intérieur.

Remarquons d'emblée qu'en développant de nouvelles facultés de choix de loi et en rétrécissant d'autant les domaines d'impérativité nationale, la Cour de justice semble finalement vouloir confier la gestion de la pluralité juridique aux personnes privées. Ce choix n'est pas vraiment surprenant, les libertés de circulation ayant toujours pour vocation première de favoriser les échanges économiques au sein de le Communauté<sup>864</sup>.

**445.** Cependant, **ces facultés de manipulation des lois par les personnes privées doivent être, à notre sens, précisément encadrées** sous peine de porter une atteinte injustifiée à l'autorité des lois nationales<sup>865</sup>. A cet égard, la Cour de justice admet des limitations à ces

---

<sup>864</sup> En ce sens, un auteur relève « l'autonomie de la volonté était dès le début de la construction [européenne], une notion nécessaire mais non formalisée car les libertés fondamentales pour être exercées ont toujours nécessité le présupposé de l'autonomie de la volonté. La liberté de choix de lieu de commercialisation des marchandises ou des services, la liberté de choix du lieu d'établissement ou de travail supposent en amont la reconnaissance de l'autonomie de la volonté ». Poillot Peruzzetto S., « L'autonomie de la volonté dans la recherche de l'unité et de la diversité des normes, un instrument de la construction communautaire » in *Le DROIT à la mesure de l'HOMME, Mélanges en l'honneur de Philippe Leger*, Pedone, 2006, pp. 267-276, p. 270

Un autre auteur écrit encore que les « libertés économiques ont pour objet d'assurer l'épanouissement transfrontière de l'autonomie ». Muir Watt H., « L'entrave à la prestation transfrontière de services » in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 543-565, pt. 21, p. 562 ; du même auteur, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme » in *La matière civile et commerciale, sode d'un code européen de droit international privé ?* ss. la dir. de M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, pp. 77-92.

Dans le même sens, notamment: Grundmann S. « The Structure of European Private Law », 4 *ER.P.L.* 505 (2001).

<sup>865</sup> Pour une analyse critique de l'essor de l'autonomie de la volonté en droit communautaire en raison plus particulièrement de la concurrence entre les droits qui pourraient en résulter, voir notamment les propos de Mme. S. Poillot-Peruzzetto qui indique que « si l'autonomie de la volonté a nécessairement une place dans l'ordre communautaire, il convient de s'assurer qu'il ne s'agit pas d'une solution par défaut de projet politique pour éviter que le marché intérieur ne devienne le marché du droit ».

nouvelles facultés de choix de loi par le recours à la notion communautaire d'abus de droit. Mais à l'heure actuelle, la notion d'abus de droit communautaire n'est, selon nous, ni suffisamment, ni correctement développée. Les libertés de circulation risquent alors d'être assimilées à un simple et strict outil de déréglementation entre les mains de personnes privées judicieusement conseillées. A la lecture du Traité, tel n'est pourtant pas leur objet. Il convient donc pour nous de proposer une nouvelle notion communautaire d'abus de droit claire et efficiente afin de garantir un développement légitime de certaines facultés de choix de loi au sein du marché intérieur.

Après avoir démontré que **la reconnaissance mutuelle** constitue **une nouvelle modalité de choix de loi** (Titre I), nous proposerons une analyse critique de **l'abus de droit, limitée encore insuffisante aux nouvelles facultés de choix de loi** (Titre II).

## TITRE I

### LA RECONNAISSANCE MUTUELLE, UNE NOUVELLE MODALITE DE CHOIX DE LOI

**446. Affirmer que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle est une méthode par laquelle le droit communautaire confie, en certains domaines, la gestion de la pluralité juridique aux personnes privées peut surprendre à plusieurs égards.** D'une part, la définition même du mécanisme jurisprudentiel de reconnaissance mutuelle fait toujours débat au sein de la doctrine. D'autre part, la Cour de justice n'affirme jamais expressément ouvrir par ce biais de nouvelles facultés de choix de loi aux personnes privées. C'est donc **à partir de la seule étude de la jurisprudence de la Cour de justice que nous démontrerons la pertinence de notre hypothèse.**

**447. La définition du mécanisme de la reconnaissance mutuelle.** – La définition même de la reconnaissance mutuelle pose en effet problème. Trouvant son origine dans la libre circulation des marchandises, plus précisément dans l'arrêt Cassis de Dijon du 20 février 1979<sup>866</sup> et la communication interprétative de la Commission<sup>867</sup> relative à cet arrêt, puis mis en œuvre en matière de libre circulation des travailleurs, de libre prestation de services et de liberté d'établissement, l'existence d'un tel mécanisme **jurisprudentiel**<sup>868</sup>

---

Poillot-Peruzzetto S., « Quelles méthodes pour quelle Europe » in *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans* sous la dir. de Mme S. Poillot-Peruzzetto, Dalloz, 2008, pp. 189 -198, sp. p. 192.

<sup>866</sup> CJCE 20 février 1979, 120/78, *Rec.* 649.

<sup>867</sup> « *Tout produit importé d'un Etat membre doit être en principe admis sur le territoire de l'Etat membre importateur, s'il est légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation, et commercialisé sur le territoire de ce dernier. [...] La Cour n'admet de dérogations à ce principe que dans des conditions très strictes. [...] Des réglementations techniques et commerciales ne peuvent créer des entraves que si elles sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives, et poursuivent un but d'intérêt général, dont elles constituent la garantie essentielle.* ». Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans affaire 120-78 (Cassis de Dijon), 3 octobre 1980, n° C 256/ 2, p. 2.

<sup>868</sup> Nous ne nous attachons pas à l'étude du droit dérivé, voir sur les raisons de cette exclusion, notre introduction.

est aujourd'hui admis tant par les institutions communautaires<sup>869</sup> que par la doctrine<sup>870</sup>. Néanmoins, la Cour de justice ne le visant pas expressément<sup>871</sup> et n'en n'ayant jamais donné de définition, le sens exact de la notion de « reconnaissance mutuelle » reste ainsi débattu<sup>872</sup>. Visée alternativement par la doctrine sous le terme de principe d'équivalence<sup>873</sup>, de confiance mutuelle<sup>874</sup>, de principe de pays d'origine<sup>875</sup>, la

---

<sup>869</sup> En ce qui concerne les institutions communautaires, voir notamment : *Communication de la Commission sur les suites à donner à l'arrêt rendu par la Cour de justice le 20 février 1979, 120/78 (Cassis de Dijon)*, JOCE C 256, 3 octobre 1980 ; *Livre Blanc sur l'achèvement du marché intérieur COM (85) 310 final* ; *Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation* JOCE C 136, 4 juin 1985 ; *Premier rapport biennal sur l'application du principe de la reconnaissance mutuelle dans les marchés des produits et des services SEC (1999) 1106* ; *Deuxième rapport biennal sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle au sein du marché intérieur COM (2002) 419 final*, 23 juillet 2002 ; *Communication interprétative de la Commission, Faciliter l'accès des produits au marché d'un autre Etat membre : l'application du principe de la reconnaissance mutuelle C/2003/3944 – JOCE C 265 du 4 novembre 2003* ; *Règlement (CE) n°764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 « établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre Etat membre et abrogeant la décision n°3052/95/CE »*, JOCE 13 août 2008, L.218/21.

<sup>870</sup> Parmi les nombreuses études consacrées à ce principe, voir notamment : Bernel A. « Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle dans le droit communautaire », *Schulthess Polygraphischer Verlag*, thèse ss. la dir. de R. Bieber, 1995 ; Aubry-Caillaud, F., « La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne », ss. la dir. de J.-C. Gautron, Pedonne, Paris, 1998 ; Hatzopoulos V., « Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services », Bruxelles 1999, 569 p. ; mais encore plus récemment : Mansel H.-P. « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », *RabelsZ.* 2006, p. 651.

Mme S. Robin-Olivier et M. J.-S. Bergé affirment ainsi que « l'arrêt *Cassis de Dijon* a fourni un terrain propice à l'affirmation d'un principe de reconnaissance mutuelle. La même idée se retrouve dans les autres domaines de la libre de circulation. [...] Cette reconnaissance mutuelle repose l'idée d'une appartenance commune : la proximité ou l'équivalence des droits des Etats appartenant à la Communauté ou à l'Union étant supposée, la confiance mutuelle s'impose. La portée de la reconnaissance est cependant difficile à cerner [...]. L'existence même d'un « principe » de reconnaissance mutuelle est également controversée ». Bergé J.-S., Robin-Olivier S., *Introduction au droit européen*, Thémis Droit Puf, 2008, pt. 259, p. 207.

<sup>871</sup> Sous réserve de deux exceptions en libre circulation des marchandises : CJCE 22 octobre 1998, « Foie gras », 184/96, *Rec.* 6199 ; CJCE (grande chambre) 10 février 2009, 10/05, non encore publié, pt. 34. Dans de dernier arrêt la Cour affirme de manière très générale que « il ressort d'une jurisprudence également constante que l'article 28 CE reflète l'obligation de respecter les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres, ainsi que celle d'assurer aux produits communautaires un libre accès aux marchés nationaux (voir, en ce sens, arrêts du 14 juillet 1983, *Sandoz*, 174/82, *Rec. p.* 2445, point 26 ; du 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, dit « *Cassis de Dijon* », 120/78, *Rec. p.* 649, points 6, 14 et 15, ainsi que *Keck et Mithouard*, précité, points 16 et 17) ».

<sup>872</sup> Voir notamment à titre d'exemple les propos de M. J. Molinier selon lequel : « considéré généralement comme un principe, la reconnaissance mutuelle consiste en réalité en une méthode, reposant sur un principe sous-jacent : celui de la confiance mutuelle entre les Etats membres des Communautés. Ce dernier [...] conduit à l'acceptation par chaque Etat membre sur son territoire, des produits légalement fabriqués et commercialisés dans un autre Etat membre, alors même que les réglementations nationales concernant la production et la commercialisation seraient différentes d'un Etat à l'autre en raison d'un défaut d'harmonisation communautaire ». Molinier J., « Les méthodes en droit communautaire », in *Vers une culture juridique européenne*, actes de colloque, ss. la dir. de S. Poillot-Peuzeletto, Montchrestien, 1998, pp. 111-120, p. 113 ; ou encore ceux de M. Pascal de Vareilles-Sommières qui relève que l'on a longtemps présenté ce principe de reconnaissance mutuelle comme un principe « en vertu duquel chaque Etat membre devrait respect à la législation au regard de laquelle une situation juridique s'est constituée, sauf à se rendre coupable d'entrave », de Vareilles-Sommières P., « La communautarisation du droit international privé des contrats », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, pp. 781-801, p. 782.

<sup>873</sup> En ce sens voir par exemple la thèse de M. A. Bernel : *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber ; ou encore, M. M. Fallon qui évoque « l'affirmation du principe de l'équivalence des normes, qualifié aussi de principe de la reconnaissance mutuelle ». Fallon M. « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé » in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bryuland, Bruxelles, 1993, p. 187-221, pt. 5, p. 190.

<sup>874</sup> Molinier J., « Les méthodes en droit communautaire », in *Vers une culture juridique européenne*, actes de colloque, ss. la dir. de S. Poillot-Peuzeletto, Montchrestien, 1998, pp. 111-120, p. 113. Selon cet auteur, la reconnaissance mutuelle ne serait qu'une méthode fondée sur le principe de la confiance mutuelle.

<sup>875</sup> Pour une assimilation de la reconnaissance mutuelle au principe dit du pays d'origine ou à tout le moins une filiation très forte entre ces deux notions : voir la doctrine allemande et Garabiol-Furet M.-D., « Plaidoyer pour le principe du pays d'origine », *R.M.U.E.* 2006, pp. 82-87 et « Vrais et faux semblants de la « Directive Services », *R.M.U.E.* 2006, p. 219-220 ; Van Ommeslaghe P. et Piessevaux V., « Marché intérieur », *Rep. Dalloz dr. comm.*, pt. 18 ; Rigaux F., « Droit international privé et droit communautaire » in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 341-354, pt. 10 ; Gosselin-Gorand A., *L'influence des principes communautaires de libre circulation sur les règles nationales de conflit de lois*, Thèse 2001 ss. la dir. de D.

reconnaissance mutuelle soulève d'abord une difficulté d'ordre terminologique. L'assimilation par certains auteurs de la reconnaissance mutuelle à une règle de conflit de lois cachées<sup>876</sup> a en outre présenté l'intérêt de soulever la question tant du **champ d'application matériel**<sup>877</sup> d'une telle notion, que de son exacte **portée**<sup>878</sup>.

Pour notre part, nous retiendrons le seul terme de reconnaissance mutuelle que nous nous emploierons à définir avec précision.

Afin de pouvoir dépasser ces controverses doctrinales et établir que la reconnaissance mutuelle génère de nouvelles facultés de choix de loi, il nous faut encore circonscrire avec précision le principe de reconnaissance mutuelle objet de notre étude. Il ne sera ici question que de la reconnaissance mutuelle issue des libertés économiques de circulation telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour, à l'exclusion de ses manifestations en droit dérivé, l'objet de cette thèse étant limité au droit primaire<sup>879</sup>. En effet, les mesures d'harmonisation atténuent la diversité juridique et assurent de fait une certaine équivalence entre les réglementations nationales qui peut expliquer une obligation communautaire de reconnaissance mutuelle. Aussi, les obligations de reconnaissance mutuelle en l'absence ou en présence de droit dérivé soulèvent-elles des problèmes tout à fait distincts.

En conséquence, **nous définirons la reconnaissance mutuelle en nous appuyant principalement sur la jurisprudence de la Cour dont elle résulte.**

---

Bureau, Université de Caen pt. 60; Fallon M. « Variation sur le principe d'origine en droit communautaire et en droit international privé » in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 187-221, sp. pts. 3 et 5.

*Contra*: s'opposant formellement à une telle assimilation voir: Hatzopoulos V. « Que reste-t-il de la directive services », *C.D.E.*, 2007, n° 3-4, p. 299 ; M. M. Audit distingue pour sa part formellement les deux mécanismes, seul le principe de la loi d'origine constituant, à son sens, une véritable règle de conflit de lois. L'auteur écrit ainsi « *le principe de la reconnaissance mutuelle n'induit aucunement l'application de la loi de l'Etat membre à partir duquel l'activité économique est déployée, tout à l'inverse du principe de la loi du pays d'origine, lequel repose sur une telle application. Selon ce dernier principe, la loi d'origine du produit ou du service régit le rapport de droit* ». Audit M. « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *J.D.L.*, 2006, n°4, 1333-1363, pt. 51, p. 1353.

<sup>876</sup> Voir principalement en ce sens deux articles fondamentaux: Radicati di Brozolo, L., « L'influence sur les conflits de lois des principes communautaires en matière de libre circulation », *R.C.D.I.P.* 1993, p. 401 ; Basedow J., « Le contenu de nature conflictualiste du principe de la liberté de circulation au sein du marché intérieur: favor offerentis », *Rabels Zeitschrift*, 1995, p. 1.

*Contra*: voir notamment: Bernel A. *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, ss. la dir. de R. Bieber, sp. p. 116 ; Lagarde P., « La reconnaissance mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, pp. 481-501, sp. pt. 3 p. 483.

<sup>877</sup> Voir à cet égard notamment les propos de M. A. Bernel qui définit la reconnaissance mutuelle comme l'interdiction de « *la mise en œuvre des exigences matérielles et des mesures de contrôle de l'Etat membre d'accueil lorsqu'elles font double emploi avec celles imposées par l'Etat membre d'origine de la marchandise, du service ou de la personne visée* ». Bernel A. *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, ss. la dir. de R. Bieber, p. 295

<sup>878</sup> Voir à cet égard notamment les propos de M. A. Audit qui envisage le mécanisme comme un simple moyen « *d'écarter les règles ou les décisions du pays de destination susceptibles d'entraver les échanges [...] [la loi d'origine étant] simplement dotée d'un effet élusif des normes du pays de destination* ». Audit M., « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *J.D.L.*, 2006, n° 4, pp. 1333-1363, pts. 25 et 26.

<sup>879</sup> Voir sur les raisons de cette exclusion, notre introduction.

Dans ce cadre restreint, nous démontrerons premièrement que la reconnaissance mutuelle est un élément fondamental du contrôle de conformité des réglementations nationales au droit communautaire effectué par la Cour de justice.

Secondement, nous établirons que la reconnaissance mutuelle peut être définie de manière générale comme un mécanisme par le biais duquel la Cour de justice évalue la conformité au droit communautaire de **l'application** par un Etat membre de sa réglementation, **en fonction de la loi d'un autre Etat membre auquel l'opérateur économique a déjà dû se soumettre<sup>880</sup> ou parfois, plus exceptionnellement, à laquelle il devrait se soumettre<sup>881</sup>**. Ainsi, le recours à ce mécanisme déduit des libertés de circulation a-t-il pour principale fonction de condamner la mise en œuvre successive ou cumulative des réglementations nationales dans des domaines particuliers qu'il nous appartiendra de cerner.

**448. L'ouverture de nouvelles facultés de choix de loi.** – Il nous faudra alors encore établir comment le mécanisme de la reconnaissance mutuelle – ainsi défini – ouvre de nouvelles facultés de choix de loi au profit des personnes privées.

A cet égard nous exposerons que la reconnaissance mutuelle garantit, **sous réserve de certaines conditions et en certaines matières seulement**, aux opérateurs économiques circulant ou faisant circuler l'objet de leur commerce<sup>882</sup> au sein de la Communauté, que dans la cadre de leur activité économique, ils ne seront soumis qu'**à une seule et unique réglementation nationale**. Or, il sera démontré qu'en imposant aux Etats membres de renoncer à l'application de leur droit en raison des droits acquis par les opérateurs économiques en vertu de la législation d'un autre Etat membre, le droit communautaire crée **implicitement** à leur profit, de nouvelles facultés de **choix de loi**.

**449. Méthode.** – Il faut encore immédiatement préciser que le fondement du principe de la reconnaissance mutuelle n'est pas toujours le même. **Il varie en effet, selon la liberté de**

---

<sup>880</sup> M. M. Audit relève pour sa part que « si le principe de la reconnaissance mutuelle ou d'équivalence a été dégagé, c'est en vertu d'un objectif bien identifié : celui d'écarter les règles ou les décisions du pays de destination susceptibles d'entraver les échanges [...] [la loi d'origine étant] simplement dotée d'un effet élusif des normes du pays de destination ». Audit M., « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *J.D.I.* 2006, n° 4, pp. 1333-1363, pts. 25 et 26.

<sup>881</sup> Dans son étude consacrée plus spécifiquement à la libre circulation des marchandises, Mme F. Aubry-Caillaud définit la reconnaissance mutuelle comme un principe en vertu duquel « un Etat membre, auteur d'une réglementation nationale, ne peut en principe s'opposer à l'introduction et à la commercialisation d'un produit légalement produit et commercialisé dans un autre Etat membre, pour non-conformité du produit en cause à sa réglementation » Aubry-Caillaud, F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pedonne, Paris, 1998, ss. la dir. de J-C. Gautron, p. 17 ; M. A. Bernel le définit pour sa part comme « un principe applicable aussi bien au commerce de marchandises qu'à la fourniture de services ou encore à l'exercice d'une activité professionnelle dans un Etat membre autre que celui d'origine [en vertu duquel il est] interdit aux autorités nationales d'imposer des exigences matérielles ou des mesures de contrôle dont l'effet est équivalent à celui de l'action déjà déployée par l'Etat membre de provenance de la marchandise, de la personne ou du service concerné ». Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, ss. la dir. de R. Bieber, p. 21.

<sup>882</sup> Quant à la condition de circulation pour pouvoir invoquer le bénéfice des libertés de circulation, voir nos développements relatifs au champ d'application du droit communautaire et, pour pouvoir bénéficier plus spécifiquement du mécanisme de la reconnaissance mutuelle, voir nos développements relatifs à la notion d'abus de droit.

**circulation à l'occasion de laquelle il est mis en œuvre.** La Cour de justice s'appuie tantôt sur l'équivalence des réglementations nationales (hypothèses de la libre circulation des marchandises et de la libre circulation des personnes en matière de qualifications et de diplômes), et tantôt sur l'existence d'un droit acquis au sein d'un autre Etat membre indépendamment d'une quelconque équivalence des réglementations (libre prestation de services et liberté d'établissement). Cette différence de fondement a un fort impact sur la portée du principe de reconnaissance mutuelle. C'est pourquoi il nous paraît nécessaire de distinguer l'étude du mécanisme de la reconnaissance mutuelle selon que l'équivalence des réglementations en est ou non le fondement.

Nous démontrerons donc que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ouvre en tout état de cause de nouvelles facultés de choix de loi mais en dissociant deux hypothèses : après avoir présenté le développement à notre sens logique et appréciable de nouvelles facultés de **choix de loi** – par la reconnaissance mutuelle – **subordonnées à l'équivalence des réglementations** (Chapitre I), nous porterons un regard beaucoup plus critique sur ce développement lorsqu'il ne dépend pas de l'équivalence des réglementations et que **le choix de loi** est alors **justifié par la seule liberté de circulation** (Chapitre II).

## CHAPITRE I

### LE DEVELOPPEMENT LOGIQUE ET APPRECIABLE DE NOUVELLES FACULTES CHOIX DE LOI FONDEES SUR L'EQUIVALENCE DES REGLEMENTATIONS

**450.** Dans **deux domaines particuliers**, la libre circulation des marchandises et, en libre circulation des personnes, celui des conditions auxquelles les Etats membres subordonnent l'exercice d'une activité professionnelle sur leur territoire (libre circulation des travailleurs, libre prestation de services, liberté d'établissement), la Cour de justice fonde le principe de la reconnaissance mutuelle sur **une présomption d'équivalence** entre les réglementations des Etats membres.

Dès lors, si le principe de reconnaissance mutuelle consacre bien une faculté de choix de loi au profit des opérateurs économiques, **sa portée, dépendant du contenu même des réglementations nationales, doit être relativisée.**

Dans ce cadre, nous étudierons **le choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises** (Section I), puis **le choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en matière de diplômes et formations professionnelles** (Section II).



## Section I

### Le choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises

**451. Définition.** – L'objet de cette présent section est de convaincre de ce que, en libre circulation des marchandises, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle érige un « principe **relatif** d'un droit de l'opérateur économique à n'être soumis qu'à **une seule réglementation technique** au sein de la Communauté et dans ce cadre, de pouvoir choisir entre la réglementation technique de l'Etat membre **de fabrication ou** celle d'un Etat membre de **commercialisation** de la marchandise ».

Cette démonstration sera conduite en deux temps. D'abord, il sera établi qu'il s'agit d'un principe relatif en ce sens que **l'impérativité** des réglementations nationales **n'est pas systématiquement remise en question** par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle.

Puis nous établirons qu'à l'heure actuelle, **le choix de loi** offert aux opérateurs économiques par ce biais est encore **limité** à la loi d'un Etat membre présentant **un lien objectif** avec l'activité économique de l'opérateur économique, mais également au regard du **champ d'application matériel** du principe de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises.

Ainsi nous étudierons dans un premier temps, l'impact de ce mécanisme sur l'impérativité des réglementations nationales afin d'établir qu'il conduit à **l'application de principe d'une seule loi** au sein de la Communauté (§ I.). Puis, dans un second temps, nous identifierons les lois pouvant faire l'objet d'un choix. Nous démontrerons alors que le principe de reconnaissance mutuelle offre des **nouvelles facultés de choix encore trop restreintes aux opérateurs économiques** (§ II.).

#### § I. L'application de principe d'une seule loi au sein de la Communauté

**452.** Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle n'étant pas défini expressément par la Cour de justice, il nous appartient d'en cerner les contours. Nous nous appuierons pour ce faire d'une part sur la communication interprétative de la Commission relative à l'arrêt Cassis de Dijon<sup>883</sup> et, d'autre part, sur les études doctrinales relatives à l'identification de son fondement juridique en libre circulation des marchandises. Nous pourrions alors démontrer qu'il pose un principe relatif d'application d'une loi unique au sein de la Communauté.

---

<sup>883</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon). JOCE n° C 256/2, du 03/10/1980.

453. Nous tenterons de convaincre de ce que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ne pose qu'un principe **relatif** d'interdiction d'application cumulative des lois aux marchandises circulant d'un Etat membre à un autre car son fondement théorique est **l'équivalence** existant entre les lois des Etats membres, ce qui nous conduit à le rattacher aux articles 28 et 30 du traité CE.

A cette fin, le contenu de la notion sera déterminé au regard de la jurisprudence (A) et de son fondement juridique (B).

### A. Détermination du contenu de la notion au regard de la jurisprudence

454. Comprendre l'impact du mécanisme de la reconnaissance mutuelle sur l'impérativité de certaines réglementations<sup>884</sup> nationales nécessite dans un premier temps de s'interroger sur son origine, c'est-à-dire **l'arrêt Cassis de Dijon** (1), pour pouvoir, dans un second temps en préciser le contenu au regard de **la communication interprétative de l'arrêt faite par la Commission** (2).

#### 1. L'arrêt Cassis de Dijon

455. En l'absence d'un principe général de reconnaissance mutuelle inscrit dans le traité CE, la Cour de justice a développé celui-ci à l'occasion de sa jurisprudence relative aux mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation visées par l'article 28 du traité CE.

En effet, dans l'arrêt Cassis de Dijon du 20 février 1979<sup>885</sup>, la Cour de justice précise la définition des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation qu'elle avait élaborée dans l'arrêt Dassonville du 11 juillet 1974<sup>886</sup>, en s'appuyant pour la première fois sur le mécanisme qui sera qualifié par la suite par la doctrine et la Commission de reconnaissance mutuelle. Dans cet arrêt la Cour ne fait pourtant **aucune référence expresse**<sup>887</sup> à un tel principe.

456. Il convient donc de commencer par rappeler les faits de l'arrêt ainsi que la formulation de la Cour de justice dont est issue la reconnaissance mutuelle.

---

<sup>884</sup> Le champ d'application matériel du principe sera étudié dans le §2 de la présente section.

<sup>885</sup> CJCE 20 février 1979, cassis de Dijon, 120/78, *Rec.* 649.

<sup>886</sup> CJCE 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Rec.* I. 837.

<sup>887</sup> Les seules références expresses à ce principe proviennent de deux arrêts : CJCE 22 octobre 1998, « Foie gras », 184/96, *Rec.* 6199 et CJCE (grande chambre) 10 février 2009, 10/05, non encore publié.

Dans l'arrêt Cassis de Dijon, par le biais d'une question préjudicielle, les juridictions allemandes interrogeaient la Cour sur la conformité au droit communautaire de l'application impérative d'une réglementation allemande à une liqueur légalement fabriquée et commercialisée dans son pays d'origine, la France. La réglementation allemande relative aux caractéristiques auxquelles des produits devaient répondre pour pouvoir être légalement commercialisés sous une appellation déterminée divergeait de celle existant en France. Ce faisant, le bénéfice de l'appellation convoitée en Allemagne supposait que le produit français soit modifié. A défaut, la commercialisation sous l'appellation « cassis » était tout simplement interdite en Allemagne.

457. Le raisonnement de la Cour de justice est conduit en trois temps. D'abord, la Cour de justice a semblé considérer qu'en l'espèce l'application de la réglementation allemande violait l'article 28 du traité CE parce qu'elle posait des exigences matérielles différentes de la réglementation française, mais qu'elle pouvait néanmoins être conforme au droit communautaire si elle se justifiait par une exigence impérative.

La Cour affirme en effet : « *les obstacles résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme nécessaires pour satisfaire des exigences impératives tenant notamment à la loyauté des transactions commerciales [...] à la défense des consommateurs* »<sup>888</sup>.

Ensuite, dans le cadre de l'étude des justifications, c'est-à-dire de l'évaluation de la nécessité de l'application de la réglementation allemande pour satisfaire à une exigence impérative telle que « *la transparence des transactions commerciales et des offres au public* »<sup>889</sup> ou encore « *l'information convenable de l'acheteur* »<sup>890</sup>, la Cour constate qu'une obligation d'indiquer clairement la provenance et la composition du produit suffit à protéger le consommateur. L'application de la réglementation allemande ne se justifiait donc pas et n'était donc pas conforme au droit communautaire.

C'est à ce stade de son raisonnement<sup>891</sup>, c'est-à-dire après l'étude des justifications de la réglementation allemande que la Cour ajoute enfin, dans un troisième et dernier temps, qu'il n'y avait « *donc aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des Etats membres, soient introduites dans tout autre Etat membre sans que puisse être opposée à l'écoulement de ces produits une prohibition légale de commercialiser ces produits* ».

---

<sup>888</sup> CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon, 120/78, Rec. 649, pt. 8.

<sup>889</sup> CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon, 120/78, Rec. 649, pt. 13.

<sup>890</sup> CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon, 120/78, Rec. 649, pt. 13.

<sup>891</sup> Ce qui conduit un auteur à considérer que « *à la vérité, cette jurisprudence aurait très bien pu être rendue sans qu'aucune référence à la loi du pays d'origine ne soit opérée* ». Audit M., « *Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois* », *J.D.I.*, 2006, n° 4, pp. 1333-1363, pt 19.

[...] <sup>892</sup>. De cette formulation de la Cour de justice, il a été considéré qu'un principe de la reconnaissance mutuelle pouvait être déduit.

458. Cette courte formule de la Cour pouvait être interprétée de différentes manières. On pouvait en déduire que la reconnaissance mutuelle correspondrait au moins, pour les Etats membres, à une **obligation de prendre en considération** le fait qu'une marchandise soit légalement produite et commercialisée dans un autre Etat membre pour décider de l'opportunité de l'application du droit national – pourtant jugé impératif pour l'Etat membre dont il émane – aux marchandises importées.

Cependant, n'était-il pas également envisageable d'aller plus loin et d'analyser cette formulation de la Cour comme **imposant aux Etats membres de renoncer à l'application de leur réglementation dès lors qu'une marchandise serait légalement produite et commercialisée dans l'un des Etats membres ?**

Si une telle conception du principe de la reconnaissance mutuelle devait être retenue, celui-ci consacrerait aux opérateurs économiques un **droit absolu à n'être soumis qu'à une seule réglementation nationale** en matière de conditions de fabrication et de commercialisation.

Cette absence tant de référence expresse à la notion de reconnaissance mutuelle que de définition claire de ce mécanisme a ainsi engendré de nombreuses difficultés quant à la détermination du contenu de cette notion, qu'une communication interprétative de l'arrêt Cassis de Dijon de la Commission a permis, en partie, de lever.

## 2. L'apport de la communication interprétative de la Commission

459. En dépit du fait que la Commission n'ait pas non plus utilisé l'expression « principe de reconnaissance mutuelle » dans la communication interprétative sur les suites de Cassis de Dijon <sup>893</sup> elle, y a affirmé clairement l'importance <sup>894</sup> du mécanisme en précisant le sens.
460. Dans cette communication, la Commission a d'abord pris soin d'expliquer **la philosophie** gouvernant ce mécanisme – que nous qualifions déjà – de reconnaissance mutuelle. Il

---

<sup>892</sup> CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon, 120/78, pt. 14.

<sup>893</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon). JOCE n° C 256/2, du 03/10/1980.

<sup>894</sup> En ce sens, M. A. Mattera affirme que « si la Commission n'avait pas valorisé les potentialités intrinsèques de cet arrêt, celui-ci aurait subi le sort de tant d'autres jugements « hibernés » sur le plan opérationnel et relégués au rang de documents jurisprudentiels de référence pour séminaires académiques et disputes doctorales ». Mattera A., « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon, et le principe de reconnaissance mutuelle », *R.M.U.E.*, 1992, n°4, pp. 13-71, p. 32.

serait ainsi l'expression d'une volonté communautaire d'imposer aux Etats membre de légiférer dans une optique communautaire et non plus dans une optique purement nationale : « [...] *les Etats membres, lors de l'élaboration de réglementations commerciales ou techniques susceptibles d'avoir une incidence sur le bon fonctionnement de la libre circulation des marchandises, ne sauraient se situer dans une perspective exclusivement nationale et ne tenir compte que d'exigences propres aux seuls produits nationaux. Le bon fonctionnement du marché commun exige que chaque Etat membre tienne compte également des exigences légitimes des autres Etats membres* »<sup>895</sup>. Il restait cependant encore à déterminer ce à quoi correspondait concrètement en libre circulation des marchandises l'obligation posée par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle de se situer dans une perspective communautaire et non pas seulement nationale.

461. Certaines formulations de la Commission et de la Cour de justice pouvaient conduire à penser que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle imposerait **systématiquement** aux Etats membres de renoncer à l'application de leur législation dès lors qu'un produit importé répondrait aux prescriptions légales<sup>896</sup> d'un autre Etat membre dont il serait originaire.

En ce sens, on peut lire dans cette communication interprétative que « *tout produit importé d'un Etat membre doit être en principe admis sur le territoire d'un Etat membre importateur s'il est légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation, et commercialisé sur le territoire de ce dernier*<sup>897</sup> ». Une telle interprétation de l'arrêt Cassis de Dijon pouvait se justifier au regard de l'affirmation de la Cour de justice selon laquelle il n'existerait « *aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des Etats membres, soient introduites dans tout autre Etat membre sans que puisse être opposé à l'écoulement de ces produits une prohibition légale de commercialiser ces produits* [...] »<sup>898</sup>. Cependant une analyse plus poussée de l'arrêt Cassis de Dijon et des précisions apportées par la Commission dans sa communication conduit à rejeter une telle interprétation de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises.

462. Dans cette même la communication, la Commission développe d'autres idées attestant de ce que le principe de reconnaissance mutuelle tendrait à faire admettre plus modestement

---

<sup>895</sup> JOCE C n°256 du 3 octobre 1980, communication interprétative de la Commission sur les suites de Cassis de Dijon.

<sup>896</sup> Le champ d'application matériel du mécanisme de la reconnaissance mutuelle sera défini avec précision dans le § 2 de cette même section.

<sup>897</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon). JOCE n° C 256/2, du 03/10/1980 op. cit.

<sup>898</sup> CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon, 120/78, pt. 14

aux Etats membres que des réglementations nationales **bien que différentes puissent néanmoins être équivalentes.**

Dès lors, la reconnaissance mutuelle signifierait que les Etats membres ne seraient tenus de renoncer à l'application de leurs réglementations qu'en cas d'équivalence de celles-ci et qu'en tout état de cause un Etat membre ne saurait imposer le respect de sa réglementation nationale pour la seule raison que la réglementation des autres Etats membres serait divergente. Dans le sens d'une telle analyse du principe, la Commission écrit que « *l'application des principes dégagés par la Cour implique qu'un Etat membre ne saurait en principe interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits* »<sup>899</sup> car, selon la Commission, une marchandise peut être fabriquée conformément à des prescriptions divergentes d'un Etat membre qui cependant **respectent l'objectif poursuivi par la réglementation de l'Etat membre d'accueil.** Ainsi écrit-elle, « *dans la mesure où le produit répond « de façon convenable et satisfaisante » à l'objectif légitime visé par sa réglementation (sécurité, protection du consommateur, environnement, etc.), l'Etat membre [d'accueil] ne saurait pour justifier l'interdiction de vente sur son territoire, invoquer le fait que les moyens utilisés pour atteindre cet objectif sont différents de ceux imposés aux produits nationaux* »<sup>900</sup>.

Dans l'arrêt Cassis de Dijon, c'est d'ailleurs après avoir vérifié ce qu'était l'objectif poursuivi par la réglementation allemande (protection des consommateurs et loyauté des transactions commerciales) et de quelle façon celui-ci pouvait être respecté (une obligation d'étiquetage aurait permis que soit effectivement protégée l'information des consommateurs), que la Cour de justice affirme que l'interdiction des autorités allemandes de commercialiser une boisson dont la composition n'est conforme qu'aux prescriptions d'une réglementation divergente d'un autre Etat membre, heurte le droit de la libre circulation.

- 463.** En conclusion, il se dégage de la communication interprétative de la Commission et de l'arrêt Cassis de Dijon que la reconnaissance mutuelle ne conduit pas à condamner de manière absolue la mise en œuvre de la loi du pays de commercialisation et que seule la mise en œuvre successive de réglementations nationales équivalentes est par ce biais prohibée.

**Il faut donc en déduire que, parce qu'elle est fondée sur l'équivalence des réglementations nationales, la reconnaissance mutuelle en libre circulation des**

---

<sup>899</sup> Communication de la Commission du 03/10/1980 sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon), JOCE n° C 256/2.

<sup>900</sup> Communication de la Commission du 03/10/1980 sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon), JOCE n° C 256/2.

**marchandises ne consacre qu'un principe relatif d'application d'une loi unique au sein de la Communauté.**

Il n'en reste pas moins qu'en imposant aux Etats membres de prendre en considération le droit étranger déjà appliqué pour juger de l'applicabilité de leur droit, ce mécanisme établi une **présomption selon laquelle la mise en œuvre cumulative de certaines règles de droit violerait le droit communautaire.**

Quelle est alors la force de cette présomption ?

L'étude des différents fondements juridiques envisagés pour justifier cette théorie permet de mieux évaluer la force de cette présomption et la possibilité réelle pour les Etats membres de la renverser.

## **B. Détermination du contenu de la reconnaissance mutuelle au regard de son fondement juridique.**

**464.** La Cour de justice qui ne vise pas expressément le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, ne le rattache évidemment pas non plus expressément à un article déterminé du traité CE. Or, selon le fondement juridique auquel on le rattache, sa portée varie d'autant.

Aussi, après avoir présenté les enjeux du rattachement aux différents fondements juridiques (1.), nous évoquerons la thèse favorable au rattachement à l'article 28 du Traité (2.), puis celle en faveur du rattachement à l'article 30 du traité CE (3.) pour enfin démontrer qu'il convient de dépasser cette opposition doctrinale et rattacher la reconnaissance mutuelle à ce double fondement (4.).

### **1. Les enjeux du rattachement aux différents fondements**

**465.** Lorsqu'elle contrôle l'existence d'une atteinte à la libre circulation et si celle-ci peut être éventuellement justifiée, la Cour de justice s'appuie souvent de manière globale sur les articles 28 et 30 du traité CE et ne fait référence au principe de la reconnaissance mutuelle que de manière implicite.

Ainsi par exemple, dans l'affaire Nespoli et Crippa, la Cour affirme que « [...] les dispositions des articles 30 à 36<sup>901</sup> du traité [...] doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce que, [...] un Etat membre applique une réglementation nationale

---

<sup>901</sup> c'est-à-dire 28 et 30 nouveau.

*[...] à la généralité des fromages importés [...], lorsque ces fromages sont légalement produits et commercialisés dans ce dernier Etat »<sup>902</sup>.*

466. La doctrine s'est donc attachée à définir ce que pouvait être le fondement juridique de la reconnaissance mutuelle. Les auteurs présentent principalement de trois façons différentes le fondement juridique du principe de la reconnaissance mutuelle :

- soit ils rattachent ce principe à l'article 28 du traité CE ;
- soit ils le rattachent au principe de proportionnalité tel qu'il résulte de l'article 30 du traité CE<sup>903</sup> ;
- soit ils le rattachent de manière générale à la jurisprudence Cassis de Dijon sans s'appuyer expressément sur l'article 28 ou l'article 30 du traité<sup>904</sup>.

En plus de ces trois cas de figure, les auteurs lient souvent – bien que de manière subsidiaire – le principe de reconnaissance mutuelle à l'article 10 du Traité.

L'article 28 du traité CE dispose que « *les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres* ». Cet article **pose une interdiction** de mise en œuvre de certaines règles de droit des Etats membres.

L'article 30 du traité CE énumère les exceptions à l'interdiction établie par l'article 28 : « *les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou aux restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de « moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique [...] »*. Il permet donc d'**établir la conformité** au droit communautaire de réglementations nationales pourtant interdites au titre de l'article 28.

L'article 10 du traité CE impose aux Etats membres, une obligation générale de coopération loyale : « *Les Etats membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ».

---

<sup>902</sup> CJCE 11 octobre 1990, 196/89, *Rec.* 3647, pt. 22.

<sup>903</sup> Nous visons de manière générale l'article 30 du traité sans distinguer les justifications visées par le traité CE de celle développées par la Cour de justice au titre des exigences impératives.

<sup>904</sup> Voir par exemple, J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise et L. Idot qui s'appuient sur l'arrêt Cassis de Dijon : « *sans utiliser formellement l'expression la Cour [y] proclame [...] le principe de la reconnaissance mutuelle* » en vertu duquel, « *les produits légalement fabriqués et commercialisés dans un Etat membre doivent pouvoir circuler dans l'ensemble de la Communauté sans que l'Etat d'importation puisse leur opposer une législation nationale non justifiée par des exigences impératives* »<sup>904</sup>. En d'autres termes, « *lorsqu'un produit est conforme à la législation de l'Etat d'origine (ou admis en libre pratique dans cet Etat) il doit être ensuite admis dans les autres Etats membres* ». *Droit européen des affaires*, Schapira J., Le Tallec, G., Blaise, J.-B., Idot, L., Puf, *Thémis droit privé*, 5<sup>ème</sup> éd., 1999, tome 1, p. 180.



467. Rattacher le principe à l'article 28 qui prohibe les mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation conduit à considérer que le droit communautaire pose un **principe d'interdiction** d'application de toute réglementation nationale à une marchandise lorsque celle-ci a déjà été soumise à la réglementation<sup>905</sup> d'un autre Etat membre.

En d'autres termes, toute réglementation nationale s'appliquant à une marchandise ayant respecté la **réglementation d'un autre Etat membre entre nécessairement dans le champ d'application du droit communautaire et est présumée illicite**.

468. En revanche, rattacher ce principe à l'article 30 du traité CE conduit à considérer que la constatation de l'application préalable de la législation d'un autre Etat membre à une marchandise **ne confère pas automatiquement la qualité de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'importation à la réglementation applicable d'un autre Etat membre**.

**Des lois s'appliquant de manière successive à une marchandise pourraient alors éventuellement échapper au champ d'application du droit communautaire.**

En conclusion, fonder le principe de la reconnaissance mutuelle sur l'article 28 du traité CE conduit à lui conférer une plus large portée.

## 2. La thèse de l'article 28 du traité CE

469. Rattacher le principe de la reconnaissance mutuelle à l'article 28 conduit à considérer qu'il pose une interdiction à laquelle il peut exceptionnellement<sup>906</sup> être dérogé par le biais de l'article 30<sup>907</sup>. En d'autres termes, le principe de la reconnaissance mutuelle interdirait aux Etats membres d'appliquer leur droit à une marchandise conforme aux règles de droit d'un autre Etat membre.

470. Cette thèse est principalement défendue par Mme F. Aubry-Caillaud<sup>908</sup>, selon laquelle « *le principe de reconnaissance mutuelle des législations nationales trouve son origine*

---

<sup>905</sup> Nous déterminerons avec précision le champ d'application **matériel** de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises dans le §2 de cette même section.

<sup>906</sup> Les exceptions au principe étant d'interprétation stricte.

<sup>907</sup> En effet, si le caractère inapplicable du droit national de l'Etat membre d'accueil devient le principe, la légitimité de son application n'est alors qu'une exception, qui comme toutes les exceptions sera d'interprétation stricte.

<sup>908</sup> Voir également en ce sens, Mercier P., *L'union européenne et la libre circulation de marchandises les échanges entre Etats membres*.

dans l'application de l'article 30 [ancien, c'est-à-dire 28 nouveau]; il constitue un principe jurisprudentiel »<sup>909</sup>. En d'autres termes encore, la règle de droit national qui s'imposerait à un produit ayant été légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre **serait nécessairement une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative prohibée** par l'article 28 du Traité. L'auteur définit de ce fait la reconnaissance mutuelle comme le mécanisme en vertu duquel « un Etat membre, auteur d'une réglementation nationale, **ne peut en principe s'opposer à l'introduction et à la commercialisation d'un produit légalement produit et commercialisé dans un autre Etat membre, pour non-conformité du produit en cause à sa réglementation** »<sup>910</sup>.

471. Cette analyse du mécanisme comme posant **un principe d'interdiction** d'application successive et cumulative d'une réglementation à un produit déjà légalement commercialisé dans un autre Etat membre conduit l'auteur à considérer que celui-ci impose aux Etats membres d'accepter les effets extraterritoriaux des législations d'autres Etats membres et à renoncer par voie de conséquence à l'application de leur propre législation : « cela revient pour un Etat membre, auteur d'une réglementation, à accepter un produit non conforme à la réglementation en vigueur ; implicitement, l'Etat membre importateur reconnaît une réglementation de l'Etat membre exportateur. [...] Par conséquent, **la commercialisation d'un produit dans un Etat membre ne dépend plus de la conformité de celui-ci à la réglementation en vigueur dans cet Etat** »<sup>911</sup>.

On peut comprendre les propos de cet auteur comme signifiant que sous réserve des exceptions visées par l'article 30 du traité CE, et qui comme toutes exceptions à un principe doivent être d'interprétation stricte<sup>912</sup>, **les Etats membres ne seraient plus compétents pour juger de l'applicabilité de certaines de leurs lois sur leur propre territoire**. Du point de vue des opérateurs économiques, la reconnaissance mutuelle constituerait donc un **principe fort**, bien que n'étant pas absolu, **de respect d'une loi unique** pour l'exercice de leur activité économique au sein de la Communauté.

### 3. La thèse de l'article 30 du traité CE

472. D'autres nombreux auteurs<sup>913</sup> rattachent le principe de la reconnaissance mutuelle à l'article 30 du traité CE. De manière plus précise encore, ces auteurs rattachent le

---

<sup>909</sup> Aubry-Caillaud, F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pedonne, Paris, 1998, ss. la dir. de J-C. Gautron (thèse soutenue en 1996 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), p. 15

<sup>910</sup> Aubry-Caillaud, F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pedonne, Paris, 1998, ss. la dir. de J-C. Gautron (thèse soutenue en 1996 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), p. 17.

<sup>911</sup> Aubry-Caillaud, F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pedonne, Paris, 1998, ss. la dir. de J-C. Gautron (thèse soutenue en 1996 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), p. 17.

<sup>912</sup> Voir par exemple à ce sujet CJCE, 17 juin 1981, Souvenir d'Irlande, aff. 113/80, *Rec.*L.1625, pt. 7 : « [...] l'article 36 du traité, en tant que dérogation à la règle fondamentale de l'élimination de tous les obstacles à la libre circulation des marchandises entre les Etats membres, est d'interprétation stricte, [...] ».

<sup>913</sup> Voir notamment en ce sens, Bemel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bièber, p. 295, A. Racllet, *Droit communautaire des*

principe **au test de proportionnalité** qu'impose l'étude des justifications notamment visées par l'article 30 du traité CE<sup>914</sup>.

En ce sens, un auteur affirme par exemple que, « *sous l'angle institutionnel, cette règle [...] tire sa source de dispositions directement applicables du Traité, qui se rapportent à la libre circulation des marchandises, la libre prestation de services, la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement. Quant au fond, la prohibition de la mise en œuvre cumulative d'exigences matérielles*<sup>915</sup> « équivalentes » *résulte de l'application du principe de proportionnalité aux mesures législatives restreignant les libertés de circulation [...]. Car selon la jurisprudence, la poursuite d'un objectif légitime ne justifie nullement l'application de dispositions qui font double emploi avec celles déjà exécutées dans l'Etat membre de provenance et, par là, entrave inutilement l'exercice desdites libertés* »<sup>916</sup>.

Or, la Cour de justice ne procède au test de proportionnalité qu'après avoir constaté que la réglementation déferée à son contrôle entre effectivement dans le champ d'application du traité CE et constitue une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative prohibée au titre des articles 28 et 29 du Traité<sup>917</sup>.

Ce faisant, ces auteurs réfutent l'idée selon laquelle la reconnaissance mutuelle poserait un **principe d'interdiction** d'application – successive – du droit national auquel il pourrait exceptionnellement être dérogé. En d'autres termes, **la simple application successive des droits des Etats membres ne permettrait pas à elle seule, de caractériser une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative prohibée par l'article 28 du traité CE.**

Cette doctrine assimile donc plutôt la reconnaissance mutuelle à un mécanisme permettant de justifier l'application d'une règle de droit national à une marchandise

---

*affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèse, 2002, Decocq A, Decocq G. *Droit européen des affaires*, L.G.D.J. manuel, 2003, Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002 ; Bergé J.-S., Robin-Olivier S., *Introduction au droit européen*, Thémis Droit Puf, 2008, pts. 251 et 259, p. 199 et 207.

<sup>914</sup> Il n'est pas utile à ce stade de notre raisonnement de distinguer les justifications aux restrictions à la libre circulation des marchandises fondées sur l'article 30 du Traité, de celles révélées par la Cour de justice depuis l'arrêt Cassis de Dijon.

<sup>915</sup> De manière générale, l'auteur considère que ce mécanisme est une « *application du principe de proportionnalité aux mesures nationales qui entravent les libertés de circulation* [et plus exactement découlerait] *du critère de la nécessité* ». Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 295.

<sup>916</sup> Bernel A. *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 108.

En ce sens également voir par exemple les propos d'un autre auteur qui relève que « *le contrôle de proportionnalité implique une évaluation du degré d'efficacité de la mesure, étant entendu qu'une mesure inefficace est inutile et partant disproportionnée. Ce truisme conduit à deux types de vérifications déterminantes, que l'on peut qualifier de test d'aptitude et de tests d'équivalence. [...] Une situation d'équivalence entraîne une obligation juridique de « reconnaissance mutuelle* ». Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, pp. 150 et 151.

<sup>917</sup> Voir par exemple CJCE, 6 juillet 1995, Mars, aff.C-470/93, *Rec.* 1923, pt. 15 : « *il est de jurisprudence constante que les obstacles au commerce intracommunautaire résultant de disparités des dispositions nationales doivent être acceptés dans la mesure où de telles dispositions peuvent être justifiées comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à la protection des consommateurs ou à la loyauté des transactions commerciales. Mais, pour qu'elles puissent être admises, il faut que ces dispositions soient proportionnées à l'objectif poursuivi et que cet objectif ne puisse pas être atteint par des mesures restreignant d'une manière moindre les échanges intracommunautaires* ».

pourtant déjà conforme à la réglementation d'un autre Etat membre<sup>918</sup> et qui poserait une simple obligation de prise en considération du droit étranger déjà appliqué pour juger de l'applicabilité du droit national au cas d'espèce.

Il ne nous semble néanmoins pas opportun d'attacher le principe de la reconnaissance mutuelle à un seul et unique fondement. Ces deux doctrines doivent, comme nous allons à présenter l'exposer, ne pas être opposées mais associées de façon nuancée.

#### 4. La proposition d'un double fondement

473. *A priori*, il existe une différence importante entre ces deux présentations doctrinales du principe de reconnaissance mutuelle.

Le fondement de l'article 28 du Traité conduit à analyser le principe de la reconnaissance mutuelle comme posant une **présomption presque irréfragable de non-conformité** au droit communautaire lorsqu'un Etat applique sa réglementation technique à une marchandise conforme à celle d'un autre Etat.

En revanche, le choix du principe de proportionnalité – ou de l'article 30 du Traité – comme fondement du principe ne permet pas d'identifier des **éléments de qualification** d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative prohibée par l'article 28 du traité CE. On ne saurait donc déduire du principe de la reconnaissance mutuelle que l'application cumulative des règles de droit<sup>919</sup> est nécessairement prohibée par le droit communautaire sous réserve d'exceptions d'interprétation stricte.

474. Il est cependant possible de dépasser cette opposition doctrinale relative au fondement juridique du mécanisme de la reconnaissance mutuelle en relevant que tous admettent d'une part que l'application successive de réglementations conduit le plus souvent à la qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative et d'autre part que, en tout état de cause, l'équivalence des réglementations nationales est le fondement du mécanisme de reconnaissance mutuelle.

475. En effet, il faut remarquer que les auteurs rattachant la reconnaissance mutuelle au principe de proportionnalité **ne donnent pas de critères précis de qualification** de la mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative prohibée par l'article 28 du traité

---

<sup>918</sup> Dans le cadre de ce paragraphe, nous ne distinguons pas les exceptions l'article 28 du traité d'origine textuelle de celles développées par la Cour de justice sous l'appellation « exigences impératives ». Ainsi, lorsque nous visons l'article 30 du traité CE, nous nous référons aux justifications de l'articles 30 du traité proprement dites et à celles développées par la Cour de traité au titre des exigences impératives.

<sup>919</sup> Nous définissons le champ d'application matériel de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises dans le § 2 de cette même section.

CE, mais envisagent souvent l'application cumulative des lois comme une source vraisemblable de gêne au commerce intracommunautaire prohibée au titre de l'article 28. On peut citer à titre d'exemple les propos de M. A. Bernel selon lesquels « *l'une des tâches primordiales de la Communauté réside ainsi dans la suppression des obstacles que la disparité des réglementations nationales et le cumul des mesures de contrôle opposent à l'exercice de ces libertés de circulation* »<sup>920</sup>. En effet poursuit-il, ce cumul des législations pourrait conduire à ce que les « *producteurs et les consommateurs soient privés du bénéfice des économies d'échelle qui devraient normalement aller de pair avec l'accès à un plus grand marché. L'obligation de respecter les exigences matérielles de l'Etat membre d'importation empêche en outre la création d'un espace de compétition, d'émulation créative pour des marchandises d'origine et de caractéristiques diverses* »<sup>921</sup>. Aussi la controverse doctrinale quant au fondement juridique de la reconnaissance mutuelle est-elle plutôt l'expression d'un différend terminologique qu'une opposition de fond.

476. De plus, tous les auteurs<sup>922</sup> s'accordent cette fois à dire que le fondement non pas juridique mais théorique sur lequel repose le mécanisme de la reconnaissance mutuelle est l'idée d'une équivalence des réglementations des Etats membres. Cette position doctrinale à laquelle nous nous rallions trouve principalement sa source dans une **résolution de 1985** par laquelle le Conseil a affirmé que les Etats membres forment une communauté de droit<sup>923</sup>. Le Conseil en déduit que les Etats membres poursuivraient souvent **des objectifs identiques** quand bien même les moyens choisis pour ceux-ci atteindre différeraient d'un Etat à un autre. Le Conseil indique ainsi que « *les objectifs poursuivis par les Etats membres pour la protection de la sécurité et de la santé de leurs*

<sup>920</sup> Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 18

<sup>921</sup> Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 30.

<sup>922</sup> Voir notamment en ce sens : M. P. Mercier qui rappelle que la reconnaissance mutuelle repose sur l'idée selon laquelle « *les règles nationales [...] sont supposées poursuivre mêmes objectifs de sécurité, de protection de la vie et de la santé des personnes, seuls les moyens utilisés étant différents* » Mercier P., « L'Union européenne et la circulation des marchandises » (les échanges entre les Etats membres, vol. 4), coll. *Dossiers de droit européen*, dirigée par O. Jacot-Guillarmod et P. Mercier, ed. Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 1995, p. 228 ; ou encore M. A. Racllet selon lequel en vertu de ce principe « *si [les réglementations des partenaires européens] protègent efficacement l'intérêt général invoqué, il est inutile de soumettre les situations en cause à une réglementation nationale équivalente* », Racllet A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèse, 2002, pt. 454, p. 417 ; ou encore quoique de manière indirecte, G et A. Decoq qui, à l'occasion de leur étude de la libre circulation des marchandises évoque un principe de nécessité en vertu duquel l'application de la législation de l'Etat d'exportation ne sera pas considéré comme nécessaire si elle fait double emploi avec la législation de l'Etat membre d'importation à laquelle l'opérateur économique s'est déjà soumis : « *un autre cas de méconnaissance du principe de proportionnalité est celui dans lequel la législation de l'Etat membre d'exportation suffit à satisfaire les exigences impératives en cause* » Decoq A., Decoq G., *Droit européen des affaires*, L.G.D.J. manuel, 2003, pt. 417, p. 460 ; M. Fallon qui définit en libre circulation des marchandises et en libre prestation de services la reconnaissance mutuelle comme posant une « *obligation pour l'Etat d'accueil de donner effet à une norme d'un Etat membre équivalente à une norme nationale correspondante, de manière à permettre l'accès à son marché d'un produit ou d'un service qui satisfasse aux conditions imposées par cette norme* ». Fallon M. « Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé » in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 187-221, pt. 4, p. 189.

<sup>923</sup> Voir également à ce sujet, A. Racllet, qui considère que « *l'ordre juridique communautaire vise davantage à réaliser l'équivalence des droits étatiques qu'à leur substituer des règles uniques, valables dans l'ensemble du marché commun. Dans cette optique, les dispositions du traité CE cherchent principalement à rapprocher des législations nationales dont la diversité formelle est, par ailleurs maintenues* ». Racllet A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèse, 2002, pt 55, p. 44.

*citoyens et également pour la protection des consommateurs sont en principe équivalents même si les moyens techniques pour leur mise en œuvre diffèrent* »<sup>924</sup>. En libre circulation des marchandises, la reconnaissance mutuelle repose ainsi incontestablement sur une **présomption communautaire d'équivalence des réglementations des Etats membres**<sup>925</sup>.

Aussi peut-on lire sous la plume de certains auteurs qu'il conviendrait même de retenir le terme de principe d'équivalence plutôt que celui de principe reconnaissance mutuelle qui se définirait comme « [...] un principe applicable aussi bien au commerce de marchandises qu'à la fourniture de services ou encore à l'exercice d'une activité professionnelle dans un Etat membre autre que celui d'origine. Ce principe interdit aux autorités nationales d'imposer des **exigences matérielles** ou des **mesures de contrôle dont l'effet est équivalent** à celui de l'action déjà déployée par l'Etat membre de provenance de la marchandise, de la personne ou du service concerné. Peu importe que les exigences matérielles ou le mode de vérification soient différents dans l'Etat d'origine. Il suffit qu'ils assurent la poursuite de l'objectif légitime – tel que la protection de la santé – visé par l'Etat membre de destination d'une manière aussi efficace que l'action normalement déployée dans cet Etat »<sup>926</sup>. Il a encore été affirmé que le principe de la reconnaissance mutuelle est un élément du test d'équivalence auquel les Etats membres doivent procéder pour juger de l'applicabilité de leur droit : « *Le test d'équivalence est appelé à jouer lorsque le produit fait déjà l'objet, dans l'Etat membre d'origine d'une réglementation, à laquelle il se conforme. [...] En quelque sorte, c'est l'application de la norme de l'Etat de commercialisation au produit qui est considérée comme inefficace, davantage que cette norme même. [...] En d'autres termes, une situation d'équivalence entraîne une obligation juridique de « reconnaissance mutuelle ». On peut estimer a contrario, qu'une telle obligation n'existe pas lorsque la condition d'équivalence n'est pas remplie* »<sup>927</sup>.

477. Il se dégage ainsi de ces différents courants doctrinaux trois idées maîtresses, quelles que soit les divergences subsistant dans la définition même du principe de la reconnaissance mutuelle :

---

<sup>924</sup> Conseil, résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation techniques et de normalisation, JOCE C. 136 du 4 juin 1985, p. 0001-0009, annexe 1

<sup>925</sup> Un auteur a ainsi écrit que « *le principe de la reconnaissance mutuelle [qui] implique l'acceptation par chaque Etat membre des produits légalement fabriqués dans tout autre Etat membre même si ces produits sont élaborés selon des prescriptions techniques différentes de celles imposées par la réglementation nationale existante [...] repose sur une présomption d'équivalence des réglementations nationales [...]* ». Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface M.-A. Moreau, p. 224.

Voir notamment dans le même sens : Mme ; M.-N. Jobard-Bachellier, « *il est admis que le principe de reconnaissance mutuelle doit être associé à une présomption d'équivalence des législations nationales en vigueur* ». Jobard-Bachellier M.-N., « La activités régulées : les services » in *Conflit de lois et régulation économique : l'expérience du marché intérieur* » ss. la dir. de M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut, L.D.G.J., 2008.

<sup>926</sup> Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 21.

<sup>927</sup> Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, pp. 150-151.

- premièrement, l'application successive des lois nationales est susceptible de gêner le commerce intracommunautaire et cette possibilité impose en tout état cause aux Etats de prendre en considération le droit des autres Etats membres pour juger de l'applicabilité du droit national ;
- deuxièmement, lorsqu'une équivalence entre les règles de droit national est constatée, l'application cumulative de celles-ci n'est pas conforme au droit communautaire ;
- troisièmement, au-delà d'une divergence quant à l'identification de l'article 28 ou de l'article 30 comme fondement juridique, les auteurs s'accordent à fonder le principe de la reconnaissance mutuelle sur une **notion d'équivalence** des réglementations.

**478.** Nous considérons donc que l'élément central et caractéristique du mécanisme de la reconnaissance mutuelle est, en libre circulation des marchandises, la logique d'équivalence des réglementations sur laquelle il repose et, plus précisément encore, la présomption d'équivalence entre certaines réglementations qu'il pose. Or, cette présomption d'équivalence entre réglementations nationales invite, à notre sens à définir de façon extensive la reconnaissance mutuelle et à **la rattacher tant à l'article 28 qu'à l'article 30 du Traité.**

**479.** En effet, une présomption est « *un procédé technique qui entraîne pour celui qui en bénéficie la dispense de prouver le fait inconnu, difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile d'un fait connu mais sous réserve, lorsque la présomption est réfragable, de la preuve par son adversaire, de l'inexistence du fait inconnu présumé* »<sup>928</sup>. Si les réglementations nationales sont présumées équivalentes, il va alors de soi que leur application successive sera toujours *a priori* considérée comme une gêne injustifiée aux échanges intra-communautaires. En d'autres termes, **l'application de la réglementation nationale – technique<sup>929</sup> – à une marchandise légalement commercialisée sur le territoire d'un autre Etat membre sera toujours qualifiée de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative et donc interdite au titre de l'article 28.** On peut alors affirmer avec Mme. F. Aubry-Caillaud qu'en ce qu'il pose une présomption d'équivalence, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle a pour fondement l'article 28 du Traité.

Cependant, ce premier fondement de la reconnaissance mutuelle n'exclut pas que ce mécanisme trouve également sa source dans un autre article du Traité. En effet, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ne pose qu'une présomption simple

---

<sup>928</sup> Cornu G., Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, Puf, Quadriga, 7<sup>ème</sup> éd. 2005.

<sup>929</sup> Nous précisons le champ d'application matériel de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises dans le § 2 de la présente section.

d'équivalence des réglementations. Il permet alors également **d'établir le caractère justifié de l'application d'une réglementation nationale en vertu de l'article 30 du traité** puisqu'au stade du contrôle de proportionnalité, il ouvre la faculté de renverser la présomption d'équivalence des réglementations.

En d'autres termes encore, l'équivalence entre les règles de droit, fondement du principe de la reconnaissance mutuelle, est présumée – et par voie de conséquence une application cumulative des règles de droit est prohibée au titre de l'article 28 du traité CE –, mais une telle présomption d'équivalence peut être renversée – et conduire à admettre le caractère nécessaire et proportionnée de l'application de cette mesure – conformément aux prescriptions de l'article 30 du Traité.

- 480.** Après avoir établi que la logique de l'équivalence des réglementations gouvernant le mécanisme de la reconnaissance mutuelle permettait de l'asseoir sur le double fondement des articles 28 et 30 du Traité, il convient d'évoquer brièvement l'impact que cette logique d'équivalence a sur la maîtrise par les Etats membres de l'application de leur réglementation sur leur territoire.

Il faut d'abord remarquer que la présomption d'équivalence posée par la reconnaissance mutuelle fait peser sur les Etats membres la difficile preuve de la légitimité de l'application de leur réglementation.

En effet, l'application successive de réglementations équivalentes étant prohibée par le droit communautaire et l'équivalence entre les réglementations nationales étant également présumées par le droit communautaire, lorsqu'un Etat membre souhaite appliquer successivement sa réglementation, il lui appartient de renverser cette présomption d'équivalence c'est-à-dire d'établir l'absence d'équivalence des réglementations.

En outre, l'absence d'équivalence des réglementations ne rend pas pour autant nécessairement légitime l'application successive, par l'Etat membre « d'accueil » de sa réglementation. En effet, si, dans les domaines non harmonisés, les Etats membres restent en principe libre de juger du niveau de protection qu'ils veulent assurer sur le territoire<sup>930</sup>, la Cour de justice encadre cette liberté par le principe communautaire de proportionnalité. Or, la preuve du caractère strictement nécessaire et proportionné d'une réglementation au regard de l'objectif qui lui est assigné est encore une fois difficile à établir.

En principe, les Etats membres gardent bien la maîtrise de l'application de leur réglementation sur leur territoire puisque d'une part la légitimité d'une telle application dépend de l'équivalence des réglementations et d'autre part que les Etats membres restent

---

<sup>930</sup> « Le droit communautaire dans son état actuel n'impose pas aux Etats membres d'admettre sur leur territoire des machines dangereuses dont il n'est pas établi qu'elles garantissent le même niveau de protection aux utilisateurs sur ce territoire ». CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, Rec. 419, pt. 17.



libres de juger du contenu et du niveau d'exigence de leur réglementation en l'absence d'harmonisation. Cependant, le principe communautaire de reconnaissance mutuelle rend difficilement légitime l'application successive par un Etat membre de sa réglementation sur son territoire d'une part, car il fait peser sur les Etats membres la charge de la preuve d'une absence d'équivalence et d'autre part parce que la Cour de justice ne déduit pas la légitimité de l'application du droit national de la seule absence d'équivalence des réglementations.

- 481. En conclusion**, on peut affirmer qu'en dépit de quelques divergences de présentation de ce mécanisme, il apparaît que celui-ci est fondé sur un présupposé d'équivalence entre les règles de droit national, rendant leur application successive *a priori* non conforme au droit communautaire.

Nous en déduisons que le principe de la reconnaissance mutuelle est donc fondé sur les articles 28 et 30 du Traité.

En effet, en ce qu'il pose une **présomption** selon laquelle la réglementation d'un Etat membre est inapplicable au produit conforme à la législation d'un autre Etat membre, il doit être rattaché à l'interdiction des mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'exportation prévue par l'article 28.

En ce qu'il ne pose qu'une présomption **simple** pouvant être renversée par l'Etat membre démontrant la nécessité de l'application de sa réglementation et son absence d'équivalence avec celle d'un autre Etat membre, le principe de la reconnaissance trouve son origine dans l'article 30 du traité établissant les justifications possibles aux réglementations interdites au titre de l'article 28.

En tout état de cause il résulte du mécanisme de la reconnaissance mutuelle un **principe d'application d'une loi nationale unique au sein de la Communauté mais qui connaît des exceptions**.

En revanche, la reconnaissance mutuelle impose de manière absolue aux Etats membres **de prendre en considération le droit d'un autre Etat membre déjà appliqué** pour juger de l'applicabilité de leur droit.

Ainsi, pour les opérateurs économiques, le principe de la reconnaissance mutuelle conduit à ce que le plus souvent ils ne soient soumis au respect que d'une loi unique dans **des domaines où les Etats membres considèrent leurs lois comme impératives**.

- 482.** Par ailleurs, l'idée d'équivalence qui rend **inutile et non conforme au droit communautaire l'applicabilité des lois ne contient-elle pas en elle-même une potentialité de choix de loi au profit des opérateurs économiques ?**

En effet si le droit communautaire condamne l'application –successive– des règles de droit national en raison de leur équivalence, comment justifier que la loi unique à laquelle les opérateurs devront se soumettre devrait être une loi plutôt qu'une autre ?

L'équivalence des règles de droit n'ouvre-t-elle pas intrinsèquement aux opérateurs économiques le droit de choisir la loi laquelle ils devront se soumettre ?

Afin de déterminer la portée exacte du principe de la reconnaissance mutuelle, son **domaine matériel** et ses **conditions de sa mise en œuvre doivent être étudiés**.

## **§ II. Un principe offrant de nouvelles facultés de choix de loi encore trop restreintes aux opérateurs économiques**

- 483.** Quelles sont les règles de droit qui entrent dans le champ d'application du mécanisme de la reconnaissance mutuelle ? Les opérateurs économiques peuvent-ils choisir la loi unique à laquelle ils devront se soumettre ?

Nous démonterons qu'à l'heure actuelle non seulement le champ d'application matériel de ce principe **est strictement délimité** mais en plus, que la faculté de choix de loi des opérateurs économiques est encadrée : en effet, le choix ne peut se porter que sur la loi d'un Etat membre présentant un **lien objectif** avec la situation juridique.

Ainsi qu'il sera établi d'une part, **seules les réglementations relatives aux caractéristiques requises d'un produit et aux procédures d'évaluation de la conformité, et dont l'observation est obligatoire, entrent dans le champ d'application du principe**.

D'autre part, en la matière, le principe n'ouvre une faculté de choix de loi qu'en la **faveur de la loi de l'Etat membre de commercialisation du produit ou de celle de l'Etat membre de fabrication du produit**.

- 484.** Cependant, à notre avis, au regard de la logique d'équivalence qui gouverne le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, **une telle limitation du choix de loi au profit de la loi de l'Etat membre de commercialisation du produit ou de celle de l'Etat membre de fabrication du produit est contestable et devrait être abandonnée**.

Après avoir étudié le **champ d'application matériel restreint du mécanisme de la reconnaissance mutuelle** en libre circulation de marchandises (A), nous ferons état du **caractère trop restrictif des facultés de choix de loi (B)**.

## A. Le champ d'application matériel restreint de la reconnaissance mutuelle

485. A ce stade de notre raisonnement, nous pouvons définir le principe de la reconnaissance mutuelle comme un principe en vertu duquel l'application successive de certaines lois des Etats membres n'est pas conforme au droit communautaire. Il s'agit donc d'un mécanisme qui **fait disparaître le caractère impératif de certaines lois** des Etats membres en raison de l'application préalable du droit d'un Etat membre.

L'on peut déduire de cette première définition du principe, en libre circulation des marchandises, qu'il existe ainsi deux conditions cumulatives indispensables à la mise en œuvre de ce mécanisme :

- l'**application préalable** d'une règle de droit d'un Etat membre ;
- l'**impérativité** d'une règle de droit d'un autre Etat membre.

Il s'agit donc à présent d'établir s'il est possible de déduire de ces deux éléments caractéristiques du mécanisme de la reconnaissance mutuelle son champ d'application matériel. En d'autres termes, toute règle de droit entre-t-elle nécessairement dans le domaine d'application de la reconnaissance mutuelle dès lors qu'elle est **impérative** et qu'une règle de droit de même nature **a déjà été appliquée** au sein d'un autre Etat membre ?

486. La Cour de justice a d'abord appliqué le principe de la reconnaissance mutuelle en matière de règles nationales relatives à la fabrication ou aux mesures de contrôle imposées aux marchandises<sup>931</sup>. Il s'agit par exemple d'une règle de droit national selon laquelle « *l'emploi exclusif de blé dur est prescrit pour les pâtes sèches et [en vertu de laquelle] de ce fait la vente de pâtes obtenue à partir de blé tendre ou d'un mélange de blé tendre et de blé dur est interdite* »<sup>932</sup>. Il convient donc dans un premier temps d'évoquer les domaines de principe entrant dans le champ d'application de la reconnaissance mutuelle (1.)

S'est alors posée la question de savoir si ce principe pouvait être appliqué à d'autres règles de droit national. Alors que l'exclusion de la catégorie juridique des modalités de vente<sup>933</sup> du champ d'application du droit communautaire<sup>934</sup> empêchait toute application

---

<sup>931</sup> Voir par exemple la communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon). JOCE n° C 256/2, du 03/10/1980 qui vise « *tout produit importé d'un Etat membre [...] légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication locaux et traditionnels du pays d'exportation [...]* ». (Nous soulignons)

<sup>932</sup> Communication interprétative de la Cour de justice – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 4.2.3 a) p. 8

<sup>933</sup> Relève par exemple de cette catégorie, une réglementation d'un Etat membre relative à la détermination des périodes légales de soldes sur son territoire.

du mécanisme en la matière, on a pu s'interroger sur son **impact sur les règles de droit privé en général**. Il convient donc dans un second temps de faire état des domaines exclus ou incertains (2.)

## 1. Les domaines de principe

487. Quelles que soient les nuances terminologiques rencontrées, il se dégage des écrits de la doctrine, de ceux des institutions communautaires et de la Cour de justice que la reconnaissance mutuelle s'applique à toutes réglementations **relatives au produit lui-même**, c'est-à-dire les règles concernant<sup>935</sup> :

- sa composition ;
- sa présentation ;
- les procédures de contrôle dont il a pu faire l'objet.

On peut citer à titre d'exemple la Commission<sup>936</sup> qui écrit, « *en vertu du principe [de la reconnaissance mutuelle], un État membre de destination ne saurait interdire la vente sur son territoire d'un produit [...], même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits. [...]* »<sup>937</sup> et indique ainsi que le principe s'appliquerait aux réglementations nationales répondant à la qualification de **prescriptions techniques ou qualitatives**. Selon un auteur, le principe « *de la reconnaissance mutuelle [s'appliquerait aux] règles de procédures équivalentes concernant la fabrication, le contrôle et la certification des produits* »<sup>938</sup>. Selon un autre auteur, il se décomposerait en deux éléments : l'interdiction, d'une part, de « *la mise en œuvre des exigences matérielles et [d'autre part] des mesures de contrôle de l'Etat membre d'accueil lorsqu'elles font double emploi avec celles imposées par l'Etat membre d'origine de la marchandise [...]* »<sup>939</sup>.

---

<sup>934</sup> Au regard de la jurisprudence Keck et Mithouard ainsi que nous l'expliquerons.

<sup>935</sup> Pour une vision beaucoup plus large du champ d'application matériel voir la thèse de Mme F. Aubry-Cailaud qui relève que « *le principe de reconnaissance mutuelle s'applique aux réglementations nationales qui tombent sous le coup de l'article 30* ». Aubry-Cailaud, F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pedonne, Paris, 1998, ss. la dir. de J-C. Gautron (thèse soutenue en 1996 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), p. 18

<sup>936</sup> Voir encore en ce sens d'autres propos de la Commission selon lesquels entrent dans champ d'application du principe toutes les réglementations nationales, « *définissant les caractéristiques requises d'un produit, telles que sa composition (son niveau de qualité ou de propriété d'emploi, ses performances, sa sécurité, ses dimensions, son marquage, ses symboles), sa présentation (sa dénomination de vente, son emballage, son étiquetage) ou les essais et les méthodes d'essai dans le cadre des procédures d'évaluation de la conformité, et dont l'observation est obligatoire, de jure ou de facto, pour la commercialisation ou l'utilisation dans l'Etat membre de destination* ». Communication interprétative de la Commission – « *faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle* ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 1. 2., p. 3

<sup>937</sup> ... *La seule exception à ce principe sont les restrictions imposées par l'État membre de destination, à condition que celles-ci soient justifiées pour des motifs cités à l'article 30 du traité CE, ou sur la base des exigences impératives d'intérêt général reconnues par la jurisprudence de la Cour de justice*. Communication interprétative de la Commission C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 1. 2., p. 3. (Nous soulignons).

<sup>938</sup> Mattera A., « *L'élimination des barrières techniques et la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle* », *R.M.C.*, 1990, pp. 80-92, p. 88

<sup>939</sup> Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 295

488. Il convient donc d'illustrer de manière concrète à l'aide de trois arrêts de la Cour ces trois différents domaines d'application de la reconnaissance mutuelle.

**a) Réglementation relative à la composition du produit :** affaire « Homologation des machines à travailler le bois » du 28 janvier 1986<sup>940</sup>.

489. Cette affaire, bien qu'ancienne, mérite qu'on y revienne car la Cour de justice y explique de manière particulièrement claire le concept d'équivalence inhérent au principe de la reconnaissance mutuelles.

En l'espèce, la Commission contestait la conformité au droit communautaire d'une réglementation française relative aux caractéristiques techniques que doivent présenter des machines à travailler le bois pour pouvoir être légalement commercialisées sur le territoire français. A la source de cette contestation de la Commission se trouvait un refus des autorités administratives françaises d'autoriser la commercialisation en l'état de certaines de ces machines allemandes sur le territoire français<sup>941</sup>. La Commission avait ainsi introduit « *un recours visant à faire reconnaître qu'en imposant aux fabricants et importateurs certaines règles sur la sécurité des machines et appareils utilisés pour le travail du bois, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 30 du traité CEE* »<sup>942</sup>.

490. Si les différentes réglementations nationales en cause poursuivaient un objectif similaire –la sécurité de l'utilisateur– les moyens utilisés pour atteindre cet objectif divergeait.

En effet, pour atteindre cet objectif, la réglementation française prévoyait que les machines devaient être construites de telle façon que l'utilisateur n'ait que peu de manipulations à effectuer sur la machine. En Allemagne en revanche, la réglementation imposait une formation accrue et continue des utilisateurs, de sorte que les machines elles mêmes ne devaient pas nécessairement être fortement automatisées pour assurer la protection de l'utilisateur.

491. La Commission s'est alors appuyée sur le principe de la reconnaissance mutuelle pour contester l'application de la réglementation française aux machines allemandes en

---

<sup>940</sup> CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Rec.* 419.

<sup>941</sup> Ainsi, la « *commission constate que, tout au moins dans certains cas, les machines construites selon les prescriptions légales d'autres Etats membres, et offrant au moins les mêmes garanties de sécurité, ne peuvent pas être offertes sur le marché français* » CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Rec.* 419, pt. 11

<sup>942</sup> CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Rec.* 419, pt. 1

affirmant que « *les articles 30 et 36 du traité exigent que les Etats membres ou bien tiennent compte de ces conceptions différentes dans leur réglementation nationale, **ou bien n'appliquent leur réglementation qu'aux machines fabriquées sur leur territoire sans empêcher l'importation des machines qui correspondent à des conceptions différentes, mais dont il est prouvé qu'elles possèdent le même niveau de sécurité et qu'elles n'entraînent pas plus d'accidents que les appareils conformes à la réglementation nationale*** »<sup>943</sup>.

Dans cette affaire, la Cour de justice étudie la conformité de la réglementation française au droit communautaire en dissociant l'article 28 de l'article 30 tout en s'appuyant sur le principe de la reconnaissance mutuelle à chaque étape de son raisonnement.

**Elle déduit ainsi d'abord de manière lapidaire, l'applicabilité du droit communautaire à la réglementation française de ce que celle-ci interdit, sur son territoire, la commercialisation en l'état d'une machine légalement commercialisée dans un autre Etat membre**, pour s'attacher plus longuement à l'étude des justifications de la réglementation française. Elle affirme que, « *une telle réglementation ne peut échapper au **champ d'application** des articles 30 et suivants du traité si elle entrave, comme en l'espèce, directement et actuellement l'importation des machines qui se trouvent **légalement en libre circulation** dans un autre Etat membre* »<sup>944</sup>.

Puis, la Cour étudie les possibilités de justifications de la réglementation en rappelant qu'une réglementation nationale bien que gênant la libre circulation peut néanmoins être conforme au droit communautaire si elle poursuit un objectif considéré en droit communautaire comme légitime (en l'espèce la sécurité des utilisateurs) et si la règle est proportionnée à l'objectif poursuivi. Selon la Cour, si les Etats membres sont libres de déterminer le niveau de protection qu'ils souhaitent assurer sur leur territoire, ils doivent néanmoins, en vertu du principe de proportionnalité, appliquer le mécanisme de la reconnaissance mutuelle en tenant compte de la possible **équivalence** entre les différents droits nationaux : « *selon une jurisprudence constante, **il résulte cependant de l'article 36** qu'une telle réglementation nationale n'est compatible avec le traité que dans la mesure où elle est nécessaire aux fins d'une protection efficace de la santé et de la vie des personnes. Bien qu'il appartienne aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer ladite protection, celle-ci ne doit constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres* »<sup>945</sup>. « *En outre, il n'est pas en droit d'empêcher la commercialisation d'un produit provenant d'un autre Etat membre **qui équivaut, quant au niveau de protection de la santé et de la vie des personnes, à celui que la réglementation nationale entend assurer ou établir. Il serait dès lors contraire au principe de proportionnalité qu'une réglementation nationale exige que lesdits produits importés doivent satisfaire littéralement et exactement aux mêmes dispositions ou caractéristiques techniques***

---

<sup>943</sup> CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, Rec. 419, pt. 10.

<sup>944</sup> CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, Rec. 419, pt. 14.

<sup>945</sup> CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, Rec. 419, pt. 15.

*prescrites pour les produits fabriqués dans l'Etat membre en cause, alors que ces produits importés garantissent le même niveau de protection pour les utilisateurs »<sup>946</sup>.*

492. En, l'occurrence, la Cour de justice a constaté l'absence d'équivalence entre les législations<sup>947</sup> et donc, la conformité au droit communautaire de la mise en œuvre de la règle française : bien que les réglementations poursuivent le même objectif, et bien qu'elles permettent chacune sur le territoire des Etats membres dont elles émanent, de garantir efficacement la sécurité des utilisateurs<sup>948</sup>, elles ne sont, selon la Cour de justice, pas équivalentes. En effet, la commercialisation des machines conformes à la réglementation allemande sur le territoire français ne peut pas être assimilée à la commercialisation des machines conformes à la réglementation allemande sur le territoire allemand : la logique de formation des utilisateurs n'existant pas sur le territoire français, la commercialisation de machines conformes à la réglementation allemande ne permettrait pas de protéger efficacement les utilisateurs en France<sup>949</sup>.

En d'autres termes, les réglementations allemandes et françaises ne sont donc pas, en l'espèce, **interchangeables**. La Cour affirme ici que l'équivalence des règles de droit ne doit pas être déduite de l'effet que produit chacune de ces règles sur le territoire de l'Etat dont elle émane, mais bien de l'effet que pourrait produire la commercialisation de marchandises conformes à une réglementation d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre. Il faut se réjouir de cette approche concrète de la notion d'équivalence qui atteste de ce que la Cour de justice ne tend en l'espèce qu'à lutter contre l'application successive de réglementations **faisant double emploi et non à imposer par principe l'application d'une loi unique en la matière**.

#### **b) Réglementation relative à la présentation de la marchandise : CJCE 12 septembre 2000<sup>950</sup>**

493. L'arrêt illustrant l'hypothèse d'une réglementation relative à la présentation d'une marchandise présente également l'intérêt de mettre en lumière les difficultés que soulève

---

<sup>946</sup> CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Rec.* 419, pt. 16.

<sup>947</sup> « Dans ces circonstances, il n'est pas établi que les machines circulant librement dans les autres Etats membres garantissent le même niveau de protection aux utilisateurs ». CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Rec.* 419, pt. 22.

<sup>948</sup> La Cour remarque que « quant à l'observation de la commission selon laquelle il est statistiquement prouvé que les machines fabriquées conformément aux conceptions d'autres Etats membres n'entraînent pas plus d'accidents que les machines obéissant à la réglementation française, il convient de relever que de telles statistiques ne sont pas de nature à elles seules à établir que ces autres conceptions de la sécurité garantissent aussi le même niveau de protection que la conception française ». CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Rec.* 419, pt. 21.

<sup>949</sup> Selon la Cour de justice le recours au seul critère des statistiques d'accidents dans les Etats membre pour apprécier de l'équivalence des législations ne serait pas approprié : « la seule référence aux statistiques ne tient en effet pas compte d'autres éléments, comme une formation approfondie des utilisateurs, qui rendent les situations non comparables quant à l'évaluation du niveau de protection de la santé et de la vie des personnes ». CJCE 28 janvier 1986, aff. 188/84, *Rec.* 419, pt. 21.

<sup>950</sup> CJCE 12 septembre 2000, 366/98, *Rec.* I 6579.

l'appréciation de l'équivalence pour le juge et les risques qu'une telle notion engendre pour la préservation d'une certaine diversité juridique au sein de la Communauté.

494. Les faits à l'origine du litige étaient les suivants : un hypermarché français avait fait l'objet d'un contrôle des fonctionnaires français de la direction de la concurrence. Ceux-ci avaient condamné l'hypermarché pour violation de la réglementation française relative aux fraudes et falsification en matière de produits ou de services en ce qui concerne l'étiquetage et la présentation denrées alimentaires. La réglementation française en cause disposait notamment que « *l'étiquetage et les modalités selon lesquelles [le produit] est réalisé ne doivent pas être de nature à créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur ou du consommateur [...]* ». L'hypermarché exposait des publicités présentant des marques d'alcools étrangers sous l'appellation cidre, alors que selon les fonctionnaires français de la direction de la concurrence, ces produits ne présentaient pas les caractéristiques requises pour bénéficier d'une telle appellation. Dans le cadre d'une procédure de renvoi préjudiciel, les juridictions françaises ont interrogé la Cour de justice afin de savoir si la réglementation française, telle qu'elle était appliquée par les fonctionnaires français de la direction de la concurrence, était conforme au droit communautaire de la libre circulation des marchandises en général, et au principe de la reconnaissance mutuelle en particulier.

495. Dans cet arrêt, pour répondre à cette question préjudicielle, la Cour de justice n'a pas dissocié l'étude de l'article 28 du traité CE de celle de l'article 30 Traité. Elle s'est en effet contentée de faire une référence générale mais implicite au mécanisme de la reconnaissance mutuelle en visant les marchandises « *fabriquées et commercialisées légalement dans un autre Etat membre* ». Ainsi la Cour a-t-elle affirmé que « *[...] le fait que la composition de boissons alcoolisées à base de pommes, **fabriquées et commercialisées légalement dans un autre Etat membre** sous la dénomination « cidre » ne soit pas conforme aux exigences de la réglementation d'un autre Etat membre n'est pas suffisant en soi **pour interdire la commercialisation** dans ce dernier Etat membre sous la dénomination « cidre » au motif que l'utilisation de cette dénomination serait de nature induire le consommateur en erreur dans cet Etat (foie gras 22 octobre 1998, Commission/France, C184/96, Rec. 6197, pt. 24)* »<sup>951</sup>.

496. Il découle deux conséquences de ce présupposé d'équivalence.

D'une part, dès lors qu'un produit bénéficie légalement d'une dénomination en vertu de la réglementation d'un Etat membre, il pèse une présomption selon laquelle ce produit

---

<sup>951</sup> CJCE 12 septembre 2000, 366/98, Rec. I 6579, pt. 21.



pourrait légitimement se prévaloir de cette appellation et donc indirectement de cette réglementation dans tous les autres Etats membres<sup>952</sup>.

D'autre part, si un Etat souhaite cependant interdire la commercialisation de ce produit sous cette appellation –ou en d'autres termes, si un Etat souhaite cependant imposer l'application de sa réglementation– le droit communautaire l'y autorise à condition de pouvoir prouver que sa réglementation poursuit un but légitime et qu'elle est proportionnée. En effet, « *la Cour n'a cependant pas exclu la possibilité pour les Etats membres d'exiger des intéressés de modifier la dénomination d'une denrée alimentaire [...]* »<sup>953</sup>.

En espèce, le but de la réglementation française est de lutter contre le « *caractère éventuellement trompeur d'une dénomination de vente [...]* »<sup>954</sup> afin de protéger le consommateur. La protection du consommateur est un but considéré en droit communautaire comme légitime<sup>955</sup>. Le principe de proportionnalité conduit ensuite à s'interroger sur la nécessité d'une interdiction de commercialiser sous l'appellation cidre une marchandise légalement commercialisée comme telle dans un autre Etat membre pour assurer la protection du consommateur contre le « *caractère éventuellement trompeur d'une dénomination de vente [...]* »<sup>956</sup>.

497. Le principe de la reconnaissance mutuelle fournit alors le critère permettant de juger du caractère nécessaire de la mise en œuvre de la règle de droit : « *la Cour n'a cependant pas exclu la possibilité pour les Etats membres d'exiger des intéressés de modifier la dénomination d'une denrée alimentaire lorsqu'un produit présenté sous une certaine domination est **tellement différent**, du point de vue de sa composition ou de sa fabrication, des marchandises généralement connues sous cette même dénomination au sein de la Communauté qu'**il ne saurait être considéré comme relevant de la même catégorie*** »<sup>957</sup>. Il s'agit donc d'apprécier le **degré de similitudes existant entre les règles de droit relatives aux conditions auxquels doivent répondre des produits pour bénéficier d'une dénomination, afin de juger de leur équivalence**. Cela revient à se

---

<sup>952</sup> « [...] le fait que la composition de boissons alcoolisées [...], fabriquées et commercialisées légalement dans un autre Etat membre [...] ne soit pas conforme aux exigences de la réglementation d'un autre Etat membre n'est pas suffisant en soi pour interdire la commercialisation dans ce dernier Etat membre [...] » CJCE 12 septembre 2000, 366/98, Rec. I 6579, pt. 21.

<sup>953</sup> CJCE 12 septembre 2000, 366/98, Rec. I 6579, pt. 22.

<sup>954</sup> CJCE 12 septembre 2000, 366/98, Rec. I 6579, pt. 18, conformément d'ailleurs à une directive (79/112/CEE) relative à l'étiquetage et à la présentation des denrées alimentaires prévoyant que « *l'étiquetage et les modalités selon lesquelles il est réalisé ne doivent pas être de nature à induire l'acheteur en erreur [...]* ».

<sup>955</sup> Voir par exemple, l'arrêt cassis de Dijon à l'occasion duquel la Cour a admis la conformité au droit communautaire de lois visant à la protection du consommateur : « *Ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment [...] à la défense des consommateurs* » CJCE 20 février 1979, 120/78, Rec. 649, pt. 8. Ainsi que le souligne A. Mattera, c'est d'ailleurs cet arrêt « *qui a élevé au rang d'exigence impérative digne d'être protégé au niveau communautaire la protection des consommateurs alors qu'aucune disposition du traité CEE ne vise expressément une telle exigence. Quelques années plus tard, l'Acte unique européen et le traité de Maastricht reprendront à leur compte cet acquis jurisprudentiel et consacreront, dans des dispositions spécifiques, le caractère impératif d'une telle exigence* ». Mattera A., « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon, et le principe de reconnaissance mutuelle », *R.M.U.E.*, 1992, n°4, pp. 13-71, p. 37.

<sup>956</sup> CJCE 12 septembre 2000, 366/98, Rec. I 6579, pt. 18.

<sup>957</sup> CJCE 12 septembre 2000, 366/98, Rec. I 6579, pt. 22.

demander si la réglementation du pays d'origine ne permet pas d'atteindre les objectifs poursuivis par la réglementation divergente du pays d'accueil. De manière concrète, il s'agit donc de **comparer les règles nationales présence**<sup>958</sup>.

A cet égard, la Cour rappelle « *que, en principe, il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre des répartitions des compétences entre les juridictions communautaire et nationales, de statuer sur la question de savoir si l'étiquetage de certains produits est de nature à induire l'acheteur ou les consommateurs en erreur ou trancher la question du caractère éventuellement trompeur d'une dénomination de vente. Cette tâche revient à la juridiction nationale, même s'il s'agit de dispositions en substance identiques à des dispositions du droit communautaire* »<sup>959</sup>. Concrètement le principe de la reconnaissance mutuelle conduit à mettre à la charge du juge l'épineuse tâche de juger de **ce qui caractérise le cidre** afin de pouvoir distinguer les divergences **sans importances de celles fondamentales** entre deux législations. De l'importance de ces divergences apparaîtra le caractère –ou non– équivalent des règles de droit nationales divergentes.

La Cour de justice livre cependant quelques pistes pour permettre au juge de trancher cette délicate question...

La Cour rappelle une fois encore que **l'idée motrice du principe de la reconnaissance mutuelle est que la divergence n'exclut pas l'équivalence** et que par voie de conséquence pour établir l'absence d'équivalence des règles de droit national, le juge national ne saurait se borner à constater l'existence de divergences entre celles-ci. Il faudrait plutôt, selon la Cour de justice, rechercher si « [...] produit présenté sous une certaine domination est **tellement différent, du point de vue de sa composition ou de sa fabrication, des marchandises généralement connues sous cette même dénomination au sein de la Communauté** qu'il ne saurait être considéré comme relevant de la même catégorie »<sup>960</sup>. En d'autres termes, le juge national devrait donc se référer à ce qui est généralement admis sous cette dénomination au sein des différents Etats membres pour savoir ce qui caractérise un produit. **Les caractéristiques communes à la majorité des Etats membres** seront ainsi considérées comme fondamentales, tandis que celles n'existant que dans certaines législations nationales ne permettront pas de caractériser un produit. La logique de l'équivalence qui conduit ici à rechercher non pas les différences entre les réglementations mais bien plutôt leurs similitudes apparaît ici préjudiciable à la diversité juridique au sein de la Communauté. L'application d'une réglementation se singularisant par rapport à celle majoritairement en vigueur dans les autres Etats membres semble difficilement légitime pour la Cour de justice.

---

<sup>958</sup> L'adjectif « équivalent » est défini comme suit : « *se dit de quelque chose qui est égal ou comparable à quelque chose d'autre, qui a la même valeur, la même quantité ou à peu près les mêmes qualités, les mêmes propriétés* ». *Grand Larousse universel*, 1995.

<sup>959</sup> CJCE 12 septembre 2000, 366/98, *Rec. I* 6579, pt. 18.

<sup>960</sup> CJCE 12 septembre 2000, 366/98, *Rec. I* 6579, pt. 22.

**c) Réglementations relatives aux procédures de contrôle**, affaire « Canal Satellites Digital »<sup>961</sup>, CJCE 22 janvier 2002<sup>962</sup>

498. L'arrêt « Canal Satellite Digital »<sup>963</sup> devant nous permettre d'illustrer la notion de réglementation relative à une procédure de contrôle portait sur une réglementation espagnole transposant une directive communautaire. En dépit de l'existence de droit dérivé, l'arrêt mérite d'être ici évoqué car la Cour y déroule son raisonnement en s'appuyant très clairement sur la notion de reconnaissance mutuelle telle qu'elle se dégage plus généralement de sa jurisprudence.

Les faits à l'origine du litige étaient les suivants : une entreprise Canal Satellite Digital offre des services d'accès conditionnel de transmission numérique de signaux de télévision par satellite et de réception de messages télévisés. Cette entreprise vend également les appareils de décodages nécessaires à ces opérations en Espagne. Ces décodeurs ont été légalement fabriqués et commercialisés en Belgique et au Royaume-Uni.

Cependant, un enregistrement au registre espagnol prévu à cet effet est une condition préalable à toute commercialisation de tels décodeurs sur le territoire espagnol. La réglementation espagnole est la transposition de la directive d'harmonisation minimale 95/47/CE. L'objet de cette inscription préalable est de garantir une bonne « *information et la protection des consommateurs, en tant qu'utilisateurs de produits ou destinataires de services* »<sup>964</sup>. Il s'agit plus concrètement de protéger le consommateur « *par la préservation de la concurrence [ce qui, selon l'avocat général] constitue bien un intérêt d'ordre général* »<sup>965</sup>. Ce registre est tenu par la Commission du marché des télécommunications. Les opérateurs économiques doivent y communiquer des informations telles que par exemple, le nom de société, l'adresse et le matricule social, le type et le modèle des appareils commercialisés.

L'objet de cette inscription qui n'est pas automatique mais subordonnée à une **décision administrative préalable**, est d'attester que l'opérateur économique a effectivement obtenu du ministère de travaux public un rapport technique établissant que les conditions techniques imposées par le décret loi 1/1997 (transposition en droit espagnol de la directive 95/47/CE) sont bien respectées. Ainsi, « *les dispositions espagnoles exigent manifestement l'obtention préalable d'un avis ou rapport technique établi par les autorités nationales, et ce indistinctement pour tous les décodeurs d'origine communautaire* »<sup>966</sup>. Au regard du principe de la reconnaissance mutuelle, la conformité au droit communautaire de cette obligation espagnole de procéder en tout état de cause à

---

<sup>961</sup> CJCE 22 janvier 2002, 390/99, *Rec.* 607.

<sup>962</sup> CJCE 22 janvier 2002, 390/99, *Rec.* 607.

<sup>963</sup> CJCE 22 janvier 2002, 390/99, *Rec.* 607.

<sup>964</sup> CJCE 22 janvier 2002, 390/99, *Rec.* 607, pt. 34.

<sup>965</sup> Conclusions de l'avocat général Mme Stix-Hackl, CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, *Rec.* 607, pt. 48.

<sup>966</sup> Conclusions de l'avocat général Mme Stix-Hackl, CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, *Rec.* 607, pt. 56.

un contrôle technique en Espagne en vue de la commercialisation des décodeurs en Espagne paraissait très discutable.

En effet, si la directive, transposée en droit espagnol, impose des mesures nationales de contrôle afin de vérifier si les décodeurs répondent à certaines exigences techniques, il y a alors « *lieu de tenir pour acquis qu'il existe dans chaque Etat membre des réglementations visant à transposer la directive 95/47 et que en conséquence, les décodeurs qui y sont produits ou sont commercialisés sont soumis à des formalités correspondantes* »<sup>967</sup>.

499. Dans cet arrêt, la Cour de justice ne se prononce pas de manière concrète sur la conformité au droit communautaire de sa réglementation espagnole. En revanche, elle indique aux juridictions espagnoles les lignes directrices à suivre pour trancher cette question.

Elle rappelle à cette occasion que, « *il ressort d'une jurisprudence bien établie qu'un produit légalement commercialisé dans un Etat membre doit en principe pouvoir être commercialisé dans tout autre Etat membre, sans être soumis des contrôles supplémentaires, sous réserve des exceptions prévues ou admise par le droit communautaire* »<sup>968</sup>. Si tel n'est pas le cas, la réglementation nationale « *doit poursuivre un motif d'intérêt général reconnu en droit communautaire et respecter le principe de proportionnalité, c'est-à-dire être propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint* »<sup>969</sup>.

La Cour de justice précise également que « *pour apprécier le respect du principe proportionnalité par une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, juridiction de renvoi doit notamment prendre en compte les considérations suivantes : [...] une mesure instituée par un Etat membre qui en substance, fait double emploi avec des contrôles qui ont déjà été effectués dans le cadre d'autres procédures, soit dans ce même Etat, soit dans un autre Etat membre, ne saurait être considérée comme nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi* »<sup>970</sup>. Dès lors, l'impérativité générale des mesures de contrôle nationales relatives aux exigences techniques imposées par la réglementation espagnole semble, au regard de la directive d'harmonisation minimal, disproportionnée par rapport à l'objectif recherché.

En effet le caractère absolument impératif de ce contrôle risque de générer des situations « *de double contrôles* »<sup>971</sup> injustifiés et incompatibles avec le droit communautaire.

---

<sup>967</sup> Conclusions de l'avocat général Mme Stix-Hackl, CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, Rec. 607, pt. 56.

<sup>968</sup> CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, Rec. 607, pt. 37.

<sup>969</sup> CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, Rec. 607, pt. 43.

<sup>970</sup> CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, Rec. 607, pt. 43.

<sup>971</sup> Conclusions de l'avocat général Mme Stix-Hackl, CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, Rec. 607, pt. 57.

**500. En conclusion**, il apparaît que les règles de droit entrant dans le champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle sont les règles de droit relatives :

- à la composition ou la présentation du **produit** ou encore ;
- aux **procédures de contrôle** auxquelles ce dernier est soumis.

De manière plus précise, le principe de la reconnaissance s'applique, en raison du caractère **impératif** d'une règle de droit **ayant un tel objet** alors qu'un opérateur économique a **déjà dû se soumettre** au respect d'une règle de droit d'un autre Etat membre ayant le même objet.

Dès lors, la question se pose de savoir, si seules ces types de règles entrent dans le champ d'application de ce principe ou si, de manière plus générale, toute règle de droit qui serait impérative et qui aurait le même objet qu'une autre règle de droit d'un autre Etat membre à laquelle l'opérateur économique se serait déjà soumis, entre également dans le champ d'application du principe la reconnaissance mutuelle.

## **2. Les domaines exclus ou incertains**

**501.** La nature même du principe de la reconnaissance mutuelle limite son champ d'application matériel. Elément du régime des libertés de circulation, il ne peut logiquement s'appliquer qu'aux **réglementations nationales entrant dans le champ d'application du droit communautaire**. Certains ont cru pouvoir en déduire que toutes les réglementations entrant dans le champ d'application de la libre circulation des marchandises entreraient également dans le domaine matériel de reconnaissance mutuelle. En ce sens par exemple, Mme F. Aubry-Caillaud, relève de manière générale que « *le principe de reconnaissance mutuelle s'applique aux réglementations nationales qui tombent sous le coup de l'article 30* »<sup>972</sup>.

Un tel postulat est tout à fait inexact. En effet, mécanisme de lutte contre l'application successive et cumulative de réglementations équivalentes, la reconnaissance mutuelle n'appréhende que les seules réglementations nationales dont le champ d'application se recoupe effectivement.

Aussi, après avoir rappelé que **les réglementations relatives aux modalités de vente** sont nécessairement exclues du champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle (2.1.), nous démontrerons qu'il faut convenir également d'en exclure **la matière contractuelle** (2.2.).

---

<sup>972</sup> Aubry-Caillaud F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pedonne, Paris, 1998, ss. la dir. de J-C. Gautron (thèse soutenue en 1996 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), p. 18

## 2.1. L'exclusion des modalités de vente

502. Par un arrêt Keck et Mithouard du 24 novembre 1993 relatif à une réglementation française prohibant la revente à perte, la Cour de justice a isolé une catégorie juridique n'entrant pas dans le champ d'application des articles 28 et 30 du traité, à savoir les « modalités de vente »<sup>973</sup>. Dans cet arrêt la Cour affirme ainsi que « *n'est pas apte à entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce entre les États membres, au sens de la jurisprudence Dassonville (arrêt du 11 juillet 1974, 8/74, Rec. p. 837), l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* »<sup>974</sup>. Bien qu'excluant du champ d'application de l'article 28 du Traité la catégorie « modalité de vente », la Cour de justice, dans cet arrêt, n'en donne qu'une définition *a contrario*. Elle oppose ainsi les modalités de vente aux réglementations « [...] relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement) [...] »<sup>975</sup>.

Les relatives incertitudes quant à la définition de la notion dont il a d'ores et déjà été fait état<sup>976</sup> n'empêchent cependant pas d'affirmer que, par principe, ces réglementations exclues de domaine d'application de l'article 28 Traité doivent également l'être du champ d'application de la reconnaissance mutuelle<sup>977</sup>. En effet, en dépit de l'existence d'une certaine incertitude quant au fondement précis du principe de la reconnaissance mutuelle (article 28 ou 30 du traité), il est évident que celui-ci ne peut s'appliquer qu'aux règles de droit des États membres entrant dans le champ d'application Traité<sup>978</sup>.

---

<sup>973</sup> Selon la Cour de justice ces modalités de vente ne seraient donc pas susceptibles d'être qualifiées de mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative sous réserve de la démonstration de leur caractère discriminatoire.

<sup>974</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff.C-267/91 et C-268/91, Rec. I.16097, point 16.

<sup>975</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff.C-267/91 et C-268/91, Rec. I.16097, point 15.

<sup>976</sup> Voir nos développements relatifs au champ d'application matériel des libertés de circulation (première partie, Titre I., Chapitre II, Section I, §2, B., 2. « L'exclusion des réglementations relatives aux modalités de vente »).

<sup>977</sup> Voir justement l'application du principe de la reconnaissance mutuelle à de telles réglementations antérieurement à la jurisprudence Keck et Mithouard, CJCE 7 mars 1990, GB-INNO-BM, 362/88, Rec. 667, pt. 21 : « *Il convient donc de répondre à la question posée que les articles 30 et 36 du traité CEE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que soit appliquée à une action publicitaire qui a été légalement diffusée dans un autre État membre une réglementation nationale comportant une interdiction d'indiquer, dans la publicité commerciale relative à une offre spéciale d'achat, la durée de l'offre et l'ancien prix* ».

<sup>978</sup> En ce sens Mme. F. Aubry-Cailaud, relève que « *le principe de reconnaissance mutuelle s'applique aux réglementations nationales qui tombent sous le coup de l'article 30* ». Aubry-Cailaud F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pédome, Paris, 1998, ss. la dir. de J-C. Gautron (thèse soutenue en 1996 à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), p. 18

Ainsi, tandis que « *constituent des mesures d'effet équivalent, interdites par l'article 30, les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations, de l'application à des marchandises en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement), même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits, dès lors que cette application ne peut être justifiée par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises* »<sup>979</sup>, les règles qualifiées de modalité de vente n'entrent pour leur part pas dans le champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle.

**503.** Cette position de la Cour de justice est également expressément réaffirmée par la Commission, qui exclut les modalités de vente du champ d'application de sa communication interprétative intitulée « Faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle » du 4 novembre 2003 »<sup>980</sup> : en effet, la communication « *aborde principalement l'influence des règles techniques nationales sur l'accès de certains produits au marché d'un autre État membre. Par conséquent, cette communication ne vise pas: [...] les modalités de vente des produits instituées par des mesures publiques imputables à l'État membre de destination, notamment les restrictions réglementaires aux horaires et lieux de vente, aux promotions de vente, aux réglementations nationales de prix, etc.* »<sup>981</sup> ; ainsi que par le règlement n°764/2008 du 9 juillet 2008 qui, prénotant appui sur le principe de la reconnaissance mutuelle tel qu'il résulte de la jurisprudence, ne s'applique qu'à « *certaines règles techniques nationales* »<sup>982</sup>. De cette jurisprudence relative aux modalités de vente, il résulte clairement que le principe de la reconnaissance mutuelle **n'appréhende pas toute règle de droit impérative qui s'appliquerait sur le territoire d'un Etat membre alors que l'opérateur économique aurait déjà respecté la loi de même nature d'un autre Etat membre.**

**504.** Au-delà des réglementations que la Cour de justice exclut explicitement du champ d'application du droit communautaire, il nous appartient d'identifier les règles de droit, qui **quand bien même elles entreraient dans le champ d'application du traité CE**, ne seraient pas susceptibles d'être soumises au respect du principe de la reconnaissance mutuelle. Nous nous attachons plus précisément aux règles de droit applicables en

---

<sup>979</sup> CJCE, 24 novembre 1993, Keck et Mithouard, aff.C-267/91 et C-268/91, Rec.I.16097, pt. 15

<sup>980</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 1. 2., p. 3

<sup>981</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02).

<sup>982</sup> Règlement N°764/2008 du parlement européen et du conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre Etat membre et abrogeant la décision n° 3052/95/CE.

matière contractuelle, que l'on ne saurait exclure de manière ferme du champ d'application du droit communautaire primaire en l'absence d'une décision de la Cour de justice en ce sens<sup>983</sup>.

## 2.2. La matière contractuelle

**505.** Les réglementations nationales régissant la matière contractuelle entrent-elles dans le champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle tel qu'il s'applique en libre circulation des marchandises ? En l'absence d'une jurisprudence claire de la Cour de justice à cet égard, il convient de trancher cette question en recherchant ce qui caractérise les réglementations que la Cour de justice condamne sans aucun doute au titre de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises. Il nous sera permis d'en déduire, les éléments que devraient présenter une réglementation nationale pour être appréhendée par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle et de juger par là même de la faculté des réglementations relatives à la matière contractuelle à être sanctionnées au titre de la reconnaissance mutuelle. En d'autres termes, l'analyse des règles de droit entrant de manière certaine dans le champ d'application matériel du traité, nous permet de déterminer *a contrario* le type de règles de droit qui en sont nécessairement exclues.

**506.** Il découle de la jurisprudence *Cassis de Dijon* et *Keck et Mithouard* qu'entrent de manière indiscutable dans le champ d'application du principe la reconnaissance mutuelle les « règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises (telles que celles qui concernent leur dénomination, leur forme, leurs dimensions, leur poids, leur composition, leur présentation, leur étiquetage, leur conditionnement) [...] »<sup>984</sup>, dès lors que le produit a déjà été soumis à une règle de droit ayant même objet dans un autre Etat membre. Ainsi que nous l'avons exposé, la raison en est que l'application successive – c'est-à-dire l'une après l'autre, s'échelonnant dans le temps – et néanmoins cumulative – en ce sens qu'elles s'appliquent à un même objet – de telles règles de droit aux marchandises commercialisées dans différents Etats membres serait inutile au regard de leur équivalence présumée.

Il se dégage de ce constat que l'objet des règles de droit appréhendées par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle **est la marchandise elle-même**, qui au regard de sa **mobilité** va être commercialisée dans différents Etats membres et ainsi être soumise **successivement à de multiples** règles de droit ayant toutes pour objet de garantir que la marchandise – commercialisée sur leur territoire – présentera certaines qualités.

---

<sup>983</sup> En ce sens : CJCE 24 janvier 1991, « *Alsthom Atlantique SA* » c/ *Cie de construction mécanique Sulzer SA*, 339/89, *Rec.* 107; Voir en sens contraire. Audit M., « *Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois* », *J.D.I.*, 2006, n° 4, pp. 1333-1363 ; spécialement pt. 36, p. 1348. Selon cet auteur, la matière contractuelle ne saurait générer d'entrave et serait donc de ce fait exclue dans champ d'application du droit communautaire.

<sup>984</sup> CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff.C-267/91 et C-268/91, *Rec.I.*16097, pt. 15



A notre sens, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle se distingue donc principalement de la règle de conflit de lois en ce qu'il ne permet jamais – en libre circulation des marchandises à tout le moins – de déterminer la loi applicable à une situation pour laquelle plusieurs lois seraient potentiellement applicables. Il permet de trancher la question de l'applicabilité au cas d'espèce d'une réglementation déterminée – celle de l'Etat membre de commercialisation – sans pour autant désigner la loi applicable à une hypothèse donnée. En d'autres termes, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ne permet pas de trancher un conflit de lois<sup>985</sup>, **puisque l'on ne se trouve pas dans une hypothèse où potentiellement plusieurs lois seraient applicables**. Il s'agit simplement de juger de l'applicabilité d'une seule et unique réglementation à une situation donnée sachant qu'une autre réglementation s'est, antérieurement, d'ores et déjà appliquée.

**507.** Dès lors, certaines règles de droit doivent être exclues du champ d'application du mécanisme de la reconnaissance mutuelle :

- soit parce que, ayant des objets nécessairement différents, elles apparaissent **insusceptibles d'une quelconque application cumulative ;**

- soit parce que de par leur nature, elles ne sont pas susceptibles d'application **successive**.

**508.** Il est possible d'illustrer l'hypothèse des réglementations insusceptibles d'une application cumulative en s'appuyant sur la notion de réglementations relatives aux modalités de vente.

Ces réglementations ont pour objet de réguler sur un territoire donné, les activités commerciales. Aussi, au regard de leur objet particulier et nécessairement différent – **réglementer les modalités d'exercice du commerce sur le territoire français n'équivaut pas à réglementer celles sur le territoire allemand** – ces règles d'application strictement territoriale peuvent certainement s'appliquer **successivement c'est-à-dire l'une après l'autre dans un espace temps, mais non cumulativement**. En outre, leur **objet étant différent, elles ne sauraient pas non plus être jugées équivalentes**.

---

<sup>985</sup> Par ailleurs, un parallèle entre le conflit mobile tel qu'il est conçu en droit international privé et le mécanisme communautaire de la reconnaissance mutuelle ne nous semble pas opportun. Mme H. Muir Watt a suggéré un tel parallèle dans son article « L'entrave à la prestation transfrontière de services » in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec 2005, pp. 543-565

Or, « le conflit mobile est le conflit de lois dans le temps provoqué par le déplacement dans l'espace du facteur de rattachement. Le changement de situation du facteur de rattachement a pour conséquence de rendre applicable une nouvelle loi par rapport à celle qui résultait de l'ancienne situation ». Niboyet M.-L., de Geouffre de La Pradelle G., *Droit international privé*, L.G.D.J. coll. Manuel 2007, pt. 299, p. 212. Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle – contrairement à la règle de conflit de lois mobile – ne permet en libre circulation des marchandises jamais, de déterminer la loi applicable dans une situation dans laquelle plusieurs d'entre elles seraient potentiellement applicables. Il permet de trancher la question de l'applicabilité au cas d'espèce d'une réglementation déterminée sans pour autant désigner **la loi applicable à une hypothèse**. A notre sens, et en d'autres termes, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ne permet pas de trancher un conflit de lois.

Ainsi, au delà de la question de savoir de telles règles peuvent entrer dans le champ d'application du droit de la libre circulation<sup>986</sup>, il apparaît de manière manifeste qu'elles ne peuvent en tout état de cause pas entrer dans le champ d'application du **principe de la reconnaissance mutuelle dont objet est de condamner la mise en œuvre successive, cumulative et inutile des règles de droit national en raison de leur équivalence.**

**509. Les règles applicables en matière contractuelle apparaissent pour leur part un bon exemple de réglementations insusceptibles d'une application successive.** Leur application est en effet nécessairement cumulative – en ce sens qu'elles s'appliqueront simultanément<sup>987</sup> – ou alternative – en ce sens qu'il convient de **faire un choix entre plusieurs lois applicables.**

En effet, les réglementations relatives à la matière contractuelle sont pour certaines sont impératives et pour d'autres supplétives, mais leur objet est toujours de permettre de trancher un conflit d'intérêts entre personnes privées. En ce sens, M.V. Heuzé relève que le principe de la reconnaissance mutuelle ne pourrait être transposé au droit des contrats car, en droit privé les sujets de droit sont les particuliers et les Etats réglementent cette matière en vue « *d'arbitrer les intérêts privés qui s'affrontent à propos ou à l'occasion d'un type de situations de fait donné. Et dès lors que l'Etat acteur a fait le choix d'assurer l'arbitrage, les règles au moyens desquels il s'oblige à l'opérer, par biais des tribunaux, ne peuvent évidemment pas être exprimées sous la forme d'une alternative entre l'action et l'abstention [de l'Etat]: il doit prendre parti en formulant une solution* »<sup>988</sup>. En d'autres termes, le juge saisi d'un litige de droit privé<sup>989</sup> devant trouver la loi nationale

---

<sup>986</sup> Voir à cet égard nos développements consacrés au champ d'application des libertés de circulation.

<sup>987</sup> Nous pensons ici aux règles de conflit de lois retenant un rattachement cumulatif c'est-à-dire lorsque « *un certain résultat (par exemple le droit de divorcer, ou la constatation d'une paternité naturelle) n'est autorisé que si les lois désignées par ces rattachement admettent toutes la possibilité* ». Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd. 2007, point 140, p. 105. Il nous semble cependant possible de s'interroger, dans ces hypothèses, sur l'existence d'une véritable application cumulative des règles de droit désignées par le critère de rattachement. En effet, lorsque que la règle de conflit de lois est ainsi à coloration matérielle et que le rattachement est de nature cumulatif, il semble bien plutôt que la règle de conflit de lois impose de prendre en considération le droit étranger plutôt que de véritablement l'appliquer.

M. V. Heuzé relève d'ailleurs qu'à son sens toute application cumulative des règles de droit privé serait impossible. Cette position lui permet d'affirmer que « [...] *la confiance mutuelle se doivent les Etats membres est, en droit privé, nécessairement inopérante : elle ne peut jamais dispenser d'un choix qui conduit inéluctablement à faire triompher une solution sur toutes les autres, puisque le cumul ici est évidemment inenvisageable* ». Heuzé V., « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou anti-droit européen » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 393-415, p. 414.

<sup>988</sup> Heuzé V., « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou anti-droit européen » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes* » Dalloz, 2005, p. 393-415, p. 413. Dans le même sens Idot L. « Les produits » in *Conflits de lois et régulation économique – l'expérience du marché intérieur*, ss. la dir. de M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut, L.G.D.J., 2008, pp. 37-56.

<sup>989</sup> M. Audit considère également que le droit des contrats est nécessairement exclu du champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle, mais il fonde son raisonnement sur un autre élément : l'auteur considère de manière plus générale que l'impossibilité de se trouver dans une situation de cumul des législations en matière contractuelle empêche en tout état de cause que les réglementations nationales en la matière soient qualifiées d'entraves. Il exclut donc ce type de réglementations du champ d'application du droit de la liberté de circulation dans son ensemble : « [...] *l'entrave incarne dans le cumul des règles applicables au rapport de droit considéré. Si, à l'occasion d'une opération économique intracommunautaire donnée, l'opérateur économique a été contraint de se soumettre à une réglementation dans son pays d'origine et à des normes équivalentes dans l'Etat de destination, l'existence de l'entrave pourra être relevée. Ceci exclut, par exemple, que le droit des*

applicable, **par définition n'y a pas de loi nationale qui ait d'ores et déjà été appliquée au litige en cours et les lois de droit privé de deux Etats membres différents ne sauraient jamais être appliquées successivement**, mais uniquement alternativement ou plus exceptionnellement cumulativement<sup>990</sup>.

Aussi, même si la matière contractuelle peut entrer dans le champ d'application du traité, elle ne saurait être appréhendée par le principe de la reconnaissance mutuelle<sup>991</sup>.

Il résulte de nos développements que le principe de reconnaissance mutuelle n'a, en libre circulation des marchandises, vocation à s'appliquer que dans les seules hypothèses de réglementations relatives à la fabrication ou la présentation de la marchandise ainsi que les procédures de contrôle y afférant. Dans ce domaine matériel précisément délimité, quelle faculté réelle de choix de loi le principe de la reconnaissance mutuelle offre-t-il aux opérateurs économiques ?

## **B. Le caractère trop restrictif des facultés de choix de loi**

**510.** Nous avons établi que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle a pour principale fonction de lutter contre l'application successive de réglementations techniques des différents Etats membres de commercialisation d'une marchandise. Le respect d'une réglementation technique rend en principe l'application d'autres réglementations techniques inutile et non-conforme au droit communautaire. En d'autres termes, le principe de la reconnaissance tend à ouvrir, sous réserve bien entendu d'une équivalence des réglementations nationales en présence, **un droit – relatif donc – à être soumis à une seule et unique réglementation technique au sein de la Communauté.**

Dès lors, les opérateurs peuvent-ils librement choisir cette unique réglementation technique dont le respect leur ouvre, ce que l'on pourrait nommer un « **droit de commercialisation communautaire** » ?

**511.** Pour pouvoir répondre à cette question, il convient de rappeler la formulation la plus usitée par les institutions communautaire visant le mécanisme de la reconnaissance

---

*contrats dont relève la convention entre les parties puisse être considérée comme une entrave*». Audit M., « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *J.D.I.*, 2006, n° 4, pp. 1333-1363 ; pt. 36, p. 1348.

<sup>990</sup> Mme H. Muir Watt considère pour sa part qu'aucune règle de droit privé ne saurait entrer dans le champ d'application de la reconnaissance mutuelle. Elle affirme : « *en traquant les cas où l'opérateur serait soumis à une double charge législative du fait du caractère transfrontalier de son activité, la reconnaissance mutuelle assure l'effet dans l'Etat d'accueil des normes territoriales du pays d'origine, à la manière du mécanisme des droits acquis ; en revanche, ce critère de l'entrave-cumul est inadapté aux conflits de lois de droit privé, lesquels ne se prêtent guère à ce schéma purement territorialiste et ne peuvent donc facilement être aplanis par l'élimination des redondances ou des doubles charges législatives* ». Muir Watt H. « L'entrave à la prestation transfrontière de services » in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec 2005, pp. 543-565, pt. 3, p. 548.

<sup>991</sup> Voir sur cette question Première partie, Titre I, Chapitre II, Section I, § 1. « L'impossibilité de retenir un critère matériel d'application »

mutuelle. Selon celle-ci, la reconnaissance mutuelle est un principe en vertu duquel une marchandise « *fabriquée et commercialisée légalement dans un autre Etat membre [...]* »<sup>992</sup>, peut être librement commercialisée dans tous les Etats membres.

Cette formulation semble indiquer que le bénéfice du mécanisme de la reconnaissance mutuelle suppose que la marchandise soit fabriquée et commercialisée au sein d'un seul et même Etat membre conformément à la législation qui y est en vigueur.

La mise en œuvre du principe serait alors difficile puisque soumise à une fabrication et une commercialisation au sein d'un Etat membre et le choix de loi des opérateurs économiques extrêmement réduit puisqu'il ne pourrait porter que sur cette seule et unique réglementation technique. En d'autres termes, d'une part, le choix de loi ne pourrait que se porter sur une réglementation présentant **un lien objectif** avec l'activité économique, d'autre part, son exercice supposerait un **déplacement physique** vers l'Etat membre dont la réglementation serait convoitée et non l'expression d'une simple manifestation de volonté.

Nous démontrerons pourtant qu'en dépit de cette formulation de principe de la reconnaissance mutuelle, ce mécanisme se révèle avoir une portée bien plus large qu'il n'y paraît et que la logique d'équivalence qui en est le fondement milite en faveur d'une extension des facultés de choix de loi à l'ensemble des réglementations techniques des Etats membres sans qu'un déplacement physique vers l'Etat membre dont la réglementation est convoitée ne soit nécessaire à son exercice.

Pour procéder à cette démonstration nous étudierons successivement la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle et les facultés réelles de choix de loi qu'il ouvre lorsque la marchandise est fabriquée dans un Etat tiers (1), puis lorsque la marchandise est fabriquée au sein d'un Etat membre (2).

## 1. Le possible choix de loi d'un Etat tiers

- 512.** Une marchandise doit-elle nécessairement être fabriquée au sein d'un Etat membre pour le mécanisme de la reconnaissance mutuelle puisse être mis en œuvre ? Faut-il, comme le suggère la formulation la plus usitée décrivant le principe de la reconnaissance mutuelle, nécessairement qu'une marchandise soit « *fabriquée et commercialisée légalement dans un autre Etat membre [...]* »<sup>993</sup> pour que celui-ci s'applique ? En d'autres termes, au sein de la Communauté, les opérateurs économiques peuvent-ils invoquer le bénéfice du principe de la reconnaissance mutuelle lorsqu'ils font circuler au sein de la Communauté des marchandises issues de pays tiers et fabriquées conformément à la réglementation de pays tiers ?

---

<sup>992</sup> CJCE 12 septembre 2000, C-366/98, *Rec. I* 6579, pt. 21.

<sup>993</sup> CJCE 12 septembre 2000 C 366/98, *Rec. I* 6579, pt. 21.

Cette hypothèse peut être illustrée de la façon suivante : un opérateur économique fabrique un produit en Chine selon les procédés de fabrication chinois. Il souhaite commercialiser son produit en France. Cette commercialisation est acceptée par les autorités administratives françaises car, bien que le produit ne soit pas conforme aux procédés de fabrication français, il apparaît qu'il ne présente pas de danger pour le consommateur ni ne heurte aucune règle impérative française.

L'opérateur économique souhaite ensuite commercialiser son produit en Allemagne. Or, les autorités administratives allemandes refusent la commercialisation du produit en l'état et impose le respect de la législation allemande divergente.

Bien que son produit n'a pas été **légalement fabriqué dans un Etat membre**, l'opérateur économique peut-il s'appuyer sur le principe de la reconnaissance mutuelle pour contester l'application impérative du droit allemand en l'espèce ? Il se dégage tant des actes des institutions communautaires que de la doctrine qu'il convient de répondre à cette interrogation par l'affirmative.

**513.** En effet, dans sa communication interprétative du 4 novembre 2003 relative à l'application du principe de la reconnaissance mutuelle, la Commission précise qu'entrent dans le champ d'application de ce principe « *les produits légalement fabriqués et/ou commercialisés dans un autre Etat membre ou en Turquie, ou légalement fabriqué dans un Etat signataire de l'AELE [...]* »<sup>994</sup>. Elle y affirme encore explicitement que « *cette communication s'applique également aux produits légalement commercialisés dans un autre Etat membre ou en Turquie* »<sup>995</sup>. Les termes employés par la Commission suggèrent qu'**il n'est pas nécessaire qu'un produit soit fabriqué dans un Etat membre** pour que le principe de la reconnaissance mutuelle soit applicable, une simple commercialisation dans un Etat membre serait suffisante.

**514.** La Cour de justice a donné une réponse dans le même sens dans l'arrêt « Canal Satellite Digital »<sup>996</sup>. Cette affaire était relative à des marchandises légalement produites et commercialisées dans des Etats membres. Néanmoins, la Cour reprend de manière générale le principe de la reconnaissance mutuelle sans faire référence à une exigence cumulative de fabrication et de commercialisation au sein d'un Etat membre, pour la mise en œuvre de celui-ci.

---

<sup>994</sup> Communication interprétative de la Cour de justice – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 2.2., p. 4. (Nous soulignons).

<sup>995</sup> Communication interprétative de la Cour de justice – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 2.2., p. 4.

<sup>996</sup> CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, Rec. 607.

Ainsi que nous l'avons déjà exposé, dans cette affaire, une entreprise Canal Satellite Digital offre des services accès conditionnel de transmission numériques de signaux de télévision par satellite et de réception de messages télévisés. Cette entreprise vend également les appareils de décodages nécessaires à ces opérations en Espagne. Ces décodeurs ont été légalement fabriqués et commercialisés en Belgique et au Royaume-Uni. Les autorités espagnoles pouvaient-elles s'opposer la commercialisation en l'état de tels décodeurs sur son territoire ou leur imposer d'être soumis à de nouveaux contrôles techniques en Espagne ? Pour répondre cette question, la Cour de justice s'appuie sur le principe de la reconnaissance mutuelle. Or, lorsque la Cour de justice vise ce principe et énumère les conditions de sa mise en œuvre, elle n'évoque que l'exigence d'une première commercialisation légale au sein d'un Etat membre **sans faire référence à la nécessité – cumulative – d'une fabrication au sein un Etat membre** : « *il ressort d'une jurisprudence bien établie qu'un produit légalement commercialisé dans un Etat membre doit en principe pouvoir être commercialisé dans tout autre Etat membre, sans être soumis des contrôles supplémentaires, sous réserve des exceptions prévues ou admise par le droit communautaire* »<sup>997</sup>. Encore une fois, il apparaît que **l'exigence d'une fabrication au sein d'Etat membre soit une exigence alternative avec celle d'une première commercialisation légale au sein d'un Etat membre et non cumulative**.

515. Deux auteurs, M. A. Bernel et M. A. Mattera se sont plus particulièrement penchés sur cette question et sont tous deux parvenus à la conclusion qu'une fabrication au sein d'un Etat membre n'était pas indispensable à la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle.

Selon M. A. Bernel<sup>998</sup>, l'applicabilité du principe de la reconnaissance mutuelle, aux produits qui ne seraient que commercialisés sur le territoire d'un Etat membre découle directement du traité lui-même. En effet, en vertu de l'article 23 § 2 du traité, entrent dans le champ d'application du traité « *les produits en provenance d'Etats tiers qui sont en libre pratique dans les Etats membres* ». Selon l'article 24 du traité, sont en libre pratique dans les Etats membres, « *les produits en provenance de pays tiers pour lesquels les formalités d'importation ont été accomplies et les droits de douanes et taxes d'effet équivalent exigibles ont été perçus dans cet Etat membre et qui n'ont pas bénéficié une ristourne totale ou partielle de ces droits taxes* ». Dès lors selon cet auteur, en libre circulation des marchandises, le principe de la reconnaissance mutuelle trouvant sa source dans le Traité en général et dans les articles 28 et 30 du traité CE plus particulièrement, toutes les marchandises entrant dans le champ d'application de ces textes entrent nécessairement également dans le champ d'application du principe de la

<sup>997</sup> CJCE 22 janvier 2002, C-390/99, Rec. 607, pt. 37.

<sup>998</sup> La Cour de justice « *a relevé que cette règle valait même si les marchandises litigieuses n'étaient que légalement fabriquées* (CJCE 20 avril 1983, 59/82, Rec. 59/82 Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft. pt. 12) *ou que légalement commercialisées dans un Etat membre* ». Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 32.

reconnaissance mutuelle<sup>999</sup>. La fabrication au sein d'un Etat membre ne serait donc pas une condition indispensable à la mise en œuvre du mécanisme de la reconnaissance mutuelle.

**516.** M. A. Mattera affirme également avec force que si « *la formulation utilisée par la Cour est interprétée par certains Etats comme signifiant que seuls les produits légalement fabriqués et commercialisés dans un Etat membre ont le droit d'avoir accès à leurs marchés, cette opinion doit être rejetée* »<sup>1000</sup>. En effet, pour M. A. Mattera, la formule « *légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre* » que l'on retrouve régulièrement dans les actes de droit communautaire ne doit pas être comprise littéralement mais bien plutôt comme une formule générale visant d'une part, les produits légalement ou loyalement – s'il n'existe pas de règles techniques particulières – fabriqués au sein d'un Etat membre – même s'ils n'y sont pas commercialisés – et d'autre part, en tout état de cause, ceux légalement commercialisés dans un Etat membre. L'auteur affirme que « *sont à considérer comme légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre non seulement les produits conformes à la réglementation de cet Etat, mais également ceux qui correspondent à des procédés de fabrication loyaux* »<sup>1001</sup>.

**517.** Nous ralliant à ces positions, nous affirmons ainsi que la mise en œuvre du mécanisme de la reconnaissance mutuelle n'est pas subordonnée à la fabrication de marchandise **au sein d'un Etat membre**, conformément aux prescriptions de cet Etat membre. Le lieu de fabrication de la marchandise est indifférent pour la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle. Par voie de conséquence, les marchandises étant souvent fabriquées selon les règles en vigueur dans l'Etat de provenance (c'est-à-dire de fabrication), les marchandises fabriquées selon les prescriptions d'un Etat tiers, mais légalement commercialisées au sein d'un Etat membre bénéficient du principe. Il est donc possible pour les opérateurs économiques de fabriquer leur marchandise au sein d'un Etat tiers conformément aux règles qui y sont en vigueur et de revendiquer par la suite le bénéfice de la reconnaissance mutuelle **dès lors qu'un Etat membre a admis la commercialisation en l'état de la marchandise sur son territoire.**

## **2. Eléments en faveur d'un abandon progressif de l'exigence d'un lien entre la loi choisie et l'activité économique**

---

<sup>999</sup> « *L'article 30 du traité a la même portée pour les produits en provenance de pays tiers qui se trouvent en libre pratique dans un Etat membre (art. 9§ 2 du traité), que pour les marchandises originaires dudit Etat membre* ». Bemel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 32.

<sup>1000</sup> Mattera A., « *L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon, et le principe de reconnaissance mutuelle* », *R.M.U.E.*, 1992, n°4, pp. 13-71, p. 46.

<sup>1001</sup> Mattera A., « *L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon, et le principe de reconnaissance mutuelle* », *R.M.U.E.*, 1992, n°4, pp. 13-71, p. 45.

**518.** Lorsque la marchandise est fabriquée au sein d'un Etat membre, comment interpréter la formulation classique selon laquelle la marchandise « *fabriquée et commercialisée légalement dans un [...] Etat membre [...]* »<sup>1002</sup> peut être librement – sous réserve d'une équivalence des réglementations – commercialisée dans tous les autres Etats membres ?

- faut-il que la marchandise soit non seulement fabriquée mais également commercialisée dans un même Etat membre pour que puisse jouer le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ?

- faut-il que la marchandise soit conforme à la réglementation technique de l'Etat membre de fabrication ou peut-elle être conforme à la réglementation de n'importe quel Etat membre ?

Afin de mesurer l'exacte portée du mécanisme de la reconnaissance mutuelle sur les facultés de choix de loi des réglementations techniques des Etats membres, nous distinguerons deux hypothèses.

Après avoir étudié l'impact de la reconnaissance mutuelle lorsque qu'une marchandise est fabriquée au sein d'un Etat membre conformément à la réglementation qui y est en vigueur, nous nous attacherons à l'étude du possible recours à ce mécanisme lorsque la marchandise fabriquée au sein d'un Etat membre l'est conformément à la réglementation d'un autre Etat membre.

Nous démontrerons que si le mécanisme de la reconnaissance mutuelle permet toujours à l'opérateur économique de se soumettre à la loi de l'Etat membre de fabrication, la logique d'équivalence qui en est le fondement devrait à notre sens autoriser une totale liberté de choix de loi de n'importe quel Etat membre et s'exerçant par la seule manifestation de volonté.

Il convient donc d'envisager de manière distincte l'hypothèse du produit fabriqué conformément aux règles de l'Etat de provenance (2.1.) puis celle du produit fabriqué conformément aux règles d'un autre Etat membre (2.2.).

### **2.1. L'hypothèse du produit fabriqué conformément aux règles de l'Etat de provenance**

**519.** Lorsque l'opérateur économique fabrique son produit conformément à la réglementation de l'Etat membre de provenance, il convient de vérifier si cette fabrication permet, en tout état de cause de faire jouer le principe de la reconnaissance mutuelle ou s'il est nécessaire que ce produit soit également commercialisé dans l'Etat membre de

---

<sup>1002</sup> CJCE 12 septembre 2000, C-366/98, *Rec. I* 6579, pt. 21.



provenance en question. En d'autres termes, pour pouvoir choisir la loi de l'Etat membre de fabrication, l'opérateur économique doit-il nécessairement également y commercialiser sa marchandise ?

Nous démontrerons qu'il convient d'interpréter le mécanisme de la reconnaissance mutuelle comme ouvrant une faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication que l'opérateur y commercialise sa marchandise (2.1.1.) ou non (2.1.2.).

### **2.1.1. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication lorsque la marchandise y est commercialisée**

**520.** L'hypothèse du choix de la loi technique de l'Etat membre de fabrication lorsque la marchandise y est fabriquée et commercialisée est précisément celle visée par la formulation de principe du mécanisme de la reconnaissance mutuelle.

Elle peut être illustrée de la façon suivante : une liqueur légalement produite et commercialisée en France. Elle contient 12 degrés d'alcool. L'opérateur économique souhaite commercialiser son produit en Allemagne. La réglementation allemande relative à la composition des liqueurs impose que celles-ci contiennent 20 degrés d'alcool. La réglementation allemande est impérative. Pour pouvoir être légalement commercialisée en Allemagne, les liqueurs doivent contenir 20 degrés d'alcool. Dès lors qu'un produit est légalement produit et commercialisé dans un Etat, le principe de reconnaissance mutuelle ou d'équivalence des normes s'applique-t-il ?

**521.** La Commission et la Cour de justice répondent unanimement et sans équivoque par l'affirmative à cette interrogation. Ainsi, dans l'arrêt Cassis de Dijon, fondateur du mécanisme de la reconnaissance mutuelle, la Cour expose pour la première fois, que sous réserve de certaines exceptions, il n'existe « *aucun motif valable d'empêcher que des [...] [marchandises], à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des Etats membres, soient introduites dans tout autre Etat membre [...]*<sup>1003</sup>. La Commission confirme les propos de la Cour dans la communication interprétative aux termes de laquelle : « *tout produit importé d'un Etat membre doit être en principe admis sur le territoire d'un Etat membre importateur s'il est légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation, et commercialisé sur le territoire de ce dernier* »<sup>1004</sup>. Précisons encore la notion de fabrication légale en rappelant que selon la Cour de justice et la Commission le rappellent « *il est évident qu'un produit est également légalement fabriqué quand il n'existe pas de règles techniques nationales ou*

<sup>1003</sup> CJCE 20 février 1979, Cassis de Dijon, 120/78, Rec. 649, pt. 14

<sup>1004</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon). JOCE n° C 256/2, du 03/10/1980 op. cit.

*spécifiques ou de règles de nature différente, imposées par les autorités applicables à ce type de produits »<sup>1005</sup>.*

### **2.1.2. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication lorsque la marchandise n'y est pas commercialisée**

- 522.** La question de la possibilité pour l'opérateur économique de faire jouer le principe de la reconnaissance mutuelle en sa faveur devient plus épineuse, lorsque l'on imagine une situation qui n'a probablement pas été initialement prévue par les institutions communautaires : l'utilisation les opérateur économiques de ce mécanisme afin de pouvoir se soumettre à la réglementation technique de l'Etat membre leur semblant la plus avantageuse, indépendamment d'un quelconque lien entre cette loi et des éléments objectifs de son activité économique.
- 523.** Il convient ici de se demander si, en l'absence d'une commercialisation dans l'Etat membre de fabrication, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ouvre encore une faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication.

Il s'agit donc de l'hypothèse dans laquelle un opérateur économique fabriquerait une marchandise conformément aux prescriptions de l'Etat de fabrication, mais ne souhaiterait pas y commercialiser sa marchandise qu'il destinerait exclusivement à l'exportation vers un autre Etat membre. Cette hypothèse peut-être illustrée comme suit : une liqueur est légalement produite en France. Elle contient ainsi 12 degrés d'alcool conformément à la réglementation française. Cependant, elle n'y est pas commercialisée. L'opérateur économique souhaite en revanche commercialiser son produit en Allemagne. La réglementation allemande relative à la composition des liqueurs impose que celles-ci contiennent 20 degrés d'alcool. L'alcool étant onéreux, il est donc plus avantageux pour l'opérateur économique de se conformer la réglementation française qu'à la réglementation allemande. Selon les autorités administratives allemandes, la réglementation allemande est impérative. Ainsi, pour pouvoir être légalement commercialisée en Allemagne, les liqueurs doivent contenir 20 degrés d'alcool. Lorsqu'un qu'un produit est légalement produit dans un Etat membre mais qu'il n'y est pas commercialisé, le principe de reconnaissance mutuelle s'applique-t-il ?

- 524.** M. A. Mattera est un des rares auteurs à s'être expressément prononcé sur cette question. Selon cet auteur, il serait acquis que « *doivent bénéficier des principes la libre circulation à l'intérieur de la Communauté non seulement les produits légalement fabriqués et*

---

<sup>1005</sup> Communication interprétative de la Cour de justice – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 2.2., p. 4.

*commercialisés dans l'Etat membre de provenance, mais également ceux qui sont légalement fabriqués sans être commercialisés dans cet Etat [...]»<sup>1006</sup>.*

**525.** Dans la communication interprétative du 3 octobre 1980, la Commission semblait suggérer que la simple fabrication conformément la réglementation de l'Etat membre de fabrication était une condition nécessaire mais non suffisante à la mise œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle. Elle paraissait également imposer que le produit soit commercialisé dans cet Etat membre : « *tout produit importé d'un Etat membre doit être en principe admis sur le territoire d'un Etat membre importateur s'il est légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation, et commercialisé sur le territoire de ce dernier<sup>1007</sup> ».* Cependant, les formulations postérieures de ce principe employées par la Commission établissent sans ambiguïté le **caractère alternatif** des exigences de fabrication de commercialisation. Dans sa communication interprétative – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle » du 4 novembre 2003, la Commission précise qu'entrent dans le champ d'application de ce principe « *les produits légalement fabriqués et/ou commercialisés dans un autre Etat membre ou en Turquie, ou légalement fabriqué dans un Etat signataire de l'AELE [...]»<sup>1008</sup>. Elle définit également la notion d'Etat de provenance sans faire aucune référence une exigence de commercialisation cumulativement à la fabrication et en dissociant clairement les situations de fabrication légale de celles de commercialisation : « *aux fins de cette communication entend par Etat de provenance un autre Etat membre ou la Turquie lorsque le produit est légalement **fabriqué ou commercialisé*** »<sup>1009</sup>. La Commission a déjà explicitement affirmé que « *bien que l'arrêt « Cassis de Dijon » et la jurisprudence ultérieure se réfèrent textuellement aux biens légalement produits ET commercialisés dans un Etat membre autre que l'Etat importation, le principe d'équivalence doit être entendu correctement comme ayant pour objet l'obligation d'autoriser les marchandises légalement produite OU commercialisées dans un autre Etat membre* »<sup>1010</sup>.*

**526.** Pour notre part, nous pensons que l'idée forte du principe de la reconnaissance mutuelle selon laquelle les normes juridiques des Etats membres divergentes peuvent être équivalentes rend une exigence de commercialisation dans l'Etat membre de fabrication superflue. En d'autres termes, si l'équivalence est le fondement du mécanisme de la

---

<sup>1006</sup> Mattera A., « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon, et le principe de reconnaissance mutuelle », *R.M.U.E.*, 1992, n°4, pp. 13-71, p. 46.

<sup>1007</sup> Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon). JOCE n° C 256/2, du 03/10/1980 op. cit.

<sup>1008</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 2.2., p. 4. (Nous soulignons).

<sup>1009</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 2.2., p. 4.

<sup>1010</sup> Document de travail des services de la Commission, « Premier rapport sur l'application du principe de la reconnaissance mutuelle dans les marchés de produits et de services », p. 8, n° de bas de page 14., SEC (1999) 1106.

reconnaissance mutuelle, pour quelle raison exiger que le choix d'une loi – *a priori* équivalente – se porte sur celle d'un Etat membre présentant un lien objectif avec l'activité commerciale et d'autant plus encore avec le lieu de commercialisation ? **Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ne tend pas à localiser une situation juridique présentant des rattachements avec plusieurs ordres juridiques mais pose une présomption d'équivalence et donc d'interchangeabilité de toutes les réglementations techniques de tous les Etats membres.** A notre sens, dès lors que l'équivalence entre les règles de droit est attestée, l'opérateur économique devrait pouvoir choisir de se soumettre à n'importe laquelle de ces lois.

En ce sens, il faut relever que la Commission a pu suggérer que le principe de la reconnaissance mutuelle instituerait un sein de la Communauté, **un véritable « droit à la libre fabrication »**, sous réserve, pour les Etats membres, de la démonstration de l'absence d'équivalence entre leurs règles de droit : *« L'Etat membre de destination doit admettre la mise sur son marché d'un produit EEE/Turquie, pourvu qu'il assure un niveau équivalent de protection des divers intérêts légitimes en jeu. Ce principe sera ci après désigné comme principe de la reconnaissance mutuelle »*<sup>1011</sup>. *« Le principe de la reconnaissance mutuelle occupe une place importante dans le fonctionnement du marché intérieur. Il permet d'assurer la libre fabrication des produits en l'absence d'une législation communautaire d'harmonisation. En vertu de ce principe, un Etat membre destination ne saurait interdire la vente sur son territoire d'un produit EEE/Turquie, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits. La seule exception à ce principe sont les restrictions imposées par l'Etat membre de destination à condition que celles-ci soient justifiées pour des motifs cités à l'article 30 du traité CE, ou sur la base des exigences impératives d'intérêt général reconnues par la jurisprudence de la Cour »*<sup>1012</sup>. Le choix de la loi du seul lieu de fabrication indépendamment d'une quelconque exigence de commercialisation semble donc affirmé par la Commission.

527. Il pourrait cependant exister **une réserve à une telle analyse de ce principe**. En dépit de l'équivalence des règles de droit, on pourrait imaginer que le principe de la reconnaissance mutuelle ne puisse pas jouer au profit des opérateurs économiques lorsque les raisons pour lesquelles il a été élaboré font défaut. Selon la Commission l'objet du principe de la reconnaissance mutuelle est de lutter contre les éléments empêchant *« la commercialisation du produit [...] ou rendant plus difficile l'accès [au] marché »*<sup>1013</sup> des Etats membres. Ainsi la Commission constate-t-elle que *« le premier intérêt des opérateurs économiques étant de s'assurer un accès rapide au marché national, ils*

---

<sup>1011</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 1.2., p. 4. (Nous soulignons).

<sup>1012</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle **Erreur! Signet non défini.** ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 1.2., p. 3. (Nous soulignons).

<sup>1013</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), résumé p. 1.

*optent souvent pour une adaptation de la composition du produit aux règles nationales de l'Etat de destination, même si cette adaptation rend l'accès au marché plus onéreux »*<sup>1014</sup>. Le caractère onéreux de cette adaptation aurait pour effet de « *décourager souvent les opérateurs économiques* »<sup>1015</sup> de commercialiser leurs produits sur le territoire d'autres Etats membres.

Or, si l'opérateur économique ne commercialise son produit que dans un seul Etat membre qui n'est pas celui de fabrication du produit, il n'a pas à supporter de coût lié à l'adaptation de son produit. La raison d'être du mécanisme de la reconnaissance semblerait alors se dissiper.

**528. Cependant, même dans cette dernière hypothèse, la Cour de justice a déjà consacré une faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication** en se fondant, plus spécifiquement il est vrai, sur le principe de non-discrimination<sup>1016</sup>. En effet, dans un arrêt dans l'arrêt du 20 avril 1983<sup>1017</sup>, la Cour de justice a déjà également employé une formulation ne faisant référence qu'à une simple fabrication légale indépendamment d'une exigence de commercialisation. Dans cet arrêt la Cour écrit ainsi « *qu'une disposition de l'Etat importateur imposant un degré alcool pour le seul vermouth importé légalement fabriqué, empêche la commercialisation d'un produit légalement fabriqué dans l'Etat membre exportateur [...]* »<sup>1018</sup>. Dans cette affaire, l'opérateur économique n'avait pas commercialisé son produit dans l'Etat de fabrication. Si en l'espèce le caractère discriminatoire de la règle de droit en cause rendait une réflexion sur le fondement du principe de la reconnaissance mutuelle inutile, cette référence expresse et volontaire de la Cour à une fabrication légale préalable indique l'importance de cet élément.

**529. En conclusion**, nous pensons que sous réserve de la démonstration par l'Etat membre de destination d'une absence d'équivalence entre les législations, l'opérateur économique peut donc s'appuyer sur le principe de la reconnaissance mutuelle pour choisir de fabriquer son produit conformément à la législation de l'Etat membre de fabrication lorsque celle-ci **lui semble plus avantageuse**<sup>1019</sup> **et ce, même s'il n'y commercialise pas de marchandise.**

---

<sup>1014</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), résumé p. 1.

<sup>1015</sup> Communication interprétative de la Commission – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), résumé p. 1.

<sup>1016</sup> Nous reprendrons en détails cet arrêt par la suite.

<sup>1017</sup> CJCE 20 avril 1983, 59/82, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft. *Rec.* 1217.

<sup>1018</sup> CJCE 20 avril 1983, 59/82, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft. *Rec.* 1217, pt. 7

<sup>1019</sup> Sous réserve de la difficile démonstration par l'Etat membre de destination, de l'absence d'équivalence entre sa réglementation et celle à laquelle la marchandise est conforme, et du caractère proportionné et nécessaire de sa propre réglementation.

## 2.2. L'hypothèse du produit fabriqué conformément aux règles d'un autre Etat membre que celui de fabrication

530. Il se peut encore qu'un opérateur veuille fabriquer son produit sur le territoire d'un Etat membre – dans lequel par exemple la main d'œuvre serait moins cher – conformément à la réglementation d'un autre Etat membre. Le droit communautaire autorise-t-il l'opérateur à procéder à un tel choix de loi, sans déplacement d'une partie de son infrastructure vers l'Etat membre au droit duquel il veut se soumettre ?

Cette hypothèse peut être illustrée de la façon suivante : supposons qu'en Italie, une réglementation exige qu'une boisson, le vermouth, contienne 16 degrés d'alcool pour pouvoir bénéficier de cette appellation. En Allemagne, en revanche, la réglementation relative à la composition de cet alcool, n'imposerait que 10 degrés d'alcool. Pour un opérateur économique, il serait donc moins onéreux de produire du vermouth conformément à la réglementation allemande.

Le principe de la reconnaissance mutuelle permet-il à un opérateur économique, de fabriquer du vermouth en Italie, conformément à la réglementation allemande, en vue de sa commercialisation en Allemagne uniquement ou en Allemagne et en Italie, ou encore en vue de son unique commercialisation en France (pays dans laquelle par exemple, la règle relative à la composition dudit alcool exigerait 13 degrés d'alcool) ?

Après avoir démontré qu'actuellement, une faculté de choix de la loi de l'Etat membre de commercialisation de la marchandise même si celle-ci n'y est pas fabriquée est bien consacrée par le droit communautaire mais, sur le fondement du principe de non-discrimination (2.2.1.), nous exposerons pourquoi, à notre sens le mécanisme de la reconnaissance mutuelle devrait permettre l'extension de cette faculté de choix de loi à celle de tout Etat membre sans aucune exigence de fabrication ou de commercialisation (2.2.2.)

### 2.2.1. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de commercialisation lorsque la marchandise n'y est pas fabriquée

531. M. A. Mattera est à notre connaissance le premier auteur à avoir analysé le principe de la reconnaissance mutuelle comme ouvrant une véritable faculté de choix à l'opérateur économique. Il a plus exactement, interprété ce principe « *permettant à tout opérateur économique de la Communauté d'opérer un choix entre deux voies : choix des règles en vigueur dans l'Etat membre de destination [...] ou choix des règles en vigueur dans l'Etat membre de fabrication* »<sup>1020</sup>. Pour l'auteur, il n'est donc pas douteux que le

---

<sup>1020</sup> Mattera A., *Le marché unique européen, ses règles son fonctionnement*, 2<sup>ème</sup> éd. 1990, Jupiter p. 291

principe de la reconnaissance mutuelle permet à l'opérateur économique de « *se conformer aux règles en vigueur dans l'Etat membre dans lequel il souhaite exporter [ou en d'autres termes de] suivre les règles de conception, de fabrication et de contrôle applicables dans ce pays* »<sup>1021</sup>.

**532.** Si nous pensons, avec cet auteur, que le droit communautaire ouvre aux opérateurs économiques une faculté de choix de loi en faveur de la réglementation technique de l'Etat membre de commercialisation, nous pensons cependant que son fondement n'est pas tant la reconnaissance mutuelle que le principe communautaire de non-discrimination. En effet, par un arrêt du 20 avril 1983<sup>1022</sup>, la Cour de justice a affirmé qu'un opérateur économique pouvait légitimement fabriquer sa marchandise conformément à la réglementation de l'Etat membre dans lequel il souhaite la commercialiser. Cependant, la Cour de justice a alors justifié sa position plutôt sur le principe de non-discrimination que sur celui de la reconnaissance mutuelle en lui-même.

**533.** Cette affaire était relative à une réglementation italienne prévoyant que « *la teneur en alcool du vermouth qui est mis sur le marché en Italie doit être au minimum de 16° en volume. Toutefois, l'article 20 de la dite loi accorde aux autorités italiennes la possibilité de permettre, titre exceptionnelle la production de vermouth d'une teneur inférieure en alcool à 16° en volume dans la mesure où ils sont destinés à l'exportation et qu'ils respectent la législation du pays de destination* »<sup>1023</sup>. En l'espèce, un opérateur économique avait fabriqué son vermouth en Italie en vue de sa commercialisation en Allemagne. Le vermouth produit contenait ainsi un degré d'alcool inférieur à 16 degrés.

La réglementation allemande qui ne prévoyait pas de limite minimale concernant teneur en alcool de vermouth, disposait cependant que « *les boissons à base de vin produites en territoire étranger ne peuvent être importées sur le territoire national que si l'ensemble des opérations de production a été effectué dans le même Etat conformément à la réglementation qui y est applicable et si le produit peut y être commercialisé à condition d'être consommé tel quel* ». La réglementation italienne était donc *a priori* une règle de droit neutre en ce qu'elle ne subordonnait pas la commercialisation du produit importé des exigences matérielles déterminées. Cette règle était « *indifférente [au] contenu [de la loi étrangère de fabrication] donc à la solution de fond qui résultera [...]* »<sup>1024</sup>.

**534.** L'arrêt soulevait la question de la faculté pour l'Etat membre de suspendre la commercialisation d'une marchandise sur son territoire à la condition qu'elle soit

---

<sup>1021</sup> Materra A., *Le marché unique européen, ses règles son fonctionnement*, 2<sup>ème</sup> éd. 1990, Jupiter, p. 291

<sup>1022</sup> CJCE 20 avril 1983, Vermouth, aff. 59/82, *Rec.* 1217.

<sup>1023</sup> CJCE 20 avril 1983, Vermouth, aff. 59/82, *Rec.* 1217, pt. 1

<sup>1024</sup> Audit B., *Droit international privé*, Economica, 4<sup>ème</sup> éd., 2006, pt. 105, p. 83.

fabriquée conformément aux règles applicables pour sa commercialisation dans l'Etat de sa fabrication.

A cette question, la Cour de justice apporte la réponse suivante : « *il y a lieu de considérer comme une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative prohibée par l'article 30 du traité une interdiction d'importer du vermouth dont la teneur en alcool est inférieure au minimum prescrit dans l'Etat membre exportateur, pour la commercialisation sur son marché interne, alors qu'un tel minimum n'est pas prescrit pour la commercialisation de vermouth produit dans l'Etat membre importateur* »<sup>1025</sup>. En d'autres termes, pour admettre une commercialisation légale sur leur territoire de produits fabriqués dans un autre Etat membre, les Etats membres de destination n'ont pas le droit d'imposer, de manière générale abstraite, aux opérateurs économiques l'obligation de respecter les règles de fabrication de l'Etat membre de provenance.

**Pour l'opérateur économique, la réponse de la Cour de justice signifie bien qu'il peut choisir de conformer son produit à la réglementation de l'Etat membre de provenance ou à celle de l'Etat membre de destination.**

535. Il faut encore remarquer que la Cour justifie sa décision en se fondant sur le principe de non-discrimination<sup>1026</sup> et non sur celui de la reconnaissance mutuelle. En effet, la Cour constate que la mise en œuvre de la règle de droit allemand impose « *en fait, un degré d'alcool minimal pour le seul vermouth importé [...] alors qu'elle ne pose aucune condition concernant la teneur minimale en alcool pour la mise dans le commerce de produits nationaux analogues* »<sup>1027</sup>. A la suite de ce constat, elle affirme ainsi que la réglementation allemande « *en tant qu'elle ne vise que les seuls produits importés revêt donc un caractère discriminatoire* »<sup>1028</sup>. La Cour constate l'effet produit par la mise en œuvre de la réglementation allemande au cas d'espèce et compare les exigences matérielles auxquelles seront alors soumis, pour leur commercialisation sur le territoire allemand, un vermouth fabriqué en Allemagne et un vermouth fabriqué en Italie. La mise en œuvre de la réglementation allemande conduit à ce que les produits italiens soient soumis à des exigences auxquelles les produits fabriqués en Allemagne échappent (degrés

---

<sup>1025</sup> CJCE 20 avril 1983, Vermouth, aff. 59/82, *Rec.* 1217, pt. 12.

<sup>1026</sup> De manière générale, les obstacles à la libre circulation des marchandises sont plus souvent issus du refus d'admettre que les dispositions d'un autre Etat membre peuvent être équivalentes. Ainsi est-ce précisément cette conception que le principe de la reconnaissance mutuelle tente de divulguer au sein de la Communauté, comme en témoignent certaines formulations de la Commission : « *En vertu de ce principe, un Etat membre ne saurait interdire la vente sur son territoire d'un produit légalement fabriqué et commercialisé dans un autre Etat membre, même si ce produit est fabriqué selon des prescriptions techniques ou qualitatives différentes de celles imposées à ses propres produits. L'Etat membre de destination ne peut déroger à cette règle que dans des conditions très strictes, mettant en cause des exigences impératives d'intérêt général, comme la santé, la protection des consommateurs ou de l'environnement* » (Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du Plan d'action pour le Marché intérieur – COM(1999) 299 final. Le droit à être soumis aux mêmes exigences que celles qui sont imposées par le droit national pour les produits nationaux est ainsi plutôt rattaché au principe communautaire de non-discrimination. Pour autant, le lien avec le principe de la reconnaissance mutuelle existe, en ce que celui-ci postule l'équivalence entre les droits nationaux et leur interchangeabilité. Indépendamment du principe de non-discrimination, le droit à être soumis à la loi de l'Etat membre de destination peut-être ainsi rattaché au principe de la reconnaissance mutuelle.

<sup>1027</sup> CJCE 20 avril 1983, Vermouth, aff. 59/82, *Rec.* 1217, pt. 7.

<sup>1028</sup> CJCE 20 avril 1983, Vermouth, aff. 59/82, *Rec.* 1217, pt. 8.



d'alcool minimum). La règle génère donc une inégalité de traitement. La Cour vérifie ensuite si cette inégalité de traitement peut trouver une justification admise en droit communautaire. En l'espèce, la Cour constate qu'aucune des justifications prévues par l'article 30 du traité ne peut permettre d'expliquer la nécessité d'une telle réglementation et que les justifications fondées sur des exigences impératives ne sont pas applicables. La réglementation, discriminatoire, heurte donc le droit communautaire.

Remarquons en outre que la neutralité ou l'indifférence de la règle de droit allemand au regard du droit matériel effectivement appliqué ne permet pas de considérer que celle-ci n'est pas discriminatoire. Ainsi, une règle de droit selon laquelle tous les produits commercialisés sur le territoire national doivent être conformes à la réglementation de fabrication du pays de provenance ne garantit pas une absence de discrimination au sens droit communautaire. L'égalité de traitement suppose l'étude du droit matériel et de comparer les exigences matérielles posées par les différentes réglementations considérées comme applicables.

**536. En conclusion**, il apparaît que dans cet arrêt, la Cour vérifie si la mise en œuvre de la réglementation allemande conduit à ce que les produits indigènes et importés soient effectivement soumis aux mêmes exigences pour leur commercialisation sur le territoire d'un Etat membre. La Cour de justice analyse le principe de non-discrimination non pas comme un droit à être abstraitement traité de manière équivalente mais comme un droit à être soumis aux mêmes exigences que celles que la loi nationale<sup>1029</sup> impose pour la commercialisation des produits indigènes. Dès lors que ces exigences **varient** d'un Etat membre à l'autre, le principe de non-discrimination permet donc implicitement mais nécessairement aux opérateurs économiques **de choisir de se soumettre aux règles de fabrication** de l'Etat de destination. Par le biais de ce choix, les opérateurs économiques pourront effectivement être soumis aux mêmes exigences que les produits indigènes.

Si le principe de non-discrimination permet aux opérateurs économiques de se conformer à la loi de l'Etat membre de commercialisation, le principe de reconnaissance mutuelle postule pour sa part de manière générale l'équivalence et l'interchangeabilité des lois des Etats membres. Dès lors, le principe de la reconnaissance mutuelle conduit-il à admettre qu'un opérateur économique qui fabrique son produit sur le territoire d'un Etat membre le fasse conformément à la loi d'un Etat membre dans lequel il n'a pas l'intention de commercialiser son produit ?

### **2.2.2 La faculté de choix de loi de n'importe quel Etat membre sans exigence de fabrication ou de commercialisation**

---

<sup>1029</sup> Pour la Cour de justice « *il y a lieu de considérer comme une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative prohibée par l'article 30 du traité une interdiction d'importer du vermouth dont la teneur en alcool est inférieure au minimum prescrit dans l'Etat membre exportateur, pour la commercialisation sur son marché interne, alors qu'un tel minimum n'est pas prescrit pour la commercialisation de vermouth produit dans l'Etat membre importateur* », CJCE 20 avril 1983, Vermouth, aff. 59/82, Rec. 1217, pt. 12.

537. Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle ne pourrait-il pas ouvrir une totale faculté de choix de loi d'un Etat membre en matière de réglementation technique c'est-à-dire s'exprimant par une simple manifestation de volonté et indépendante tant du lieu de fabrication que de celui de la commercialisation de la marchandise ?

M. A. Mattera qui s'est interrogé sur les facultés de choix de loi générées par la reconnaissance mutuelle répond par la négative à cette interrogation. Pour notre part, si nous constatons avec cet auteur que la Cour de justice n'a effectivement pas encore consacré une telle extension des facultés de choix de loi, elle nous semblerait appréciable et conforme à la logique d'équivalence qui fonde le mécanisme.

Après avoir présenté la thèse de M. A. Mattera (a.), nous proposerons une extension des facultés de choix de loi fondée sur la logique d'équivalence gouvernant le mécanisme de la reconnaissance mutuelle (b).

#### **a) Présentation de la thèse**

538. L'hypothèse d'une totale faculté de choix de loi de n'importe quel Etat membre peut être illustrée comme suit : en Italie, la réglementation relative la composition d'un alcool, le vermouth, exigerait que cet alcool contienne 16 degrés d'alcool. En France, la réglementation relative à la composition de cet alcool, imposerait qu'il contienne 13 degrés d'alcool. En Allemagne, la réglementation relative à la composition de cet alcool, n'imposerait que 10 degrés d'alcool. Pour un opérateur économique, il serait donc moins onéreux de produire du vermouth conformément à la réglementation allemande. La question se pose alors de savoir si la reconnaissance mutuelle permettrait à un opérateur économique de fabriquer du vermouth en Italie, conformément à la réglementation allemande, en vue de son unique commercialisation en France.
539. Si M. A. Mattera envisage effectivement que le principe de la reconnaissance mutuelle ouvre une faculté de choix de loi au profit de l'opérateur économique, il limite ce choix de loi à une seule alternative : celle de l'Etat membre de fabrication ou celle de l'Etat membre de commercialisation. Ainsi dit-il, « *le dénominateur commun de la totalité des arrêts de la jurisprudence « cassis de Dijon » est qu'un Etat membre ne saurait interdire, en principe la vente sur son territoire un produit légalement fabriqué ou commercialisé dans un autre Etat membre du seul fait qu'il est confectionné selon des règles de compositions différentes. Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, tout producteur de la Communauté, lorsqu'il décide d'exporter son produit vers un autre pays membre bénéficie, en vertu du droit communautaire, du choix entre deux possibilités : - adapter*

*son produit alimentaire*<sup>1030</sup> *aux règles de composition du pays de destination ; - exporter son produit tel qu'il est légalement et loyalement fabriqué sur son territoire* »<sup>1031</sup>. En d'autres termes, selon cet auteur le choix de loi dont dispose l'opérateur économique en vertu du principe de la reconnaissance mutuelle serait lié à et donc limité par, **un élément localisateur précis** :

- soit le lieu de fabrication de la marchandise ;
- soit le lieu de commercialisation de la marchandise.

Il ne serait donc pas possible de fabriquer un produit conformément à la réglementation d'un Etat membre qui ne serait ni l'Etat de fabrication ni celui de destination pour ensuite revendiquer le bénéfice du principe de la reconnaissance mutuelle. M. A. Mattera ne considère donc pas que principe de la reconnaissance mutuelle ouvre un véritable de choix entre toutes les réglementations des Etats membres dès lors qu'elles seraient équivalentes. Il subordonne, en tout état de cause, ce choix à l'existence réelle d'un **élément localisateur**.

## b) Critique de la thèse

**540.** S'il faut bien convenir avec M. A. Mattera que la Cour de justice n'a jamais explicitement consacré la possibilité d'une liberté totale dans le choix de la loi d'un Etat membre par le principe de la reconnaissance mutuelle, de solides arguments militent en faveur d'une telle évolution de son interprétation.

En effet, la logique même du principe de la reconnaissance mutuelle ainsi que la présentation qu'en fait parfois la Commission permettent d'envisager au moins théoriquement que le principe de la reconnaissance mutuelle puisse conduire à ouvrir des facultés de choix de loi indépendamment de la présence d'un tel élément localisateur.

La logique d'équivalence qui gouverne le mécanisme de la reconnaissance mutuelle rend, à notre sens, l'exigence d'un encadrement du choix de loi d'un Etat membre par un élément localisateur superflu. En effet, comme nous l'avons exposé, le principe de la reconnaissance, contraint les Etats membres à renoncer à l'application impérative de leurs législations techniques, dès lors que des produits (importés) respectent déjà une réglementation étrangère si celle-ci, bien que divergente, **assure un niveau de protection équivalent**. En d'autres termes, le principe de reconnaissance mutuelle s'appliquant à

---

<sup>1030</sup> A. Mattera, considère que cette faculté choix ouverte par le principe de la reconnaissance mutuelle, s'applique également « dans le secteur des produits industriels » dans lequel l'opérateur économique peut choisir « les règles en vigueur dans l'Etat de destination [ou les] [...] règles en vigueur dans l'Etat membre de fabrication ». Mattera A., *Le marché unique européen, ses règles son fonctionnement*, 2<sup>ème</sup> éd. 1990, Jupiter; pp. 89-93.

<sup>1031</sup> Mattera A., « L'élimination des barrières techniques et la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle », *R.M.C.*, février 1990, n° 334, pp. 80-92, p. 89

tout produit « légalement fabriqué ou commercialisé » dans un autre Etat membre, on pourrait considérer qu'une fabrication conforme à la réglementation de n'importe quel Etat membre, pourvu qu'elle soit équivalente la réglementation de l'Etat membre de destination, constitue ce que la Cour de justice nomme une « fabrication légale ». L'expression « légalement fabriqué » employée par la Cour ne signifierait pas fabriqué conformément à la réglementation en vigueur dans l'Etat membre de fabrication mais fabriquée conformément à la loi de n'importe quel Etat membre pourvu qu'elle soit équivalente à celle de l'Etat membre de commercialisation.

De plus la Commission ne semble pas hostile à une telle interprétation de la notion de « fabrication légale ». Dans sa communication interprétative relative à l'application pratique de la reconnaissance mutuelle du 4 novembre 2003 la Commission indiquée que « *dès qu'un produit est fabriqué dans un autre Etat membre en Turquie ou dans un Etat signataire de l'AELE, [...] selon les règles et les méthodes de fabrication qui y sont acceptées il est considéré comme légalement fabriqué. Il ne s'agit donc pas uniquement des produits qui sont fabriqués selon les règles techniques éventuellement prévues dans la législation de l'Etat membre fabrication, mais également des produits qui ne contreviennent à aucune règle nationale* »<sup>1032</sup>. Nous interprétons ces propos de la Commission comme signifiant qu'un produit doit être considéré comme légalement fabriqué dans un autre Etat membre quand il y est fabriqué **selon les exigences d'une réglementation d'un autre Etat membre que l'Etat membre de fabrication considère cependant comme équivalente à sa réglementation**. Un produit légalement fabriqué dans un Etat membre, ne signifie donc pas exclusivement un produit fabriqué selon les règles techniques prévues par l'Etat de fabrication.

Dès lors, pourquoi ne pas aller plus loin, se départir de toute idée de localisation et admettre, conformément à la logique d'équivalence, que l'exigence d'une fabrication légale signifie uniquement celle d'une fabrication conforme aux exigences du seul Etat membre de commercialisation ? Il n'existe aucun obstacle textuel à une telle analyse qui nous semblerait d'autant plus souhaitable qu'elle serait conforme à l'esprit du mécanisme de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises. Par ailleurs, à notre sens, ce choix de loi resterait cependant évidemment soumis à l'applicabilité du droit communautaire, c'est-à-dire à l'exercice, par l'opérateur économique, **d'une activité économique transfrontière au sein de la Communauté**<sup>1033</sup>.

**541. En conclusion**, il résulte de l'étude du mécanisme de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises les éléments suivants :

---

<sup>1032</sup> Communication interprétative de la Cour de justice – « faciliter l'accès de produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle ». C 265/2 du 4 novembre 2003 (2003/C 265/02), pt. 2.2., p. 4.

<sup>1033</sup> Voir sur cette question : Première partie, Titre I, Chapitre II, § 2 « Les fluctuations de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'interprétation du critère d'applicabilité »

Premièrement, il n'est pas nécessaire qu'un produit soit fabriqué sur le territoire d'un Etat membre pour entrer dans le champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle.

Secondement il faut distinguer deux grands cas de figure :

- d'une part les situations dans lesquelles, il existe **un lien matériel** entre l'Etat membre dont est issue la loi à laquelle l'opérateur économique veut se soumettre et la fabrication ou la commercialisation de la marchandise en cause ;
- d'autre part, les situations dans lesquelles un tel lien matériel n'existe pas.

**Ce lien matériel existe** lorsque la loi choisie par l'opérateur économique est celle d'un Etat dans lequel il **commercialisera** sa marchandise, ou si même en l'absence d'une commercialisation dans cet Etat, il s'agit celle de l'Etat dans lequel il **fabrique** son produit.

Lorsque ce lien matériel existe, l'opérateur économique peut librement<sup>1034</sup> se soumettre à la loi d'un Etat de commercialisation ou de celle de l'Etat de fabrication.

Le mécanisme des articles 28 et 30 du traité CE et, dans le cadre de leur mise en œuvre plus précisément ceux de la non-discrimination et de la reconnaissance mutuelle, sont les fondements juridiques ouvrant cette faculté de choix loi.

La seule limite au choix de loi sera, comme il le sera démontré ultérieurement, l'utilisation abusive des mécanismes communautaires par les opérateurs économiques<sup>1035</sup>.

**Le lien matériel** entre l'Etat membre dont est issue la loi à laquelle l'opérateur économique veut se soumettre et l'opération juridique liée à la marchandise en cause **n'existe pas** lorsque la loi d'un Etat membre à laquelle l'opérateur économique veut se soumettre n'est pas celle de l'Etat membre dans lequel il fabrique son produit, ni celle de l'Etat membre dans lequel il commercialise son produit.

Une telle faculté de choix de loi n'est à l'heure actuelle en libre circulation de marchandises pas consacrée par le droit positif. Cependant, une évolution en ce sens paraît possible et même à notre sens souhaitable eu égard à l'esprit de ce mécanisme fondé sur la seule équivalence des réglementations, sous réserve, bien entendu, que le droit communautaire soit applicable au cas d'espèce<sup>1036</sup>.

---

<sup>1034</sup> Sous réserve du test de l'équivalence.

<sup>1035</sup> Voir Seconde partie, Titre II « L'abus de droit, une limite insuffisante aux nouvelles facultés de choix de loi »

<sup>1036</sup> Voir sur cette question : Première partie, Titre I, Chapitre II, § 2 « Les fluctuations de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'interprétation du critère d'applicabilité »

**542. En termes de choix de loi**, l'apport du principe de la reconnaissance mutuelle peut-être synthétisé comme suit :

D'abord, sous réserve d'une équivalence des réglementations, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle a ouvert des facultés de choix de loi **dans un domaine duquel il était auparavant exclu : les réglementations techniques des Etats membre.**

Ensuite, ces facultés de choix de lois sont pour le moment **encadrées par l'exigence d'un élément localisateur**, à savoir le lieu de fabrication ou de commercialisation de la marchandise. Ce choix s'exerce ainsi soit par le déplacement du lieu de fabrication de la marchandise, soit par une manifestation de volonté en faveur de la loi de l'Etat membre de commercialisation.

Enfin, au regard de la **logique d'équivalence** qui régit ce mécanisme, il conviendrait à notre sens de détacher cette faculté de choix de loi d'un Etat membre de tout élément localisateur de n'en subordonner la validité qu'à la seule démonstration de l'équivalence du droit choisi à celui de l'Etat membre de commercialisation.

**543.** Le principe de reconnaissance mutuelle en matière de libre circulation des marchandises peut être synthétisé par le suivant tableau :

<b>Champ d'application matériel</b>	<b>Facultés de choix de loi consacrée actuellement par la Cour de justice</b>	<b>Proposition d'extension des facultés de choix de loi</b>
<p><b>1.</b> Réglementation relative à la fabrication de la marchandise ;</p> <p><b>2.</b> Réglementation relative à la présentation de la marchandise ;</p> <p><b>3.</b> Procédures de contrôle de la marchandise.</p>	<p><b>1.</b> Loi de l'Etat membre de fabrication de la marchandise ;</p> <p><b>2.</b> Loi de l'Etat membre de commercialisation de la marchandise.</p>	<p>Dans le champ d'application matériel de la reconnaissance mutuelle : choix de loi de n'importe quel Etat membre dès lors qu'elle est équivalente à celle de l'Etat membre de commercialisation.</p>

## Section II

### La reconnaissance mutuelle en matière de diplômes et formations professionnelles

**544.** En libre circulation des **personnes**, le principe jurisprudentiel de reconnaissance mutuelle s'est principalement et largement développé en matière de diplômes et qualifications professionnelles<sup>1037</sup>. Certes, depuis l'entrée en vigueur, en ces matières, de nombreux actes de droit dérivé dont la directive générale de reconnaissance mutuelle 2005/36 du 7 septembre 2005<sup>1038</sup>, la mise en œuvre du mécanisme jurisprudentiel de reconnaissance mutuelle en ces matières se fait nettement plus rare. Son étude garde cependant tout son intérêt principalement pour deux raisons. D'une part le principe jurisprudentiel de la reconnaissance mutuelle s'est clairement développé en matière de diplômes et de qualifications si bien que la compréhension globale de ce mécanisme rend nécessaire de s'attacher à ses manifestations dans ce domaine particulier. D'autre part, part le champ d'application matériel de la directive 2005/36 du 7 septembre 2005 est limité, notamment aux professions réglementées. En conséquence, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle issu de la jurisprudence de la Cour de justice s'applique encore dehors du champ d'application de cette directive<sup>1039</sup>.

**545.** Remarquons d'emblé que les articles du traité CE relatifs à la libre prestation de services, la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement, ne contiennent pas expressément de principe de reconnaissance mutuelle<sup>1040</sup> en matière de diplômes et de qualifications professionnelles. L'émergence d'un tel principe – jurisprudentiel donc – a pour origine une série d'arrêts dont en particulier les arrêts « Heylens »<sup>1041</sup>, « Vlassopoulou »<sup>1042</sup> et « Kraus »<sup>1043</sup>.

---

<sup>1037</sup> Si bien que dans les ouvrages de droit communautaire, le terme « reconnaissance mutuelle » inscrit dans les indexes renvoie presque systématiquement exclusivement au seul domaine des qualifications professionnelles. Précisons en outre que la notion de qualification professionnelle est une notion plus large que celle de diplômes puisqu'elle peut correspondre à une exigence d'expérience professionnelle.

Voir en ce sens notamment : Dubouis L, Bluman C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Domat, Droit Public, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> ed. 2006, pt. 136, p. 99.

<sup>1038</sup> La reconnaissance des diplômes est actuellement régie par la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JOUE, n° L 255, 30 sept. 2005) remplaçant les quinze directives jusqu' alors en vigueur à cet égard.

Voir de manière générale à ce sujet : Pertek J., *Diplômes et professions en Europe*, Bruylant 2008.

<sup>1039</sup> Ainsi que l'explique M. J. Pertek, si une profession n'est pas réglementée dans l'Etat d'accueil, c'est alors le principe jurisprudentiel de la reconnaissance mutuelle dégagé par la Cour de justice qui trouve à s'appliquer. Selon cet auteur « *cette jurisprudence est née de l'absence de directive applicable à certaines professions [...], mais elle s'est développée pour constituer ce que l'on peut considérer comme un système de reconnaissance jurisprudentiel, complémentaire mais distinct du système résultant du droit dérivé. C'est alors sur les dispositions du traité lui-même que se fondent l'interdiction d'ignorer les preuves de qualifications obtenues dans un autre Etat membre et, en positif, l'obligation pour l'Etat d'accueil de procéder à une comparaison entre qualification qui est attestée par les diplômes que détient un demandeur ou qui peut résulter de l'expérience professionnelle qu'il a acquise et la qualification exigée par la réglementation nationale de la profession* » Pertek J., *Diplômes et professions en Europe*, Bruylant 2008, p. 144.

Dans le même sens : Rodière P., *Droit social de l'Union européenne*, L.D.G.J. 2008, pt. 224-2, p. 236

Pour une application relativement récente du principe jurisprudentiel de la reconnaissance mutuelle, voir par exemple concernant les stagiaires exclus du champ d'application de toute directive : CJCE 13 novembre 2003 « Morgenbesser », 313/01, *Rec.* 13467 ; mais aussi : CJCE 1<sup>er</sup> février 1996, Grægorios Arantis 164/94, *Rec.* 135, pts. 31 et 32 ; CJCE 8 juillet 1999, Fernandez de Bobadilla, 234/97, *Rec.* 4773.

<sup>1040</sup> Sous réserve de l'article 57 traité CE qui prévoit la possibilité d'adopter des directives afin de favoriser reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres. Il ne s'agit alors pas d'un principe inhérent au droit de la libre prestation de services, mais d'une méthode particulière d'harmonisation par le biais du droit dérivé, en matière de diplômes.

<sup>1041</sup> CJCE 15 octobre 1987 Heylens 22/86 *Rec.* 4097.

<sup>1042</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/94, *Rec.* 2357.

<sup>1043</sup> CJCE 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, *Rec.* 1663.

En cette matière, nous tenterons de démontrer que, en l'absence d'harmonisation, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle<sup>1044</sup> érige un principe **relatif** d'un droit de l'opérateur économique à n'être soumis qu'à **une seule réglementation** au sein de la Communauté. Dans ce cadre, son pouvoir choisir la réglementation de l'Etat membre est **grand**. En effet, s'il est encore subordonné à la nécessité d'un **déplacement physique** vers l'Etat membre dont la réglementation est convoitée, le droit communautaire **admet les déplacements effectués dans ce seul objectif**.

A cette fin, nous établirons d'abord que la reconnaissance mutuelle conduit à **l'application de principe d'une seule loi au sein de la Communauté** (§ I.). Puis, nous démontrerons qu'à l'heure actuelle, le choix de loi offert aux opérateurs économiques est important, puisque, même s'il reste subordonné au déplacement de l'opérateur économique vers l'Etat membre dont la loi lui convient, ce droit est reconnu à l'opérateur économique exerçant son activité économique dans son seul pays d'origine. Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle offre donc **de nouvelles facultés de choix de loi** aux opérateurs économiques (§ II.).

### **§ I. L'application de principe d'une seule loi au sein de la Communauté**

**546.** En matière de diplômes et de qualifications professionnelles, le principe de la reconnaissance mutuelle est, nous le démontrerons, fondé sur l'idée d'équivalence.

En principe donc, la faculté de la reconnaissance mutuelle à évincer l'application d'une réglementation nationale impérative en cette matière devrait être complètement tributaire du contenu des réglementations nationales librement choisi par chacun des Etats membres.

En d'autres termes, la capacité du mécanisme de la reconnaissance mutuelle à imposer l'application d'une seule et unique loi en matière de diplômes et de qualifications aux opérateurs économiques circulant devrait être très limitée.

**547.** Nous démontrerons qu'il n'en pourtant n'est rien.

---

<sup>1044</sup> Comp. avec la définition qu'en donnent M. L. Dubouis et M. C Bluman hors domaine harmonisé. Il s'agirait d'un mécanisme en vertu duquel « les autorités nationales sont tenues à l'obligation d'apprécier de façon objective la correspondance entre les connaissances et les qualifications requises par la législation nationale et celles qui ont été acquises dans un autre Etat membre ou un pays tiers. C'est seulement si la correspondance n'est que partielle que l'Etat d'accueil est en droit d'exiger que l'intéressé démontre qu'il a acquis les connaissances et les qualifications manquantes en statuant par une décision motivée et susceptible d'un recours juridictionnel ». Dubouis L., Bluman C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Domat, Droit Public, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> ed. 2006, pt. 144, p. 105.



En effet, d'une part la Cour de justice interprète très soupagement les notions de diplômes et qualifications professionnelles. Ce faisant, elle étend le champ d'application matériel du mécanisme de la reconnaissance mutuelle et lui assure une très large portée.

D'autre part, la Cour interprète également très soupagement la notion d'équivalence. Par conséquent, il devient bien difficile pour les Etats membres d'apporter la preuve d'une absence d'équivalence et donc de la légitimité de la mise en œuvre de leur réglementation.

Nous démontrerons qu'il en résulte donc que, en matière de diplômes et qualifications, la reconnaissance mutuelle pose un principe fort d'application d'une seule loi au sein de la Communauté.

Après avoir fait état de **l'interprétation extensive du champ d'application matériel de la reconnaissance mutuelle** (A), nous présenterons **l'interprétation souple du fondement juridique de la reconnaissance mutuelle** adoptée par la Cour de justice (B).

#### **A. L'interprétation extensive du champ d'application matériel du mécanisme**

**548.** Trois arrêts fondamentaux<sup>1045</sup> posent de manière explicite un principe de reconnaissance mutuelle en matière de diplômes et autres qualifications indépendamment de toutes mesures d'harmonisation<sup>1046</sup>. Il convient de présenter ces trois arrêts et d'appréhender ainsi le type de réglementations entrant dans le champ d'application du principe.

**549.** L'arrêt Heylens du 15 octobre 1987<sup>1047</sup> rendu sur le fondement de la **libre circulation des travailleurs** mérite d'abord d'être évoqué. Il constitue en effet une des premières manifestations de la reconnaissance mutuelle en cette matière. Il affirme en outre que ce mécanisme est fondé sur la notion d'équivalence et que, de ce fait, les opérateurs économiques doivent pouvoir exiger qu'il soit procédé un à contrôle juridictionnel de cette équivalence.

---

<sup>1045</sup> CJCE 15 octobre 1987 Heylens 22/86 Rec. 4097 ; CJCE, 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/94, Rec. 2357 ; CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663.

<sup>1046</sup> Il faut néanmoins également mentionner un arrêt antérieur aux trois autres, l'arrêt Thieffry du 28 avril 1977 (11/77, Rec. 765), dans lequel la Cour de justice a affirmé pour la première fois explicitement que l'exercice du droit à la libre circulation dont dispose les opérateurs économiques n'est pas subordonné à l'existence de directives d'harmonisation en matière de reconnaissance mutuelle prises sur le fondement de l'article 57 du traité. Dans l'arrêt P. (CJCE 28 juin 1977, 11/77, Rec. 1199) la Cour de justice affirme encore que l'obligation pesant sur les Etats membres de garantir la libre circulation des opérateurs économiques au sein de la Communauté n'est pas subordonnée à l'adoption préalable de mesure communautaire d'harmonisation.

<sup>1047</sup> CJCE 15 octobre 1987, Heylens, 22/86, Rec. 4097.

**550.** Cet arrêt était relatif à la conformité au droit communautaire d'une réglementation française subordonnant l'exercice de la profession d'éducateur physique ou sportif à l'obtention d'un diplôme français ou d'un diplôme étranger équivalant à celui-ci.

Cette réglementation présentait la particularité de ne pas imposer que les décisions de refus d'équivalence soient motivées et de ne pas instituer de voie de recours spécifique contre les décisions de refus.

Par cet arrêt, la Cour de justice encadre les procédures nationales de reconnaissance d'équivalence de diplômes et confère ainsi une force toute particulière au principe jurisprudentiel de reconnaissance mutuelle. Elle affirme ainsi que « *lorsque, dans un Etat membre, l'accès à une profession salariée est subordonnée à la possession d'un diplôme national ou d'un diplôme étranger reconnu comme équivalent, le principe de la libre circulation des travailleurs consacrés par l'article 48 du traité exige que la décision refusant à un travailleurs ressortissant d'un autre Etat membre la reconnaissance de l'équivalence du diplôme délivré par l'Etat membre dont il est le ressortissant soit susceptible d'un recours de nature juridictionnelle permettant de vérifier sa légalité par rapport au droit communautaire et que l'intéressé puisse obtenir connaissance des motifs à la base de la décision* »<sup>1048</sup>. En d'autres termes, la Cour indique que même en l'absence de réglementation de droit dérivé relative à la reconnaissance mutuelle des diplômes et qualification, il se dégage directement du Traité un système de reconnaissance mutuelle, en vertu duquel les Etats membres doivent :

- tenir compte des diplômes acquis au sein d'un autre Etat membre pour juger de l'applicabilité de leur réglementation nationale ;
- renoncer à l'application du droit national si un l'opérateur économique à acquis un diplôme équivalent à celui exigé par leur réglementation dans un autre Etat membre ;
- organiser des voies de recours permettant à l'opérateur économique de contester la décision de refus de reconnaissance d'un diplôme acquis au sein d'un autre Etat membre par les autorités d'un Etat membre.

**551.** Cette jurisprudence sera ensuite confirmée et précisée par la Cour de justice dans l'arrêt Vlassopoulou du 7 mai 1991<sup>1049</sup> rendu **en matière de liberté d'établissement**. Par cet arrêt, la Cour de justice donne une première définition claire de la reconnaissance mutuelle. La Cour affirme que « *[...] des conditions nationales de qualification, même appliquées sans discrimination tenant à la nationalité, peuvent avoir pour effet d'entraver l'exercice, par des ressortissants des autres Etats membres, du droit d'établissement qui leur est garanti par l'article 52 du traité. Tel pourrait être le cas si*

---

<sup>1048</sup> CJCE 15 octobre 1987, Heylens, 22/86, Rec. 4097 pt. 17.

<sup>1049</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/94, Rec. 2357.

les règles nationales en question faisaient abstraction des connaissances et des qualifications déjà acquises par l'intéressé **dans un autre Etat membres** »<sup>1050</sup>. La Cour déduit donc directement des articles du Traité garantissant la liberté d'établissement l'existence d'un principe de reconnaissance mutuelle en vertu duquel « *il incombe à un État membre, saisi d'une demande d'autorisation d'exercer une profession dont l'accès est, selon la législation nationale, subordonné à la possession d'un diplôme ou d'une qualification professionnelle, de prendre en considération les diplômes, certificats et autres titres que l'intéressé a acquis dans le but d'exercer cette même profession dans un autre État membre en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications exigées par les règles nationales* »<sup>1051</sup>. Le principe de reconnaissance mutuelle interdit ainsi aux Etats membres d'appliquer leurs réglementations relatives aux qualifications et diplômes sans au préalable, prendre en considération ceux déjà acquis par l'opérateur économique au sein d'un autre Etat membre. Il pose donc à la charge des Etats membres une obligation de tenir des diplômes et qualifications acquis au sein d'un autre Etat membre.

**552.** Enfin, **le champ d'application matériel** du principe de reconnaissance mutuelle sera délimité à l'occasion de l'arrêt Kraus du 31 mars 1993<sup>1052</sup> rendu sur le fondement de la **libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement**.

Par cet arrêt, la Cour de justice étend le champ d'application du mécanisme à tous les diplômes et qualifications **alors même que ceux-ci ne conditionneraient pas l'accès à une profession** en lui-même. La Cour affirme ainsi que, « *même si un titre universitaire de troisième cycle ne conditionne normalement pas l'accès à une profession salariée ou indépendante, sa possession n'en constitue pas moins, pour celui qui peut s'en prévaloir, un avantage tant pour accéder à une telle profession que pour y prospérer* »<sup>1053</sup>. « *Le titulaire d'un diplôme tel que celui visé en l'espèce au principal peut se trouver dans une situation avantageuse lors de l'exercice de son activité professionnelle, dans la mesure où la possession de ce diplôme peut lui assurer une rémunération plus élevée ou un avancement plus rapide ou encore lui donner accès, au cours de sa carrière, à certains postes spécifiques réservés aux personnes ayant des qualifications particulièrement élevées* »<sup>1054</sup>. « *Il résulte de ce qui précède que la situation du ressortissant communautaire, titulaire d'un diplôme universitaire de troisième cycle qui, obtenu dans un autre État membre, facilite l'accès à une profession ou, à tout le moins, l'exercice d'une activité économique, est régie par le droit communautaire, même en ce qui concerne les rapports de ce ressortissant à l'égard de l'État membre dont il est le ressortissant* »<sup>1055</sup>. Le champ d'application matériel du principe apparaît extrêmement large. Entrent dans le champ d'application du principe jurisprudentiel toutes les

<sup>1050</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/94, Rec. 2357, point 15.

<sup>1051</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/94, Rec. 2357, pt. 16.

<sup>1052</sup> CJCE 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663, pt. 18.

<sup>1053</sup> CJCE 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663, pt. 18.

<sup>1054</sup> CJCE 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663, pt. 21.

<sup>1055</sup> CJCE 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663, pt. 23.

réglementations<sup>1056</sup> relatives aux diplômes ou autres qualifications professionnelles ayant un impact sur l'accès à un emploi ou sur son exercice.

**553. Il résulte de ces trois arrêts que**, en vertu du principe de reconnaissance mutuelle, tout titre, qualification diplôme ou l'expérience professionnelle acquis au sein d'un autre Etat membre et ayant **un simple impact** non seulement **sur l'accès** à une profession, mais encore **sur l'exercice** de celle-ci doit être pris en considération par les Etats membres.

### **B. L'interprétation souple du fondement juridique du mécanisme**

**554.** La notion d'équivalence constitue le fondement du mécanisme de la reconnaissance mutuelle en matière de qualifications et de diplômes.

La portée du mécanisme est ainsi largement tributaire du sens donné à la notion d'équivalence. Or, la Cour de justice contrôle cette notion et l'interprète très soupagement afin qu'une équivalence puisse être aisément caractérisée.

Nous verrons en effet que la Cour de justice :

- impose aux Etats membre de procéder à une comparaison minutieuse de leur réglementions ;
- assimile équivalence des réglementions et équivalence entre une situation de fait et les exigences posées par une réglementation ;
- pose une présomption d'équivalence qu'il incombe aux Etats membres de renverser.

**555. Premièrement**, il faut rappeler que le constat d'une équivalence fait peser sur les Etats membres une **obligation absolue** de reconnaître les qualifications acquises sein d'un autre Etat membre ou, formulé négativement, **une obligation absolue de renoncer à l'application de leur réglementation**.

Or, comme l'illustre notamment l'arrêt Heylens<sup>1057</sup> la Cour de justice impose aux Etats membres de procéder à un contrôle minutieux de cette équivalence. Il résulte de cet arrêt

---

<sup>1056</sup> ... ou absence de réglementation nationale imposant la prise en considération des diplômes et qualification acquis au sein d'un autre Etat membre.

<sup>1057</sup> CJCE 15 octobre 1987, Heylens, 22/86, Rec. 4097 ; dans le même sens voir notamment l'arrêt Vlassopoulou à l'occasion duquel la Cour utilise la formulation de principe selon laquelle les autorités de l'Etat membre d'accueil doivent « *s'assurer objectivement que le diplôme étranger atteste, dans le chef de son titulaire, de connaissances et qualifications sinon identiques* ».

la nécessité de procéder à une comparaison des réglementations au regard de trois éléments :

- la nature des études ;
- la durée des études ;
- les formations pratiques effectuées.

La Cour affirme effectivement d'une part «*qu'il incombe à un État membre, saisi d'une demande d'autorisation d'exercer une profession dont l'accès est, selon la législation nationale, subordonné à la possession d'un diplôme ou d'une qualification professionnelle, de prendre en considération les diplômes, certificats et autres titres que l'intéressé a acquis dans le but d'exercer cette même profession dans un autre État membre en procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications exigées par les règles nationales*»<sup>1058</sup>.

Elle indique d'autre part que «*autorités nationales [doivent] s'assurer objectivement que le diplôme étranger atteste dans le chef de son titulaire des connaissances et qualifications sinon identiques, du moins équivalentes à celles attestées par diplôme national. Cette appréciation de l'équivalence du diplôme étranger doit se faire exclusivement en considération du degré des connaissances et qualifications que ce diplôme, compte tenu de la nature et de la durée des études et des formations pratiques dont atteste l'accomplissement, permet de présumer dans le chef du titulaire*»<sup>1059</sup>. Ainsi dès lors qu'un diplôme acquis dans autre Etat membre ou reconnu par un autre Etat membre est équivalent au diplôme national, l'Etat membre doit reconnaître la validité et la portée de cette qualification sur son territoire<sup>1060</sup>.

Cependant ce fondement juridique – l'équivalence – constitue également une limite à la portée du mécanisme de la reconnaissance mutuelle : les Etats membres, libres de juger – en l'absence de mesure d'harmonisation – du niveau d'exigence et de régulation en vigueur sur leur territoire peuvent toujours par le biais de l'exercice de leur compétence normative faire en sorte que les situations d'équivalence réglementaire ne se réalisent pas.

**556. Deuxièmement**, le constat de l'absence d'équivalence entre les réglementations nationales n'autorise pas pour autant automatiquement les Etats membres à appliquer successivement leur réglementation. En effet, dans ce cas, le principe de la

---

*du moins équivalentes à celles attestées par le diplôme national* » CJCE, 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/94, Rec. 2357, pt. 17.

<sup>1058</sup> CJCE, 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/94, Rec. 2357, pt. 16.

<sup>1059</sup> CJCE 15 octobre 1987, Heylens 22/86, Rec. 4097, pt. 13.

<sup>1060</sup> On retrouve ainsi exactement la même formulation dans l'arrêt Vlassopoulou « *Cette procédure d'examen doit permettre aux autorités de l'État membre d'accueil de s'assurer objectivement que le diplôme étranger atteste, dans le chef de son titulaire, de connaissances et qualifications sinon identiques, du moins équivalentes à celles attestées par le diplôme national* » CJCE, 7 mai 1991, Vlassopoulou, C-340/94, Rec. 2357, point 17.

reconnaissance mutuelle impose encore aux Etats membres de **prendre en considération** les qualifications – même non équivalentes – acquises au sein d'un autre Etat membres et de vérifier si, **de fait**, l'opérateur économique ne se trouve pas dans une **situation d'équivalence** avec les exigences posées par la réglementation de l'Etat membre d'accueil.

En effet, selon la Cour de justice « *dans le cas où la correspondance entre les titres et les diplômes n'est que partielle, les autorités de l'Etat d'accueil sont en droit d'exiger que l'intéressé établisse qu'il a acquis les connaissances et qualifications manquantes, en le soumettant au besoin à un examen* »<sup>1061</sup>. Ainsi, lorsque la correspondance entre les titres et qualifications, n'est que partielle, il doit être permis à l'opérateur économique de démontrer qu'il a, d'une façon ou d'une autre, acquis la qualification manquante.

La Cour de justice interprète donc souplesment la notion d'équivalence afin d'en faciliter la preuve. Ce faisant, elle cherche à limiter les hypothèses d'application successive des réglementations nationales en la matière.

**557. Troisièmement**, la portée du mécanisme de la reconnaissance mutuelle est encore renforcée par une jurisprudence développée par la Cour dès le début des années 1990. En effet, par celle-ci la Cour semble avoir implicitement dégagé une **présomption générale d'équivalence des réglementations nationales**<sup>1062</sup>.

En effet, depuis une série d'arrêts de 1991<sup>1063</sup>, la Cour de justice condamne la mise en œuvre de toute règle de droit restreignant même potentiellement la libre circulation<sup>1064</sup> des personnes indépendamment de son caractère discriminatoire, à moins que celle-ci ne soit justifiée par une raison d'impérieuse d'intérêt général et strictement proportionnée à l'objectif poursuivi.

La Cour affirme ainsi : « *les articles 48 et 52 s'opposent à toute mesure nationale, relative aux conditions d'utilisation d'un titre universitaire complémentaire, acquis dans un autre Etat membre, qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les ressortissants communautaires, y compris ceux de l'Etat membre auteur de la mesure, des libertés fondamentales garanties par le traité. Il n'en irait autrement que si une telle mesure poursuivait un objectif légitime compatible avec le traité et se justifiait par des*

---

<sup>1061</sup> CJCE 7 mai 1992, Société Aguirre-New-man, 104/91, Rec. 3003, pt. 16.

<sup>1062</sup> Voir en sens contraire : Rodière P., *Droit social de l'Union européenne*, L.D.G.J. 2008, pt. 224-2, p. 236.

<sup>1063</sup> CJCE 25 juillet 1991, Mediawet, 353/89, Rec. I 4069 ; CJCE 25 juillet 1991, Gouda, 288/89, Rec. I 4007 ; CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221.

<sup>1064</sup> Qui constitue un principe fondamental ainsi que la Cour le rappelle itérativement : « *En effet, la Cour a admis (voir, notamment, arrêt du 7 juillet 1976, Watson et Belmann, 118/75, Rec. p. 1185, point 16; arrêt Heylens e.a., précité, point 8; arrêt du 7 juillet 1992, Singh, C-370/90, Rec. p. I-4265, point 15) que les dispositions des articles 48 et 52 du traité mettaient en œuvre un principe fondamental consacré par l'article 3, sous c), du traité où il est dit qu'aux fins énoncées à l'article 2 l'action de la Communauté comporte l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des personnes* ». CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663, pt. 29.

*raisons impérieuses d'intérêt général*<sup>1065</sup>. Mais encore faudrait-il, en pareil cas, que l'application de la réglementation nationale en cause soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif»<sup>1066</sup>.

Il résulte de cette jurisprudence que le caractère *a priori* illicite de l'application d'une réglementation d'un Etat membre peut être très facilement établi. En effet, s'il n'est pas certain qu'une réglementation qui subordonne l'accès ou l'exercice d'une activité professionnelle à la détention d'un diplôme ou d'un titre dissuade effectivement les opérateurs économiques de circuler, l'on ne saurait douter du fait qu'elle sera toujours jugée **susceptible de rendre moins attrayant** l'exercice d'une telle activité professionnelle au sein d'un autre Etat membre, surtout si l'opérateur économique pouvait – en l'état – exercer cette même activité au sein d'un autre Etat membre<sup>1067</sup>.

Dès lors, il nous semble que la mise en œuvre successive de ce type de réglementation constitue nécessairement une restriction potentielle à la libre circulation. A ce titre, elle est présumée n'être pas conforme au droit communautaire. Son application est alors *a priori* interdite, à moins que l'Etat membre dont émane la réglementation ne démontre la légitimité et la nécessité de l'application de sa réglementation.

Or, l'application d'une telle réglementation ne pourra en tout état de cause se justifier que si l'Etat membre peut établir que sa réglementation ne fait pas double emploi avec celle d'ores et déjà appliquée d'un autre Etat membre.

Cette jurisprudence initiée dans les années 1990 conduit donc à faire peser sur l'Etat membre qui souhaiterait appliquer successivement sa réglementation la preuve de l'absence d'équivalence.

**558. En conclusion**, on peut donc affirmer que, de manière générale, le principe de la reconnaissance mutuelle n'érige **un principe absolu d'une loi unique** au sein de la Communauté **que lorsque que les réglementations se révèlent équivalentes**.

Néanmoins, pour deux raisons, **les opérateurs ne seront en fait souvent soumis qu'au respect d'une seule loi**. D'une part, la charge de la preuve de l'équivalence des réglementations qui peut être difficile à apporter pèse sur l'Etat membre de destination.

---

<sup>1065</sup> Voir antérieurement déjà en ce sens : CJCE 28 avril 1977, Thieffry, 71/76, *Rec.* 765, pts 12 et 15.

<sup>1066</sup> CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, *Rec.* 1663, pt. 32; dans le même sens antérieurement, voir par exemple: CJCE 20 mai 1992, Ramrath, 106/91, *Rec.* 3351, pts 29 et 30.

<sup>1067</sup> En ce sens, M. M. Fallon écrit : « *la plupart des entraves de droit privé susceptibles d'un contrôle communautaire sont des réglementations relatives à l'exercice d'une profession qui garantissent par une sanction de droit privé le respect d'une règle de comportement édictée pour la sauvegarde de l'intérêt général, disposition qui recevrait sans doute la qualification de règle d'ordre public dans la terminologie du droit interne, et de loi de police dans la terminologie du droit international privé. [...] En ce qu'elles entendent régir directement l'exercice de l'activité économique, elles entrent par excellence dans les prévisions de la notion d'entrave* ». Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *Recueil des cours, Académie de droit international*, La Haye, 1995, tome 253, pp. 9-282, pt. 33, p. 74.

D'autre part, l'absence d'équivalence des réglementations ne permet pas systématiquement de justifier l'application successive d'une réglementation à l'opérateur économique qui circule puisqu'il convient encore de s'assurer que l'opérateur économique ne se trouve pas, de fait, dans une situation d'équivalence et, en tout état de cause, de soumettre la mise en œuvre de la réglementation au test de nécessité et proportionnalité.

**Nous considérons donc que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle pose un principe d'application unique des réglementations en matière de diplôme et qualification au sein de la Communauté qui, exceptionnellement, connaît des exceptions.**

## **§ II. Un mécanisme offrant de nouvelles facultés de choix de loi aux opérateurs économiques**

**559.** Nous avons constaté que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle pose un principe fort, même s'il connaît certaines exceptions, d'application d'une seule réglementation en matière de diplômes et qualifications aux opérateurs économiques circulants. Reste alors à déterminer dans quelle mesure ces derniers peuvent choisir cette loi unique à laquelle ils seront soumis.

Trois questions se posent alors :

- le choix de loi peut-il se porter sur la **loi d'un Etat tiers**?
- le choix de loi est-il subordonné à un **déplacement physique** de l'opérateur économique vers le territoire de l'Etat membre dont la réglementation est convoitée ?
- le choix de loi est-il subordonné à l'existence d'un **lien objectif** entre l'activité professionnelle de l'opérateur économique et l'Etat membre dont la loi est choisie ?

**560.** Afin de répondre à ces trois questions relatives d'une part aux modalités d'exercice du choix de loi et d'autre part à son encadrement par l'exigence d'un élément localisateur, nous distinguerons deux hypothèses. Après avoir **déterminé** de manière générale **les Etats dont la réglementation peut valablement faire l'objet d'un choix** (A), nous étudierons comment ces **facultés de choix de loi** peuvent être **opposables par un opérateur économique à l'encontre de son propre Etat** (B).

### **A. Détermination des Etats dont la réglementation peut faire l'objet d'un choix de loi**



561. Les opérateurs économiques peuvent souhaiter revendiquer des droits qu'ils auraient acquis au sein d'un Etat tiers (1), ou au sein d'un autre Etat membre (2).

### 1. Acquisition d'un titre dans un Etat tiers

562. Deux arrêts<sup>1068</sup> de la Cour de justice semblent indiquer que le principe de la reconnaissance mutuelle s'applique également lorsqu'un Etat membre a simplement reconnu un diplôme qui n'a pas été acquis sur son territoire.

La portée de ces deux arrêts doit être relativisée en raison de l'existence, dans ces affaires, de directives communautaires. En l'absence d'arrêt explicite sur ce point dans des domaines non harmonisés, nous ne pouvons cependant que nous appuyer sur ceux-ci pour tenter de dégager certains principes de solution qui auraient une portée plus générale<sup>1069</sup>.

Ainsi par exemple, dans l'arrêt Hoczman du 14 février 2000, la Cour de justice a-t-elle imposé à l'Etat français de tenir compte du diplôme qu'un ressortissant communautaire avait acquis dans un Etat tiers mais qui avait été reconnu par l'Etat espagnol.

Elle affirme : « *il appartient à la juridiction de renvoi [française], le cas échéant aux autorités nationales compétentes, d'apprécier, au vu de tous les éléments [...] si l'équivalence du diplôme de Hoczman, avec le diplôme correspondant français doit être admis. Il y aura lieu notamment d'examiner si la reconnaissance en Espagne du diplôme argentin de M. Hoczman comme équivalant au titre espagnol de licencié en médecine et en chirurgie a été effectué sur le fondements de critères comparables à ceux qui ont pour objet, dans le cadre de directive de 93/16, de garantir aux Etats membres qu'ils peuvent se fier à la qualité des diplômes en médecine délivrés par les autres Etats membres* »<sup>1070</sup>.

Il faut cependant remarquer que dans un arrêt antérieur du 9 février 1994, la Cour de justice avait adopté une position contraire et affirmé que « *la reconnaissance par un Etat membre d'un titre délivré par un Etat tiers n'engage pas les autres Etats membres* »<sup>1071</sup>.

---

<sup>1068</sup> CJCE 9 février 1994 Haïm 319/92, Rec. 425 ; CJCE Hoczman 14 février 2000 238/98, Rec. 6623.

<sup>1069</sup> Sur les raisons de l'exclusion de principe du droit dérivé de notre étude, voir notre introduction.

<sup>1070</sup> CJCE Hoczman 14 février 2000 238/98, Rec. 6623, pt. 39.

<sup>1071</sup> CJCE 9 février 1994, Tauril-Albertin, 154/93, Rec. 451. la Cour y indique que « *la reconnaissance mutuelle des diplômes de dentistes délivrés par les Etats visés par la directives 78/686 repose sur la garantie de l'application de critères minimaux de formation imposés par la directive 78/687, [...] Or, dans les relations avec les Etats tiers, une telle coordination de législations relatives à la formation ne peut être établie que par des conventions conclus avec les Etats concernés [...] il s'en suit que la reconnaissance par un Etat membre d'un titre délivré par un Etat tiers n'engage pas les autres Etats membres* ».

C'est ainsi avec les réserves qui s'imposent que nous considérons donc qu'il n'est pas exclu que le principe de reconnaissance mutuelle soit applicable aux diplômes et autres qualifications acquises dans un Etat tiers lorsque celui-ci a été reconnu par un autre Etat membre au sein duquel l'opérateur économique aurait séjourné.

## 2. Acquisition d'un titre dans un Etat membre

563. La Cour de justice a expressément reconnu le bénéfice de la reconnaissance mutuelle aux opérateurs économiques dans deux hypothèses :

- lorsqu'ils se prévalent de la réglementation relative aux diplômes et qualifications de l'Etat membre dont ils sont **ressortissants** et à laquelle ils se sont d'ores et déjà conformés ;

- lorsqu'ils se prévalent de celle d'un Etat membre au sein duquel ils se sont **établis** et à laquelle ils se sont d'ores et déjà conformés.

La première hypothèse peut être illustrée par l'arrêt Heylens<sup>1072</sup> précédemment évoqué. Dans cet arrêt, la Cour de justice a imposé à un Etat membre de reconnaître l'équivalence entre les exigences posées par sa réglementation et un diplôme délivré par autre Etat membre à l'un de ses ressortissants.

La seconde hypothèse résulte d'une formule itérative de la Cour selon laquelle : « *la libre circulation des personnes, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée par des réglementations justifiées par l'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant lesdites activités sur territoire de l'Etat en question, **que dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le ressortissant communautaire est soumis dans l'Etat membre où il est établi*** »<sup>1073</sup>.

Dans ces deux hypothèses, **le choix de loi s'exerce donc par le biais d'un déplacement physique vers l'Etat membre dont la réglementation est convoitée**. Cette exigence d'un déplacement est certainement le plus souvent posée par l'Etat membre lui-même pour l'acquisition d'un diplôme nationale. Elle est cependant également induite par la Cour de justice puisque celle-ci vise l'hypothèse **d'un établissement dans l'Etat membre au sein duquel les droits sont acquis**.

De plus, les lois « choisies » présentent **un lien objectif avec la situation de l'opérateur économique** puisqu'il s'agit de loi d'Etat avec lesquelles les opérateurs économiques ont un lien stable du fait, soit de leur qualité de ressortissants, soit de l'exigence, par le biais de la notion d'établissement, d'une implantation stable et durable dans un Etat membre.

<sup>1072</sup> CJCE 15 octobre 1987, Heylens, 22/86, Rec. 4097.

<sup>1073</sup> CJCE 20 mai 1992, Ramrath, 106/91, Rec. 3351, pt. 29.

## B. Les facultés de choix de loi opposables par un opérateur économique à l'encontre de son propre Etat

564. Nous avons constaté que la Cour de justice consacre de nouvelles facultés de choix de lois dès lors que ce choix de l'opérateur économique se porte sur une loi présentant un lien objectif avec sa situation.

Le principe de reconnaissance mutuelle permet-il également à l'opérateur économique de se prévaloir des droits qu'il aurait acquis conformément à la réglementation d'un autre Etat membre avec lequel sa situation ne présenterait **pas de liens aussi continus et stables** ?

Nous pensons que certains arrêts de la Cour de justice dans lesquels l'opérateur économique revendiquait des droits acquis dans un autre Etat membre à l'encontre des autorités de l'Etat membres dont il est ressortissant livrent à cet égard quelques pistes de réflexions.

565. L'arrêt Knoors<sup>1074</sup> soulève d'abord la question de l'opposabilité du choix de loi d'un Etat membre au sein duquel une activité économique est régulièrement exercée, aux autorités de l'Etat membres dont l'opérateur économique est le ressortissant.

Les faits étaient les suivants : M. Knoors de nationalité néerlandaise résidait en Belgique où il exerçait les activités d'installateur de chauffage central et d'installateur plombier sanitaire. Il souhaitait également exercer cette activité aux Pays-Bas. Ce droit lui était refusé au motif qu'il n'était pas titulaire du diplôme néerlandais nécessaire à cet exercice. M. Knoors s'est alors appuyé sur une directive communautaire, mais également sur les articles 48, 52 et 59 du traité CE, afin que soit reconnue comme une preuve suffisante de ses connaissances et aptitudes, son exercice effectif de cette même activité au sein d'un autre Etat membre.

La Cour de justice a alors affirmé que les « *libertés (48, 52, 59 du traité), fondamentales dans le système de la Communauté ne seraient pas pleinement réalisées si les Etats membres pouvaient refuser le bénéfice des dispositions de droit communautaire à ceux de leurs ressortissants qui ont fait usage des facilités existant en matière de circulation et d'établissement et qui ont acquis, à faveur de celles-ci, les qualifications professionnelles visées par la directive dans un pays membre autre que celui dont ils possèdent la nationalité* »<sup>1075</sup>. Dans cette hypothèse, la Cour de justice admet donc indirectement un choix de loi en faveur de celle d'un Etat membre dans lequel l'opérateur

<sup>1074</sup> CJCE 7 février 1979, 115/78, Knoors, Rec. 401.

<sup>1075</sup> CJCE 7 février 1979, 115/78, Knoors, Rec. 401, pt. 20.

économique exerce d'ores et déjà une telle activité, opposable aux autorités de l'Etat membre dont il est le ressortissant.

Un tel choix de loi serait-il également consacré si l'opérateur économique témoignait d'un lien plus faible encore – en ce sens qu'il n'y exercerait aucune activité économique – avec l'Etat membre dont il convoite la réglementation ?

**566.** Par un arrêt Kraus du 31 mars 1993<sup>1076</sup>, la Cour de justice a consacré une faculté de choix de la loi d'un Etat membre au sein duquel l'opérateur économique n'est pas établi, mais au sein duquel il a régulièrement résidé et acquis une qualification.

La Cour considère même qu'un tel choix de loi est opposable aux autorités de l'Etat membre dont il est le ressortissant.

La Cour affirme en effet que *« la portée de l'article 52 du traité ne saurait être interprétée de façon à exclure du bénéfice du droit communautaire les ressortissants d'un Etat membre déterminé lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouvent, à l'égard de leur Etat membre d'origine, dans une situation assimilable à celle de tout autre sujet bénéficiant des droits et libertés garantis par le traité »*<sup>1077</sup>.

L'application de ce raisonnement en matière de reconnaissance des diplômes conduit à admettre que les opérateurs économiques puissent s'appuyer sur le droit communautaire pour que soit reconnu, dans leur Etat d'origine **où ils exercent l'intégralité de leur activité économique**, un diplôme acquis au sein d'un autre Etat membre. Ainsi, pour la Cour<sup>1078</sup> *« [...] la libre circulation des travailleurs et le droit d'établissement, garantis par les articles 48 et 52 du traité, constituent des libertés fondamentales dans le système de la Communauté, qui ne seraient pas pleinement réalisées si les Etats membres pouvaient refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire à ceux de leurs ressortissants qui ont fait usage des facilités prévues par ce droit et qui ont acquis, à la faveur de celles-ci, des qualifications professionnelles dans un pays membre autre que celui dont ils possèdent la nationalité »*<sup>1079</sup>. La reconnaissance mutuelle permet donc aux opérateurs économiques de se placer sous l'empire de la législation d'un Etat membre qui leur semble favorable pour ensuite, une fois le diplôme ou la qualification acquise au sein de cet Etat membre, en revendiquer le bénéfice dans un autre Etat membre où ils exerceront l'intégralité de leur activité professionnelle.

---

<sup>1076</sup> CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663.

<sup>1077</sup> CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663, pt. 15.

<sup>1078</sup> Pour un exemple d'une autre formulation du même principe : *« Or, la même considération s'applique dans l'hypothèse où un ressortissant d'un Etat membre a acquis, dans un autre Etat membre, une qualification universitaire complémentaire à sa formation de base et dont il entend se prévaloir après son retour dans son pays d'origine »*. CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663, pt. 17.

<sup>1079</sup> CJCE, 31 mars 1993, Dieter Kraus contre Land Baden-Württemberg, 12/92, Rec. 1663, pt. 16

**567. En conclusion**, en matière de diplômes et de qualifications, la Cour de justice consacre par le biais de la reconnaissance mutuelle un **principe d'application d'une loi unique** fondé sur l'**équivalence** des réglementations.

Ce principe connaît des **exceptions**, mais la présomption d'équivalence des réglementations posée par la Cour de justice et l'interprétation qu'elle fait de la notion d'équivalence rend leur invocation difficile.

En ce qui concerne **les facultés de choix de loi** ouvertes par la reconnaissance mutuelle, le bilan est mitigé. D'un côté, le choix de loi ne semble **pas limité par l'exigence d'un lien stable et continu** entre la situation de l'opérateur économique et l'Etat membre dont la loi émane. En effet, la Cour de justice permet aux opérateurs économiques de choisir la loi d'un Etat membre sans rapport avec l'exercice de leur activité économique.

D'un autre côté, **les modalités d'exercice du choix de loi restent contraignantes** car, du fait tant des législations nationales (le plus souvent d'application territoriale) que de la jurisprudence de la Cour, l'exercice du choix de loi reste subordonné à un **déplacement physique de l'opérateur économique** vers l'Etat membre dont la loi est convoitée.

On peut ainsi synthétiser la reconnaissance mutuelle en la matière par le tableau suivant.

<b>Champ d'application matériel</b>	<b>Choix de loi</b>	<b>Modalité du choix de loi</b>
1. Réglementations relatives aux diplômes ;  2. Réglementations relatives aux qualifications professionnelles ;  → ayant un impact sur l'accès ou l'exercice d'une activité professionnelle.	1. Loi de n'importe quel Etat membre pourvu :  - de s'y être conformée, et - d'avoir séjourné régulièrement dans l'Etat membre.  2. Loi d'un Etat tiers pourvu : que la qualification acquise ait été reconnue comme équivalente par un Etat membre dans lequel l'opérateur économique a séjourné	Le déplacement physique afin de se placer sous l'empire de la loi convoitée

### **Conclusion de Chapitre I**

**568.** Il résulte de la jurisprudence de la Cour relative aux libertés de circulation, un mécanisme de reconnaissance mutuelle. Par celui-ci, la Cour condamne l'application successive de

certaines réglementations nationales pourtant jugées impératives par les Etats membres dont elles émanent.

Ce mécanisme tend donc à imposer l'application d'une seule loi dans des domaines où, du fait de leur mobilité (ou de celle de l'objet de leur commerce), les opérateurs économiques étaient habituellement soumis à de multiples réglementations.

Le champ d'application matériel de ce mécanisme est strictement délimité : en libre circulation des marchandises, il ne s'applique qu'aux réglementations concernant la fabrication et la présentation de la marchandise ainsi que les mesures de contrôle y afférant. En libre circulation des personnes, dans le domaine plus particulier des diplômes et de qualifications, il s'applique à toutes les réglementations ayant un impact sur l'accès ou l'exercice d'une activité professionnelle.

En ces matières, la Cour de justice fonde ce mécanisme sur une **présomption d'équivalence** entre les réglementations des Etats membres rendant leur mise en œuvre successive inutile. L'équivalence qui constitue donc le fondement du mécanisme peut être définie comme la qualité ce qui « *a la même valeur ou fonction [ou] dont la portée est semblable ou identique* »<sup>1080</sup>.

Dès lors, cette présomption d'identité entre les réglementations nationales qui conduit à l'application d'une seule loi en ces matières ne justifie-t-elle pas de la même façon que les opérateurs puissent choisir la loi à laquelle ils se conformeront ?

Nous avons effectivement constaté l'émergence de **nouvelles facultés de choix de loi implicitement offertes** par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle. Subordonnées par la Cour de justice à l'exigence d'**un élément localisateur**, ces nouvelles facultés de choix de loi restent cependant encore limitées.

En libre circulation des marchandises, ce choix prend la forme d'une alternative entre la réglementation de l'Etat membre de fabrication et celle de l'Etat membre de commercialisation de la marchandise.

En matière de diplômes et qualifications, le choix de loi semble subordonné à la résidence de l'opérateur économique – pendant un certain temps au moins – dans l'Etat membre dont la réglementation est convoitée.

**569. Proposition.** – **En matière de diplômes et qualifications**, il nous apparaît difficilement concevable d'étendre ces facultés de choix de lois à celles de tout Etat membre indépendamment d'un élément localisateur ou d'un déplacement physique. En effet, la formation professionnelle suppose toujours l'écoulement d'un certain temps et une

---

<sup>1080</sup> Dictionnaire Le nouveau Petit Robert de la langue française, 2009, p. 917

immersion dans un environnement qui induisent l'exigence d'un certain élément localisateur.

**En libre circulation des marchandises, en revanche**, dans les limites du champ d'application matérielle que nous avons tracé, il conviendrait pourtant à notre sens d'étendre les facultés de choix aux lois de tous les Etats membres dès lors que celles-ci, comme l'impose le fondement même de ce mécanisme – sont équivalentes à celles en vigueur dans l'Etat membre au sein duquel le bénéfice de la reconnaissance mutuelle est invoqué.

Une telle faculté de choix de loi ne serait alors plus subordonnée à un déplacement physique vers l'Etat membre dont la réglementation est convoitée. Une telle extension de facultés de choix de loi serait conforme à l'esprit de ce mécanisme, plus clairement exprimée, facilement exercée et aucunement préjudiciable aux Etats membres puisque dépendant de l'équivalence de leurs réglementations.

La situation est en revanche très différente lorsque la Cour de justice développe, par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, de nouvelles facultés de choix de loi indépendamment de toute équivalence des réglementations. Fondées sur les seules libertés de circulation, ces facultés de choix de loi, qu'il convient à présent d'étudier, peuvent largement fragiliser l'autorité des législations nationales.

## CHAPITRE II

### LE CHOIX DE LOI JUSTIFIE PAR LA SEULE LIBERTE DE CIRCULATION

**570.** Dans les domaines plus particuliers de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement des sociétés<sup>1081</sup> le développement du principe de reconnaissance mutuelle par la Cour de justice présente la particularité d'être **largement – mais pas systématiquement – détaché de toute idée d'équivalence des législations.**

Le droit communautaire, impose alors la **reconnaissance de situations qui sont considérées comme créées** dans un Etat membre, par tous les autres Etats membres.

**571.** Nous démonterons cette singularité du principe de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services et en droit des sociétés, en dissociant toujours l'étude de ses effets

---

<sup>1081</sup> Rappelons ici que nous avons exclu du champ de cette étude les droits que le droit communautaire consacre sur le seul fondement de la citoyenneté européenne. En cette matière, la Cour de justice développe également un mécanisme de reconnaissance tendant à garantir une permanence du statut au citoyen. Sa jurisprudence s'est plus particulièrement développée en matière de nom et est détachée de toute idée d'équivalence des réglementations : CJCE 2 octobre 2003, Garcia Avello, 148/02, Rec. 11613 ; CJCE 14 octobre 2008, Grunkin-Paul, 353/06, Rec. 7639. Voir sur cette question notamment : Lagarde P., « La reconnaissance mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, pp. 481-501, sp. pt. 4, p. 483.

sur l'impérativité des lois nationales, de celle de ses effets sur les facultés de choix de loi des opérateurs économiques.

Il faut effectivement d'emblée relever que l'impact premier des libertés de circulation en général et du principe de reconnaissance mutuelle en particulier est **de condamner la mise en œuvre d'une réglementation voulue par l'Etat membre dont elle émane**. Le principe de la reconnaissance mutuelle sert plus exactement à évincer l'application d'une loi pourtant applicable selon les conceptions de l'Etat dont elle est issue, **du fait de l'application antérieure ou, au moins, de l'applicabilité<sup>1082</sup> du droit d'un autre Etat membre**.

Nous démontrerons comment, formulé positivement, ce premier impact du mécanisme de la reconnaissance mutuelle conduit à ériger en libre prestation de services et en droit des sociétés un **principe fort d'application d'une seule loi d'un Etat membre au sein de la Communauté**.

Or, l'application de cette loi unique garantie par le principe de reconnaissance mutuelle peut ouvrir parallèlement la possibilité pour les opérateurs économiques de choisir cette loi.

**572.** La force de cette obligation reconnaissance soulève plusieurs interrogations :

- qu'est-ce, au sens du droit communautaire, qu'une situation créée au sein d'un Etat membre ? En d'autres termes, quel degré d'enracinement de la situation dans un pays donné la Cour de justice exige-t-elle pour que l'on puisse considérer être en présence d'une situation véritablement créée au sein d'un Etat ? Problématisé en terme de choix de loi, il s'agit de comprendre tant les modalités d'expression du choix de loi (mobilité, expression de volonté), que les limites du choix de loi (nécessité d'un **rattachement fort ou objectif avec l'Etat dont la loi est choisie**) ;
- quelles sont les lois appréhendées par le système de la reconnaissance mutuelle ? Formulé en termes de choix de loi, il s'agit de déterminer **le domaine matériel d'exercice du choix de loi** (sur quel type de loi est-il possible d'exercer un choix ?)
- quels sont les effets de cette reconnaissance ? Les réglementations nationales perdent-elles nécessairement toute **impérativité internationale** du fait du principe de reconnaissance mutuelle ? Formulée en termes de choix de loi, cette question correspond à la problématique des limites au choix de loi que peuvent poser les Etats membres.

---

<sup>1082</sup> Ce terme est défini comme le « *caractère de ce qui est applicable ; la vocation pour [...] une norme à régir une situation ; l'aptitude à gouverner celle-ci qu'il est primordiale d'établir, en cas de pluralité de rattachements possibles, afin de déterminer à quel système ou quelle norme la solution doit être demandée* ». Comu G. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige Dicopoche, Puf, 8<sup>ème</sup> éd. 2007.



573. A chacun de ces égards, le principe de reconnaissance mutuelle développé en libre prestation de services diverge de celui développé dans le domaine plus particulier de l'établissement des sociétés. Ces deux hypothèses se rapprochent néanmoins en ce qu'elles ont en commun de ne pas lier indéfectiblement reconnaissance mutuelle et équivalence des législations. Ce point commun justifie de regrouper leur étude sous un même chapitre.

C'est ainsi après avoir cerné avec précision les facultés de **choix de loi créées par le système de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services** (section I) que nous étudierons la manifestation la plus extrême de ce phénomène, à savoir le **choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en liberté d'établissement des sociétés** (section II).

### Section I

#### Le choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services

574. Les articles du traité CE relatifs à la libre prestation de services ne contiennent pas expressément de principe de reconnaissance mutuelle<sup>1083</sup>.

L'émergence d'un tel principe en matière de libre prestation de services a pour origine les arrêts « Van Binsbergen »<sup>1084</sup>, « Van Wesemael »<sup>1085</sup> et « Webb »<sup>1086</sup>. Il sera consacré de manière particulièrement claire par une série d'arrêts du 25 juillet 1991<sup>1087</sup>. Cependant, la Cour de justice ne vise jamais **expressément** un tel principe et n'en donne pas non plus de définition. Les contours de ce principe se déduisent donc nécessairement et exclusivement de l'étude des arrêts de la Cour de justice.

575. C'est ainsi en nous appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice que nous démontrerons, qu'en libre prestation de services, il existe un mécanisme de la reconnaissance mutuelle érigeant un principe **quasi absolu** d'un droit de l'opérateur

---

<sup>1083</sup> Sous réserve de l'article 57 traité CE qui prévoit la possibilité d'adopter des directives afin de favoriser reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres. Il ne s'agit alors pas d'un principe inhérent au droit de la libre prestation de services, mais d'une méthode particulière d'harmonisation par le biais du droit dérivé, en matière de diplômes.

<sup>1084</sup> CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. 1299

<sup>1085</sup> CJCE 18 janvier 1979, Van Wesemael, 111/78, Rec. 35

<sup>1086</sup> CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. 3305, Voir également en ce sens CJCE 4 décembre 1986, Assurance, 205/84, Rec. 3755.

<sup>1087</sup> CJCE 25 juillet 1991, Mediawet, 353/89, Rec. I 4069 ; CJCE 25 juillet 1991, Gouda, 288/89, Rec. I 4007 ; CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. 4221. Ces arrêts affirment de manière non équivoque qu'une règle de droit même non discriminatoire entre dans le champ d'application du droit communautaire et est interdite si elle constitue une restriction à la libre prestation de services. En effet, la Cour de justice fait entrer dans le champ d'application du Traité les règles de droit national « s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat destinataire » c'est-à-dire non-discriminatoires. CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt. 15.

économique à n'être soumis qu'à **une seule réglementation** au sein de la Communauté. Mais, dans ce cadre, son pouvoir de choisir la réglementation de l'Etat membre est subordonné à la nécessité d'**un déplacement physique** vers cet Etat membre.

Le champ d'application matériel du principe présente ici également certaines particularités. Loin d'être cantonné aux règles techniques ou relatives à la qualification du prestataire de services, le principe de reconnaissance mutuelle a pu déployer ses effets sur des règles de droit privé internationalement impératives, prenant alors des allures de règle de conflit de lois.

**576.** Deux principaux aspects de ce mécanisme peuvent être distingués et méritent d'être étudiés séparément. Il s'agit d'une part de l'impact du mécanisme sur l'impérativité des lois nationales et d'autre part de l'impact du mécanisme sur les facultés de choix de loi des opérateurs économiques.

Nous démontrerons que **l'impérativité des lois** est fortement **remise en cause par l'existence du mécanisme de la reconnaissance mutuelle** (§ I.), pour ensuite mesurer **l'étendue des facultés de choix de loi créées par la reconnaissance mutuelle** (§ II.).

### **§ I. L'impérativité des lois remise en cause par l'existence du mécanisme de la reconnaissance mutuelle**

**577.** Le principe de la reconnaissance mutuelle n'est pas explicitement consacré par la Cour de justice. Il apparaît de ce fait indispensable de commencer par présenter les éléments caractérisant, à notre sens, ce principe et nous permettant d'identifier sa mise en œuvre dans les arrêts de la Cour.

**578.** Puis, ce travail préalable effectué, nous nous attacherons à l'étude de l'impact du mécanisme sur l'impérativité des réglementations des Etats membres.

A cet égard, nous établirons d'une part que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services pose une **présomption particulièrement difficile à renverser** en vertu de laquelle l'application **successive**<sup>1088</sup> **de certaines règles de droit** ne serait pas conforme aux articles 49 et suivants du traité CE.

D'autre part, il sera établi que la force de cette présomption s'explique par le fondement particulier invoqué par la Cour de justice pour refuser l'application du droit national. Loin de se fonder sur la seule équivalence des réglementations qui rendrait leur

---

<sup>1088</sup> Succession : « ensemble de termes qui occupent **dans le temps** des moments voisins mais distincts, de manière à présenter un ordre », *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2009.

application successive inutile, la Cour de justice s'appuie parfois aussi plus largement sur le principe de l'effet utile des dispositions du Traité, pour interdire la mise en œuvre de certaines réglementations.

C'est ainsi qu'après avoir présenté **les éléments caractérisant le principe de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services (A)**, nous nous ferons état de **la portée variable de la reconnaissance mutuelle sur l'impérativité des lois** selon le fondement invoqué par la Cour de justice (B).

#### **A. Les éléments caractérisant le principe de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services**

**579.** Un principe général de reconnaissance mutuelle n'est pas consacré par l'article 49 du traité CE et la Cour de justice n'utilise d'ailleurs même pas l'expression de reconnaissance mutuelle.

Cependant un tel principe peut être déduit des arrêts de la Cour. En effet, nous considérons que lorsque la Cour de justice s'interroge sur la conformité au droit de la libre prestation de services **de l'application du droit de l'Etat membre** où est effectuée la prestation – l'Etat membre d'accueil –, **au regard du droit appliqué ou applicable dans l'Etat membre d'établissement**, elle met en œuvre le principe de la reconnaissance mutuelle.

Le principe de la reconnaissance mutuelle apparaît alors comme un moyen d'écartier l'application du droit national revendiquée par l'Etat dont il émane. En ce sens, il remet en question l'impérativité des réglementations voulue par les Etats membres.

Ainsi en va-t-il par exemple lorsque la Cour de justice affirme que « *la libre prestation de services en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise exerçant sur le territoire dudit Etat, dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi* »<sup>1089</sup> ; ou encore que « *le respect du principe de la libre prestation de services exige [...] que l'Etat membre destinataire de la prestation, [...] tienne compte des justifications et garanties déjà présentées par le prestataire pour l'exercice de son activité dans l'Etat membre d'établissement* »<sup>1090</sup> ; ou encore que l'article 59 du traité CE exige « *[...] la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux d'autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du*

---

<sup>1089</sup> CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. 3305, pt. 17 ; voir également en ce sens CJCE 20 février 2001, Analir e. a. 205/99, Rec. 1271, pt. 25 ; CJCE 15 mars 2001 Mazzoleni et ISA, 165/98, Rec. 2189, pt. 25

<sup>1090</sup> CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. 3305, pt. 20.

*prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues* »<sup>1091</sup>.

Dans le sens d'une telle analyse de la jurisprudence de la Cour, on peut encore relever les propos de l'avocat général Van Gerven qui, en 1991, dans ses conclusions relatives à l'affaire Vlassopoulou<sup>1092</sup>, affirmait déjà qu'en matière de libre prestation des marchandises et des services « *la reconnaissance mutuelle des législations constitue [...] la règle générale* »<sup>1093</sup>.

**580. La reconnaissance de l'existence d'un tel principe par la doctrine** – La doctrine reconnaît d'ailleurs l'existence d'un principe de reconnaissance mutuelle en la matière ou parfois plus simplement une exigence de reconnaissance<sup>1094</sup> notamment des diplômes, titres, qualifications, expériences professionnelles et même autorisations acquis au sein d'un autre Etat membre. Elle fonde le plus souvent ce principe sur l'existence d'une certaine équivalence des réglementations et le rattache ainsi au contrôle de proportionnalité effectué par la Cour de justice.

Ainsi, selon M. V. Hatzopoulos, « *[...] l'origine même du principe de proportionnalité, en matière de libre prestation de services, se trouve dans la matérialisation de l'équivalence et de la reconnaissance mutuelle [en vertu de laquelle] les exigences de l'Etat d'accueil ne peuvent faire double emploi avec celles qui sont déjà satisfaites du fait de l'établissement du prestataire dans un autre Etat membre* »<sup>1095</sup>. M. A.

---

<sup>1091</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, *rec.* 4221, pt. 12 ; CJCE 9 août 1994, Vander Elst, 43/93, *Rec.* 3803, pt. 14 ; CJCE 28 mars 1996 Guiot, 272/94, *Rec.* 1905, pt. 10 ; CJCE 12 décembre 1996, Reisebüro Broede, 3/95, *Rec.* 6511, pt. 25 ; CJCE 23 novembre 1999, Arblade e. a., 369/96, *Rec.* 8453, pt. 33.

<sup>1092</sup> CJCE 7 mai 1991, 340/89, *Rec.* 2357.

<sup>1093</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, 340/89, *Rec.* 2357 ; conclusions de l'Avocat général Van Gerven *Rec.* 2365, pt. 12, p. 2372.

<sup>1094</sup> Ainsi par exemple, M. L. Dubouis et M. C. Blumann ne font référence à un principe de reconnaissance mutuelle qu'en matière de diplôme et qualification. Ils précisent qu'un tel principe doit être respecté lorsque l'on se trouve hors du domaine des directives. Si « *la reconnaissance perd tout caractère automatique [...], les autorités nationales n'en demeurent pas moins tenues à l'obligation d'apprécier de façon objective la correspondance entre les connaissances et qualifications requises par la législation nationale et celles qui ont été acquises dans d'autres Etats membres. C'est seulement si la correspondance n'est que partielle, que l'Etat d'accueil est en droit d'exiger que l'intéressé démontre qu'il a acquis les connaissances et qualifications manquantes en statuant par une décision motivée susceptible de recours juridictionnel* ». Dubouis L. et Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne* 3<sup>ème</sup> éd. 2004, Domat droit public, Montchrestien, pt. 142, p. 99.

<sup>1095</sup> Hatzopoulos V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, de théories, ou pas de théorie du tout ? » *R.T.D.E.* 1998, pp. 191-236, p. 207.

Selon ce même auteur, le principe de reconnaissance mutuelle présente la particularité de ne pas ouvrir un droit subjectif **au prestataire de services** à ne se conformer qu'à la seule législation de l'Etat membre de son établissement. Ainsi affirme-t-il, « *sous le système actuel [...] le prestataire est a priori obligé à se soumettre à toutes les règles et autres conditions raisonnables de chacun des Etats dans lequel il désire déployer ses activités, aidé en cela par un principe de reconnaissance mutuelle et de coopération administrative entre les autorités* ». L'impact particulier du principe de reconnaissance mutuelle **sur les seuls Etats membres et non directement** sur le prestataire de services conduit ainsi l'auteur à l'opposer au principe du pays d'origine. En effet, il considère que le principe de reconnaissance mutuelle se distingue de celui du principe du pays d'origine tel qu'il avait été conçu dans la première mouture de la directive services présentée par la Commission en janvier 2004, car seul celui-ci poserait un principe inverse d'un droit du prestataire à ne se soumettre qu'à la seule législation de l'Etat membre d'établissement. L'auteur explique ainsi que, en vertu de la seule jurisprudence de la Cour de justice « *les autorités des Etats membres sont d'ores et déjà soumises à une obligation renforcée de reconnaissance mutuelle et de coopération administrative, qui ne diffère pas substantiellement de celle découlant d'un PPO à proprement parler, les prestataires de services, eux, se trouvent dans une situation toute autre, puisqu'ils ne peuvent automatiquement bénéficier des conditions favorables ainsi créées, mais doivent avancer au cas par cas, pays par pays* ». Ainsi, relève-t-il encore, « *la Cour, tout en n'étant pas en mesure d'imposer un PPO à proprement parler, qui priverait les autorités de l'Etat d'accueil de tout pouvoir*

Mattera définit le principe de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des personnes – domaine dans lequel il inclut libre prestation de services – comme une « **obligation pour l'Etat membre d'accueil de reconnaître les capacités professionnelles et techniques, les connaissances, et les qualifications ainsi que les objectifs, titres, autres certificats dont disposent les ressortissants des autres Etats membres dans la mesure où ils correspondent ou sont équivalents aux capacités, connaissances, qualifications et diplômes en possession des ressortissants nationaux et exigée par la réglementation nationale comme condition d'accès à une activité et à son exercice** »<sup>1096</sup>. En libre prestation de services, dans le cadre de l'étude de la conformité au droit communautaire des réglementations nationales de « l'accès à la profession et de son exercice »<sup>1097</sup>, M. M. Fallon vise de manière générale le test d'équivalence inhérent au principe de proportionnalité en vertu duquel, « même en l'absence d'équivalence formelle des diplômes organisée par acte communautaire, **une reconnaissance doit avoir lieu cas d'équivalence de fait.** [...] Le contrôle de proportionnalité joue un rôle déterminant à cet égard, et singulièrement test d'équivalence, pouvant conduire à une **obligation de reconnaissance mutuelle des normes en causes** : il appartient à l'Etat de destination de prendre en considération l'existence de règles et de contrôles étrangers tendant à assurer, de manière équivalente, le but d'intérêt général qu'il poursuit »<sup>1098</sup>.

La doctrine reconnaît ainsi unanimement l'existence d'un mécanisme de reconnaissance mutuelle mis en œuvre par la Cour de justice dans le cadre de son contrôle de proportionnalité. Selon les auteurs, en vertu de ce principe, un prestataire de services serait dispensé de respecter tout ou partie de la réglementation de l'Etat membre dans lequel il effectue la prestation de services, si cette réglementation s'avère **équivalente** à celle en vigueur dans l'Etat membre d'établissement à laquelle le prestataire de services **s'est d'ores et déjà soumis**.

- 581.** Il nous semble cependant que le principe de reconnaissance mutuelle peut être analysé en libre prestation de services comme revêtant une portée **plus large** à deux égards. En effet, nous démontrerons d'une part, qu'il n'est **pas nécessairement fondé sur une équivalence** des réglementations, et, d'autre part, que **son champ d'application matériel** dépasse les seules réglementations susceptibles d'une application successive, c'est-à-dire dont l'application s'échelonne dans le temps, **et** cumulative en ce sens qu'elles auraient le même objet. Le principe de reconnaissance mutuelle ne tend plus alors seulement à éviter qu'un prestataire de services ou le service lui-même soit successivement soumis à deux législations ayant le même objet ou en d'autres termes,

---

*sur les prestataires des autres Etats membres, introduit néanmoins un principe voisin, qui aboutit à un contrôle renforcé de la proportionnalité des mesures imposées par ces mêmes autorités* ». Hatzopoulos V., « Que reste-t-il de la directive services ? » C.D.E., 2007, n° 3-4, pp. 299-358, p. 315 et p. 317.

<sup>1096</sup> Mattera A., « Les principes de proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet », et « Dennemeyer » » R.M.U.E. 1991, n°4, pp. 191-203 ; p. 201.

<sup>1097</sup> Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2002, p. 188.

<sup>1098</sup> Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2002, p. 189.

faisant double emploi<sup>1099</sup> **mais indique indirectement le droit applicable à une situation.**

582. Cette démonstration suppose préalablement de clairement exposer les fondements juridiques du principe de reconnaissance mutuelle en matière de libre prestation de services.

### **B. La portée variable de la reconnaissance mutuelle sur l'impérativité des lois**

583. En libre prestation de services, le principe de reconnaissance mutuelle présente la particularité d'avoir **deux fondements différents** possibles. En effet, la Cour de justice s'appuie tantôt sur la notion d'équivalence, tantôt sur celle de l'effet utile.

Quel que soit son fondement, la reconnaissance mutuelle conduit toujours à prohiber la mise en œuvre d'une réglementation pourtant souhaitée par l'Etat dont elle émane.

Aiussi, en détachant le mécanisme de la reconnaissance mutuelle de l'idée d'équivalence, la Cour de justice accroît le nombre des hypothèses dans lesquelles les Etats membres ne peuvent plus appliquer leur règle de droit.

L'objet de ces développements est d'établir qu'en libre prestation de services, la Cour de justice tend à se départir de toute idée d'équivalence entre les réglementations pour imposer **une obligation** de reconnaissance mutuelle.

Cependant, ainsi que nous le démontrerons, il n'en reste pas moins que la portée du principe de reconnaissance mutuelle sur l'impérativité des droits nationaux varie selon le fondement retenu par la Cour.

Lorsque l'équivalence est le fondement, et que celle-ci est constatée, le principe de reconnaissance mutuelle pose une **interdiction absolue** d'application successive des réglementations nationale (1.).

Lorsque l'effet utile est le fondement, le principe de reconnaissance mutuelle pose également un principe d'interdiction d'application de la réglementation de l'Etat membre de prestation (par opposition à l'Etat membre d'établissement du prestataire), mais sa **portée** n'est alors que **relative** (2.).

---

<sup>1099</sup> M. V. Hatzopoulos a ainsi pu présenter le principe de reconnaissance mutuelle comme signifiant que « *les exigences de l'Etat d'accueil ne peuvent faire double emploi avec celles qui sont déjà satisfaites du fait de l'établissement du prestataire dans un autre Etat membre* ». Hatzopoulos V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, de théories, ou pas de théorie du tout ? » *R.T.D.E.* 1998, pp. 191-236, p. 207.

## 1. La portée absolue

584. La Cour de justice pose une interdiction absolue d'application successive des réglementations équivalentes. Mais sa volonté d'éviter l'application successive des réglementations au sein de la Communauté la pousse à interpréter de façon très extensive cette exigence d'équivalence. La Cour de justice ne se contente pas d'une comparaison des seules réglementations nationales. En effet, en l'absence d'équivalence entre les réglementations nationales, la Cour de justice exige de l'Etat membre d'accueil qu'il subordonne l'application de sa législation au constat d'une absence d'équivalence entre la situation de fait du prestataire de services et les exigences de la réglementation nationale.

C'est ainsi après avoir rappelé pourquoi **un des fondements** de la reconnaissance mutuelle est **l'équivalence des législations** (1.1.) que nous pourrions présenter **l'interprétation extensive de l'équivalence par la Cour de justice** en la matière (1.2.).

### 1.1. Le fondement : l'équivalence des législations

585. **L'inutile application successive de réglementations équivalentes.** – L'importance d'un principe de reconnaissance mutuelle des législations en libre prestation de services est apparue de manière accrue lorsque la Cour de justice a explicitement étendu le champ d'application des dispositions du Traité relatives à la libre prestation de services aux réglementations des Etats membres non-discriminatoires<sup>1100</sup>.

La Cour de justice a alors condamné de manière plus générale **toute mise en œuvre inutile d'une règle de droit** et ce, en s'appuyant, dans le cadre de son contrôle de proportionnalité, sur le principe de la reconnaissance mutuelle<sup>1101</sup>. En effet, l'équivalence des législations rend en tout état de cause leur mise en œuvre cumulative inutile. Dans ce

---

<sup>1100</sup> Ainsi, par exemple, dans l'arrêt Säger la Cour affirme-t-elle « que l'article 59 du traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services à raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues ». CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt.12. Voir également en ce sens : CJCE 9 août 1994 Vander Elst, C- 43/93, Rec. I- 3803, pt. 14 ; CJCE 28 mars 1996, Guiot, C-272/94, Rec. I-1905, pt. 10 ; CJCE 23 novembre 1999 Arblade e. a. C-369/96, Rec. I-8453, pt. 33, CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et ISA, C- 165/98, Rec. I- 2189 ; CJCE 24 janvier 2002, C-164/99, Rec. 787, pt. 16.

<sup>1101</sup> En ce sens V. Hatzopoulos relève que « *l'origine même du principe de proportionnalité en matière de libre prestation de services, se trouve dans la matérialisation de l'équivalence et de la reconnaissance mutuelle. Les exigences de l'Etat d'accueil ne peuvent faire double emploi avec celles qui sont déjà satisfaites du fait de l'établissement du prestataire dans un autre Etat membre. Toutes les conditions auxquelles se trouve soumis le prestataire dans l'Etat de son établissement doivent être pleinement reconnues dans l'Etat d'accueil et uniquement si elles sont jugées insuffisantes, des exigences supplémentaires pourront lui être imposées. Donc, la fin du domaine de la reconnaissance et de l'équivalence mutuelle marque le début du domaine de la proportionnalité et les deux principes constituent les facettes opposées de la même médaille* ». Hatzopoulos V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, de théories, ou pas de théorie du tout ? » *R.T.D.E.* 1998, pp. 191-236, p. 207.

cas de figure, ce principe conduit donc à condamner de manière absolue la mise en œuvre successive des réglementations.

**586. Méthode de raisonnement de la Cour de justice.** – Afin de démontrer la véracité de nos propos, il convient de rappeler très brièvement le raisonnement de la Cour de justice.

Il se décompose en trois étapes. D’abord, la Cour constate que la mise en œuvre d’une règle de droit est susceptible de gêner la libre prestation de services. Puis, si tel est le cas, elle vérifie si la réglementation poursuit un objectif reconnu comme légitime en droit communautaire. Enfin, elle apprécie la nécessité de la mise en œuvre de la règle de droit dans le cas d’espèce pour atteindre l’objectif visé. Ainsi, selon la Cour, la mise en œuvre d’une réglementation restreignant la libre prestation de services peut être justifiée sur le fondement de l’article 46 du traité CE<sup>1102</sup>, ou par « *des raisons impérieuses d’intérêt général* »<sup>1103</sup>, dès lors qu’elle est « *propre à garantir la réalisation de l’objectif qu’elle poursuit et [qu’elle ne va] pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l’atteindre* »<sup>1104</sup>. Or, la mise en œuvre successive de règles de droit équivalentes ne peut jamais être considérée comme nécessaire et donc n’est jamais conforme au droit communautaire.

**587.** L’arrêt Webb, est une illustration claire de ce raisonnement de la Cour de justice. Elle reconnaît à cette occasion qu’il « *est loisible aux Etats membres et constitue pour eux un choix politique légitime effectué dans l’intérêt général, de soumettre la mise à disposition de la main d’œuvre sur leur territoire un régime d’autorisation afin de pouvoir en refuser l’octroi dès lors qu’il y a des raisons de craindre que cette activité ne porte préjudice aux bonnes relations sur le marché de l’emploi, ou que les intérêts des travailleurs dont il s’agit ne soient pas suffisamment garantis* »<sup>1105</sup>. Puis, elle s’interroge sur la proportionnalité de la règle de droit en cause et s’appuie pour cela sur le principe de la reconnaissance mutuelle : « *Toutefois, cette mesure dépasserait le but poursuivi au cas où les exigences auxquelles la délivrance d’une autorisation se trouve subordonnée ferait double emploi avec les justifications et garanties exigées dans l’Etat d’établissement. Le respect du principe de la libre prestation de services exige d’une part, que l’Etat membre destinataire de la prestation, ne fasse, dans l’examen des demandes d’autorisation et dans l’octroi de celles-ci, aucune distinction en raison de la nationalité ou du lieu d’établissement du prestataire et, d’autre part qu’il tienne compte de justifications et garanties déjà présentées par le prestataire pour l’exercice de son activité dans l’Etat membre d’établissement* »<sup>1106</sup>. La volonté de la Cour de condamner toute mise en œuvre

---

<sup>1102</sup> « Les prescriptions du présent chapitre [...] ne préjugent pas de l’applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d’ordre public, sécurité publique et desanté publique ».

<sup>1103</sup> CJCE 25 juillet 1991, Gouda, 288/89 Rec. 4007, pt. 13.

<sup>1104</sup> CJCE 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94, Rec. 54/83, pt. 37.

<sup>1105</sup> CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. 3305, pt. 19.

<sup>1106</sup> CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. 3305, pt. 20.



inutile d'une réglementation la conduit donc à retenir l'équivalence des réglementations comme fondement du principe de la reconnaissance mutuelle.

Par ailleurs, la portée du principe de reconnaissance mutuelle est encore accrue par la méthode préconisée par la Cour de justice pour juger de l'équivalence des réglementations.

## **1.2. L'interprétation extensive de la notion d'équivalence par la Cour de justice**

- 588.** En libre prestation de services, la Cour de justice a rapidement semblé vouloir garantir au prestataire de services qu'il ne serait, le plus souvent, soumis qu'à la seule réglementation<sup>1107</sup> en vigueur dans l'Etat membre d'établissement.

Pour ce faire, la Cour a tout d'abord refusé catégoriquement que l'équivalence puisse se déduire de l'étude *in abstracto* du contenu des réglementations nationales. La Cour impose ainsi à l'Etat membre de destination d'évaluer de manière concrète la nécessité de la mise en œuvre de sa réglementation dans le cas d'espèce.

- 589.** L'arrêt Vlassopoulou du 7 mai 1991<sup>1108</sup> pose clairement le principe selon lequel un Etat membre ne saurait se limiter à comparer le contenu des réglementations nationales pour trancher la question de leur équivalence.

Cette affaire opposait Mme Vlassopoulou, avocat de nationalité hellénique inscrite au barreau d'Athènes, au ministère de la Justice des Affaires fédérales et européennes de Bade-Wurtemberg (Allemagne). Ce dernier refusait de lui délivrer l'autorisation d'exercer la profession d'avocat en Allemagne pour deux raisons. D'une part, Mme Vlassopoulou ne remplirait pas les conditions d'aptitude à exercer des fonctions judiciaires, nécessaires pour accéder à la profession d'avocat. D'autre part, le traité CEE « *ne conférerait pas le droit à l'intéressée d'exercer sa profession en République fédérale d'Allemagne sur la base de sa qualification professionnelle acquise en Grèce* »<sup>1109</sup>. Or, outre ses diplômes helléniques, Mme Vlassopoulou détenait un doctorat en droit de l'Université de Tübingen (Allemagne) et, en ce qui concerne le droit allemand, travaillait dans une étude d'avocats allemands à Mannheim depuis cinq années sous la responsabilité d'un de ses confrères allemands du cabinet.

---

<sup>1107</sup> Concernant le champ d'application matériel de la reconnaissance mutuelle, voir notre § 2 : « L'étendue des facultés de choix de loi créées par la reconnaissance mutuelle ».

<sup>1108</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, 340/89, Rec. 2357.

<sup>1109</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, 340/89, Rec. 2357, pt. 4.

**590. Une interprétation souple de l'exigence d'une équivalence entre les règles de droit nationales.** – Dans l'arrêt Vlassopoulou, la Cour de justice affirme que le droit de l'Etat membre au sein duquel la prestation est effectuée n'est pas applicable si le prestataire de services répond aux exigences posées par cette loi au regard, d'une part du contenu du droit d'un autre Etat membre auquel il a dû se soumettre, mais aussi, d'autre part, **d'éléments de fait** : « *si cet examen comparatif des diplômes aboutit à la constatation que les connaissances et qualifications attestées par le diplôme étranger correspondent à celles exigées par les dispositions nationales, l'Etat membre est tenu d'admettre que ce diplôme remplit les conditions posées par celle-ci. Si, par contre, la comparaison ne révèle qu'une correspondance partielle entre ces connaissances et qualifications, l'Etat membre d'accueil est en droit d'exiger que l'intéressé démontre qu'il a acquis les connaissances et qualifications manquantes* »<sup>1110</sup>. Si le principe de la reconnaissance mutuelle des législations confère un caractère inapplicable à toute règle de droit faisant double emploi avec le droit d'un autre Etat membre déjà appliqué, la démonstration de l'absence d'équivalence totale entre les règles de droit ne permet donc pas de conclure nécessairement à la légitimité de l'application de la règle de droit de l'Etat dans lequel la prestation est effectuée. En effet, la preuve d'**une équivalence de fait permet alors de palier l'absence d'équivalence des règles de droit.**

**591. Enjeu de l'abandon progressif de toute idée d'équivalence.** – Cette approche en apparence pragmatique de la notion d'équivalence semble en fait plutôt manifester la volonté de la Cour de justice en matière de libre prestation de services, de **se départir d'une logique d'équivalence afin de garantir au prestataire de services la reconnaissance d'un droit – d'exercer une prestation de services – acquis au sein d'un autre Etat membre.**

Or, la différence entre ces deux interprétations du principe de reconnaissance mutuelle est notable.

En effet, lorsque le système de la reconnaissance mutuelle est fondé sur l'équivalence des réglementations, il crée une obligation, pour l'Etat membre d'accueil, **de prise en considération** du droit de l'Etat membre d'établissement pour juger de l'application de son droit national. En d'autres termes, l'Etat membre d'accueil n'est contraint de renoncer à la mise en œuvre de sa réglementation que s'il constate l'équivalence entre sa réglementation et celle d'ores et déjà appliquée antérieurement dans l'Etat membre d'établissement. On peut ici faire le parallèle avec la notion de prise en considération de droit international privé définie comme le cas dans lequel « *l'énoncé [de la loi étrangère] conditionne l'effet juridique posé par une règle matérielle d'un autre système juridique, généralement le droit du for* »<sup>1111</sup>.

---

<sup>1110</sup> CJCE 7 mai 1991, Vlassopoulou, 340/89, Rec. 2357, pt. 18.

<sup>1111</sup> Niboyet M.-L., de Geouffre de La Pradelle G., *Droit international privé*, L.G.D.J. coll. Manuel 2007, pt. 180, p. 112.

En d'autres termes, la mise en œuvre de la réglementation de l'Etat membre d'accueil dépend certes du contenu de celle en vigueur dans l'Etat membre d'établissement **mais son éviction est loin d'être systématique puisqu'elle est conditionnée par le niveau d'exigences choisie par l'Etat membre d'accueil**. En effet, la réglementation de l'Etat membre d'établissement doit être équivalente à celle du pays d'accueil pour conduire à l'éviction de cette dernière. En l'absence d'une telle équivalence, la réglementation de l'Etat membre d'accueil s'applique.

En revanche, si le principe de reconnaissance mutuelle est détaché de toute idée d'équivalence des réglementations nationales, cela signifie que l'Etat membre d'accueil à **l'obligation de faire produire des effets de droit à une situation constituée dans un autre Etat membre**<sup>1112</sup>. En d'autres termes, dès lors qu'un prestataire de services exercerait **légalement** – c'est-à-dire conformément à la législation qui y est en vigueur – son activité au sein d'un Etat membre, le droit communautaire lui donnerait le droit d'exercer son activité dans tous les autres Etats membres sans avoir à se soumettre à d'autres exigences réglementaires. Un tel système serait évidemment beaucoup plus contraignant pour les Etats membres.

Cette dernière interprétation du principe de reconnaissance mutuelle soulève en outre plusieurs questions fondamentales : qu'est-ce qu'une situation légalement constituée au sein d'un autre Etat membre ? Cela suppose-t-il de pouvoir exiger un rattachement – fort – entre le lieu d'établissement et l'activité du prestataire<sup>1113</sup>, soit en d'autres termes une définition stricte de la notion d'établissement ? L'Etat membre d'accueil peut-il s'opposer à cette reconnaissance au nom de son ordre public<sup>1114</sup> ?

En tout état de cause, l'obligation pesant sur les Etats membres est dans l'hypothèse de la reconnaissance mutuelle détachée de toute idée d'équivalence beaucoup plus lourde et condamne presque systématiquement la mise en œuvre de la réglementation de l'Etat membre d'accueil.

**592.** Or, ainsi que nous allons le démontrer à présent, si la preuve d'une situation d'équivalence est facilitée par la conception souple et pragmatique que la Cour de justice a développé de celle-ci et rend déjà malaisée la démonstration de la nécessité de

---

<sup>1112</sup> Selon le vocabulaire juridique Comu, la reconnaissance est une « *manifestation de volonté par laquelle une personne accepte de tenir pour établie une situation préexistante de fait ou de droit ; un acte unilatéral déclaratif de cette situation mais propre à lui faire produire des effets ou à les renforcer [...] acte unilatéral après contrôle par lequel une autorité confère un droit ou un effet de droit à un groupement, un acte ou un titre dont elle admet l'existence et la valeur* ».

<sup>1113</sup> « *On se souvient que la principale objection faite à la théorie des droits acquis, développée en France par Pillet, mais dont les origines sont bien plus anciennes et remontent à l'école statutaire, était qu'elle faisait l'impasse sur les conditions d'acquisition de ce droit et particulièrement sur le droit applicable à cette acquisition. Une réponse à cette objection est de préciser dans chaque cas, non pas la loi applicable à la création de la situation, car cette question relève de la règle de conflit de l'Etat d'origine de cette situation, mais les liens de la situation avec son Etat d'origine, nécessaires et suffisants pour que la situation ainsi créée s'impose aux autres Etats* ». Lagarde P., « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjonctures ». *Rebels Z.*, 2004, pp. 225-243, p. 233.

<sup>1114</sup> Pour une opposition au recours aux mécanismes dérivés du système des droits acquis en droit international privé : Mayer P., Heuzé V. *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd. 2007, point 112, p. 82.

l'application de réglementation de l'Etat d'accueil, la Cour de justice a en plus, dans une certaine mesure, détaché le principe de reconnaissance mutuelle de la notion d'équivalence au nom du principe de l'effet utile du droit communautaire.

## **2. La portée relative**

**593. Dépassement du principe d'équivalence.** – Ainsi que nous l'avons souligné, depuis le début des années 1990, la Cour de justice ne condamne plus uniquement les réglementations en raison de leur nature discriminatoire, mais toutes celles dont la mise en œuvre est inutile. Or, l'inutilité de la mise en œuvre d'une règle de droit se déduit-elle uniquement du constat d'équivalence ? Si tel n'est pas le cas, le principe de la reconnaissance mutuelle se limite-t-il à permettre d'établir cette inutilité en raison d'une équivalence avec les règles de droit d'un autre Etat membre d'ores et déjà appliquées ?

L'étude de la jurisprudence fait apparaître qu'en libre prestation de services, le principe de la reconnaissance mutuelle n'est pas uniquement fondé sur l'équivalence.

**Il impose une obligation de reconnaissance des droits acquis au sein d'un autre Etat membre même en l'absence d'équivalence entre les règles de droit national.** De ce fait, l'absence d'équivalence entre les règles de droit ou, entre une situation et une règle de droit, ne conduit pas automatiquement à ce que leur application successive soit conforme au droit communautaire.

Aussi après avoir expliqué que la Cour de justice retient ici **l'effet utile du droit communautaire comme fondement de la reconnaissance mutuelle** (2.1.), nous procéderons à une **illustration** de cette hypothèse (2.2.)

### **2.1. Le fondement : l'effet utile du droit communautaire**

**594. Logique du principe de l'obligation de reconnaissance d'un droit acquis au sein de l'Etat membre d'établissement indépendamment de toute équivalence entre les règles de droit national.** – En matière de libre prestation de services, dès 1991, l'avocat général Jacobs suggérait de considérer que « *la règle devrait être [...] que si une entreprise se conforme la législation de l'Etat membre dans lequel elle est établie, elle peut fournir des services à des clients dans un autre Etat membre, même si la fourniture de tels services ne serait pas normalement légale au regard du droit du second Etat*

*membre* »<sup>1115</sup>. Une telle interprétation des dispositions du traité relatives à la libre prestation de services est fondée sur la notion d'effet utile<sup>1116</sup>.

**595. Justification, le caractère temporaire de l'activité.** – Selon l'avocat général Jacobs, une telle position se justifie par le fait qu'admettre qu'un prestataire de services doit se conformer en tous points aux dispositions en vigueur dans chacun des Etats membres au sein duquel il fournit une prestation de services « *reviendrait à priver d'effet la notion de marché unique dans le domaine des services* »<sup>1117</sup>. Cette position s'explique aisément. En effet, la libre prestation de services se définit comme la participation de manière temporaire à la vie économique d'un Etat membre autre que celui dans lequel le prestataire est établi. L'établissement dans un premier Etat membre et l'exercice de la prestation de services dans un second Etat membre pourraient ainsi conduire à l'application cumulative des réglementations de ces deux Etats membres. Ces deux Etats membres présentent effectivement *a priori* un lien avec l'activité économique du prestataire de services justifiant la mise en œuvre de leur réglementation. Or, cette application cumulative des réglementations étatiques est contraignante et peut être difficilement justifiable à l'égard d'une activité économique qui n'est que temporaire. Elle constituera donc une restriction, au moins potentielle, à la libre prestation de services.

Dès lors, l'absence de participation stable et continue à la vie économique de l'Etat d'accueil conduit la Cour de justice à affirmer qu'un « *Etat membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour son établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services* »<sup>1118</sup>. Le principe dégagé par la Cour de justice est donc, de manière générale, l'application de la loi d'établissement du prestataire de services, et, à titre exceptionnel celle de l'Etat membre dans lequel la prestation est effectuée. Même s'il n'existe pas de réglementation équivalente dans l'Etat d'établissement, ce n'est que si la réglementation du pays d'accueil se justifie par une raison impérieuse d'intérêt général qu'elle peut trouver à s'appliquer.

---

<sup>1115</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, conclusions de l'avocat général Jacobs, Rec. 4229, pt. 26.

<sup>1116</sup> En droit international, cela signifie que, lorsqu'un texte soulève une difficulté d'interprétation, le juge tranche en faveur d'une interprétation reconnaissant une signification au texte, plutôt qu'en faveur de « *celle qui est dénuée de sens* ». En droit communautaire, cette notion a un sens plus large. En effet, la référence à cette notion signifie que la Cour de justice « *rejette déjà les interprétations qui auraient simplement pour conséquence d'affaiblir ou de limiter l'effet utile d'une disposition. [...] Privilégiant l'interprétation dont l'effet utile est le plus grand, elle est naturellement conduite à faire place à l'interprétation évolutive, c'est-à-dire à une lecture modernisée du traité en tenant compte des besoins nouveaux apparus après sa rédaction* ». Isaac G., Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 9<sup>ème</sup> éd. 2006, p. 247.

<sup>1117</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, conclusions de l'avocat général Jacobs, Rec. 4229, pt. 23.

En ce sens M. M. Fallon remarque qu'en matière de libre prestation de services, la Cour de justice sanctionne spécifiquement les réglementations nationales « *qui soumettent le prestataire étranger au même régime que celui qui régit les entreprises établies sur le territoire, par une application territoriale de la loi du pays d'accueil (notamment : CJCE 25 octobre 2001, « Allemagne », 493/99, Rec. 8163)*. Fallon M. *Droit matériel de l'Union européenne*, Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd. 2002, p. 171.

<sup>1118</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt.13 ; CJCE 24 janvier 2002, 164/99, Rec. 787, pt. 17

**596. Présomption simple d'un droit à exercer une activité dans tous les Etats membres. –**

La démonstration de l'équivalence entre les législations nationales permet donc principalement d'établir avec certitude le caractère illicite de l'application de la réglementation de l'Etat au sein duquel la prestation est effectuée. Mais, indépendamment de tout constat d'équivalence entre les règles de droit, le principe en libre prestation de services est que, dès lors qu'un prestataire de services exerce légalement une activité au sein de l'Etat membre dans lequel il est établi, l'application par un autre Etat membre au sein duquel la prestation est fournie de sa réglementation **est présumée non conforme** au droit communautaire. Cette présomption ne peut être renversée que si le second Etat membre établit que l'application de sa législation est « *justifiée par des exigences compatibles avec les objectifs de la Communauté* »<sup>1119</sup>. L'exercice d'une activité économique au sein de l'Etat membre dans lequel il est établi, conformément aux règles de droit en vigueur dans cet Etat ouvre donc aux prestataires de services **un droit à ne pas se conformer à la législation des autres Etats membres** au sein desquels il effectuera une prestation de services (sous réserve de la démonstration du caractère absolument nécessaire de l'application de la législation de l'Etat membre dans lequel il effectue la dite prestation). Il se dégage donc des dispositions du traité CE en la matière un principe de reconnaissance d'un droit acquis (celui d'exercer une activité en tant que prestataire de services) au sein de l'Etat membre d'établissement, indépendamment de toute équivalence des législations.

## 2.2. Illustration

**597. Faits. –** Dennenmeyer est une société de droit anglais ayant son siège au Royaume-Uni. Cette société qui est spécialisée dans les services de renouvellement de brevets exerce son activité à partir du Royaume-Uni pour les titulaires de droits de propriété industrielle établis dans d'autres Etats membres. De manière plus précise, l'activité de Dennenmeyer consiste à « *assurer grâce à un système informatisé, la surveillance des brevets, à prévenir les titulaires de ces brevets lorsque les redevances aux fins de renouvellement arrivent à échéance, à verser les redevances en leur nom [...]. Dans cadre de son activité, Dennenmeyer ne fournit de conseils aux clients ni quant au choix à faire, ni quant aux conséquences d'un paiement ou d'un non-paiement. [...] Enfin, Dennenmeyer perçoit pour son activité des commissions inférieures aux tarifs généralement appliqués par les Patentanwälte (conseils en brevets) allemands qui exercent cette même activité* »<sup>1120</sup>. L'exercice d'une telle activité est soumis en Allemagne à la détention d'une autorisation qui est délivrée par l'autorité compétente allemande « *aux seuls titulaires d'une **qualification professionnelle** particulière, telle que celle de conseils en brevet* »<sup>1121</sup>. La société Dennenmeyer qui ne possède pas une telle autorisation conteste la conformité au droit communautaire d'une telle exigence.

<sup>1119</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, conclusions de l'Avocat général Jacobs, Rec. 4229, pt. 26.

<sup>1120</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt. 3 et pt. 4.

<sup>1121</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt. 11.

La juridiction allemande interroge alors la Cour sur la compatibilité d'une telle exigence d'autorisation avec l'article 59 du traité CE sachant « *selon le droit d'un grand nombre d'Etats membres, cette activité peut être exercée sans autorisation* »<sup>1122</sup>.

**598. Principe de reconnaissance indépendamment d'une équivalence des règles de droit.**

– Dans arrêt Säger, la Cour affirme que « *il y a lieu de relever d'abord que l'article 59 du traité exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services à raison de sa nationalité, **mais également la suppression de toute restriction même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues*** »<sup>1123</sup>. La référence à la fourniture légale de services dans l'Etat membre d'établissement indique que la Cour de justice fait ici application du principe de la reconnaissance mutuelle<sup>1124</sup>.

En effet, c'est parce qu'un prestataire de services exerce déjà légalement son activité dans l'Etat membre d'établissement et qu'il n'exerce que de façon temporaire son activité dans l'Etat membre d'accueil que ce dernier « *ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services* »<sup>1125</sup>. En d'autres termes, dès lors qu'une activité est exercée légalement au sein d'un Etat membre, subordonner l'exercice de cette même activité sur le territoire d'un autre Etat membre à une condition supplémentaire constitue nécessairement une restriction à la libre prestation de services.

**599. Le régime d'autorisation allemand constituait donc nécessairement une restriction à la libre prestation de services prohibée au titre de l'article 59 du Traité : la Cour affirme ainsi sans ambages : « une réglementation qui subordonne l'exercice de certaines prestations de services sur le territoire national, par une entreprise établie dans un autre Etat membre, à la délivrance d'une autorisation administrative soumise à la possession de certaines qualifications professionnelles constitue une restriction à la libre prestation de services au sens de l'article 59 du traité. En effet, en réservant la prestation de services en matière de surveillance de brevets à certains opérateurs économiques répondant à**

---

<sup>1122</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt. 8.

<sup>1123</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt.12.

<sup>1124</sup> En outre l'avocat général M. Jacobs a écrit dans ses conclusions : « [...] On voit moins bien pourquoi une personne qui est établie dans un Etat membre et qui fournit des services dans d'autres Etats membres devrait être tenue de se conformer en tous points aux dispositions en vigueur dans chacun de ces Etats. Admettre une telle conception reviendrait à priver d'effet la notion de marché unique dans le domaine des services. Pour cette raison, il est permis de penser que les services devraient plutôt être envisagés de la même façon que les restrictions non discriminatoires à la libre circulation des marchandises dans la ligne de la jurisprudence Cassis de Dijon ». CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. 4221, Conclusions de l'avocat général M. Jacobs pts. 23 et 24.

<sup>1125</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt.13.

*certaines qualifications professionnelles, une réglementation nationale empêche à la fois une entreprise établie à l'étranger de fournir des prestations de services aux titulaires de brevets sur le territoire national et ces titulaires de choisir librement le mode de surveillance de leurs brevets* »<sup>1126</sup>. Dans cet arrêt, la Cour a ainsi clairement affirmé l'existence d'un principe de reconnaissance du **droit d'exercer une activité économique dans l'ensemble des Etats membres acquis au sein de l'Etat membre d'établissement et conformément à la législation de l'Etat membre d'établissement**<sup>1127</sup>. Cependant, la Cour de justice précise aussitôt que ce droit n'est pas absolu.

**600.** En effet, la Cour de justice étudie la possibilité de justifier l'application d'une telle règle de droit de l'Etat membre d'accueil : *« toutefois, la libre prestation de services, tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée que par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est déjà soumis dans Etat membre où il est établi »*<sup>1128</sup>. La Cour évoque ici le principe de reconnaissance mutuelle dans sa composante habituelle : l'équivalence des réglementations. Pour autant, ce n'est pas l'équivalence des réglementations qui va la conduire à condamner la mise en œuvre de la réglementation de l'Etat membre d'accueil.

**601.** En effet, en l'espèce, la Cour de justice considère que l'exigence de la détention d'une autorisation, c'est-à-dire d'une certaine qualification est disproportionnée par rapport à l'objectif légitime de protection des destinataires de services que poursuit la réglementation nationale. Elle déduit le caractère disproportionné de cette exigence **non pas du fait que le prestataire de services serait déjà soumis à une exigence équivalente dans son pays d'établissement, mais de l'inutilité de protéger les destinataires de services** par le biais de la garantie d'une certaine qualité de conseil juridique pour ce type services.

En effet, elle considère que l'activité de la société Dennenmeyer correspond à l'exercice de *« tâches qui sont exercées sans déplacement du prestataire, [qui] ont essentiellement un caractère simple et [qui] n'exige pas de qualités professionnelles spécifiques, comme l'indique d'ailleurs le niveau élevé du système d'informatisation dont la partie défenderesse au principal semble disposer en l'espèce »*<sup>1129</sup>. Ainsi, pour la Cour *« ni la nature d'un tel service tel que celui en cause ni les conséquences d'une défaillance du prestataire ne saurait justifier une limitation de l'exercice de ce service aux seuls*

---

<sup>1126</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt. 14.

<sup>1127</sup> Elle se rallie ainsi à la thèse de l'avocat général M. Jacobs qui, dans ses conclusions, lui suggérait de considérer que *« la règle devrait être [...] que si une entreprise se conforme la législation de l'Etat membre dans lequel elle est établie, elle peut fournir des services à des clients dans un autre Etat membre, même si la fourniture de tels services ne serait pas normalement légale regard du droit du second Etat membre »*. CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, conclusions de l'avocat général Jacobs, Rec. 4229, pt. 26.

<sup>1128</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt. 15.

<sup>1129</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt. 18.



*titulaires d'une qualification professionnelle particulière, tels que les avocats ou les conseils en brevet. Une telle limitation doit être considérée comme disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi »<sup>1130</sup>.*

**602. Analyse de A. Mattera.** – Selon M. A. Mattera, il se dégage de la jurisprudence Säger que le principe de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services peut s'imposer **indépendamment de toute exigence d'équivalence** entre les règles de droit : *« l'application du principe de la reconnaissance mutuelle à certaines prestations services [conduit à ce qu'il soit] [...] fait abstraction d'une telle équivalence, les qualifications et les titres exigés dans l'Etat membre de provenance étant, tels quels, suffisants pour prêter ces activités »<sup>1131</sup>. « Tel est notamment le cas d'activités qui ne comportent pas de déplacement du prestataire ; dont le caractère essentiellement simple ne justifie pas la possession des qualifications exigées dans l'Etat membre de destination »<sup>1132</sup>.*

Il nous semble plus précis d'affirmer qu'en matière de libre prestation de services, le principe de la reconnaissance qui conduit à rendre inapplicable le droit du second Etat membre au sein duquel la prestation est effectuée, se décompose en **deux** éléments :

- d'une part, **une obligation absolue** de reconnaissance des réglementations de l'Etat membre d'établissement et des situations équivalentes aux exigences posées par la réglementation de l'Etat membre d'accueil ;
- d'autre part, **une obligation relative** de reconnaître le droit du prestataire de services d'exercer une activité économique dans tous les Etats membres, acquis au sein de l'Etat membre d'établissement du fait du respect des règles de droit qui y sont en vigueur.

**603. Conclusion : un principe presque absolu d'application d'une loi unique.** – En raison de cette double facette du principe de reconnaissance existant en libre prestation de services, il apparaît que la démonstration par tout Etat membre dans lequel une prestation de services est effectuée, du caractère conforme au droit communautaire de l'application de sa réglementation sera extrêmement difficile à apporter. Ainsi, en libre prestation de services, le principe de l'application d'une loi unique (découlant du mécanisme de la reconnaissance) a-t-il une force toute particulière.

---

<sup>1130</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. I 4221, pt. 20.

<sup>1131</sup> Mattera A., « Les principes de proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet », et « Dennemeyer » » R.M.U.E. 1991, n°4, pp. 191-203 ; p. 200.

<sup>1132</sup> Mattera A., « Les principes de proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet », et « Dennemeyer » » R.M.U.E. 1991, n°4, pp. 191-203 ; p. 200.

Dès lors, il convient de s'interroger sur les domaines d'application matérielle d'un tel principe, c'est-à-dire sur règles de droit qui entrent dans son champ d'application, et sur le point de savoir si les conditions de sa mise en œuvre engendrent une certaine faculté de choix de la loi appliquée.

## § II. L'étendue des facultés de choix de loi crée par la reconnaissance mutuelle

604. Il faut souligner qu'en libre prestation de services, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle se singularise en ce qu'il a pu trouver à s'appliquer en certaines matières de droit privé. Ce faisant, la Cour de justice conçoit de manière particulièrement extensive le champ d'application matériel de la reconnaissance mutuelle. En outre, elle détache ce mécanisme de la problématique de l'application successive de législations nationales.

En effet, nous avons démontré que le principe de reconnaissance mutuelle sert en premier lieu à éviter une application successive des réglementations nationales. La doctrine déduit ainsi généralement de ce constat que le champ d'application matériel du principe de reconnaissance mutuelle est d'autant limité aux seuls types de réglementations susceptibles d'une telle application successive. Il sera ainsi rappelé qu'entrent principalement dans le champ d'application du principe certaines **réglementations de droit public d'application territoriale**.

Cependant, la Cour de justice a parfois également eu recours au principe de reconnaissance mutuelle en présence de **réglementations de droit privé impératives**. Ce faisant, à notre sens, elle fait ainsi émerger du principe de reconnaissance mutuelle une nouvelle sorte de **règle de conflit de lois**.

Quelque soit le domaine d'application du mécanisme de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de service, il faudra encore établir que celui-ci ouvre toujours une nouvelle faculté de choix de loi trouvant sa principale limite dans les modalités de son exercice.

Nous présenterons donc d'abord une **manifestation de l'ouverture de facultés de choix de loi en droit public (A)**, puis ensuite **une manifestation de l'ouverture des facultés de choix de loi en droit privé (B)** afin d'illustrer notre propos, pour enfin étudier **les modalités d'exercice du choix de loi en libre prestation de services (C)**.

### A. Une manifestation de l'ouverture de facultés de choix de loi en droit public

605. La volonté de lutter contre l'application successive et inutile des règles de droit qui gouverne le principe de reconnaissance mutuelle suppose que l'Etat membre

d'établissement puis l'Etat membre de d'accueil applique l'un après l'autre leur loi à un même prestataire de services. Comme le rappelle un auteur « *la condition d'équivalence* [qui gouverne le principe de la reconnaissance mutuelle] *présuppose que les règles et contrôles de l'Etat d'origine soient appliqués dans cet Etat quel que soit l'Etat destinataire de la prestation* »<sup>1133</sup>. Bon nombre d'auteurs déduisent de cette exigence d'application successive et cumulative des réglementations nationales que « *le principe de reconnaissance mutuelle ou la présomption d'équivalence [...] ne concernent en l'état que le droit public. [...]* »<sup>1134</sup> ou plus précisément les règles imposées par les Etats aux particuliers pour pouvoir exercer une activité économique sur leur territoire national, par opposition aux réglementations régissant spécifiquement les relations entre personnes privées, une fois le droit d'exercer une activité économique acquis. A cet égard, rappelons qu'en dépit de nombreuses difficultés que soulève cette distinction on oppose traditionnellement « *les règles qui régissent l'Etat et les collectivités publiques ainsi que leurs rapports avec les citoyens (droit public) de celles qui gouvernent les rapports entre les particuliers (droit privé)* »<sup>1135</sup>. On peut ainsi lire que « *c'est l'Etat acteur et non l'Etat législateur* » [qui est visé par le principe de reconnaissance mutuelle, que] *c'est des missions de son Exécutif, ou de son Administration qu'il s'agit : autoriser, surveiller, assister, poursuivre et punir, éduquer ou former, etc.* »<sup>1136</sup>. En d'autres termes, le principe de reconnaissance mutuelle ne s'appliquerait qu'à certaines réglementations régissant le rapport direct de l'Etat aux personnes privées et non à celles régissant les rapports entre personnes privées.

606. M. M. Fallon relève ainsi que le principe de reconnaissance mutuelle trouve principalement à s'appliquer en matière de diplôme et de qualification ainsi qu'aux obligations d'obtenir une autorisation administrative ou un agrément en vue de l'exercice d'une activité économique au sein d'une Etat membre<sup>1137</sup>. Dans le même sens d'autres relèvent encore que ce principe s'appliquerait aux réglementations posant « *des exigences matérielles et [aux] mesures de contrôle de l'Etat membre d'accueil lorsqu'elles font double emploi avec celles imposées par l'Etat membre d'origine de la marchandise, du*

<sup>1133</sup> Fallon M., *Droit matériel de l'Union européenne*, Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd. 2002, p. 191.

<sup>1134</sup> Heuzé V., « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou anti-droit européen » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 393-415, p. 412.

<sup>1135</sup> « Droit privé, droit public », *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. la dir. de D. Allan et S. Rials, Quadriga, Dicospoche, Lamy, Puf, 2003, citant Aubert J.-L., *Introduction au droit*, Puf, 1981, p. 17.

<sup>1136</sup> Heuzé V., « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou anti-droit européen » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 393-415, p. 412.

<sup>1137</sup> L'auteur assimile en effet la reconnaissance mutuelle au seul test d'équivalence propre au contrôle de proportionnalité de la Cour. Il affirme ainsi que « *le test [d'équivalence] n'est pertinent que dans un cas spécifique, celui où la règle en cause revient à imposer au titulaire du droit subjectif à la liberté de circulation une double charge, le soumettant à une dualité, voire à une pluralité de commandements émanant de législateurs d'Etats différents. C'est le cas lorsque la règle est opposée à un produit ou à un service légalement commercialisé dans un autre Etat membre, dit Etat d'origine. Cette hypothèse est généralement associée à la notion de reconnaissance mutuelle, non seulement des diplômes, mais plus généralement des normes : l'Etat d'accueil est tenu de tenir compte des normes posées par l'Etat d'origine. Cette reconnaissance n'est cependant pas inconditionnelle. Clairement, le juge communautaire ne l'impose aux Etats membres que si une équivalence est établie entre les contenus des diverses normes en présence* ». Fallon M. « *Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictuelles* », *R.C.D.I.P.* oct.-nov. 2008, n°4, p. 781, sp. p. 788 ; du même auteur *Droit matériel de l'Union européenne*, Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd. 2002, p. 191.

service ou de la personne visée »<sup>1138</sup>, aux réglementations relatives aux « capacités professionnelles et techniques, connaissances et qualifications, [...] titres et autres certificats »<sup>1139</sup> et, de manière plus générale, à toutes les réglementations soumettant l'exercice de la prestation de services à l'obtention d'une autorisation. Mme L. Idot relève pour sa part que « le principe de reconnaissance mutuelle [...] a été conçu pour les spécifications techniques [et que] les règles techniques, au sens du droit communautaire du terme, sont de nature administrative et leur violation est, du moins en France, sanctionnée pénalement »<sup>1140</sup>. Mme M.-N. Jobard-Bachellier oppose pour sa part « les questions d'établissement ou d'accès des prestataires aux différents Etats membres [aux] **conditions d'exercice des activités de services selon la loi applicable au contrat** » et estime que la « subordination [de ces dernières au droit communautaire] n'est pas déjà inscrite dans le Traité [...] et qu'il n'a pas été expressément mis en œuvre à ce jour, du moins sous la forme habituelle que prend le test de compatibilité, par la jurisprudence de la Cour de justice en matière de contrat de service »<sup>1141</sup>.

A titre d'exemple, on peut évoquer l'arrêt Säger dans lequel la Cour s'interrogeait sur la conformité au droit communautaire d'une réglementation allemande n'autorisant l'exercice d'une activité professionnelle que par les « seuls titulaires d'une qualification professionnelle particulière, telle que celle de conseils en brevet »<sup>1142</sup> ou encore l'arrêt Webb relatif à une réglementation soumettant « la mise à disposition de la main d'œuvre sur le territoire à un régime d'autorisation [...] »<sup>1143</sup>.

607. Dans ces matières de droit public, la particularité du mécanisme de la reconnaissance mutuelle provient de ce qu'il soulève un problème d'application successive **dans le temps** de réglementations d'Etats membres. C'est bien parce que la loi d'un Etat membre a de toute façon été appliquée que la question de l'application de celle de l'Etat d'accueil est posée. Au fond, l'application de la loi de l'Etat d'établissement n'est pas discutée, seule l'est celle de l'Etat d'accueil.

La jurisprudence de la Cour de justice invite d'ailleurs plutôt uniquement à s'interroger sur les éléments à prendre en considération pour juger de l'applicabilité de la réglementation de l'Etat d'accueil : s'agit-il de confronter les lois en présence pour juger de leur équivalence (conception stricte de l'équivalence fondement du principe de reconnaissance mutuelle) ? S'agit-il de confronter le contenu de la loi de l'Etat membre d'accueil avec la situation de fait constituée dans un autre Etat membre (conception large

<sup>1138</sup> Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995, sous la dir. de R. Bieber, p. 295.

<sup>1139</sup> Mattera A., « Les principes de proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet », et « Denemeyer ». » *R.M.U.E.* 1991, n°4, pp. 191-203, p. 201.

<sup>1140</sup> Idot L. « Les produits » in *Conflits de lois et régulation économique*, ss. la dir. de M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut, L.G.D.J., 2008, pp. 37-56, pt. 154, p. 47

<sup>1141</sup> Jobard-Bachellier M.-N. « Les activités régulées : les services » in *Conflits de lois et régulation économique*, ss. la dir. de M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut, L.G.D.J., 2008, pp. 57-73, pt. 198, p. 68

<sup>1142</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, *Rec. I* 4221, pt. 11.

<sup>1143</sup> CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, *Rec. C* 3305, pt. 19.

de l'équivalence fondement du principe de reconnaissance mutuelle)? S'agit-il de renoncer à l'application de la loi de l'Etat membre d'accueil dès lors qu'une situation s'est constituée légalement – c'est-à-dire conformément à la législation qui y est en vigueur – au sein de l'Etat membre d'établissement indépendamment d'une quelconque équivalence des réglementations ?

En somme, lorsque sont en cause des réglementations de droit public, le principe de la reconnaissance mutuelle ne soulève que deux difficultés que l'on peut synthétiser en deux questions comme suit :

- dans quelle mesure doit-on **prendre en considération le contenu de la législation de l'Etat membre d'établissement** pour juger de l'applicabilité de la loi de l'Etat membre d'accueil ?

- dans quelle mesure doit-on plutôt **tenir compte de la situation de fait** de l'opérateur économique telle qu'elle a été constituée notamment sous l'empire de la législation de l'Etat membre d'établissement pour juger de l'applicabilité de la loi de l'Etat membre d'accueil ?

Dès lors, il apparaît que le principe de la reconnaissance mutuelle ne soulève pas de conflit de lois privées mais plus simplement un problème de prise en considération du droit étranger et de reconnaissance d'un droit acquis à l'étranger. Cependant, comme il convient à présent de l'exposer, la Cour de justice a parfois exceptionnellement mis en œuvre ce principe en droit du travail et ainsi généré un véritable conflit de lois privées.

## **B. Une manifestation de l'ouverture des facultés de choix de loi en droit privé**

**608.** Dans le domaine de la libre prestation de services, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle trouve-t-il à s'appliquer dans les matières de droit privé ? En d'autres termes, la Cour de justice, ouvre-t-elle de nouvelles facultés de choix de loi en droit privé ?

A notre avis, il est manifeste que la Cour de justice a pu faire une application de la reconnaissance mutuelle dans le domaine très spécifique des réglementations en matière de salaires minimaux. Cependant, il ne faudrait pas en déduire que ce mécanisme puisse être systématiquement être mise en œuvre dans les matières – impératives – de droit privé. La jurisprudence de la Cour de justice en matière de jeux de hasard atteste en effet de sa volonté de ne pas réduire drastiquement les domaines d'impérativité nationale en ouvrant de – trop – larges facultés de choix de lois en matière, notamment de contrats.

### **1. Exemple d'une application de la reconnaissance mutuelle en droit privé**

609. A l'occasion de l'arrêt Mazzoleni du 15 mars 2001<sup>1144</sup>, la Cour de justice a clairement fait application du principe de la reconnaissance mutuelle en matière de réglementations – de droit privé – relative aux salaires minimaux<sup>1145</sup> si bien qu'il n'est désormais pas possible d'affirmer que toutes les règles de droit privé sont exclues du champ d'application du principe de reconnaissance mutuelle, ni que celui-ci ne s'apparente jamais à une règle de conflit de lois<sup>1146</sup>.

610. Il convient à titre préalable d'expliquer pourquoi, à notre sens, une réglementation en matière de salaire minimum doit être rattachée à la catégorie des réglementations de droit privé et non à celles de droit public.

Un auteur a en effet soutenu que « *les lois de police dans les affaires Van der Elst, Arblade, Mazzoleni... étaient des lois de police de droit public territoriales* »<sup>1147</sup>. Pour justifier cette qualification, l'auteur s'appuie sur « *la distinction désormais acquise entre loi de police de droit public [...] et les lois internationalement impératives de droit contractuel* » proposée par M. P. Mayer<sup>1148</sup>.

M. P. Mayer considère que les lois de droit public se distingueraient des lois de police en raison de la **méthode** à laquelle elles seraient soumises. En effet, seules les lois de police – de droit privé – seraient **en conflit avec des lois étrangères** et seraient applicables en raison de leur **contenu**. Les lois de droit public ne soulèveraient aucun problème de conflit de lois, mais un problème de répartition des compétences étatiques, chaque Etat étant alors nécessairement seul compétent au regard de l'objet à réglementer. Ces objets de réglementation étant insusceptibles de se recouper, un quelconque conflit de lois serait

---

<sup>1144</sup> CJCE 15 mars 2001, 165/98, *Rec.* 2189. En dépit de l'existence d'arrêts postérieurs, nous choisissons de retenir l'arrêt Mazzoleni car il présente l'intérêt d'avoir été rendu sur le seul fondement du droit primaire. En effet, dans cet arrêt la Cour rappelle que « *le délai de transposition de la directive [96/71/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services] n'étant en effet pas expiré et la directive n'ayant pas été transposée en droit national au moment des faits au principal, il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation de ses termes aux fins de la procédure au principal* ». CJCE 15 mars 2001, 165/98, *Rec.* 2189., pt. 17. En ce qui concerne la jurisprudence postérieure, prenant appui sur la directive voir notamment : CJCE 12 octobre 2004 Wolfet Müller, 60/03, *Rec.* 9553, CJCE 18 décembre 2007, Laval, 341/05 ; CJCE 11 décembre 2007, Viking Line, 348/05

<sup>1145</sup> Antérieurement, par trois arrêts (CJCE, 3 février 1982, *œi c/ Seco*, 62 et 63/81, *Rec.* 223 ; CJCE 27 mars 1990, Rush Portuguesa, 113/89, *Rec.* 1417 août 1994, Vander Elst, 43/93, *Rec.* 3803 ), la Cour de justice avait affirmé les principes suivants en matière de détachement des salariés : le prestataire de services n'a pas à se soumettre à l'ensemble des règles administratives concernant tant le droit de l'immigration que celui du travail applicable au sein de l'Etat membre d'accueil. Deuxièmement, la législation du pays d'accueil s'applique par principe en ce qui concerne plus précisément les conditions d'emploi et les salaires minimaux. Troisièmement, toute la législation sociale de l'Etat d'accueil ne doit cependant pas trouver à s'appliquer à moins qu'elle ne soit plus favorable au travailleur détaché que celle de l'Etat d'établissement.

<sup>1146</sup> Voir en ce sens les propos de M. D. Bureau et Mme. H. Muir Watt qui, sans se prononcer sur la question d'une analyse en terme de règle de conflit de lois, écrivent au sujet de la loi applicable en matière de contrat de travail lorsqu'un salarié est détaché dans un autre Etat membre que « *le principe communautaire de reconnaissance mutuelle commande de considérer que le pays d'accueil ne peut imposer sa propre réglementation si l'intérêt qu'elle vise à protéger l'a déjà été de façon équivalente dans le pays d'origine* ». Bureau D., Muir Watt H., *Droit international privé*, tome 2, Thémis droit, Puf, 2007, pt. 946, p. 348.

Fallon M. « *Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes* » *R.C.D.I.P.* oct.-nov. 2008, n°4, p. 781, sp. p. 791. L'auteur affirme que « *l'arrêt Viking Line exprime un raisonnement emprunt d'une technique de conflit de lois* ».

<sup>1147</sup> Muir Watt H., « L'entrave à la prestation transfrontière de services » in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 543-565, pt. 23, p. 564

<sup>1148</sup> Mayer P., « Les lois de police étrangères », *J.D.I.* 1981, pp. 277-345, sp. pt. 27, p. 302

absolument exclu et l'application de ces lois de droit public **indépendante du contenu des règles des différents Etats**. Cette compétence exclusive des Etats membres en matières de droit public s'expliquerait par le fait que l'Etat serait impliqué en tant que **sujet** de la relation à appliquer ou encore parce qu'il en irait de son **organisation** c'est-à-dire de ses organes.

Or, au regard des critères retenus par M. P. Mayer et repris par Mme. H. Muir Watt, une réglementation posant un salaire minimum ne peut, à notre sens, pas être assimilée à une règle de droit public :

- premièrement, une telle réglementation a pour objet de régler des relations entre personnes privées (employeur-salariés) et plus exactement de protéger la partie faible au contrat c'est-à-dire le salarié. Elle n'a nullement pour objet l'organisation de l'Etat ;
- deuxièmement son critère d'application spatial ne permet pas réellement de définir l'objet de réglementation « *mais à rattacher son objet unique, auquel il est extérieur, à l'une des diverses lois qui ont cumulativement vocation à réglementer* »<sup>1149</sup> ;
- troisièmement, son application dépend le plus souvent du contenu des règles des différents Etats, la loi la plus favorable au salarié lui étant traditionnellement appliquée.

Il paraît donc possible d'affirmer que l'arrêt Mazzoleni portait sur une loi – privée – de police et non sur une règle de droit public.

**611.** Il convient de revenir sur les faits de l'arrêt : une société de gardiennage établie en France avait détaché treize salariés au gardiennage et à la surveillance d'une galerie marchande en Belgique et rémunérait ceux-ci conformément à la législation française relative au salaire minimum.

Cependant, une convention collective de travail s'appliquant impérativement à toutes les entreprises de gardiennage exerçant une activité quelconque sur le territoire belge, qu'elles aient leur siège en Belgique ou à l'étranger prévoyait un salaire minimum supérieur au SMIC français.

S'étant conformée à la seule réglementation française et n'ayant donc pas respecté la législation impérative belge, la société française fut attraitée devant un tribunal correctionnel belge. Pour assurer sa défense, la société française soutint alors n'être tenue

---

<sup>1149</sup> Mayer P. « Les lois de police étrangères », *J.D.I.* 1981, pp. 277-345, sp. pt. 29, p. 304

qu'au seul respect de la loi française en s'appuyant sur le principe communautaire de libre prestation de services<sup>1150</sup>.

**612.** S'interrogeant sur la loi applicable en la matière les tribunaux belges posèrent alors à la Cour de justice la question préjudicielle suivante : « *les articles 59 et 60 du traité CE doivent-ils être interprétés dans le sens que constitue une violation de ces articles le fait pour un Etat membre d'imposer, pour des raisons impérieuses d'intérêt général, le respect de sa législation ou de conventions collectives de travail nationales relatives aux salaires minimaux, à toute entreprise d'un autre Etat membre faisant prester, même temporairement, à des personnes un travail salarié sur le territoire du premier Etat, alors que cet intérêt est déjà assuré par les règles de l'Etat où le prestataire est établi, et que les travailleurs y sont dans une situation comparable ou similaire, sur une base, non de la seule réglementation relative aux salaires minimaux, mais de la situation d'ensemble (incidence fiscale, protection sociale relative à la maladie, y compris au titre de l'assurance complémentaire obligatoire en France, aux accidents de travail, au veuvage, au chômage, à la retraite, au décès) ?* »<sup>1151</sup>. La référence au droit applicable dans l'Etat membre d'établissement pour juger de l'application de la loi de l'Etat membre d'accueil indique bien qu'était en cause le principe de la reconnaissance mutuelle tel que nous l'avons défini.

**613.** Afin de répondre à cette question préjudicielle, la Cour de justice s'est appuyée sur le principe développé dans l'arrêt Säger<sup>1152</sup> en vertu duquel dès lors qu'un prestataire de services exerce légalement son activité dans l'Etat membre d'établissement, il bénéficie d'un droit relatif d'exercer son activité dans tous les autres Etats membres sans avoir à respecter la législation qui y est en vigueur. Dans l'arrêt Säger, la Cour de justice avait effectivement affirmé que l'article 59 du traité CE – visé par la question préjudicielle – exigerait « [...] *la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux d'autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues* »<sup>1153</sup>. En l'espèce, la Cour affirme donc que « *un Etat membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet*

---

<sup>1150</sup> Rappelons en effet que la Cour de justice considère que le « *travailleur détaché ne peut invoquer l'article 39 CE parce qu'il ne cherche pas à accéder au marché de l'emploi de l'Etat d'accueil* ». Fallon M. « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes » *R.C.D.I.P.* oct.-nov. 2008, n°4, p. 781, sp. p. 785. En ce sens : CJCE 25 octobre 2001, Finalarte, 49/98, Rec. 7831

<sup>1151</sup> CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, Rec. 2189, pt. 15.

<sup>1152</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. 4221.

<sup>1153</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. 4221, pt. 12 ; CJCE 9 août 1994, Vander Elst, 43/93, Rec. 3803, pt. 14 ; CJCE 28 mars 1996, Guiot, 272/94, Rec. 1905, pt. 10 ; CJCE 12 décembre 1996, Reisebüro Broede, 3/95, Rec. 6511, pt. 25 ; CJCE 23 novembre 1999, Arblade e. a., 369/96, Rec. 8453, pt. 33.



*utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services »*<sup>1154</sup>.

Elle en déduit que l'application de la législation belge est par principe non conforme au droit communautaire à moins que l'Etat belge ne puisse prouver le caractère indispensable de sa mise en œuvre au cas d'espèce : elle dit ainsi que « *l'application des réglementations nationales de l'Etat membre d'accueil aux prestataires de services est susceptible de prohiber, gêner ou rendre moins attrayantes les prestations de services dans la mesure où elle entraîne des frais ainsi que des charges administratives et économiques supplémentaires* »<sup>1155</sup> mais que cependant, la protection des travailleurs constitue une raison impérieuse d'intérêt général qui pourrait, exceptionnellement, justifier la mise en œuvre de la loi du pays d'accueil<sup>1156</sup>.

Cependant, ces exceptions au principe de la libre prestation de services sont toujours interprétées strictement si bien que l'application d'une réglementation sur ce fondement doit être absolument nécessaire et proportionnée au but recherché.

En l'espèce, la Cour de justice considère que l'application de la loi du pays d'accueil quant au salaire minimum ne serait strictement nécessaire et proportionnée à l'objectif de protection du travailleur que s'il était établi que les réglementations de l'Etat membre d'établissement et de l'Etat membre d'accueil n'étaient pas équivalentes. Or, pour juger de cette éventuelle équivalence la Cour de justice invite les juridictions nationales, non pas à juger point par point de la législation sociale des deux Etat membres mais, globalement à « *prendre en considération les éléments liés au montant de la rémunération, la durée du temps de travail à laquelle ce montant se rapporte ainsi que le montant des cotisations sociales et l'incidence de la fiscalité* »<sup>1157</sup>.

De plus, elle impose également qu'il soit tenu compte du caractère éventuellement disproportionné « *des charges administratives supplémentaires* »<sup>1158</sup> liées à l'application de la loi de l'Etat d'accueil que devraient assumer l'employeur. Cet arrêt sera confirmé par un arrêt postérieur dans lequel la Cour de justice ne jugera l'application de la loi du pays d'accueil conforme au principe de libre prestation de services que si celle-ci offre aux travailleurs « *un avantage réel qui contribue de manière significative, à leur protection sociale* »<sup>1159</sup>. Comme le relève justement un auteur, l'application de la loi du pays d'accueil apparaît alors bien difficile puisqu'elle suppose, « *non seulement [que] le bénéfice pour les travailleurs [soit] significatif mais encore [qu'il soit] mis en balance*

---

<sup>1154</sup> CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, Rec. 2189, pt. 23.

<sup>1155</sup> CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, Rec. 2189, pt. 24.

<sup>1156</sup> Voir notamment, consacrant la protection des travailleurs comme une raison impérieuse d'intérêt général: CJCE 17 décembre 1981 279/80, Rec. 3305 Webb, pt. 19 ; CJCE 23 novembre 1999, Arblade e. a., 369/96, Rec. 8453, pt. 36 ; CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, Rec. 2189, pt. 27.

<sup>1157</sup> CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, Rec. 2189, pt. 39

<sup>1158</sup> CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, Rec. 2189, pt. 36

<sup>1159</sup> CJCE 24 janvier 2002, Portugaia Construções, 164/99, Rec. 787.

*avec les intérêts de l'employeur qui ne doivent pas être affectés de manière disproportionnée »<sup>1160</sup>.*

614. D'un point de vue méthodologique, la particularité de l'application du principe de la reconnaissance mutuelle dans cet arrêt est qu'elle n'est **pas liée à un risque d'application cumulative des réglementations**. En effet, le problème soulevé devant la Cour de justice était de savoir si la loi française **ou** la loi belge relative au salaire minimum était applicable. Il s'agissait donc dans ce cas de figure **de déterminer la loi applicable au cas d'espèce** et non de prendre en considération l'application antérieure d'une loi.

Il nous semble donc possible, comme nous allons à présent l'exposer, de déceler **dans ce cas particulier** une règle de conflit dans le système de la reconnaissance mutuelle.

615. Il convient néanmoins de rappeler tout d'abord que l'on s'est, à juste titre, souvent opposé à l'assimilation du principe de la reconnaissance mutuelle dans son ensemble à une règle de conflit de lois cachée.

L'obstacle, à notre sens, le plus fondamental à la qualification de règle de conflit de lois est que le principe de la reconnaissance mutuelle ne soulèverait **pas un problème de détermination de la loi applicable à un rapport juridique**.

C'est notamment ce qu'a suggéré M. P. Lagarde : *« Ce fut le grand débat des années quatre-vingt-dix de savoir si le traité de Rome n'abritait pas dans ses replis cachés une règle de conflit désignant pour toute opération intracommunautaire la loi d'origine de la prestation ou de la marchandise qui en était l'objet. [...] Cette thèse n'est plus guère soutenue aujourd'hui. Que certaines dispositions de la loi du pays d'importation puissent constituer des entraves prohibées est une chose, que le principe de reconnaissance mutuelle que sous-tend la liberté de circulation impose l'application de la loi d'origine en serait une autre, que rien n'autorise à admettre. Quelle serait la portée d'une telle règle de conflit ? Et pourquoi faudrait-il écarter les dispositions de la loi du pays d'importation qui ne sont pas des entraves à la libre circulation ? [...] [Cependant] lorsque la loi d'un Etat membre s'est appliquée à une situation déterminée, il n'est pas rare que le principe de libre circulation impose la reconnaissance de la situation créée dans un autre Etat membre. [...] Cette obligation de reconnaître ce qui s'est passé à l'étranger conformément à la loi locale, c'est, d'une certaine façon, l'obligation de reconnaître la réalité. Mais c'est aussi pour l'Etat de reconnaissance, renoncer à imposer le respect de ses propres règles de rattachement, à la situation constituée à*

---

<sup>1160</sup> Hatzopoulos V. « Que reste-t-il de la directive sur les services ? » *C.D.E.*, 2007, n° 3-4, p. 299 et s., sp. p. 340.

*l'étranger, lorsqu'elle vient à produire ses effets sur son territoire* »<sup>1161</sup>. Selon M. P. Lagarde, la qualification de règle de conflit de lois serait absolument exclue pour la simple raison qu'il ne s'agirait que de reconnaître des droits acquis – antérieurement – au sein d'une autre Etat membre et non de choisir la loi applicable au rapport de droit.

Il faut en effet rappeler que selon la définition de principe de la règle de conflit de lois qu'en donnent M. Y. Loussouarn et M. P. Bourel, « *il s'agit d'une règle bilatérale*<sup>1162</sup> *tendant à régler les conflits internationaux de lois privées. Il y a conflit de lois toutes les fois qu'une situation juridique pouvant se rattacher à plusieurs pays, il faut choisir, entre les lois de ces différents Etats, celle qui sera appelée à régir le rapport de droit considéré. C'est donc essentiellement un problème d'option (...)* »<sup>1163</sup>. En d'autres termes, le principe de reconnaissance mutuelle ne permettrait pas, à proprement parler, de trancher un conflit de lois au sens du droit international privé.

616. Il est vrai que le principe de reconnaissance mutuelle ne soulève le plus souvent qu'un problème de reconnaissance par un Etat membre, sur son territoire, d'une situation légalement constituée dans un autre Etat membre. Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle correspond dans la majorité des cas aux situations dans lesquelles un Etat membre constate qu'une marchandise, parce qu'elle a été fabriquée selon les prescriptions d'un Etat membre, ou même un opérateur économique, en ce qu'il a acquis la qualification professionnelle requise dans un Etat membre pour l'exercice d'une activité économique, se sont d'ores et déjà conformées à la législation d'un autre Etat membre.

Il invite alors l'Etat membre d'accueil à s'interroger sur la pertinence de l'application successive et cumulative de sa propre réglementation à la marchandise, le service ou l'opérateur économique sachant que, lorsqu'il pénètre son territoire national, la marchandise – ou le prestataire de service – s'est déjà conformé à la réglementation d'un autre Etat membre.

Il n'y a donc **pas véritablement d'option** possible pour l'Etat membre d'accueil entre l'application de sa règle de droit **ou** celle d'un autre Etat membre. L'application de la réglementation d'un autre Etat membre est en effet « *une réalité* »<sup>1164</sup> du fait de l'application dans le temps des différentes lois nationales. La seule question qui se pose est de savoir si l'Etat membre d'accueil tiendra compte de cette réalité pour, d'une part laisser produire des effets juridiques sur son territoire à une situation constituée au sein

---

<sup>1161</sup> Lagarde P., « Rapport de synthèse » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, ss. la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, ed. Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, pp. 283-295, p 287.

<sup>1162</sup> Cela signifie qu'elle peut désigner indifféremment une loi étrangère ou une loi locale.

<sup>1163</sup> Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 2001, 7<sup>ème</sup> éd.

<sup>1164</sup> Lagarde P., « Rapport de synthèse » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, ed. Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, pp. 283-295, p 287.

d'un autre Etat membre et, d'autre part, pour juger de l'applicabilité de sa propre réglementation au cas d'espèce.

- 617.** Mais dans l'arrêt Mazzoleni et les autres arrêts relatifs aux salariés détachés, la situation était différente et particulière. Il s'agissait bien de déterminer si c'était la loi relative au SMIC de l'Etat membre d'établissement ou celle de l'Etat membre d'accueil qui devait être appliquée. **Ces règles litigieuses, impératives mais de droit privé posaient donc bien une question d'option.**

En aucun cas, la question préjudicielle ne suggérait que les lois de l'Etat membre d'établissement et d'accueil s'appliqueraient successivement et cumulativement de sorte que le salarié pourrait toucher deux salaires. Il s'agissait donc bien **d'identifier la loi – sociale – de police applicable au rapport juridique** entre le salarié et son employeur en matière de salaire minimum.

La Cour indique alors que l'application de la loi du pays d'accueil dépend de son contenu par rapport à celui la loi du pays d'établissement qui en principe doit s'appliquer. C'est en effet parce que le prestataire de services « *fournit légalement des services analogues* »<sup>1165</sup> dans l'Etat membre d'établissement que la Cour affirme que « *un Etat membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services* »<sup>1166</sup>.

Il est donc possible d'affirmer que dans ce domaine particulier, le principe de la reconnaissance mutuelle engendre une règle de droit assimilable à une règle de conflit de lois.

- 618.** Certes, il s'agit ici d'une règle de conflit de lois un peu particulière puisque, non seulement ce sont deux lois de police nationales qui sont en concurrence, mais en outre cette règle de conflit de source communautaire est à coloration matérielle puisque la détermination de la loi applicable dépend du contenu des lois nationales en présence<sup>1167</sup>.

---

<sup>1165</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, *rec.* 4221, pt. 12 ; CJCE 9 août 1994, Vander Elst, 43/93, *Rec.* 3803, pt. 14 ; CJCE 28 mars 1996 Guiot, 272/94, *Rec.* 1905, pt. 10 ; CJCE 12 décembre 1996, Reisebüro Broede, 3/95, *Rec.* 6511, pt. 25 ; CJCE 23 novembre 1999, Arblade e. a., 369/96, *Rec.* 8453, pt. 33.

<sup>1166</sup> CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, *Rec.* 2189, pt. 23

<sup>1167</sup> Un auteur s'est également opposé à l'application du principe de la reconnaissance mutuelle en matière de droit privé au motif qu'en la matière, des réglementations divergentes ne pourraient jamais être équivalentes : « *au surplus, toute idée d'équivalence entre deux règles ayant le même objet est nécessairement un non-sens en droit privé : parce qu'il s'agit de réaliser un arbitrage entre des intérêts antagonistes, et qu'il est donc impossible de donner ou de garantir à l'un sans retirer ou imposer à l'autre, la comparaison entre ces deux règles ne peut conduire qu'à l'établissement d'une relation de parfaite identité ou de totale contradiction. [...] Il n'est permis de parler d'équivalence entre deux règles de droit privé de contenu différent que dans le cas où leur application conduit, dans un hypothèse donnée à des résultats identiques : nullité de l'acte, existence d'une faute, prescription d'une action...* » Heuzé V, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou anti-droit européen » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, « *Le droit international privé : esprit et méthodes* Dalloz, 2005, p. 393-415, p. 413.

On pourrait ainsi formuler cette règle de conflit issue du principe de reconnaissance mutuelle de la façon suivante :

« En matière de salaire minimum, la loi applicable au salarié détaché est celle de l'Etat membre d'établissement, à moins que la réglementation sociale du pays d'accueil ne lui soit **globalement** plus favorable et ne crée pas des charges disproportionnées pour l'employeur »<sup>1168</sup>.

Comme le relève un auteur, dans cette affaire, « la loi d'un pays membre [...] est en concurrence avec la loi de police [et] le principe de proportionnalité impose la comparaison entre les objectifs de la loi de police et ceux de la loi évincée »<sup>1169</sup>. Au-delà même des bouleversements méthodologiques engendrés par cette exigence de comparaison des lois de police pour juger de leur applicabilité<sup>1170</sup>, il apparaît clairement que le juge belge devait faire un choix – conforme au droit communautaire – entre l'application du droit social belge ou du droit social français autorisant à considérer que le principe de reconnaissance mutuelle génère alors bien une sorte de règle de conflit de lois.

## **2. Exemple d'une réserve dans l'utilisation de la reconnaissance mutuelle en droit des contrats**

- 619.** La jurisprudence de la Cour relative aux réglementations nationales prohibant ou limitant les jeux de hasard est l'occasion d'une réflexion sur le possible impact du mécanisme de la reconnaissance mutuelle en matière de contrat.

En effet, l'interdiction posée par certaines législations d'exercer une activité économique a pour corollaire évident l'interdiction de conclure un contrat dont l'objet serait la fournir l'activité prohibée. Ce faisant, le législateur légifère en matière d'objet du contrat.

---

Cependant, il ne s'agit pas ici d'établir l'équivalence entre les règles de droits mais d'identifier si l'une d'entre elle est plus favorable au salarié détaché. Il faut néanmoins remarquer que l'invitation de la Cour de justice à procéder à une appréciation globale des lois en présence et non point par point est extrêmement critiquable. Il rend l'appréciation des lois nécessairement subjective.

<sup>1168</sup> Comparer avec l'article 8 du règlement Rome 1 qui dispose: «1. Le contrat de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection qui lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui serait applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. A défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution de son contrat accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ».

<sup>1169</sup> Pataut E., notes sous CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, R.C.D.I.P., pp. 503-512, p. 511

<sup>1170</sup> Pataut E., notes sous CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa, 165/98, R.C.D.I.P., pp. 503-512, p. 510

En conséquence, lorsque ce type de réglementations est soumis au contrôle de la Cour de justice, celle-ci se prononce sur les réglementations nationales relatives **à la licéité de l'objet des contrats**<sup>1171</sup>.

620. Or, par un arrêt du 8 septembre 2009<sup>1172</sup>, la Cour de justice a semblé s'appuyer sur la reconnaissance mutuelle pour juger de la conformité d'une réglementation portugaise prohibant l'organisation de jeux de hasard au droit communautaire de la libre prestation de services.

Cependant, précisons le d'emblée, la portée de cet arrêt nous semble être très relative.

621. La législation portugaise soumise à la Cour posait un principe général d'interdiction d'organisation des jeux de hasards, l'Etat portugais s'étant par ailleurs réservé la possibilité d'autoriser l'exploitation directe des jeux ou par un organisme qu'il contrôlerait.

La violation de cette prohibition de principe était pénalement sanctionnée.

Depuis un édit royal de 1783, le Portugal concédait à la société Santa casa, le droit d'organiser les loteries nationales.

622. Bwin, société établie en Autriche et à Gibraltar a cependant proposé des jeux en ligne au Portugal. Elle s'est ainsi vue infliger une amende par les services de la direction du département du jeu portugais.

Les juridictions portugaises saisies du litige ont alors posé à la Cour de justice la question préjudicielle suivante :

*« le régime d'exclusivité en faveur de Santa Casa, opposé à Bwin, c'est-à-dire à un prestataire de services, établi dans un autre Etat membre **dans lequel il fournit de façon légale des prestations analogues** [...] constitue-t-il une entrave à la libre prestation de services ? »*

623. Afin de répondre à cette question préjudicielle, la Cour de justice commence par rappeler que *« l'article 49 CE exige la suppression de toute restriction à la libre prestation de services, [...] lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes*

---

<sup>1171</sup> Ainsi en droit français par exemple l'article 1126 du Code civil dispose *« tout contrat a pour objet une chose qu'une s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire »* et l'article 1128 du Code civil dispose : *« il n'y a que les choses dans le commerce qui puissent être l'objet de convention »*.

<sup>1172</sup> CJCE 8 septembre 2009, 42/07, non encore publié.

*les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues* »<sup>1173</sup>.

La formulation employée par la Cour de justice semble bien indiquer qu'elle ferait application du principe de reconnaissance mutuelle puisqu'elle s'appuie sur la licéité de l'activité dans un Etat membre d'établissement du prestataire pour juger de l'atteinte à la libre prestation de services portée par la réglementation portugaise.

La Cour de justice prend cependant ensuite la peine de préciser que la restriction à la libre prestation de services aurait ici plus spécifiquement deux causes :

- la première serait tout simplement l'**interdiction** de pratiquer une certaine activité économique. En ce sens, la Cour indique : « *il est constant qu'une réglementation d'un Etat membre qui interdit aux prestataires tels que Bwin, établis dans d'autres Etats membres, de proposer des services sur le territoire dudit Etat par l'Internet constitue une restriction à la libre prestation de services [...]* »<sup>1174</sup>.

- la seconde qui découle de la première, serait l'impossibilité pour les potentiels bénéficiaires de ces services offerts dans un autre Etat membre d'y avoir accès. La Cour explique en effet : « *Une telle réglementation impose en outre une restriction à la liberté des résidents de l'Etat membre concerné de bénéficier, par l'Internet, de services offerts dans d'autres Etats membres* »<sup>1175</sup>.

**624.** Or, on le sait, le simple fait que l'exercice d'une activité économique soit interdit suffit presque toujours à la Cour pour caractériser l'atteinte au moins potentiel à toutes les libertés de circulation, sans qu'une confrontation avec la réglementation en vigueur dans un autre Etats membre ne soit nécessaire.

En ce sens, il est possible de citer les arrêts précédents de la Cour de justice en matière de jeux, desquels il résultait assez clairement que l'interdiction de l'exercice d'une activité qui plus est assortie d'une sanction pénale était pour la Cour la véritable cause de l'atteinte portée aux libertés de circulation.

Dans l'arrêt Gambelli du 6 novembre 2003<sup>1176</sup> la Cour de justice affirmait ainsi de manière lapidaire que « ***une interdiction, assortie de sanctions pénales, de participer [ou de permettre la participation] à des jeux de paris organisés dans les Etats membres autres que celui sur le territoire duquel est établi la parieur constitue une restriction à la libre prestation de services*** ».

---

<sup>1173</sup> CJCE 8 septembre 2009, 42/07, non encore publié, pt. 51

<sup>1174</sup> CJCE 8 septembre 2009, 42/07, non encore publié, pt. 52

<sup>1175</sup> CJCE 8 septembre 2009, 42/07, non encore publié, pt. 53

<sup>1176</sup> CJCE 6 novembre 2003, « Gambelli e. a. », 243/01, Rec. 13031, pt. 57

Dans l'arrêt Placania du 6 mars 2007<sup>1177</sup>, la Cour de justice a également jugé que « *une réglementation qui interdit l'exercice d'activité de collecte, d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de proposition de paris, [...] en l'absence de concession ou d'autorisation de police délivrée par l'Etat membre concerné, constitue une restriction à la liberté d'établissement ainsi qu'à la libre prestation de services prévues respectivement aux articles 43 CE et 49 CE* ».

Nous pensons donc que la Cour ne déduit pas tant l'atteinte à la libre prestation de services de la licéité de l'organisation des jeux de hasard dans l'Etat membre d'établissement que de la seule prohibition de l'exercice d'une activité économique.

625. La Cour de justice ne semble pas non plus chercher absolument à condamner la mise en œuvre de la législation prohibant l'organisation de jeux de hasard.

Dans l'arrêt Gambelli par exemple, la Cour de justice admet qu'une telle réglementation puisse être justifiée et renvoie au juge national le soin de déterminer « *si une telle réglementation, au regard de ses modalités concrètes d'application, répond véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle impose n'apparaissent pas disproportionnées au regard de ses objectifs* »<sup>1178</sup>

Dans l'arrêt du 8 septembre 2009, la Cour tranche elle-même directement la question en indiquant que « *l'article 49 CE ne s'oppose pas à une réglementation d'un Etat membre, [...] qui interdit à des opérateurs [...] établis dans un autre Etat membre, où ils fournissent légalement des services analogues, de proposer des jeux de hasard par l'Internet sur le territoire dudit Etat membre* »<sup>1179</sup>

626. En conclusion, il se dégage de cet exemple en matière de jeux de hasard qu'en matière contractuelle, la Cour de justice ne déduit pas l'inapplicabilité du droit national impératif du seul fait qu'une telle prohibition n'existerait pas dans l'Etat d'établissement. Elle ne cherche pas non plus à sanctionner, le plus largement possible la mise en œuvre de telle réglementation.

En d'autres termes, en matière de règles impératives contractuelles, la Cour de justice n'ouvre pas aux opérateurs économiques d'importantes facultés de choix.

L'impact du principe de la reconnaissance mutuelle sur le droit des contrats impératifs nous semble donc plutôt faible et, en tout état de cause indirect.

---

<sup>1177</sup> CJCE 6 mars 2007, « Placania », aff. jointes 338/04, 359/04, 360/04, Rec. 1891, dispositif

<sup>1178</sup> CJCE 6 novembre 2003, « Gambelli e. a. », 243/01, Rec. 13031, dispositif

<sup>1179</sup> CJCE 8 septembre 2009, 42/07, Rec. ???, dispositif



**627. En conclusion**, en libre prestation de services, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle présente donc la particularité de s'appliquer, certes principalement en matière de réglementation de droit public relatives à l'exercice d'une activité économique, mais également parfois en matière de lois de police de droit privé encadrant l'exercice d'une activité économique. Il n'est cependant pas possible d'en déduire une application généralisée à l'ensemble du droit privé et notamment à la matière contractuelle.

Il convient maintenant d'expliquer comment et à quelles conditions ce mécanisme peut, en ces différents domaines, permettre l'exercice d'un choix de loi.

### C. Modalités d'exercice du choix de loi

**628.** Nous avons constaté qu'en vertu du principe de la reconnaissance mutuelle, la mise en œuvre – ou plus rarement l'applicabilité – d'une loi d'un Etat membre condamne l'application successive des lois des autres membres au sein desquels est effectuée une prestation de services. La Cour de justice, détermine-t-elle de manière précise ou impérative quelle peut être cette loi qui, en principe, seule s'applique ? Peut-il s'agir de la loi de n'importe quel Etat membre ? L'opérateur économique peut-il lui même déterminer quelle sera cette loi ?

**629. La nécessité d'acquérir des droits au sein de l'Etat membre d'établissement.** – L'article 49 du traité CE duquel la Cour de justice déduit le mécanisme de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services dispose : *« les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui destinataire de la prestation »*. En ce qui concerne les facultés de choix de loi, l'interprétation de la Cour de justice de la reconnaissance mutuelle est très proche de la lettre du traité CE. En effet, la Cour vise toujours expressément **la loi de l'Etat membre au sein duquel le prestataire de services est établi**.

Ainsi, dans une hypothèse d'équivalence des réglementations, la Cour a pu affirmer que *« s'il est loisible aux Etats membres, et constitue pour eux un choix politique légitime effectué dans l'intérêt général, de soumettre la mise à disposition de la main d'œuvre sur leur territoire un régime d'autorisation [...] »*<sup>1180</sup>, *« cette mesure dépasserait le but poursuivi au cas où les exigences auxquelles la délivrance d'une autorisation se trouve subordonnée ferait double emploi avec les justifications et garanties exigées dans l'Etat d'établissement. Le respect du principe de la libre prestation de services exige [...], que l'Etat membre destinataire de la prestation [...] tiennne compte de justifications et*

---

<sup>1180</sup> CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. 3305, pt. 19

*garanties déjà présentées par le prestataire pour l'exercice de son activité dans l'Etat membre d'établissement* »<sup>1181</sup>.

De la même façon, en l'absence d'équivalence, lorsque le principe de la reconnaissance mutuelle ne pose qu'une obligation relative de reconnaissance du droit d'exercer une activité économique acquise dans un autre Etat membre, la Cour vise toujours l'hypothèse d'un droit acquis ou reconnu dans l'Etat membre d'établissement. Selon une formule récurrente de la Cour, « l'article 59 du traité exige [...] la suppression de toute restriction [...] lorsqu'elle est de nature à prohiber ou à gêner autrement les activités du prestataire **établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues** »<sup>1182</sup>. Le choix de loi des opérateurs économiques ne semble donc pouvoir se porter que sur la loi de l'Etat dans lequel ils sont établis.

Reste alors à déterminer ce à quoi correspond un établissement dans un Etat membre. Il se dégage des formulations de la Cour de justice que le choix de loi de l'opérateur économique paraît subordonné à un établissement tel que la Cour de justice le définit classiquement<sup>1183</sup>, c'est-à-dire une participation « *stable et continue, à la vie économique de l'Etat membre [...]* »<sup>1184</sup>, dans l'Etat membre dont la législation lui semble favorable. La Cour de justice prend effectivement la peine d'indiquer d'une part la nécessité d'un établissement dans un Etat membre – « **établi dans un autre Etat membre** » – mais aussi d'autre part d'un exercice effectif de la même activité au sein de cet Etat membre – « **où il fournit légalement des services analogues** ».

- 630.** Si un choix de loi par le biais d'un établissement n'est en soi pas impossible, il est, de manière concrète, **difficile à mettre en œuvre**. Les prestataires de services qui souhaitent s'appuyer sur le principe de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services pour choisir la loi à laquelle ils seront soumis, devront s'implanter dans l'Etat membre dont la législation leur convient. L'exigence posée par la Cour de justice d'un tel élément localisateur pour que soit mise en œuvre le principe de la reconnaissance mutuelle limite ainsi grandement la portée du choix de loi qu'offre théoriquement un tel principe.

*A priori*, la faculté de choix de loi offerte par le principe de la reconnaissance mutuelle en matière de libre prestation de services, subordonnée à un établissement dans l'Etat membre dont la loi est choisie, reste donc relativement limitée. Mais, depuis plus d'une dizaine d'années, la Cour de justice a développé une jurisprudence particulière en matière d'établissement des sociétés qui pourraient dès lors, largement remettre en question cet état de fait. Il convient à présent d'étudier cette jurisprudence.

---

<sup>1181</sup> CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. 3305, pt. 20

<sup>1182</sup> CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, Rec. 4221, pt.12.

<sup>1183</sup> Par opposition à la notion d'établissement telle qu'elle résulte droit des sociétés comme il le sera démontrer dans le prochain paragraphe.

<sup>1184</sup> CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. 4165, pt. 25 ; en ce sens également CJCE 21 juin 1974, Reyners, 2/74, Rec. 631, pt. 21.

631. En matière de libre prestation de services, le principe de reconnaissance mutuelle peut être ainsi synthétisé :

Champ d'application matériel	Choix de loi	Modalité d'exercice du choix de loi
<ul style="list-style-type: none"> <li>- réglementations de droit public relatives à l'exercice d'une prestation de services ;</li> <li>- plus rarement, lois de police de droit privé relatives à l'exercice d'une prestation de services (notamment en matière de salaire minimum).</li> </ul>	- loi du seul Etat membre d'établissement.	- déplacement physique (sous réserve de l'hypothèse des sociétés) et établissement dans l'Etat membre dont la loi est convoitée.

## Section II

### Le choix de loi créé par la reconnaissance mutuelle en matière de liberté d'établissement des sociétés

632. Les sociétés sont des « *agents essentiels de l'activité économique* »<sup>1185</sup>. Fictions juridiques, leur création repose – le plus souvent – sur l'intervention d'un organe étatique leur reconnaissant la personnalité morale<sup>1186</sup>. Or, les règles de fond des Etats membres concernant les conditions de leur création et de leur fonctionnement tout comme les règles de conflits lois<sup>1187</sup> permettant notamment de déterminer la loi applicable à la constitution et au fonctionnement de la société diffèrent profondément<sup>1188</sup>. Un certain lien

<sup>1185</sup> Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat, Montchrestien, 9<sup>ème</sup> éd. 2007, pt. 1032, p. 732.

<sup>1186</sup> M. J. Molinier et Mme N. De Grove-Valdeyron relèvent pour leur part que « [...] à la différence des personnes physiques, les personnes morales n'existent qu'au regard d'un ordre juridique national qui leur confère le droit à l'existence juridique ». Molinier J., De Grove-Valdeyron N., *Droit du marché intérieur européen*, L.D.G.J. coll. Systèmes Droit, 2008, 2<sup>ème</sup> éd., p. 124.

<sup>1187</sup> Un auteur relève ainsi que se pose « à l'égard des personnes morales ayant des activités internationales un problème de conflit de lois : il est en effet nécessaire de déterminer la loi applicable à leur fonctionnement interne (constitution, organisation, dissolution) et leurs rapports avec les tiers (émissions de titres) ». Audit B. *Droit international privé*, Economica, coll. Droit Civil, 5<sup>ème</sup> éd. 2008, pt. 1104, p. 900

Rappelons par ailleurs qu'on désigne sous le terme de *lex societatis* la loi applicable à la société, c'est-à-dire « la loi qui gouverne en principe l'organisation interne de la société ainsi que ses rapports avec les tiers. Bien qu'elle subisse la concurrence d'autres règles, la *lex societatis* régit donc généralement la constitution, le fonctionnement et la dissolution de la société ». Menjuq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 32, p. 33.

<sup>1188</sup> En droit français, la règle de conflit de lois quant à la constitution et le fonctionnement de la société est issue d'une bilatéralisation des articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce qui dispose : « les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française ». Cette bilatéralisation de la règle signifie ici plus précisément que sont étendus « aux sociétés étrangères, les critères [dont le droit français] se sert pour conférer [sa] propre personnalité morale ». Bureau D., Muir Watt H., *Droit international privé*, Thémis Puf, T. 2, partie spéciale, pt. 1036, p. 434. Il s'agit donc en principe, pour qu'une société soit valablement constituée selon le droit français, d'une concordance entre le lieu d'immatriculation et le lieu du siège social réel. Selon la formulation retenue par la Cour de cassation, « en principe, la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social ». Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mars 1971, « Caisse centrale de réassurance des mutuelles agricoles ».

économique avec l'Etat d'immatriculation n'est en effet requis que par quelques Etats membres pour la constitution d'une société et seules certaines règles de conflit désignent la loi du siège social réel pour juger de la validité de la constitution de la société<sup>1189</sup>. En effet, comme le relève un auteur, « *pour savoir si une société est valablement constituée en tant que personne morale selon la loi de l'Etat qu'elle invoque [...] [les Etats membres] bilatéralisent pour les étendre aux sociétés étrangères, les critères dont ils se servent pour conférer leur propre personnalité morale* »<sup>1190</sup>.

Comme il convient à présent de le démontrer, il est ainsi peu étonnant que l'emprise du droit communautaire sur ces réglementations nationales soit grande, et que la Cour y ait développé un principe de reconnaissance mutuelle ouvrant de très larges facultés de choix de loi<sup>1191</sup>.

633. L'émergence de ce phénomène se déduit plus particulièrement de quatre arrêts<sup>1192</sup> relativement récents de la Cour de justice : l'arrêt Centros du 9 mars 1999<sup>1193</sup>, l'arrêt Überseering du 9 novembre 2002<sup>1194</sup>, et l'arrêt Inspire Art du 30 septembre 2003<sup>1195</sup>, et enfin l'arrêt Cadbury Schweppes du 12 septembre 2006<sup>1196</sup>.

De l'analyse de ces quatre arrêts nous déduisons un principe communautaire de reconnaissance mutuelle en matière de liberté d'établissement des sociétés érigeant **une obligation, pour les Etats membres, de reconnaître toute société constituée en conformité avec la loi de n'importe quel Etat membre et, pour l'opérateur économique, un droit absolu de choisir la loi relative à la constitution de sociétés de n'importe quel Etat membre à laquelle il se soumettra**<sup>1197</sup>.

---

Cette jurisprudence a cependant été assouplie par l'arrêt « Banque Ottomane » (CA Paris, 3<sup>ème</sup> Ch. 3 octobre 1984) admettant le renvoi en matière de constitution d'une société, si bien que la loi du siège social réel apparaît comme véritablement compétente pour trancher la question de la validité de la constitution de la société.

<sup>1189</sup> On considère généralement que trois critères de rattachement pourraient être utilisés en matière de sociétés : « *ils se réfèrent respectivement à la personnalité des associés, c'est-à-dire à leur nationalité, à la loi d'origine de la personne morale, c'est-à-dire pratiquement à son lieu de constitution, et à son administration centrale, c'est-à-dire son siège* ». Les pays anglo-saxons retiennent le critère du lieu de constitution dit aussi de l'incorporation désignant la loi du pays où la personne morale « *prend forme [et qui seule] peut lui conférer la personnalité morale* ». Audit B., *Droit international privé*, Economica, coll. Droit Civil, 5<sup>ème</sup> éd. 2008, pt. 1109 et 1111, p. 903 et 904.

<sup>1190</sup> Bureau D., Muir Watt H., *Droit international privé*, tome 2, Thémis droit, Puf, 2007, pt. 1036, p. 433

<sup>1191</sup> Sur l'ensemble de cette question voir : Mastullo, T., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Thèse Paris I, 2007, p. 363 et s.

<sup>1192</sup> Nous évoquerons, bien évidemment également, deux autres arrêts importants en la matière : CJCE 27 septembre 1988, **Daily Mail**, 81/87, *Rec.* 5505; CJCE 16 décembre 2008, **Cartesio**, 210/06, non encore publié. Ceux-ci, cependant, contrairement aux quatre arrêts que nous étudierons en profondeur, ne consacrent pas directement le mécanisme de la reconnaissance mutuelle.

<sup>1193</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec.* 1484.

<sup>1194</sup> CJCE 9 novembre 2002, Überseering, 208/00, *Rec.* 9919.

<sup>1195</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.* 10155.

<sup>1196</sup> CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, 196/04, *Rec.* 7995.

<sup>1197</sup> En ce sens, M. M. Menjuq écrit que « *la portée du droit d'établissement des sociétés a été dans une très large mesure définie par la Cour de justice des communautés européennes qui a adopté une véritable action militante visant à libéraliser le droit d'établissement des sociétés en palliant le défaut de texte communautaire pour conférer aux sociétés le libre choix de l'Etat membre de constitution, et ce indépendamment de l'Etat où est exercée toute l'activité sociale qui est de facto l'Etat de leur siège réel* ». Menjuq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 126, p. 128.

Il faudra donc convaincre d'une part de la profonde remise en cause des règles de conflit de lois relatives à la constitution des sociétés<sup>1198</sup> par le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, celui-ci **imposant aux Etats membres la reconnaissance des sociétés constituées dans un autre Etat membre** (§ I.) et d'autre part, des **nouvelles facultés de choix de loi** ainsi offertes aux opérateurs économiques (§ II.).

## **§ I. Un mécanisme imposant la reconnaissance des sociétés constituées dans un autre Etat membre**

**634.** Les personnes morales bénéficient de la liberté d'établissement dès lors que, selon les exigences de l'article 48 du traité CE, elles peuvent être « *assimilées [...] aux personnes physiques ressortissantes d'un Etat membre* »<sup>1199</sup>. Pour ce faire, elles doivent être « *constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et [...] [avoir] leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté* »<sup>1200</sup>. Cette condition préalable remplie, l'article 43 du traité CE leur ouvre le bénéfice de la liberté d'établissement à titre principal c'est-à-dire le droit au transfert de leur siège principal d'activité d'un Etat membre à un autre<sup>1201</sup> et à titre secondaire par la création d'agence, succursale, filiale ou même bureau<sup>1202</sup> sur le territoire d'un autre Etat membre que celui dans lequel elles ont leur établissement principal.

Il s'agit ici de démontrer que la Cour de justice a déduit des dispositions du traité CE relatives à la liberté d'établissement des personnes morales un mécanisme de reconnaissance mutuelle imposant, de manière absolue, la reconnaissance de toute société dès lors qu'elle est constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre.

---

<sup>1198</sup> Un auteur relève en ce sens que « *le droit communautaire a infléchi certaines des solutions dégagées en droit international privé ; et ce d'autant plus que la Cour de justice des Communautés européennes s'est avancée, sous le paravent du droit d'établissement communautaire, sur le terrain du rattachement des sociétés, en venant perturber le jeu des règles de droit international privé des Etats membres, terrain pour lequel sa compétence est très discutée* », Menjuçq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 121, p. 121 ; dans le même sens, Heuzé V., « L'honneur des professeurs de droit » *J.C.P. G.* 2007, I, 116.

<sup>1199</sup> Article 48 TCE

<sup>1200</sup> Article 48 TCE

<sup>1201</sup> On définit l'établissement à titre principal comme le procédé par lequel « *une société entend se rattacher à l'ordre juridique d'un autre Etat membre que celui selon la loi duquel elle s'est initialement constituée* ». Huglo J-G. « Reconnaissance, établissement et libre prestation de services des sociétés », *Juri-classeur Europe*, fasc. 800, éd. 2005, pt. 26 ou encore, de manière générale comme « *la création ou le transfert dans un Etat membre du siège principal de l'activité professionnelle* ». Dubouis L. Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 2006, 4<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, Domat Droit public, pt. 124, p. 92

Un autre auteur considère encore que « *s'établir, c'est s'implanter matériellement pour une durée indéterminée dans un Etat membre afin d'y exercer une activité économique. On distingue deux modes d'établissement : l'un principal qui consiste pour une société à implanter son siège social, l'autre secondaire, la société demeurant établie dans son Etat d'origine et créant des implantations stables telles que agences, succursales ou filiales dans un autre Etat de l'Union européenne* » Menjuçq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 122, p. 124.

<sup>1202</sup> « *La filiale est une société constituée conformément à la législation du pays d'accueil, tandis que la succursale demeure intégrée à l'établissement principal et n'a aucune personnalité juridique propre, et l'agence est un mandataire de l'établissement principal* ». Dmesne G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, Puf, coll. Droit fondamental, 8<sup>ème</sup> éd. 2006, pt. 83, p. 162.

Après avoir présenté l'**étendue de la reconnaissance mutuelle** (A) ainsi consacrée en liberté d'établissement des sociétés, nous rechercherons les causes de cette **portée importante de la reconnaissance mutuelle** (B).

### A. L'étendue de la reconnaissance mutuelle

**635.** Il convient d'abord de rappeler les doutes qui ont été soulevés quant à la **légitimité de la Cour de justice à déduire un mécanisme de reconnaissance mutuelle des dispositions du Traité en matière de liberté d'établissement des sociétés** (1). Puis nous étudierons l'impact de ce mécanisme en dissociant l'hypothèse de sa **mise en œuvre en liberté d'établissement à titre principal** (2), de celle de sa **mise en œuvre en liberté d'établissement à titre secondaire** (3).

#### 1. La légitimité de la Cour de justice à déduire la reconnaissance mutuelle des dispositions du Traité en matière de liberté d'établissement des sociétés.

**636.** La lettre du traité CE en matière de liberté d'établissement des sociétés, présente la particularité de viser la notion de reconnaissance mutuelle.

En effet, si les articles 43 et 48 du traité CE ne font pas mention de l'existence d'un tel principe en la matière, l'article 293 invite, en revanche, les Etats membres à engager « *entre eux, en tant que besoin, des négociations en vue d'assurer en faveur de leurs ressortissants [...] la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa [...].* De cette référence textuelle explicite au recours à la négociation interétatique pour parvenir à un système de reconnaissance mutuelle des sociétés, certains Etats membres ont cru pouvoir déduire *a contrario* que les articles 43 et 48 du traité CE ne contiendraient pas de principe de reconnaissance mutuelle.

Par l'arrêt *Überseering*<sup>1203</sup>, la Cour de justice a rejeté cette analyse. Elle y indique : « *l'article 293 CE ne constitue pas une réserve de compétence législative entre les mains des Etats membres [et par ailleurs cette disposition n'aurait de pertinence que] [...] dans l'hypothèse où les dispositions du traité ne permettent pas de réaliser les objectifs du traité* »<sup>1204</sup>, ce dont témoigneraient les termes « *en tant que besoin* » de l'article 293 du traité CE. Or, pour la Cour de justice, les évolutions jurisprudentielles – qu'il convient de présenter – dans l'analyse des articles 43 et 48 du Traité auraient précisément permis de palier cette lacune. Ainsi, affirme-t-elle, s'il est exact que par le passé « *une jurisprudence pertinente* »<sup>1205</sup> n'existait pas et que, par voie de conséquence, le recours à

<sup>1203</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* I 9919.

<sup>1204</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* 9919, pt. 54.

<sup>1205</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* 9919, pt. 37.

l'article 293 pouvait être nécessaire<sup>1206</sup> pour garantir la reconnaissance mutuelle des sociétés, cela ne serait plus le cas actuellement. Pour la Cour, c'est d'ailleurs précisément ce constat qui « *expliquerait l'importance déterminante que revêt aujourd'hui la jurisprudence pertinente de la Cour pour définir le contenu et la portée de la liberté d'établissement des sociétés consacrées par les articles 43 et 48 CE* »<sup>1207</sup>. En d'autres termes, la Cour déduit directement des articles 43 et 48 du traité CE un mécanisme de reconnaissance mutuelle en affirmant que « *l'existence de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance des dites sociétés par tout Etat membre dans lequel elle souhaite s'établir* »<sup>1208</sup>.

**637. Eléments en faveur de la terminologie « reconnaissance mutuelle ».** – Cependant, il faut remarquer que **dans ses arrêts, la Cour de justice** n'emploie pas le terme de reconnaissance mutuelle. Ainsi que nous le démontrerons, elle vise de manière beaucoup plus concrète l'obligation pesant sur tout Etat membre et découlant des articles 43 et 48 traité CE de reconnaître la validité d'une société constituée au sein d'un autre Etat membre. Elle rappelle ainsi régulièrement que les articles 43 et 48 du traité CE imposent « *la reconnaissance par un Etat membre d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre* »<sup>1209</sup>.

Il nous semble néanmoins pertinent de retenir le terme de reconnaissance mutuelle d'une part, au regard de la position de la doctrine à cet égard et, d'autre part, en raison de notre volonté d'établir le développement d'une même tendance jurisprudentielle dans l'interprétation de toutes les libertés de circulation que nous désignons par le terme de reconnaissance mutuelle.

**638. Premièrement, la doctrine** affirme de manière plus ou moins explicite l'émergence d'un principe de reconnaissance mutuelle en matière de société. Ainsi tandis qu'un auteur constate que l'interprétation de Cour de justice des articles 43 et 48 du traité CE conduit à ce que les fondateurs aient « *une liberté totale pour choisir le rattachement juridique de leur société quel que soit le système adopté. La reconnaissance d'une telle liberté devait nécessairement avoir pour corollaire la consécration d'un autre principe, celui de la reconnaissance mutuelle des sociétés. En effet, sans cette reconnaissance, même une société bénéficiant d'une totale liberté d'établissement ne peut avoir d'existence juridique dans un Etat autre que son Etat d'immatriculation* »<sup>1210</sup>, un autre relève que la

---

<sup>1206</sup> L'arrêt de la Cour de justice fait ici référence à la Convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales, qui, en raison d'un défaut de ratification, n'est jamais entrée en vigueur. Voir notamment à ce sujet : Guyon Y. « Sociétés » *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit communautaire*, 1992, p. 14, n°20.

<sup>1207</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* 9919, pt. 37.

<sup>1208</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* 9919, pt. 59.

<sup>1209</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* 9919, pt. 62.

<sup>1210</sup> Magnier V., note, *J.C.P. E.* 2004, 251, p. 279- 282, pts 6 et 7. Dans le même sens, voir notamment : Maubernard C. *Droit matériel de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Tout le droit, 2007, sp. p. 150 ; Cerexhe E. « La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté Economique Européenne », *R.M.C.* 1968, n°110, p. 585 ; Goldman B. « La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté Economique Européenne » *R.T.D.E.* 1968, n°1, p. 405.

« liberté d'établissement se traduit en fait par une « obligation de reconnaissance mutuelle » sans guère de possibilité de soumettre les groupements « pseudo étranger » à une réglementation particulière »<sup>1211</sup>. Mais, même antérieurement à la jurisprudence Centros, Überseering, Inspire Art et Cadbury Schweppes, certains auteurs suggéraient déjà que l'article 48 du traité CE qui consacre le principe de l'incorporation<sup>1212</sup> puisse être interprété comme comportant une obligation de reconnaissance mutuelle : « les règles ainsi tracées de l'établissement des sociétés, règles qui consacrent le système de l'incorporation, n'impliquent-elles pas, ipso facto, l'obligation de la reconnaissance mutuelle des firmes qui s'y conforment ? »<sup>1213</sup>. Sans employer le terme de reconnaissance mutuelle d'autres auteurs relèvent encore l'existence d'une obligation de « reconnaissance des sociétés régulièrement immatriculées dans un autre Etat membre »<sup>1214</sup>. L'émergence d'une obligation de reconnaissance – mutuelle – des sociétés semblent ainsi faire l'objet d'un consensus.

**639. Secondement, nous choisissons** pour notre part de retenir en cette matière également le terme de reconnaissance mutuelle pour témoigner d'**une tendance jurisprudentielle plus générale à interpréter les libertés de circulation comme affaiblissant l'impérativité de certaines lois nationales, tout en créant de nouvelles facultés de choix de loi**. Nous avons cependant parfaitement conscience que la notion de reconnaissance mutuelle que nous distinguons est alors une notion polymorphe puisque que tant son fondement que sa portée varient selon les domaines dans lesquels elle trouve à s'appliquer. Cette précision terminologique effectuée, il convient à présent d'établir comment la Cour de justice a pu déduire des articles du traité relatifs à la liberté d'établissement un tel principe en matière de sociétés, et d'en définir avec précision le contenu.

## **2. Mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en matière de liberté d'établissement à titre principal**

**640.** L'obligation de reconnaissance dégagée par la Cour de justice se traduit de manière particulièrement claire lorsque son bénéficiaire est invoqué dans le cadre de la liberté d'établissement à titre principal. Il convient donc de présenter cette hypothèse en nous appuyant plus spécifiquement sur un arrêt « Überseering » du 9 novembre 2002<sup>1215</sup>.

<sup>1211</sup> Audit B. *Droit international privé*, Economica, coll. Droit Civil, 5<sup>ème</sup> éd. 2008, pt. 1124, p. 915.

<sup>1212</sup> En vertu des programmes généraux du 18 décembre 1961, il est exigé que la société ait un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre. Or, cela est toujours le cas pour les entreprises européennes. « Programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services » du 18 décembre 1961, JOCE n°2, du 15 janvier 1962, p. 36. Voir en ce sens notamment Hopt K. « L'entreprise et le droit européen », *Revue Sociétés*, 2001, n°2, p. 313

<sup>1213</sup> Schapira J., Le Tallec G., Blaise J-B., Idot L., *Droit européen des affaires*, tome 2, 5<sup>ème</sup> éd. 1999, Puf, p. 662.

<sup>1214</sup> Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, Domat Droit privé, Montchrestien, 2001, pt. 51 ; du même auteur, « La notion de siège social », in *Droit et actualité, Etudes en l'honneur de Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506.

<sup>1215</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec.* 9919.



**641.** A titre principal, la liberté d'établissement<sup>1216</sup>, correspond pour une société « *constituée en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement au sein de la Communauté* »<sup>1217</sup>, au droit **de transférer dans un autre Etat membre le siège principal de son activité professionnelle**, c'est-à-dire, principalement, « *l'endroit où sont concentrées son activité et sa vie juridique, où fonctionnent ses services de direction* »<sup>1218</sup>. Pour garantir l'effectivité de ce droit, l'article 43 du traité CE prohibe toutes « *les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire un autre Etat membre sont interdites* ».

En matière de sociétés, qu'est-ce alors qu'une restriction à la liberté d'établissement ? Quelles obligations l'article 43 du traité CE met-il à la charge des Etats membres ? Nous démontrerons qu'à l'occasion de l'arrêt *Überseering*, la Cour de justice a mis en lumière que cette interdiction des restrictions à la liberté d'établissement correspond – notamment – pour les Etat membre à **une obligation de reconnaître la validité de toute société constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre**.

**642.** Il convient de revenir brièvement sur **les faits de cet arrêt**. La société *Überseering*, société de droit néerlandais immatriculée au registre du commerce d'Amsterdam avait cédé en 1994 l'intégralité de ses parts sociales à deux ressortissants allemands résidant en Allemagne. Les juridictions allemandes avaient ensuite été saisies par la société *Überseering* afin de résoudre un litige l'opposant à une société qu'elle avait chargée de travaux de rénovation.

Les juridictions allemandes ont alors jugé le recours irrecevable motif pris de ce que, au regard du droit allemand, la société *Überseering* n'aurait pas la capacité juridique.

En effet, pour juger de la validité de la constitution d'une société internationale – ce dont dépend sa capacité juridique – le droit allemand avait adopté une règle de conflit lois retenant comme critère de rattachement le siège réel de la société<sup>1219</sup>. Le siège réel peut être défini comme le lieu à partir duquel la société est effectivement administrée<sup>1220</sup>.

---

<sup>1216</sup> Comme l'écrit un auteur, « *s'établir c'est s'implanter matériellement pour une durée indéterminée dans un Etat membre afin d'y exercer une activité économique* ». Menjuq M., *Droit international et européen des sociétés*, Domat Droit privé, Montchrestien, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 122, p. 124.

<sup>1217</sup> Article 48 du traité CE.

<sup>1218</sup> Cornu G., Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, Puf, Quadriège, Dico Poche, 7<sup>ème</sup> éd. 2005.

<sup>1219</sup> « *A la suite de la jurisprudence communautaire, une démarche a été entreprise en Allemagne visant à proposer une refonte des règles de droit international applicable aux sociétés. Le 9 février 2006, le deutscher Rat für internationale Privatrecht a adopté une proposition alternative de règlement communautaire et de loi allemande sur le droit international privé des sociétés. Cette proposition consacre la règle de la loi d'immatriculation à titre de lex societatis, cette loi étant celle de l'Etat dans lequel la société est inscrite sur un registre public, cette inscription s'effectuant au lieu du siège statutaire* ». Menjuq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 137, p. 140.

<sup>1220</sup> Il s'agit du lieu où se trouvent « *la direction supérieure et le contrôle de la société* ». Req. 28 octobre 1941, I, 18 ; 22 décembre 1941, S.1942, I, 31 ; ou encore, du « *lieu où résident les organes sociaux, administrateurs, assemblées générales et*

Depuis 1994, l'intégralité des parts sociales de la société étant détenue par des Allemands résidant en Allemagne, le siège réel de la société était donc bien en Allemagne tandis que son siège statutaire – siège tel que fixé par les statuts – se situait aux Pays-Bas. Dès lors, le siège réel se situant en Allemagne, le droit allemand des sociétés était applicable. Or, en vertu de celui-ci, une société ayant son siège réel en Allemagne ne pouvait être considérée comme valablement constituée qu'à la condition notamment d'y être également immatriculée<sup>1221</sup>. En effet, la théorie du siège réel alors en vigueur en Allemagne impose « *que la société soit constituée dans l'Etat où se situe son siège réel. Un élément matériel doit donc conforter l'élément formel de l'immatriculation sur un registre, le rattachement ne résultant donc pas de la seule volonté des fondateurs. A défaut de conjonction de l'élément formel et de l'élément matériel, la société n'est pas valablement constituée* »<sup>1222</sup>.

Le droit allemand imposait donc que la société soit dissoute puis reconstituée en Allemagne pour être considérée comme valablement constituée et ce faisant acquérir la capacité juridique.

La société Überseering a alors contesté la conformité aux articles 43 et 48 du traité CE de cette règle de conflit de lois.

**643. Une obligation de reconnaissance inhérente à la liberté d'établissement telle qu'elle résulte des articles 43 et 48 du traité CE.** – La réponse de la Cour de justice à cette question préjudicielle indique sans équivoque que la liberté d'établissement met à la charge des Etats membres une obligation absolue de reconnaissance des sociétés valablement constituées au sein d'un autre Etat membre.

**644. Dans un premier temps,** la Cour démontre que le champ d'application personnel de la liberté d'établissement impose une reconnaissance d'une société valablement constituée au sein d'un autre Etat membre. A cette fin, elle commence par rappeler que le bénéfice de la liberté d'établissement est subordonné à l'assimilation de la société à une personne physique d'un Etat membre. L'article 48 du traité CE indique les deux conditions cumulatives **nécessaires mais également suffisantes** à cette assimilation. Il faut que :

---

où sont débattus les contrats se rapportant à la marche de l'entreprise ». Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. Rousseau, pt. 309.

<sup>1221</sup> On oppose les systèmes adoptant la théorie du siège réel à ceux dit d'incorporation. Dans le système d'incorporation « *est pris en considération un lien purement formel résultant de l'immatriculation de la société sur un registre, le siège social étant donc le siège « enregistré » ou « registered office ».* Le lieu de direction effective de la société autrement qualifié de siège réel ou « *head office* » n'est en aucune façon considéré, ce qui interdit toute caractérisation de fraude dans le choix par les fondateurs du lieu de constitution de leur société : ce système fait la plus grande place à la volonté des fondateurs puisque l'incorporation est totalement déconnectée de la localisation matérielle du siège de la société » Menjuq M., « La notion de siège social » in *Droit et actualité, Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506, p. 501.

<sup>1222</sup> Menjuq M., « La notion de siège social » in *Droit et actualité, Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506, p. 501.

- la société soit constituée en conformité de la législation d'un Etat membre ;
- la société ait son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement au sein de la Communauté.

Deux remarques s'imposent :

D'une part, il se dégage de ce texte que les Etats membres restent libres de choisir les conditions auxquelles ils subordonnent la constitution d'une société au sein de leur ordre juridique. Ainsi qu'un auteur le relève justement, « *l'article 48 CE n'exprime [...] aucune préférence et met sur un pied d'égalité le siège statutaire, l'administration et le principal établissement en tant que critère de rattachement*<sup>1223</sup> ».

D'autre part, de prime abord, l'article 48 du traité CE ne met pas explicitement à la charge des Etats membres une obligation de reconnaissance de toute société constituée en conformité de la législation d'un autre Etat membre. Elle impose simplement aux Etats membres, sur le fondement de l'article 43 du traité CE, de ne pas entraver la liberté d'établissement de telles sociétés qui entrent donc dans le champ d'application du traité CE.

Cependant, lorsque la mise en œuvre des règles de conflit de lois puis des règles de fond des Etats conduise à subordonner la validité de la constitution de la société à ce que son siège réel corresponde à son siège statutaire, **les Etats nient alors l'existence même d'une société pourtant constituée en conformité avec une législation** ne posant pas une telle exigence et dans lequel elle n'aurait pas son siège réel. La Cour rappelle en ce sens dans l'arrêt *Überseering* que « *l'existence même [de la société] est consubstantielle à sa qualité de société de droit néerlandais, dans la mesure où, ainsi qu'il a été rappelé, une société n'a d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement. L'exigence de reconstitution de la même société en Allemagne équivaut, dès lors, à la négation même de la liberté d'établissement* »<sup>1224</sup>. En d'autres termes, de telles réglementations privent donc des sociétés, qui entrent pourtant bien dans le champ d'application du droit communautaire selon les conditions posées à l'article 48 du traité CE, du bénéfice de l'article 43 du traité CE qui leur permet, **en tant que telles**, de s'implanter au sein d'un Etat membre autre que celui de leur constitution c'est-à-dire, notamment, d'y transférer leur siège social réel.

Dans l'arrêt *Überseering* la Cour rappelle encore « *que ces sociétés ont le droit d'exercer leur activité dans un autre Etat membre, la localisation de leur siège statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement servant à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat*

<sup>1223</sup> Menjuq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 124, p. 126 ; la solution est confirmée, nous y reviendrons, par l'arrêt : CJCE 16 décembre 2008, Cartesio, 210/06, non encore publié.

<sup>1224</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* I 9919, pt. 81.

*membre* »<sup>1225</sup>. En d'autres termes encore, puisque la liberté d'établissement à titre principal autorise les sociétés constituées conformément à la législation d'un Etat membre à transférer leur siège social réel dans un autre Etat membre dès lors que la législation de l'Etat membre de constitution autorise une dissociation du siège statutaire et du siège réel, tous les Etats membres doivent, sur leur territoire, reconnaître la validité d'une telle société étrangère.

Il résulte en fait de la lecture conjuguée des articles 48 et 43 du traité CE, que ceux-ci mettent nécessairement à la charge des Etats membres **une obligation de reconnaître comme valablement constituée toute société constituée en conformité de la législation d'un Etat membre et implantée au sein de la Communauté. A défaut d'une telle obligation communautaire, les Etats membres pourraient priver des sociétés entrant pourtant dans le champ d'application du droit communautaire du bénéfice de l'article 43 du traité CE.** Dans l'arrêt *Überseering*, la Cour reconnaît ainsi sans ambiguïté que « *l'exercice de la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance desdites sociétés par tout Etat membre dans lequel elles souhaitent s'établir* »<sup>1226</sup>.

Pour la même raison, la Cour de justice parvient logiquement à la conclusion que « *le refus, par un Etat membre, de reconnaître la capacité juridique d'une société constituée conformément au droit d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège statutaire au motif, notamment, que la société aurait transféré son siège effectif sur son territoire à la suite de l'acquisition de la totalité des parts sociales par des ressortissants de cet Etat membre qui y résident, avec pour conséquence que la société ne peut, dans l'Etat membre d'accueil, ester en justice pour défendre ses droits tirés d'un contrat, sauf à se reconstituer selon le droit de cet Etat, constitue une restriction à la liberté d'établissement incompatible, en principe, avec les articles 43 CE et 48 CE* »<sup>1227</sup>. C'est donc du principe même de **l'applicabilité du droit communautaire** aux sociétés assimilées aux personnes physiques ressortissantes d'un Etat membre telles que définies à l'article 48 du traité CE que découle l'obligation pour les Etats membres de reconnaître toute société constituée en conformité de la législation d'un Etat membre.

**645. Une stricte obligation de reconnaissance d'un droit acquis au sein d'un Etat membre.** – Dans un second temps, la Cour rappelle que le champ d'application personnel de la liberté d'établissement est également subordonné, et donc limité, à la constitution légale de la société au sein d'un Etat membre.

En effet, la Cour de justice prend encore soin de réaffirmer qu'il ne s'agit que d'une obligation de reconnaissance d'une société constituée en conformité de la législation d'un autre Etat membre **et non d'une règle de fond de source communautaire relative aux**

---

<sup>1225</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* I 9919, pt. 57.

<sup>1226</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* I 9919, pt. 59.

<sup>1227</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* I 9919, pt. 82.

**conditions de constitution des sociétés au sein de la Communauté.** Ainsi, les sociétés ne peuvent pas se prévaloir de la liberté d'établissement à titre principal – transfert du siège social effectif – si, au regard de la législation en vigueur dans l'Etat membre de constitution, une dissociation du siège réel et du siège statutaire est prohibée. Les articles du traité CE ne confèrent donc pas aux opérateurs économiques le droit de constituer valablement au sein de tout Etat membre, une société dissociant son siège réel de son siège statutaire.

En revanche, le droit communautaire permet aux opérateurs économiques **de se placer sous l'empire d'une loi** consacrant un tel système, **puis d'en revendiquer le bénéfice au sein d'un autre Etat membre.** La Cour affirme en effet que « [...] lorsqu'une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre sur le territoire duquel elle a son siège statutaire exerce sa liberté d'établissement dans un autre Etat membre, les articles 43 CE et 48 CE imposent à ce dernier de respecter sa capacité juridique, et partant la capacité d'ester en justice que cette société possède en vertu du droit de son Etat de constitution »<sup>1228</sup>. Il faut en déduire que ces articles du traité CE imposent aux Etats membres, quand bien même la théorie du siège serait en vigueur au sein de leur Etat, de reconnaître la personnalité juridique de toute société **créée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre** – au sein duquel la théorie de l'incorporation est en vigueur. Concrètement, les articles 43 et 48 du traité CE tels qu'ils sont interprétés par la Cour de justice imposent aux Etats membres de reconnaître les droits que les sociétés ont acquis en application des règles de droit d'un autre Etat membre et, pour cela, de laisser leur droit national contraire inappliqué. Il s'agit donc d'une obligation de source communautaire de **reconnaître les droits acquis par les sociétés en vertu du droit d'autres Etats membres.** La Cour de justice rappelle d'ailleurs que « [...] l'existence juridique [de la société Überseering] n'a jamais été remise en cause selon le droit l'Etat de constitution par la cession de la totalité de ses parts sociales entre les mains de résidents allemands. Elle n'a notamment pas fait l'objet de mesures de dissolution en application du droit néerlandais, au regard duquel elle n'a pas cessé être valablement constituée »<sup>1229</sup>.

Dans le même sens, la Cour de justice oppose cette affaire à celle qui lui avait été soumise dans son arrêt Daily Mail du 27 septembre 1988<sup>1230</sup>. En effet, dans l'affaire Daily mail, une « société constituée conformément à la législation du Royaume-Uni et y ayant à la fois son siège statutaire et son siège effectif, souhaitait transférer ce dernier dans un autre Etat membre sans perdre la personnalité juridique ou sa qualité de société de droit anglais, ce qui nécessitait une autorisation des autorités britanniques compétentes qui la lui refusaient »<sup>1231</sup>. Dans cette affaire, la Cour a conclu « qu'un Etat membre avait la possibilité **d'imposer à une société constituée en vertu de son ordre juridique des restrictions au déplacement de son siège effectif hors de son territoire**

<sup>1228</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, Rec. I 9919, pt. 95.

<sup>1229</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, Rec. I 9919, pt. 63.

<sup>1230</sup> CJCE 27 septembre 1988, Daily Mail, 81/87, Rec. 5505.

<sup>1231</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, Rec. I 9919, pt. 65.

*afin qu'elle puisse conserver la personnalité juridique dont elle bénéficiait en vertu du droit de ce même Etat* »<sup>1232</sup>. En d'autres termes, les opérateurs économiques ne tirent pas du traité CE le droit, de contester les règles en vigueur dans l'Etat membre au sein duquel ils constituent une société<sup>1233</sup>. Les articles 43 et 48 du Traité leur permettent uniquement de s'opposer au refus d'un Etat membre de reconnaître une société valablement constituée en vertu des règles d'un autre Etat membre. Ainsi qu'a pu le relever justement un auteur, « *la jurisprudence communautaire donne donc dans tous les Etats membres plein effet à la théorie de l'incorporation puisque le siège réel ne peut plus être opposé valablement. Au contraire, s'agissant d'une société constituée dans un Etat adoptant la théorie du siège réel, celle-ci ne pourra aucunement déplacer son siège réel, l'Etat membre d'origine comme l'Etat membre d'accueil pouvant s'y opposer en invoquant la loi de l'Etat membre de constitution. On saisit alors aisément que, pour profiter pleinement de la liberté d'établissement, les sociétés tirent le plus grand avantage à se constituer dans des Etats membres qui ne considèrent que le siège statutaire* »<sup>1234</sup>. Cette jurisprudence a été récemment **confirmée par un arrêt « Cartesio »** du 16 décembre 2008<sup>1235</sup>.

**646. Conclusion.** – A la lecture de l'arrêt *Überseering*, il apparaît que les articles 43 et 48 du traité CE permettent **uniquement mais nécessairement** aux opérateurs économiques d'imposer aux Etats membres la **reconnaissance d'un droit** qu'ils ont acquis au sein d'un autre Etat : le statut de société valablement constituée. Les articles 43 et 48 du traité CE érigent donc bien une obligation de reconnaissance des sociétés constituées sous l'empire de la législation d'un autre Etat membre. C'est également précisément de cette constitution conforme à la législation de l'Etat membre d'immatriculation que dépend leur faculté à se prévaloir de la liberté d'établissement à titre principal – l'article 43 du traité CE – c'est-à-dire de pouvoir dissocier siège statutaire et siège réel.

L'article 43 du traité CE interdit également les « *restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par des ressortissants d'un Etat membres établis sur le*

<sup>1232</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* I 9919, pt. 70.

<sup>1233</sup> Voir à ce sujet la distinction que la Cour de justice fait entre l'affaire *Überseering* l'affaire *Daily Mail*. En effet, dans l'affaire *Daily Mail*, « *la Cour ne s'est en revanche nullement prononcée sur la question de savoir si, lorsque, comme dans le litige au principal, une société constituée conformément à la législation d'un Etat membre est réputée, en application du droit d'un autre Etat membre, avoir transféré son siège effectif dans ce dernier, celui-ci est en droit de refuser de reconnaître la personnalité juridique dont il jouit dans l'ordre juridique de son Etat de constitution* ». CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* I 9919, pt. 71 (nous soulignons).

<sup>1234</sup> Menjucq M., « La notion de siège social », in *Droit et actualité, Etudes en l'honneur de Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506, p. 503.

<sup>1235</sup> Dans l'arrêt *Cartesio*, la Cour de justice affirme ainsi : « *un Etat membre dispose ainsi de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement que celui-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre de bénéficier du droit d'établissement que celui de maintenir cette qualité ultérieurement. Cette faculté englobe la possibilité, pour cet Etat membre, de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre Etat membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'Etat de constitution* ». CJCE 16 décembre 2008, *Cartesio*, 210/06, non encore publié, pt. 110.

Cet arrêt conduit un auteur à écrire que la « *Cour confirme de manière solennelle la possibilité pour un Etat membre de choisir pour rattachement d'une société le siège social réel* ». Idot L. *Europe*, février 2009, n°82, p. 33

*territoire d'un autre Etat membre* ». Il convient donc à présent de juger de l'impact du principe de reconnaissance mutuelle sur la liberté d'établissement à titre secondaire des sociétés.

### **3. La mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en liberté d'établissement à titre secondaire**

- 647.** Quel est l'impact de l'obligation faite aux Etats membres de reconnaître toute société constituée en conformité avec le droit d'un Etat membre, sur l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire ? Dès lors que l'Etat membre de constitution admet la constitution de société de pure forme, les autres Etats membres retenant la théorie du siège réel peuvent-ils encore s'opposer à la création, sur leur territoire, **de pseudo-succursales** ?

En matière de liberté d'établissement à titre secondaire, il se dégage de l'étude de deux importants arrêts de la Cour de justice, les arrêts « Centros »<sup>1236</sup> et « Inspire Art »<sup>1237</sup>, que l'obligation de reconnaître toute société constituée en conformité avec le droit d'un Etat membre ouvre aux opérateurs économiques un droit corollaire : celui de pouvoir **constituer une succursale de leur société au sein d'autres Etats membres sans que ceux-ci ne puissent y porter une restriction en raison de la façon dont a été constituée la société mère.**

Il convient donc de présenter successivement, l'affaire Centros posant l'interdiction de refuser l'immatriculation de la succursale d'une société fictive (3.1), puis, l'affaire Inspire Art posant l'interdiction de soumettre l'exercice de l'activité économique par la succursale d'une société fictive à des conditions particulières (3.2).

#### **3.1. L'interdiction de refuser l'immatriculation de la succursale d'une société fictive : affaire Centros**

- 648. Les faits** de l'affaire Centros étaient les suivants : M. et Mme Bryde, ressortissants danois résidant au Danemark souhaitaient constituer une S.A.R.L. afin d'exercer une activité économique au Danemark exclusivement.

Les règles en vigueur au Danemark quant à la constitution d'une S.A.R.L. imposaient la libération d'un capital minimal de 200 000 DKR. En revanche, la réglementation en vigueur au Royaume-Uni ne soumettait les S.A.R.L. à aucune exigence relative à constitution et à la libération d'un capital social minimal.

---

<sup>1236</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec.* 1484.

<sup>1237</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.* 10155.

Au regard du caractère plus souple des règles en vigueur au Royaume-Uni quant à la constitution d'une S.A.R.L., M. et Mme Bryde, constituèrent une société – Centros – qu'ils enregistrèrent en Angleterre et au pays de Galles afin de pouvoir **créer une succursale au Danemark par le biais de laquelle ils exerceraient toute leur activité**. Les époux constituèrent ainsi une S.A.R.L. « Centros » dont le capital social s'élevait à 100 UKL au Royaume-Uni, mais qui n'y exerçait aucune activité effective.

De manière générale, l'administration danoise admet l'immatriculation au Danemark d'une succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre. Mais, en l'espèce elle refusa d'immatriculer la succursale en s'appuyant sur la notion de fraude. En effet, comme il est relevé dans l'arrêt, « *la constitution de la succursale au Danemark apparaissait comme un moyen de se soustraire aux règles nationales relatives à la constitution et à la libération d'un capital minimal* »<sup>1238</sup>.

**649. Pour la Cour de justice**, la décision de l'administration danoise viole les articles 52 et 58 du traité CE car, d'une part ces articles confèrent aux sociétés le « [...] *droit d'exercer leur activité dans un autre Etat membre par l'intermédiaire d'une agence, succursale ou filiale* »<sup>1239</sup> et, d'autre part, « *la localisation de leur siège statutaire, de leur administration centrale, ou de leur principal établissement [sert] à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat membre* »<sup>1240</sup>. En d'autres termes, dès lors qu'une société est établie selon les règles de droit d'un Etat membre, elle acquiert automatiquement le droit d'exercer une activité sur le territoire d'un autre Etat membre y compris par le biais d'une pseudo-succursale.

Ainsi, dans l'arrêt Centros, la Cour de justice condamne-t-elle « *la pratique consistant, dans un Etat membre, à refuser, dans certaines circonstances, l'immatriculation d'une succursale d'une société ayant son siège dans un autre Etat membre, [car elle] aboutit à empêcher des sociétés constituées en conformité avec la législation de cet autre Etat membre d'exercer le droit d'établissement qui leur est conféré par les articles 52 et 58 du traité* »<sup>1241</sup>. Il se dégage donc de l'arrêt de la Cour que l'obligation de reconnaître la validité des sociétés dès lors que celles-ci ont été valablement constituées – au regard de règles en vigueur dans l'Etat de constitution – fait également peser sur les Etats membres **une obligation de reconnaître la validité de la création de pseudo-succursales de telles sociétés**. La Cour de justice n'admet donc pas que les Etats membres tentent de subordonner le bénéfice de la liberté d'établissement à titre secondaire à l'existence d'une activité économique au sein de l'Etat membre de constitution.

---

<sup>1238</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 12.

<sup>1239</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 20.

<sup>1240</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 20.

<sup>1241</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 21 (nous soulignons).



650. A notre sens, cette position de la Cour de justice peut surprendre.

L'article 43 du traité CE interdit en effet les « restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par des **ressortissants d'un Etat membres établis** sur le territoire d'un autre Etat membre ». Il semble donc poser **deux** conditions cumulatives pour que les sociétés puissent se prévaloir de la liberté d'établissement à titre secondaire<sup>1242</sup> :

- l'assimilation à un ressortissant d'un Etat membre ;
- l'établissement sur le territoire d'un autre Etat membre.

Or, conformément à l'article 48 du traité CE, la constitution en conformité de la législation de n'importe quel Etat membre et l'exercice d'une activité économique au sein de n'importe quel Etat membre ne permettent que l'assimilation d'une société à un ressortissant d'un Etat membre.

Cet article dispose en effet : « Les sociétés **constituées en conformité de la législation d'un Etat membre** et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté **sont assimilées [...]** aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres ».

L'article 43 du traité CE subordonne *a priori* en plus le bénéfice du droit à l'établissement à titre secondaire à la démonstration d'un établissement au sein d'un autre Etat membre. La Cour de justice définit classiquement la notion d'établissement comme comportant « l'exercice **effectif** d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre Etat membre pour une durée indéterminée »<sup>1243</sup>. Dès lors, exerçant l'intégralité de leur activité au seul Danemark, la Cour de justice aurait pu considérer que bien qu'assimilable à un ressortissant d'un Etat membre, la société Centros ne pouvait se prévaloir de la liberté d'établissement à titre secondaire faute d'avoir un établissement « effectif » dans un autre Etat membre. En ce sens, un auteur affirme, « la question se pose de manière délicate lorsque, outre le siège statutaire dans un Etat membre, la seule

---

<sup>1242</sup> Cette difficulté n'est souvent pas relevée par la doctrine qui se borne à indiquer que l'établissement à titre secondaire suppose outre la « nationalité » d'un Etat membre un établissement préalable dans la Communauté sans chercher à définir avec précision ce à quoi correspond cet établissement :

M. G Druesne écrit ainsi que « l'établissement est fait à titre principal lorsque le ressortissant d'un Etat membre transfère dans un autre Etat membre le siège principal de son activité professionnelle, et à titre secondaire s'il se borne à y créer une filiale, une succursale ou une agence. Mais si le lien de nationalité suffit dans le premier cas, l'établissement secondaire est en revanche réservé aux ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre. Il faut donc être déjà établi dans la Communauté pour exercer son activité dans un autre Etat membre au moyen d'une filiale ou succursale ». Druesne G. *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, Puf, coll. Droit fondamental, 8<sup>ème</sup> éd. 2006, pt. 81, p. 162 ; le *memento* Francis Lefèvre indique que « l'installation dans un seul pays permet l'établissement secondaire dans tous les autres Etats membres », *Mémento pratique Francis Lefèvre* 2008-2009, pt. 2719, p. 286 ; M. C. Maubernard écrit : « l'établissement peut aussi s'exercer à titre secondaire, et dans ce cas la personne morale conserve son siège principal dans son Etat d'origine [...] » Maubernard C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Ellipses, coll. Tout le droit, 2007, p. 150 ; M. J. Molinier et Mme N. De Grove-Valeyron indiquent que « la condition exigée en ce cas [établissement à titre secondaire] est que l'entreprise soit déjà établie sur le territoire d'un Etat membre, que ce soit à titre principal ou seulement à titre secondaire, s'il s'agit d'une filiale d'une société dont l'établissement principal se trouve dans un pays tiers », Molinier J., De Grove-Valeyron N., *Droit du marché intérieur européen*, L.D.G.J., 2<sup>ème</sup> éd. 2008, p. 140.

<sup>1243</sup> CJCE 25 juillet 1991, Factortame, 221/89, *Rec.* 3905.

*insertion effective dans l'économie communautaire ne consiste que dans l'activité qui sera déployée par le biais de la succursale à propos de laquelle la liberté d'établissement est invoquée. Lorsque la société qui invoque la liberté de créer un établissement secondaire n'a que son siège statutaire dans la Communauté la logique du système impliquerait que **le lien effectif avec l'économie d'un Etat membre soit constatée préalablement au bénéfice de la liberté de créer un établissement secondaire et non qu'il se confonde avec l'activité qui résultera du bénéfice de cette liberté d'établissement** »<sup>1244</sup>.*

Afin de garantir la portée la plus large possible de la liberté d'établissement des sociétés, la Cour de justice fait donc le choix d'assimiler établissement et constitution d'une société au sein d'un Etat membre<sup>1245</sup>.

651. Si le principe reconnaissance des sociétés impose aux Etats membres d'accepter l'immatriculation d'une pseudo-succursale, les Etats membres ne pouvaient-ils pas alors au moins encadrer l'activité de telles succursales ? L'arrêt Inspire Art qu'il convient à présent d'évoquer permet de répondre à cette interrogation.

### **3.2. L'interdiction de soumettre l'exercice de l'activité commerciale par la succursale d'une société fictive à des conditions particulières : l'affaire Inspire Art**

652. Il convient tout d'abord de rappeler **les faits** de l'arrêt Inspire Art<sup>1246</sup>. Une société « Inspire Art » est constituée sous la forme d'une SARL de droit anglais (private limited company), son siège social étant établi au Royaume-Uni. Cependant, cette société est

---

<sup>1244</sup> Deguée J.-P. « Forum shopping, usage ou abus de la liberté d'établissement (à propos de l'arrêt CJCE 9 mars 1999 Centros Ltd) ? » *Rev. Pratique des Sociétés*, 2000, p. 60.

<sup>1245</sup> Il n'est donc plus exact d'affirmer, comme l'a fait un auteur que, « *transposée aux personnes morales, [...], la condition d'établissement dans un Etat membre – qui s'ajoute à la condition de nationalité – se traduit par l'exigence, au-delà de l'incorporation d'un lien effectif entre la personne morale et le territoire d'un Etat membre. La consistance de ce lien économique a été précisée dans deux programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services arrêtés par le Conseil le 18 décembre 1961 (JOCE n°2, 15 janvier 1962). Les programmes visent les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, « à condition que, dans le cas où elles n'ont que leur siège statutaire au sein de la Communauté, leur activité présente un lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre, étant exclu que ce lien puisse dépendre de la nationalité, notamment des associés ou des membres des organes de gestion de surveillance ou de personnes détenant le capital social ».* **Seules les personnes morales répondant à ces critères pourront bénéficier du droit de créer des filiales, succursales ou agences et de la liberté de prestation de services intra-communautaire** ». Duthéil de la Rochère J. *Droit matériel de l'Union européenne*, Hachette Supérieur, 3<sup>ème</sup> éd. 2006, p. 75. En ce qui concerne ces programmes généraux de 1961, un autre auteur relève d'ailleurs que « *la transposition [par ceux-ci] du régime juridique de l'article 43 du traité est sans doute maladroite puisque une transposition plus exacte aurait consisté à imposer aux sociétés d'avoir leur établissement principal dans la Communauté, cette exigence n'ajoutant pas une condition supplémentaire de rattachement des sociétés pour le droit d'établissement principal. En toute hypothèse, le lien effectif et continu ne saurait être considéré comme une condition du rattachement des sociétés à un Etat qui résulte de la seule conformité à la législation de constitution comme l'a rappelé la Cour de justice des communautés européennes dans les arrêts Centros-Überseering-Inspire Art* » Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 125, p. 127.

<sup>1246</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.* 10155.

dirigée par un unique administrateur domicilié aux Pays-Bas, habilité à agir seul et de manière autonome au nom de la société. La société qui n'exerce aucune activité commerciale au Royaume-Uni, dispose en revanche **d'une succursale aux Pays-Bas où elle exerce, par le biais de cette succursale, l'intégralité de son activité. La société créée au Royaume-Uni est donc une société de pure forme** ou encore dite « boîte aux lettres », c'est-à-dire ne présentant aucun lien réel avec l'Etat de constitution.

Dans cette affaire, la chambre de commerce néerlandaise ne contestait pas à cette société « boîte aux lettres », le droit d'exercer son activité réelle par le biais d'une succursale aux Pays-Bas. En revanche, elle exigeait, entre autres, que cette succursale respecte les règles du droit néerlandais des sociétés imposant aux sociétés étrangères de pure forme, la libération d'un capital social minimal correspondant à celui normalement exigé pour la constitution d'une société de droit néerlandais (loi sur les sociétés étrangères de pure forme). Le non-respect de cette obligation entraînait la responsabilité solidaire de la société et ses administrateurs.

**653. La Cour de justice** a considéré que *« les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à une législation nationale [...] qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet Etat, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre, à certaines conditions prévues en droit interne pour la constitution de sociétés, relative au capital minimal à la responsabilité des administrateurs »*<sup>1247</sup>. En effet, une législation *« qui impose à la succursale d'une telle société, constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre, de respecter les règles de l'Etat d'établissement relatives au capital social et à la responsabilité des administrateurs, a pour effet d'entraver l'exercice par ces sociétés de la liberté d'établissement reconnue par le traité »*<sup>1248</sup>. Pour la Cour donc, soumettre la filiale d'une société boîte aux lettres à certaines exigences posées en principe pour la constitution d'une société sur le territoire d'un Etat membre revient **à violer l'obligation de reconnaissance de sociétés constituées en conformité de la législation d'un autre Etat membre posée à l'article 48 du traité CE.**

En l'espèce, la chambre de commerce néerlandaise impose à Inspire Art, de se soumettre à la loi relative aux sociétés étrangères de pure forme en vigueur aux Pays-Bas parce qu'elle ne reconnaît pas purement et simplement la société constituée au Royaume-Uni. Certes, l'arrêt ne porte pas directement sur la question de la reconnaissance dans un Etat membre d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre, puisque la question de la validité même de la société constituée au Royaume-Uni n'est pas débattue. Cependant en soumettant la succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre à des conditions particulières en raison précisément du mode de constitution de celle-ci, le gouvernement néerlandais tente

---

<sup>1247</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 2 du dispositif.

<sup>1248</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 101.

de poser **une limite à son obligation de reconnaître de manière inconditionnelle les sociétés constituées dans un autre Etat membre.**

Cet arrêt témoigne de la force et de la portée de l'obligation de reconnaissance mutuelle dégagée par la Cour de justice en liberté d'établissement des sociétés. En effet, le critère du siège réel invoqué par l'Etat néerlandais ne permet ni de refuser la reconnaissance d'un établissement secondaire sur son territoire, ni de justifier l'application de lois – de police – spécifiques à des filiales de sociétés de pure forme.

**En conclusion**, la Cour de justice interprète les articles 43 et 48 comme générant à la charge des Etats membres une **obligation inconditionnelle de reconnaître toute société constituée en conformité avec la législation**, le cas échéant divergente, d'un Etat membre. Par ailleurs, le traité CE ouvre le droit à toute société simplement constituée en conformité avec le droit d'un Etat membre de créer un établissement secondaire au sein d'un autre Etat membre. La Cour de justice interprète ce droit à la création d'un établissement secondaire comme interdisant aux Etats membres de limiter ou de réglementer de manière particulière l'activité économique par le biais de cet établissement secondaire en raison de la façon dont serait constituée la société. En d'autres termes, dès lors qu'une société est constituée en conformité avec le droit d'un Etat, les autres Etats membres doivent reconnaître la validité de cette constitution, et, par voie de conséquence, ne pas porter atteinte aux activités économiques de telles sociétés exerçant par le biais, notamment, de succursales.

Il convient à présent d'insister sur le fondement juridique d'une telle obligation de reconnaissance car, de ce fondement dépendent les possibilités d'y déroger.

## **B. La portée importante de la reconnaissance mutuelle**

**654.** Dédit des dispositions du traité CE consacrant la liberté d'établissement, le principe de reconnaissance pourrait théoriquement trouver sa source aux deux stades du contrôle de conformité de la Cour de justice c'est-à-dire :

- soit dans le principe d'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement ;
- soit dans le principe de proportionnalité mis en œuvre au stade de l'étude des justifications aux restrictions à la liberté d'établissement<sup>1249</sup>.

L'enjeu du recours au mécanisme de la reconnaissance mutuelle à l'une ou l'autre de ces étapes du contrôle de la Cour est important. En effet, si le principe de reconnaissance en

---

<sup>1249</sup> On sait que depuis l'arrêt Kraus du 31 mars 1993 (19/92, *Rec.* 1663), la Cour de justice admet que les Etats membres puissent restreindre la liberté d'établissement pour des raisons impérieuses d'intérêt général en plus des restrictions d'ores et déjà admises par l'article 46 du traité CE au titre de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique.

matière de société est fondé sur l'article 43 du Traité qui **interdit** les restrictions à la liberté d'établissement, les Etats membres éprouveront les plus grandes difficultés à y porter atteinte.

En revanche, si ce principe n'est en fait que l'expression du principe de proportionnalité qui impose aux Etats membres **de prendre en considération** le droit étranger déjà appliqué afin de juger de la nécessité de la mise en œuvre des règles de droit national, alors l'obligation de reconnaître le droit acquis au sein d'un Etat membre pourrait principalement dépendre de l'équivalence<sup>1250</sup> existant entre les droits nationaux divergents. En l'absence d'une telle équivalence, il ne pèserait sur les Etats membres aucune obligation de reconnaissance.

Comme il a déjà été précédemment établi, la Cour déduit l'obligation de reconnaissance des sociétés constituées conformément à la législation d'un Etat membre de la notion même d'établissement. En nous appuyant sur les trois arrêts fondamentaux en la matière – Centros, Überseering et Inspire Art – il convient à présent de conforter cette hypothèse en prouvant que **la reconnaissance mutuelle est ici fondée sur la liberté d'établissement elle-même indépendamment de toute équivalence des droits nationaux** et que, par voie de conséquence, il est pratiquement impossible de justifier une entorse au principe de reconnaissance.

La portée de la reconnaissance mutuelle apparaît ainsi importante tant au regard de son fondement (1), que de ses exceptions (2).

### 1. Au regard de son fondement

**655.** Il résulte clairement des arrêts de la Cour que la Cour de justice considère l'obligation de reconnaissance des sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre comme inhérente aux notions communautaires de personne morale entrant dans le champ d'application communautaire et d'établissement, indépendamment d'une quelconque équivalence des réglementations.

**656.** Dans l'arrêt Überseering rendu en matière d'**établissement à titre principal**, la Cour de justice affirme, que la mise en œuvre de la théorie du siège, lorsqu'elle impose à une société transférant son activité réelle dans un autre Etat membre que celui dans lequel se situe son siège statutaire, de reconstituer « [...] *la même société, en Allemagne* [où se

---

<sup>1250</sup> Selon un auteur « les différentes solutions conflictuelles nationales ont été jugées équivalentes [par le droit communautaire] ce qui explique que le rattachement par le siège statutaire ait pu produire effet dans des Etats membres prenant en considération le siège réel pour imposer l'application de leur droit et ce qui a conduit à l'affirmation d'une règle de conflit régionale favorable à l'application de la loi de l'Etat membre d'origine ». Menjucq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 135, p. 138. L'auteur évoque ici la thèse de M. T. Mastullo, *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Thèse Paris I, 2007

situe son siège réel] *équivaut, dès lors, à la négation même de la liberté d'établissement* »<sup>1251</sup>. De ce fait, elle « [...] *constitue une restriction à la liberté d'établissement incompatible, en principe avec les articles 43 CE et 48 CE* »<sup>1252</sup>. En d'autres termes, la notion d'assimilation des sociétés aux ressortissants d'un Etat membre de l'article 48 du traité CE et la liberté d'établissement à titre principal donnent le droit aux opérateurs économiques qui ont constitué une société au sein d'un Etat membre au sein duquel la théorie de l'incorporation est en vigueur, de déplacer leur siège réel dans un autre Etat et d'imposer à cet Etat, qu'il reconnaisse une telle société. En ce sens, un auteur rappelle que les trois critères visés à l'article 48 du traité CE (siège statutaire, administration centrale, principal établissement à l'intérieur de la Communauté) nécessaires à l'assimilation de toute société aux ressortissants personnes physiques d'un Etat membre « *ne sont pas cumulatifs ce qui aurait impliqué l'application exclusive du critère le plus exigeant, à savoir le siège réel, mais alternatifs ce qui favorise le critère le plus souple, c'est-à-dire le siège statutaire* »<sup>1253</sup>. **La liberté de circulation** telle qu'elle résulte de l'article 43 et 48 du traité CE, **correspond**, pour les sociétés, au **droit de dissocier** leur siège réel et leur siège statutaire au sein de la Communauté, dès lors que la législation de l'Etat membre de constitution accepte une telle dissociation. Toute réglementation conduisant à refuser cette reconnaissance est donc nécessairement qualifiée de restriction à la liberté d'établissement.

657. De cette obligation principale de reconnaître les sociétés constituées en conformité à la législation d'un autre Etat membre afin de leur permettre d'exercer la liberté d'établissement à titre principal, la Cour déduit **une obligation corollaire : celle de reconnaître les établissements secondaires** de telles sociétés. Cette obligation corollaire de reconnaissance des établissements secondaire découlerait selon la Cour **de la notion même d'établissement secondaire**. Elle affirme en effet dans l'arrêt Centros que « *le refus, par un Etat membre, d'immatriculer la succursale d'une société constituée conformément au droit d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège au motif que la succursale est destinée à lui permettre d'exercer l'ensemble de son activité dans l'Etat membre d'accueil, avec pour conséquence que l'établissement secondaire échapperait aux règles nationales relatives à la constitution et la libération d'un capital minimal, est incompatible avec les articles 52 et 58 du traité, dans la mesure où il empêche toute mise en œuvre du droit au libre établissement secondaire dont les articles 52 et 58 visent précisément à assurer le respect* »<sup>1254</sup>. C'est donc encore une fois de la notion même d'établissement, à titre secondaire cette fois, que la Cour de justice déduit l'obligation corollaire de reconnaissance des établissements secondaires de société constituées conformément à la législation d'un autre Etat membre. **L'obligation de reconnaître une société constituée en conformité avec le droit d'un Etat membre et**

<sup>1251</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 81.

<sup>1252</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 82.

<sup>1253</sup> Menjuq M., « La notion de siège social », in *Droit et actualité, Etudes en l'honneur de Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506, p. 502.

<sup>1254</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec. I*-1484, pt. 30.

**par voie de conséquence, la succursale d'une telle société trouve donc directement sa source dans les articles 43 et 48 du Traité.**

Enfin, dans l'arrêt Inspire Art la Cour s'appuie encore une fois directement sur la notion d'établissement telle qu'elle résulte du traité CE pour condamner toute entorse même indirecte à l'obligation de reconnaissance des sociétés constituées en conformité avec la législation d'un autre Etat membre. Elle affirme « *les articles 43 et 48 CE s'opposent à une législation nationale [...] qui soumet l'exercice de la liberté d'établissement à titre secondaire dans cet Etat, par une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre, à certaines conditions prévues en droit interne pour la constitution de sociétés, relative au capital minimal et à la responsabilité des administrateurs* »<sup>1255</sup>.

- 658.** L'objet même des règles relatives à la liberté d'établissement semble être de permettre aux opérateurs économiques de choisir de se placer sous l'empire de la législation d'un Etat membre retenant la théorie du siège ou de l'incorporation pour ensuite selon la loi à laquelle ils se seront soumis, pouvoir transférer le siège principal de leur activité dans un autre Etat membre ou exercer leur activité dans un autre Etat membre par le biais d'un établissement secondaire. Le principe de reconnaissance mutuelle consacré en la matière n'est donc **pas lié à une présomption d'équivalence** entre les règles de droit dont l'application cumulative serait inutile, mais à la volonté de stimuler l'activité économique des sociétés en leur permettant de manipuler librement les règles de droit en vigueur au sein des Etats membres<sup>1256</sup>.

L'affaire Überseering, témoigne clairement du caractère indifférent de l'équivalence des règles de droit national pour la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en droit des sociétés. En effet, dans cette affaire le gouvernement allemand tentait de démontrer le caractère justifié de la mise en œuvre de ses règles de droit des sociétés au cas d'espèce, en s'appuyant précisément sur l'absence d'équivalence entre les règles de droit allemand et celles en vigueur dans d'autres Etats membres. Dans un premier temps, la Cour de justice, constate ainsi que l'application du droit allemand retenant la théorie du siège réel aboutit à imposer la dissolution de la société de droit néerlandais puis sa reconstitution en Allemagne. Le droit des sociétés conduisant ainsi à ce qu'une société valablement constituée dans un Etat membre ne soit pas reconnue en Allemagne, la Cour le déclare incompatible avec les articles 43 et 48 du traité. Cependant, une règle de droit d'un Etat membre qui serait qualifiée de restriction à la liberté d'établissement incompatible avec les articles 43 et 48 du traité CE peut être conforme au droit communautaire si elle est justifiée, c'est-à-dire appliquée « *manière non discriminatoire, [motivée] par des raisons impérieuses d'intérêt général et est proportionnée aux objectifs*

---

<sup>1255</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 105.

<sup>1256</sup> Voir sur la question de la fonction des libertés économiques de circulation : Seconde Partie, Titre II, Chapitre II, Section II., § 2 : « L'abus, un détournement des libertés de circulation de leur fonction ».

visés »<sup>1257</sup>. Dans un second temps la Cour de justice examine donc les justifications avancées par le gouvernement allemand. Ainsi le gouvernement allemand tente-t-il de démontrer que l'application de la théorie du siège en vigueur en Allemagne serait « *non discriminatoire, [...] justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et [...] proportionnée aux objectifs visés* »<sup>1258</sup> motif pris de ce que sa législation s'appliquerait « *également aux sociétés de droit allemand qui transfèrent leur siège effectif hors d'Allemagne* »<sup>1259</sup> et qu'elles permettrait d'assurer « *la sécurité juridique et la protection des tiers* »<sup>1260</sup>.

Afin d'établir la nécessité de la mise en œuvre de sa règle de droit, le gouvernement allemand expose que les règles de droit allemand des sociétés d'une part sont **différentes** de celles en vigueur au sein d'autres Etats membres, et d'autres part ne sont **pas équivalentes** à celles en vigueur dans les autres Etats membres notamment au Pays-Bas. Cet argument est expressément avancé par le Bundesgerichtshof : « *le Bundesgerichtshof souligne que des dispositions équivalentes n'existent pas dans tous les Etats membres* »<sup>1261</sup> et le gouvernement allemand insiste par exemple sur le fait qu'il « *n'existe, au niveau communautaire aucune harmonisation des modalités de protection du capital social des sociétés à responsabilité limitées et que ces sociétés sont soumises, dans les Etats membres autres que la République fédérale d'Allemagne, à des exigences pour partie beaucoup moins strictes* »<sup>1262</sup>. Elle s'appuie également sur le mécanisme de la cogestion de l'entreprise qui n'existe pas toujours dans le droit des sociétés des autres Etats membres et qui permettrait de protéger efficacement les salariés de l'entreprise.

La Cour de justice **ne va pas s'interroger sur la réalité de l'absence d'équivalence entre les règles de droit des différents Etats membres**. Elle rejette de manière générale toute possibilité de justification fondée sur des exigences de sécurité juridique ou de protection des tiers : « *pareils objectifs ne peuvent toutefois justifier que soit déniée, la capacité d'ester en justice à une société régulièrement constituée dans un autre Etat membre où elle a son siège statutaire. En effet, une telle mesure équivaut à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 et 48 CE* »<sup>1263</sup>. Ainsi, dès lors qu'une société est constituée en conformité avec la loi d'un Etat membre qui ne remet pas en question la validité de cette constitution lorsque la société **Erreur ! Signet non défini**. déplace son siège réel, les autres Etats membres ne peuvent absolument pas contester la validité de la constitution de la société. Selon, la Cour de justice, le caractère absolu cette interdiction s'explique par le fait que l'objet même des règles de droit communautaire relatives à la liberté d'établissement est de permettre aux sociétés – par le choix de l'Etat membre de constitution – de dissocier leur siège statutaire de leur siège réel au sein de la Communauté sans pourtant que la validité

---

<sup>1257</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 84.

<sup>1258</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 84.

<sup>1259</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 85.

<sup>1260</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 86.

<sup>1261</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 16.

<sup>1262</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 87.

<sup>1263</sup> CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I* 19919, pt. 93.



même de la société ne puisse être remise en question<sup>1264</sup>. De ce fait, l'absence d'équivalence des règles matérielles de droit des sociétés en vigueur au sein des Etats membres n'a pas d'impact sur l'obligation de reconnaissance de la validité de leur constitution.

**659.** Le principe de reconnaissance mutuelle élaboré par la Cour de justice en droit des sociétés **n'est donc pas fondé sur une présomption d'équivalence entre les règles de droit matériel** en vigueur au sein des Etats membres. Il est directement fondé sur les articles du traité CE interdisant toutes les restrictions à la liberté d'établissement au sein de la Communauté et qui se traduit, pour les opérateurs économiques, en un droit de manipuler les règles de droits des Etats membres afin de se placer sous l'empire de celle leur semblant la plus favorable.

Dans ses arrêts, la Cour de justice a cependant évoqué des limites possibles à l'obligation de reconnaissance mutuelle. C'est à l'étude de ces limites qu'il convient à présent de s'attacher.

## **2. Au regard de ses exceptions**

**660.** Nous l'avons établi, la démonstration de l'absence d'équivalence entre les règles de droit matériel des sociétés des Etats membres ne permet pas de mettre en échec l'obligation de reconnaissance qu'impose le droit communautaire au titre l'article 43 du traité. Dès lors, quelles raisons particulières un Etat membre peut-il invoquer pour échapper à l'obligation communautaire de reconnaissance ?

Depuis l'arrêt Kraus du 31 mars 1993, la Cour de justice admet qu'une réglementation nationale puisse restreindre la liberté d'établissement si elle poursuit un objectif légitime et se justifie par « *des raisons impérieuses d'intérêt général* »<sup>1265</sup>. Il convient donc de rechercher si les Etats membres peuvent effectivement s'appuyer sur la jurisprudence Kraus.

Relevons aussitôt que les entorses au principe de la reconnaissance mutuelle fondées sur la notion d'abus de droit communautaire ne seront pas traitées ici. L'abus de droit communautaire, notion complexe développée par la Cour dans toutes les libertés de circulation fera l'objet d'une étude spécifique et très approfondie par la suite<sup>1266</sup>.

---

<sup>1264</sup> Voir sur la question de la fonction des libertés économiques de circulation : Seconde Partie, Titre II, Chapitre II, Section II., § 2 : « L'abus, un détournement des libertés de circulation de leur fonction ».

<sup>1265</sup> CJCE 31 mars 1993, Kraus, 19/92, *Rec.* 1663.

<sup>1266</sup> Voir notre Titre II de la Seconde partie : « L'abus de droit, une limite insuffisante aux nouvelles facultés de choix de loi ».

Nous ne nous attacherons donc ici qu'à l'étude des autres raisons impérieuses d'intérêt général théoriquement admises par la Cour, mais dont nous établirons que la mise en œuvre semble en pratique impossible.

**661.** En nous appuyant sur l'arrêt *Überseering*, il convient tout d'abord d'établir que le refus de reconnaître une société valablement constituée mais dissociant siège réel et siège statutaire n'est jamais susceptible d'être justifié<sup>1267</sup>. Dans l'arrêt *Überseering*, le gouvernement allemand affirme que « *les règles allemandes de droit international privé des sociétés servent la sécurité juridique et la protection des créanciers* » et que de ce fait leur impérativité serait conforme au droit communautaire. La Cour rejette de manière absolue toute possibilité de justification, sans même s'attacher à l'étude de tels objectifs et au caractère nécessaire et proportionné des règles de droit allemand pour atteindre l'objectif poursuivi. Elle justifie sa position en s'appuyant sur le caractère inconciliable avec la liberté d'établissement d'un refus de reconnaître une société constituée en conformité avec le droit d'un Etat membre : « *pareils objectifs ne peuvent toutefois justifier que soient déniées, la capacité d'ester en justice à une société***Erreur ! Signet non défini.** *régulièrement constituée dans un autre Etat membre où elle a son siège statutaire. En effet, une telle mesure équivaut à la négation même de la liberté d'établissement***Erreur ! Signet non défini.** *reconnue aux sociétés***Erreur ! Signet non défini.** *s par les articles 43 et 48 CE »*<sup>1268</sup>.

**662.** La Cour de justice a également affirmé l'impossibilité de justifier un refus d'immatriculer une succursale fictive. Dans l'arrêt *Centros*<sup>1269</sup>, la Cour de justice refuse d'immatriculer la succursale d'une société**Erreur ! Signet non défini.** fictive**Erreur ! Signet non défini.**. En effet, la création d'une telle succursale permettrait d'éviter la constitution d'un capital social minimal exigé pour la constitution de société**Erreur ! Signet non défini.**s au Pays-Bas afin de garantir la protection des créanciers. La Cour de justice ne conteste pas la légitimité de mesures nationales dont l'objet est de protéger les créanciers contre le risque de créances irrécouvrables ou « *le risque de faillite frauduleuse due à l'insolvabilité des sociétés***Erreur ! Signet non défini.** *s dont la capitalisation initiale était insuffisante* »<sup>1270</sup>. En revanche, elle constate que le refus d'immatriculation de la succursale est une mesure inappropriée à la réalisation d'un tel objectif. D'une part, elle ne permet pas de protéger efficacement l'ensemble des créanciers puisque si la société**Erreur ! Signet non défini.** mère avait exercé une activité réelle au Royaume-Uni, l'immatriculation de la succursale aurait été admise sans que les exigences danoises relatives au capital social minimal ne soient garanties. D'autre part, la protection des

<sup>1267</sup> En ce sens un auteur relève que désormais « *l'Etat membre d'accueil est tenu de reconnaître une société valablement constituée selon la loi d'un autre Etat membre en cas de dissociation du siège réel et statutaire* ». Bureau D. et Muir Watt H., *Droit international privé*, Thémis Droit, Puf, 2007, tome II partie spéciale, pt. 1039, p. 437.

<sup>1268</sup> CJCE 9 novembre 2002 *Überseering* C-208/00, *Rec.* I 9919, pt. 93

<sup>1269</sup> Dans le même sens, voir notamment : CJCE 6 juin 1996, *Commission c/Italie*, 110/94, *Rec.* 2691, condamnant une réglementation réservant une activité aux seules sociétés ayant leur siège social sur le territoire et excluant ainsi son exercice par un établissement secondaire.

<sup>1270</sup> CJCE 9 mars 1999, *Centros*, 212/97, *Rec.* I-1484, pt. 32.

créanciers serait déjà assurée par le fait que la société **Erreur ! Signet non défini.** est officiellement une société **Erreur ! Signet non défini.** de droit anglais donc soumise à une législation différente (notamment quant à l'exigence d'un capital social minimal) de celle en vigueur au Danemark.

Il se dégage ainsi de la Cour de justice que **rien ne peut justifier un refus de reconnaissance d'une société **Erreur ! Signet non défini.** valablement constituée** dans un autre Etat membre ou un refus de reconnaissance d'un établissement secondaire d'une société **Erreur ! Signet non défini.** valablement constituée dans un autre Etat membre.

Les Etats membres peuvent-ils alors au moins encadrer le fonctionnement de telles sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s ou établissements secondaires de telles sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s établies sur leur territoire ?

663. Par l'arrêt Inspire Art, la Cour de justice condamne l'application de lois de police encadrant spécifiquement le fonctionnement de sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s fictives **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1271</sup>. Dans cet arrêt, le gouvernement néerlandais s'appuyait sur la nécessité de protéger les créanciers pour soumettre à une réglementation spécifique l'établissement secondaire d'une société **Erreur ! Signet non défini.** fictive **Erreur ! Signet non défini.** constituée au sein d'un autre Etat membre. Encore une fois, la Cour de justice reconnaît que la protection des créanciers peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général, mais considère qu'en l'espèce la réglementation nationale n'est pas adaptée à l'objectif poursuivi. En effet, la Cour affirme que l'information des créanciers quant à la nationalité de la société **Erreur ! Signet non défini.** suffit les protéger contre les risques d'insolvabilité des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s : ainsi la Cour de justice constate-t-elle que la société **Erreur ! Signet non défini.** Inspire Art « *se présente comme une société de droit anglais et non comme une société néerlandaise. Ses créanciers potentiels sont donc suffisamment informés de ce qu'elle relève d'une législation différente de celle qui régit, au Pays-Bas, la constitution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s à responsabilité limitée et notamment, les règles en matière de capital minimal et de responsabilité des administrateurs* »<sup>1272</sup>.

---

<sup>1271</sup> Dans le même sens : CJCE 14 décembre 2006, Denkvit international BV, 170/05, *Rec.* 11949, par lequel la Cour condamne une réglementation française prévoyant une retenue à la source sur les dividendes perçus par une société mère non résidente sachant que la société mère résidente en est quasiment totalement exonérée ; CJCE 23 février 2006, CLT-UFA, 253/03, *Rec.* 1831 à propos d'une réglementation allemande fixant des taux d'imposition des bénéfices différents selon que l'établissement secondaire se fait par le biais d'une succursale ou d'une filiale ; CJCE 16 juillet 1998, ICI, 264/96, *Rec.* 4695 condamnant une législation réservant un avantage fiscal aux sociétés contrôlant principalement des sociétés ayant leur siège sur le territoire national (pour une position récente plus nuancée, voir : CJCE 13 décembre 2005, Marks et Spencer, 446/03, *Rec.* 10837) ; CJCE 29 mars 2007, Rewe Zentralfinanz, 347/04, *Rec.* 2647) condamnant une réglementation restreignant les possibilités de déduction des pertes exposées par une société mère résidente, au titre des amortissements réalisés sur la valeur des ses participations dans des filiales établies dans d'autres Etats membres ; CJCE 25 octobre 2007, Geurts et Vogten, 464/05, *Rec.* 9325, condamnant une réglementation fiscale refusant d'exonérer de droit de succession les seules entreprises familiales ayant employé au moins 5 personnes dans un autre Etat membre dans les 3 années précédant la mort du *de cuius*.

<sup>1272</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.* 10155, pt. 135

**En conclusion**, la possibilité d'échapper à l'obligation tant de reconnaissance d'une société **Erreur ! Signet non défini.** constituée en conformité de la législation d'un autre Etat membre que de son établissement secondaire est donc impossible. L'encadrement du fonctionnement de telles sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s par la mise en œuvre de lois de police paraît extrêmement ardu. Ainsi, la Cour de justice considère que le refus de reconnaître une société **Erreur ! Signet non défini.** valablement constituée dans un autre Etat membre est incompatible avec le droit de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** et est insusceptible de justification, que l'obligation, pour une succursale fictive de se soumettre aux règles en vigueur dans l'Etat du siège en matière de capital social est toujours disproportionnée au regard d'un objectif de protection de créanciers. La seule restriction à l'obligation de reconnaissance pesant sur les Etats membres, qui serait conforme au droit communautaire, correspondrait à une exigence de transparence des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s quant au droit au regard duquel elles sont constituées.

En dépit de la possibilité annoncée d'invoquer des raisons impérieuses d'intérêt général pour justifier d'une dérogation à l'obligation de reconnaissance des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s **Erreur ! Signet non défini.**, il apparaît que ce principe est, de fait, quasiment insusceptible de dérogation. Dès lors, cette obligation quasi absolue pour les Etats membres de reconnaître toute société **Erreur ! Signet non défini.** constituée conformément au droit d'un Etat membre ne peut-elle pas être analysée comme conférant un droit subjectif **Erreur ! Signet non défini.**, au profit des opérateurs économiques de choisir la loi de constitution d'une société ?

## § II. Un mécanisme offrant de nouvelles facultés de choix de loi aux opérateurs économiques

664. Ainsi que la Cour de justice le rappelle régulièrement, « *le traité CEE a créé un ordre juridique propre, [...] dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants et que, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, le droit communautaire est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité, mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie [...] aux États membres [...]* »<sup>1273</sup>. Lorsque de manière négative, le droit primaire de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** contraint les Etats membres à reconnaître toute société constituée en conformité avec le droit d'un Etat membre, il faut donc en déduire, de manière positive, qu'il consacre au profit des opérateurs économiques un droit – opposable dans tous les autres Etats membres – de constituer une société conformément au droit de n'importe quel Etat membre.

---

<sup>1273</sup> CJCE, 19 novembre 1991, Francovich, aff.C-6/90 et C-9/90, Rec. I.5357, pt. 31.

Neutralisant les réglementations étatiques ne permettant pas la reconnaissance pure et simple des sociétés constituées en conformité de la législation d'un autre Etat membre, le principe de la reconnaissance mutuelle ouvre de nouvelles facultés de choix de loi en droit des sociétés. Reste alors à déterminer quelles règles de droit des sociétés peuvent faire l'objet d'un choix de loi, et à quelles conditions l'exercice de ce nouveau choix de loi est subordonné. Après s'être interrogé sur le domaine matériel du choix de loi (A), nous en étudierons les modalités d'exercice (B).

### A. Le domaine matériel du choix de loi

**665.** Une étude du champ d'application matériel du choix de loi suppose d'évoquer très brièvement pourquoi, en droit des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**, l'analyse du mécanisme de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** en terme de choix de loi est possible.

Au sein de la Communauté, les règles de fond applicables aux sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s divergent d'un Etat membre à un autre. Cette diversité, offre donc aux fondateurs d'une société **Erreur ! Signet non défini.** potentiellement autant de possibilités de choix entre ces différents droits matériels.

Cependant, l'exercice de choix de loi est fonction des règles du droit international privé en vigueur au sein de chacun de ces Etats membres désignant la loi applicable à une société **Erreur ! Signet non défini.** évoluant dans un certain « *contexte juridique transfrontalier* »<sup>1274</sup>.

A cet égard, on nomme *lex societatis* la loi s'appliquant en matière de constitution, de fonctionnement et de dissolution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s. Cette loi est déterminée différemment selon que les Etats membres adoptent le système dit de l'incorporation ou du siège social.

Selon le système de l'incorporation, cette loi est celle de l'Etat membre d'immatriculation de la société **Erreur ! Signet non défini.**. Seul est « *pris en considération un lien purement formel résultant de l'immatriculation de la société **Erreur ! Signet non défini.** sur un registre, le siège social étant donc le siège « enregistré » ou « registered office ».* Le lieu de la direction effective de la société **Erreur ! Signet non défini.** autrement qualifié de siège réel ou « *head office* » n'est en aucune façon considéré. [...] Ce système fait la plus grande place à la volonté des fondateurs puisque l'incorporation est totalement déconnectée de la localisation matérielle du siège de la société **Erreur !**

---

<sup>1274</sup> Menjuocq M. *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 1, p. 1.

**Signet non défini.** »<sup>1275</sup>. Ce système autorise donc les opérateurs économiques à soumettre leur société **Erreur ! Signet non défini.** à la loi de n'importe quel Etat dans lequel ils auront été régulièrement enregistrés. Il est d'ailleurs généralement admis que le système de l'incorporation est l'expression d'un choix normatif en faveur de la loi d'autonomie puisqu'il conduit à « *laisser les associés choisir librement la loi de formation de leur groupement* »<sup>1276</sup>.

« *En revanche, dans les systèmes adoptant la théorie du siège* **Erreur ! Signet non défini.** *réel, il est imposé que la société* **Erreur ! Signet non défini.** *soit constituée dans l'Etat où se situe son siège réel. Un élément matériel doit donc conforter l'élément formel de l'immatriculation sur un registre, le rattachement de la société* **Erreur ! Signet non défini.** *ne résultant donc pas de la seule volonté des fondateurs* »<sup>1277</sup>. Si la pluralité et la diversité juridique ouvrent toujours en soi des facultés de choix de loi, le système du siège réel limite ces facultés de choix de loi à celle de l'Etat dans lequel la société **Erreur ! Signet non défini.** aura son siège réel.

666. Ainsi les facultés de choisir la loi applicable à la constitution au fonctionnement et à la dissolution de la société **Erreur ! Signet non défini.** est-il plus ou moins facile à exercer selon le système en vigueur au sein d'un Etat membre.

Dans les Etats membres retenant la théorie de l'incorporation **Erreur ! Signet non défini.** (ou du siège social statutaire) ce choix de loi sera uniquement subordonné à l'immatriculation au sein de cet Etat membre. Dans les Etats membres retenant le critère du siège social réel, il supposera outre l'immatriculation au sein de l'Etat membre dont le droit matériel des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s est convoité, l'implantation des organes de direction au sein de celui-ci. En d'autres termes, le choix de loi ne peut se faire qu'au bénéfice de celle de l'Etat membre d'implantation des organes de direction.

Consacrant, par le développement du mécanisme de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** en matière de sociétés **Erreur ! Signet non défini.**, le système de l'incorporation mais surtout **son opposabilité** dans tous les Etats membres, la Cour de justice refuse que le choix de loi en matière de sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s soit subordonné à l'implantation du siège réel dans l'Etat membre dont les lois sont convoitées.

---

<sup>1275</sup> Menjucq M., « La notion de siège social » in *Droit et actualité, Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506, p. 501.

<sup>1276</sup> Loussouam Y., Bourel P., *Droit international privé*, Dalloz, Précis Droit privé, 7<sup>ème</sup> éd. 2001, pt. 707, p. 779 ; dans le même sens, M. T. Vignal remarque que le critère de l'incorporation « *est d'un grand libéralisme : il revient, dans une certaine mesure, à admettre le choix de loi applicable, voire la nationalité, par les fondateurs de la personne morale, ceux-ci pouvant librement choisir le pays d'enregistrement, et le seul contrôle exercé par ce dernier tenant aux formalités de constitution* ». Vignal T., *Droit international privé*, Armand Colin, 2005, pt. 741, p. 436.

<sup>1277</sup> Menjucq M., « La notion de siège social » in *Droit et actualité, Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506, p. 501. L'auteur relève en outre que le droit français adopte une solution intermédiaire entre ces deux systèmes.

Il permet donc aux opérateurs économiques de se prévaloir du droit matériel des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s de tous les Etats membres retenant le système de l'incorporation, sans que les Etats membres retenant le système du siège réel ne puissent condamner ou limiter ce choix de loi à celle de l'Etat membre d'implantation des organes de direction. En ce sens un auteur a même pu affirmer que « *dès lors que l'article 48 du traité CE se contente du système d'incorporation, il faut en admettre toutes les conséquences et plus particulièrement celles relatives au choix pour les fondateurs de l'Etat dans lequel ils constituent leur société* **Erreur ! Signet non défini.**. Ce système de rattachement qui repose sur la volonté des fondateurs leur laisse toute liberté pour immatriculer leur société **Erreur ! Signet non défini.** dans tel ou tel Etat et y fixer le siège social statutaire sans que leur choix ne puisse être restreint par la considération d'éléments objectifs tenant à l'effectivité du siège social ou à la localisation de l'activité sociale. Evidemment cette liberté implique **la possibilité pour les fondateurs de choisir la loi applicable à leur société** **Erreur ! Signet non défini.** puisque l'immatriculation régulière d'une société **Erreur ! Signet non défini.** dans un Etat membre confère compétence à la loi de cet Etat **pour régir la constitution, le fonctionnement et la dissolution de cette société** **Erreur ! Signet non défini.** »<sup>1278</sup>. Si, comme le relève cet auteur, le développement, par la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**, du choix de loi en matière de société **Erreur ! Signet non défini.** ne fait pas de doute, il convient néanmoins de chercher à en mesurer plus précisément la portée en s'interrogeant sur le champ d'application matériel **Erreur ! Signet non défini.** du principe de reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.**, c'est-à-dire, sur le domaine matériel du choix de loi.

667. L'article 48 du traité CE vise « *les sociétés* **Erreur ! Signet non défini.**s *constituées en conformité de législation d'un membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté [...]* ». Dédit directement de cet article ainsi que de l'article 43 du traité CE, le principe de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** met –comme il a été établi– à la charge des Etats membre une **obligation de reconnaître** toute société **Erreur ! Signet non défini.** constituée en conformité de la législation d'un Etat membre afin de lui permettre **d'exercer** son activité à titre principal ou secondaire dans tous les autres Etats membres sans être pénalisée du fait de son mode de constitution<sup>1279</sup>.

<sup>1278</sup> Menjuq, M., *Droit international et européen des sociétés*, Domat droit privé, Montchrestien, 2001, pt. 274, p. 337. L'auteur n'a pas repris exactement cette formulation dans l'ed. la plus récente de son ouvrage. Il affirme de manière plus mesurée « *qu'il n'y a donc plus aucun doute sur le droit pour les fondateurs de pratiquer un law shopping parmi les législations des Etats membres. Ceux-ci peuvent en toute liberté choisir le droit national des sociétés le plus attrayant pour constituer leur société en l'immatriculant dans un Etat membre donné* ». Menjuq M. *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 131, p. 135.

<sup>1279</sup> Comme l'écrit un auteur, « *l'Etat membre d'origine peut entraver le déplacement du siège réel vers un autre Etat membre. En revanche, [...] l'Etat membre d'accueil ne peut au contraire tirer aucune conséquence de la localisation du siège réel sur son territoire pour restreindre le droit d'établissement d'une société valablement rattachée à un autre Etat membre par son siège statutaire* ». Menjuq M. *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 134, p. 137.

Dès lors, le principe de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** appréhende nécessairement toutes les réglementations nationales permettant de juger de la validité de la constitution à l'étranger des sociétés **Erreur ! Signet non défini.s**. Il s'agit donc des règles relatives à la **reconnaissance** des sociétés **Erreur ! Signet non défini.s** étrangères, des **règles de conflit de lois applicables en matière de constitution** des sociétés **Erreur ! Signet non défini.s** et par voie de conséquence, de celles désignées par ces règles de conflit de lois. En d'autres termes, le principe de reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** s'applique à toutes les règles de droit des Etats membres relatives à **la constitution** – au sein d'un autre Etat membre – **des sociétés**. C'est donc en cette matière que le droit communautaire étend indéniablement les facultés de choix de loi aux opérateurs économiques<sup>1280</sup>.

- 668.** L'obligation accessoire à celle de la reconnaissance à proprement parler, de ne pas pénaliser les sociétés **Erreur ! Signet non défini.s** dans l'exercice de leur activité en raison de leur mode de constitution, permet également d'affirmer que **le droit national applicable au fonctionnement des sociétés** **Erreur ! Signet non défini.s** – constituées dans un autre Etat membre – entre également dans le champ d'application du principe de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini..**

A cet égard, il est possible de citer à titre d'exemple l'arrêt Inspire Art, par lequel la Cour de justice a condamné une réglementation néerlandaise relative à la responsabilité particulière assumée par les administrateurs de sociétés **Erreur ! Signet non défini.s** de pure forme. Il ne s'agissait donc pas de juger de la constitution valable de la société **Erreur ! Signet non défini.** mais de son mode de fonctionnement.

En ce sens, un auteur relève que « *la jurisprudence communautaire a concerné les terrains de la **reconnaissance** et du **conflit de lois** pour limiter les effets du siège réel en affirmant la contrariété aux articles 43 et 48 CE de la prise en compte du siège réel par l'Etat membre d'accueil soit pour refuser de reconnaître la capacité juridique, soit pour appliquer, même seulement à titre de loi de police* **Erreur ! Signet non défini.**, *des dispositions légales locales* »<sup>1281</sup>. Ce même auteur remarque ainsi que si en droit international privé français « *le siège réel est déterminant, en cas de fraude ou de fictivité, pour l'application de la lex societatis* **Erreur ! Signet non défini.** *seulement dans l'hypothèse [...] où une société* **Erreur ! Signet non défini.** *immatriculée dans un pays étranger aurait son siège de direction en France [...] dans le cadre communautaire, cette interprétation attribuant un droit d'option aux tiers est d'une conformité douteuse aux article 43 et 48 du traité CE tels qu'interprétés par les arrêts Centros-Überseering-Inspire art* »<sup>1282</sup>. Il affirme encore de manière plus explicite que « *dès lors que l'article*

<sup>1280</sup> Voir en ce sens : Menjuçq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 131, p. 135. Ce même auteur parle ainsi de la « *liberté de rattachement des sociétés* » issu de la jurisprudence Centros et Überseering. Menjuçq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 133, p. 136.

<sup>1281</sup> Menjuçq M. *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 136, p. 139.

<sup>1282</sup> Menjuçq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 56, p. 58.



48 du traité CE se contente du système d'incorporation, il faut admettre [...] [que] cette liberté implique **la possibilité pour les fondateurs de choisir loi applicable à leur société** **Erreur ! Signet non défini.** puisque l'immatriculation régulière d'une société **Erreur ! Signet non défini.** dans un Etat membre confère compétence à la loi de cet Etat pour régir la constitution, le fonctionnement et la dissolution de cette société **Erreur ! Signet non défini.** »<sup>1283</sup>.

En droit international privé la loi applicable à la constitution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s est effectivement également celle applicable à son fonctionnement et sa disparition appréhendée par le terme de *lex societatis* **Erreur ! Signet non défini.**. C'est, selon un auteur, « le souci de respecter au maximum l'unité de compétence législative [qui] conduit à lui attribuer le plus large domaine d'application possible »<sup>1284</sup>. Le principe de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** ayant un impact direct sur la loi applicable à la constitution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s, la recherche d'une certaine unité législative devrait également conduire à ce que le principe de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** génère un impact sur la *lex societatis* **Erreur ! Signet non défini.** dans toutes ses composantes. En ce sens un autre auteur affirme que « l'obligation issue du droit communautaire de reconnaître la personnalité juridique des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s constituées dans d'autres Etats membres en vertu du critère de l'incorporation introduit cependant la possibilité que la loi sous l'empire de laquelle la société **Erreur ! Signet non défini.** a été créée ne soit pas la même que celle de son siège. **Il paraît dès lors difficile de soustraire à la loi d'origine, qui régit nécessairement les conditions de constitution de la société** **Erreur ! Signet non défini.**, les questions de structure et d'organisation interne de celle-ci, relatives aussi bien au statut de l'actionnaire qu'au régime des titres, à la modification du pacte social ou à la tenue des assemblées générales. Il pourrait en résulter un recul potentiel du champ de la loi du siège social en tant que *lex societatis* **Erreur ! Signet non défini.**, du moins lorsqu'il s'agirait de résoudre un conflit de lois se rapportant à une société **Erreur ! Signet non défini.** constituée dans un autre Etat membre de l'Union européenne »<sup>1285</sup>. Aussi, même si en matière de réglementation relative au fonctionnement des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s la portée du mécanisme de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** reste plus difficile à mesurer, la jurisprudence de la Cour se faisant plus rare<sup>1286</sup> et une réglementation encadrant l'exercice de l'activité économique ne pouvant pas être assimilée à « la négation même de l'établissement » comme le sont celles conduisant au refus de reconnaissance des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s **Erreur ! Signet non défini.** ou de leur établissement secondaire, il faut admettre que le principe de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** appréhende potentiellement également ce type de réglementation. En ce sens, un auteur s'interroge sur la transposition de la jurisprudence Inspire art « en présence de dispositions légales impératives protectrices des droits de représentation ou de

<sup>1283</sup> Menjuq, M., *Droit international et européen des sociétés*, Domat droit privé, Montchrestien, 2001, pt. 274, p. 337.

<sup>1284</sup> Loussouam Y., Bourel P. *Droit international privé*, Dalloz, Précis Droit privé, 7<sup>ème</sup> éd. 2001, pt. 708, p. 781.

<sup>1285</sup> Bureau D., Muir Watt H., *Droit international privé*, tome 2, Thémis droit, Puf, 2007, pt. 1041, p. 439.

<sup>1286</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155.

*participation des salariés. [La Cour de justice] y verrait-elle dans ce cas une raison impérieuse d'intérêt général justifiant la restriction à la liberté d'établissement***Erreur ! Signet non défini.** ? »<sup>1287</sup>.

**669. En conclusion**, les réglementations relatives à la constitution – au sein d'un autre Etat membre – des sociétés**Erreur ! Signet non défini.** et celles relatives au fonctionnement de la société**Erreur ! Signet non défini.** du fait de sa constitution au sein d'un autre Etat membres entrent dans le champ d'application matériel**Erreur ! Signet non défini.** du principe de la reconnaissance mutuelle**Erreur ! Signet non défini.** Mais tandis que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle**Erreur ! Signet non défini.** condamne systématiquement toute réglementation retenant le critère du siège réel pour la reconnaissance de la constitution valable de la société**Erreur ! Signet non défini.** dans un autre Etat membre, on ne saurait affirmer à l'heure actuelle qu'il produit le même effet lorsqu'un tel critère est retenu pour déterminer les lois applicables à son fonctionnement.

En étendant la portée du système de l'incorporation, fondée sur le choix de loi des associés, dans tous les Etats membres, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle**Erreur ! Signet non défini.** développe nécessairement certaines des facultés de choix de loi. Reste alors à déterminer les modalités d'exercice de ces choix de loi.

## **B. Les modalités d'exercice du choix loi**

**670.** Le droit communautaire de la liberté d'établissement**Erreur ! Signet non défini.**, impose aux Etats membres, une obligation de reconnaissance d'un droit acquis**Erreur ! Signet non défini.** par une société**Erreur ! Signet non défini.** au sein d'un autre Etat membre (à savoir, le statut de société**Erreur ! Signet non défini.** valablement constituée). Pour acquérir ce droit, les opérateurs économiques doivent donc se placer dans le champ d'application des règles de droit de l'Etat membre de constitution. Le droit communautaire ne confère pas directement aux opérateurs économiques la faculté choisir la loi de constitution de leur société**Erreur ! Signet non défini.** par le biais d'une simple manifestation de volonté. Cependant en consacrant également le principe de l'incorporation, le droit communautaire crée de fait, une telle faculté. Après avoir expliqué que le mécanisme de la reconnaissance mutuelle**Erreur ! Signet non défini.** n'offre en principe qu'un choix de loi indirect fondé sur la reconnaissance d'un droit acquis**Erreur ! Signet non défini.** et donc sur la nécessité de circuler (1), nous présenterons l'impact de l'obligation de reconnaissance de la théorie de l'incorporation**Erreur ! Signet non défini.**, à savoir la création d'une faculté de choix de loi sans exigence d'une localisation du siège réel dans l'Etat membre de constitution (2).

---

<sup>1287</sup> Menjuq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, pt. 133, p. 137.

## 1. Un choix de loi indirect : reconnaissance d'un droit acquis : nécessité de circuler

### 671. Le principe de la conformité au droit communautaire du système de l'incorporation.

– S'il est exact que « [...] l'article 48 du traité CE se contente du système d'incorporation [...] »<sup>1288</sup>, il n'impose pas que ce mécanisme se substitue à celui existant dans tous les Etats membres. En d'autres termes, l'article 48 délimite les différents systèmes (« les sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s constituées en conformité de législation **d'un Etat membre et ayant leur siège [...]** à l'intérieur de la Communauté ») qui peuvent être conformes au droit communautaire mais n'impose pas le respect d'un seul et unique système : celui de l'incorporation. Ainsi que nous l'avons exposé, l'article 48 du traité CE pose, à la charge de tous les Etats membres, une obligation de reconnaissance des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s constituées en conformité avec les règles de droit, éventuellement divergentes, d'un autre Etat membre. Dès lors, l'article 48 doit être analysé comme consacrant aux opérateurs économiques, **le droit de se placer sous l'empire des différentes lois des Etats membres sans que la validité des droits acquis** **Erreur ! Signet non défini.** **dans un Etat membre ne puisse être mis en cause par d'autres Etats membres.**

Or, comment un opérateur économique peut-il se placer sous l'empire d'une loi d'un Etat membre ?

672. Il existe, on le sait, au sein de la Communauté principalement deux grands types de systèmes<sup>1289</sup> : celui de l'incorporation et celui du siège social. Un opérateur économique peut donc constituer une société **Erreur ! Signet non défini.** au sein de la Communauté conformément aux règles d'un système ayant adopté la théorie de l'incorporation **Erreur ! Signet non défini.** ou conformément aux règles d'un système ayant adopté la théorie du siège **Erreur ! Signet non défini.**. Chaque système est naturellement en vigueur dans l'Etat membre dont il émane. Cependant, ce constat évident ne permet pas de déterminer les conditions d'application des règles de droit des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s en vigueur au sein des Etats membres.

Ainsi, pour pouvoir créer une société **Erreur ! Signet non défini.** conformément aux règles de droit d'un Etat membre choisi, encore faut-il pour cela se placer dans le champ d'application des règles de droit de sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s de l'Etat membre en question. Il existe plusieurs types de sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s au sein de chaque Etat membre. En droit français, il est par exemple possible de créer une société **Erreur ! Signet non défini.** en nom collectif, une société **Erreur ! Signet non**

---

<sup>1288</sup> Menjucq, M., *Droit international et européen des sociétés*, Domat droit privé, Montchrestien, 2001, pt. 274, p. 337.

<sup>1289</sup> Pour une approche plus nuancée de cette question, voir notamment les réflexions de M. M. Menjucq qui place à juste titre le système français dans une catégorie intermédiaire. Menjucq M., « La notion de siège social », in *Droit et actualité, Etudes en l'honneur de Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506, sp. 501.

**défini.** en commandite simple, une société **Erreur ! Signet non défini.** à responsabilité limitée, une société **Erreur ! Signet non défini.** anonyme, une société **Erreur ! Signet non défini.** en commandite par actions, une société **Erreur ! Signet non défini.** par actions simplifiée. Les conditions de mise en œuvre des règles de droit français quant à la constitution de chacune de ces sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s commerciales sont ainsi divergentes. Dans le cadre de cette étude relative au choix de loi, il ne s'agit pas de déterminer les conditions de mise en œuvre de chacune des règles de droit mais de savoir **si, dans leur ensemble, elles subordonnent leur applicabilité à la réalisation d'un critère d'applicabilité spatial** **Erreur ! Signet non défini.** **qui correspondrait à l'effectivité du siège social ou à la nécessité d'exercer une activité économique réelle, sur le territoire de l'Etat membre de constitution.**

**673. Impact de l'existence d'un critère spatial d'applicabilité correspondant à l'exercice effectif d'une activité économique sur le territoire d'un Etat membre.** – En effet, si la mise en œuvre des règles de droit des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s des Etats membres est subordonnée à la réalisation d'un tel élément, les opérateurs économiques devront alors s'implanter sur le territoire de l'Etat membre de constitution pour pouvoir bénéficier de sa législation. En d'autres termes, **la seule manifestation de leur volonté** de constituer une société **Erreur ! Signet non défini.** conformément au droit d'un tel Etat ne leur permettrait pas d'entrer effectivement dans le champ d'application de la loi. La réalisation du critère d'applicabilité spatial **Erreur ! Signet non défini.**, leur impose ainsi de s'implanter concrètement au sein de l'Etat dont les règles de droit leur semblent favorables.

**Illustration : comment se placer sous l'empire des règles de droit d'un Etat ayant adopté la théorie du siège** **Erreur ! Signet non défini.** **réel.** – La théorie du siège **Erreur ! Signet non défini.** **réel** est une théorie en vertu de laquelle « *le seul pays qui ait compétence pour donner naissance à une société* **Erreur ! Signet non défini.** *est celui de son siège social* »<sup>1290</sup>. La France a adopté la théorie du siège **Erreur ! Signet non défini.** : en vertu des articles 1837 du code civil et 3 de la loi du 24 juillet 1996 (C. com., art. L. 210-3) : « *toute société* **Erreur ! Signet non défini.** *dont le siège est située sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française* ». Ainsi, une société **Erreur ! Signet non défini.** ne pourra-t-elle être immatriculée et donc valablement créée selon les modalités des règles de droit des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s françaises<sup>1291</sup>, que si, par ailleurs elle localise effectivement son siège sur le territoire français. Les opérateurs économiques doivent-ils alors localiser sur le territoire français leur siège statutaire (c'est-à-dire simplement inscrire dans leurs statuts que leur siège social est localisé en France) ou leur siège réel (c'est-à-dire administrer effectivement la société **Erreur ! Signet non défini.** depuis la France) ? La doctrine n'est pas unanime sur

<sup>1290</sup> Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd. 2001, point 1036, p. 666.

<sup>1291</sup> En effet, une société « *enregistrée ou immatriculée est nécessairement soumise à la loi de l'Etat dans lequel elle est incorporée* » : [...] *[en effet] l'autorité qui a immatriculé ou enregistré la société n'y a consenti qu'à la condition, parfois vérifiée d'ailleurs ou moins déclarée remplie par les fondateurs, que les opérations préalables ont eu lieu conformément à loi* ». Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd. 2001, point 1034, p. 666.

ce point ; néanmoins, il est acquis que la seule référence à une localisation du siège social en France dans les statuts ne permet pas en tout état de cause d'établir la preuve d'une localisation en France. En effet, lorsque le siège statutaire visé par les statuts apparaît fictif ou frauduleux<sup>1292</sup>, les tribunaux se fondent sur le mécanisme du siège réel pour établir la véritable localisation du siège. Or, une localisation d'une société **Erreur ! Signet non défini.** au sein d'un Etat dans lequel elle n'exerce pas d'activité économique apparaîtrait selon toute probabilité comme fictif. Ainsi, une société **Erreur ! Signet non défini.** ne sera valablement constituée en France que si elle respecte les conditions de fond relative à la constitution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s de droit français mais également que si elle y localise matériellement son siège social (elle doit ainsi au moins exercer une activité économique en France)

En somme, pour se placer dans le champ d'application du droit français des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s, les opérateurs économiques doivent satisfaire l'exigence d'un critère d'applicabilité spatiale **Erreur ! Signet non défini.** et localiser leur siège social en France.

## **2. L'impact de l'obligation de reconnaissance de la théorie de l'incorporation : la faculté de choix de loi sans exigence d'une localisation du siège réel dans l'Etat membre de constitution**

**674. La nouvelle faculté de choix de loi : comment se place-t-on sous l'empire du droit des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s d'un Etat ayant adopté le système de l'incorporation.** – Lorsqu'un Etat membre adopte le système de l'incorporation, il admet la constitution d'une société **Erreur ! Signet non défini.** conformément à ses règles de droit alors même que la dite société **Erreur ! Signet non défini.** n'aurait pas son siège social (effectif) sur son territoire. Selon P. Mayer et V. Heuzé, ce principe signifie que *« tout pays est compétent pour donner naissance à une société **Erreur ! Signet non défini.** quel que soit le siège et le lieu des activités de celle-ci »*<sup>1293</sup>.

La théorie de l'incorporation **Erreur ! Signet non défini.** est celle adoptée au Royaume-Uni. De ce fait, au regard du droit anglais, un opérateur économique peut faire le choix de constituer une société **Erreur ! Signet non défini.** de forme anglaise (et être immatriculée<sup>1294</sup> au Royaume-Uni), tout en ayant son siège réel dans un autre Etat. Pour se placer sous l'empire du droit anglais, au regard du droit anglais il n'est pas nécessaire qu'un opérateur économique place son siège réel au Royaume-Uni. La mise en œuvre de la loi anglaise relative à la constitution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s n'est pas suspendue à la réalisation d'un critère d'applicabilité spatiale **Erreur ! Signet non défini.**

<sup>1292</sup> Voir par ex. Paris 21 mai 1957, *R.C.D.I.P.* 1958 p. 128 note Francescakis.

<sup>1293</sup> Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd. 2001, point 1036, p. 666.

<sup>1294</sup> Car, ainsi que le soulignent Mayer P., Heuzé V., *« dans les pays anglo-saxons, seules les sociétés « enregistrées » (incorporated), c'est-à-dire inscrites sur un registre public, sont des personnes morales »*. Mayer P., Heuzé V. *« Droit international privé »*, Domat Privé, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd. 2001, point 1034, p. 665.

correspondant à localisation sur le territoire anglais du lieu à partir duquel la société **Erreur ! Signet non défini.** est effectivement administrée. En d'autres termes, l'application du droit anglais ne nécessite pas un déplacement matériel : ainsi que soulignent P. Mayer et V. Heuzé, « *c'est un système très libéral, qui correspond au recours à la loi d'autonomie pour les sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s créées sans publicité : en choisissant le lieu de l'enregistrement, les fondateurs choisissent indirectement la loi applicable* ». <sup>1295</sup>

Pour se placer sous l'empire d'une telle loi, les opérateurs économiques n'ont qu'à en faire le choix, respecter les règles de fond anglaises quant aux modalités de constitution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s et s'immatriculer au registre des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s anglais.

Il apparaît immédiatement que la théorie du siège **Erreur ! Signet non défini.** n'est pas conciliable avec celle de l'incorporation. Or l'obligation de reconnaissance qu'impose le droit communautaire conduit à ce que les Etats membres ayant adopté la théorie du siège **Erreur ! Signet non défini.** soient cependant obligés de reconnaître les sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s constituées en conformité avec les règles de droit d'un Etat membre ayant adopté la théorie l'incorporation. Cette théorie n'exigeant pas une localisation objective de la société **Erreur ! Signet non défini.** pour que celle-ci s'y immatricule, le droit communautaire permet donc aux opérateurs économiques de faire le choix de se soumettre à une telle législation, par le biais d'une simple manifestation de volonté et d'une immatriculation : en d'autres termes sans qu'il soit alors nécessaire de s'y déplacer et de s'y implanter.

- 675. Conclusion : impact de l'obligation de reconnaissance en matière de droit des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s sur la faculté de choix de loi des opérateurs économiques.** – Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** en matière de liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** offre aux opérateurs économiques le droit de revendiquer un droit acquis **Erreur ! Signet non défini.** dans un Etat membre (la validité de la constitution d'une société **Erreur ! Signet non défini.**), dans les autres Etats membres. Le mécanisme de la reconnaissance des droits acquis **Erreur ! Signet non défini.** suppose donc que les opérateurs économiques se placent sous l'empire d'une loi, puis se déplacent vers un autre Etat membre au sein duquel ils revendiquent le bénéfice du droit acquis **Erreur ! Signet non défini.** à l'étranger. Le droit communautaire de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** ne consacre donc pas **directement** le droit de choisir la loi applicable en matière de constitution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s du simple fait d'une manifestation de volonté. Le droit des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s des Etats membres qui se fonde sur la théorie de l'incorporation **Erreur ! Signet non défini.** consacre en revanche une telle possibilité.

---

<sup>1295</sup> Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Privé, Montchrestien, 7<sup>ème</sup> éd. 2001, point 1036, p. 666.

Dès lors, en imposant de reconnaître comme valable le mécanisme de l'incorporation, le droit communautaire permet indirectement aux opérateurs économiques ayant leur siège réel dans Etat au sein duquel est en vigueur la théorie du siège **Erreur ! Signet non défini.**, de constituer une société **Erreur ! Signet non défini.** selon les règles d'un Etat ayant adopté le système de l'incorporation par le biais d'une simple manifestation de volonté.

Ce faisant, le choix de loi ouvert aux opérateurs économiques n'est pas subordonné à la démonstration de l'existence d'un lien objectif entre l'Etat membre dont la loi est choisie et l'activité de la société **Erreur ! Signet non défini.**

L'article 48 du traité ouvre donc ainsi aux opérateurs économiques une nouvelle faculté de choix de loi en matière de constitution des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s, qui peut s'exercer par le biais d'une manifestation de volonté et qui n'est pas limitée aux lois des Etats présentant un lien objectif avec l'activité de la société **Erreur ! Signet non défini.**

Domaine matériel du choix de loi	Modalité d'exercice du choix de loi
<p>La <i>lex societatis</i> <b>Erreur ! Signet non défini.</b> de n'importe quel Etat membre</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- choix de loi en faveur de celle d'un Etat adoptant le système de l'incorporation → manifestation de volonté</li> <li>- choix de loi en faveur de celle d'un Etat adoptant la théorie du siège <b>Erreur ! Signet non défini.</b> réel → implantation du lieu de réunion des organes sociaux dans l'Etat membre dont la loi est convoitée</li> <li>- choix de loi en faveur de celle d'un Etat adoptant une position intermédiaire → inscription de la loi convoitée</li> </ul>

## Conclusion du Chapitre II

**676.** En matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement, le système de reconnaissance mutuelle développé par la Cour présente la particularité d'être parfois **détaché de toute idée d'équivalence**. Il ne s'agit donc plus simplement pour la Cour de lutter contre l'application successive et inutile de réglementations similaires.

Sa justification n'est en effet plus alors l'identité plus ou moins forte des législations nationales, mais l'idée plus générale de **droits légalement acquis au sein d'un Etat**

**membre** – c’est-à-dire conformément à la réglementation qui y est en vigueur – ensuite **opposables dans tous les autre Etats membres.**

Les nouvelles facultés – indirectes – de choix de lois que consacre le droit communautaire en sont d’autant plus importantes.

Premièrement, ces facultés de choix de loi sont nouvelles car elles s’exercent **dans des domaines que les Etats jugeaient pourtant impératifs**, donc insusceptibles d’être choisis.

Deuxièmement, ces facultés de choix lois peuvent se porter sur des réglementations qui sont véritablement **divergentes.**

Troisièmement, en libre prestation de services comme en libertés d’établissement, le système de reconnaissance mutuelle peut trouver à s’appliquer dans des matières de **droit privé** (loi applicable en matière de revenu minimum, *lex societatis* **Erreur ! Signet non défini.**). Elles peuvent alors même parfois prendre l’allure de véritables **règles de conflit de lois.**

Ces nouvelles facultés de choix de loi restent cependant toujours **indirectes** car elles supposent que l’opérateur économique se place dans le champ d’application de la loi convoitée. Ce n’est que lorsqu’une loi subordonne elle-même son applicabilité à une manifestation de volonté que le droit communautaire consacre, indirectement donc, une telle faculté (ainsi en va-t-il par exemple de la théorie de l’incorporation **Erreur ! Signet non défini.**).

En conclusion, en ces domaines, par le biais du système de la reconnaissance mutuelle, la Cour de justice semble promouvoir, indirectement mais très sûrement, le choix pour concilier pluralité juridique les libertés de circulation.

### CONCLUSION DU TITRE I

677. Il se dégage de notre étude la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de circulation, un mécanisme que nous qualifions de **reconnaissance mutuelle** **Erreur ! Signet non défini. ouvrant de nouvelles facultés de choix de loi** que l’on peut synthétiser par ce tableau :

Libertés de circulation concernées	Champ d’application matériel <b>Erreur ! Signet non défini.</b>	Encadrement du choix de loi par un élément localisateur <b>Erreur ! Signet non défini.</b>	Modalité d’exercice du choix de loi	Fondement du choix de loi
Libre	1. Réglementation	1. Loi de l’Etat	Déplacement	L’équivalence des



<b>circulation des marchandises</b>	relative à la fabrication de la marchandise ;  2. Réglementation relative à la présentation de la marchandise ;  3. Procédures de contrôle de la marchandise.	membre de fabrication de la marchandise ;  2. Loi de l'Etat membre de commercialisation de la marchandise.	physique par l'implantation de la fabrication ou de la commercialisation dans l'Etat membre dont la législation est convoité.	réglementations.
<b>Libre circulation des personnes en général</b>	1. Réglementations relatives aux diplômes ;  2. Réglementations relatives aux qualifications professionnelles ;  → ayant un impact sur l'accès ou l'exercice d'une activité professionnelle	1. Loi de n'importe quel Etat membre pourvu : - de s'y être conformée, et - d'avoir séjourné régulièrement dans l'Etat membre.  2. Loi d'un Etat tiers pourvu : que la qualification acquise ait été reconnue comme équivalente par un Etat membre dans lequel l'opérateur économique a séjourné	Le déplacement physique afin de se placer sous l'empire de la loi convoitée	L'équivalence des réglementations.
<b>Libre prestation de services</b>	1. Règlements de droit public <b>Erreur ! Signet non défini.</b> relatives à l'exercice d'une prestation de services ;  2. ° Plus rarement, lois de police <b>Erreur ! Signet non défini.</b> de droit privé relatives à l'exercice d'une prestation de services	Réglementation du seul Etat membre d'établissement.	Déplacement physique et établissement dans l'Etat membre dont la loi est convoitée.	1. L'équivalence des réglementations et ;  2. ° l'effectivité de la libre prestation de services elle-même.

	(notamment en matière de salaire minimum).			
<p><b>Liberté d'établissement</b>  Erreur ! Signet non défini. <b>des sociétés</b>  Erreur ! Signet non défini. <b>s</b>  Erreur ! Signet non défini.</p>	<p><i>Lex societatis</i>  <b>Erreur ! Signet non défini.</b></p>	<p><b>Erreur ! Signet non défini.</b>  <i>Lex societatis</i>  de n'importe quel Etat membre</p>	<p><b>1.</b> En cas de choix de loi en faveur de celle d'un Etat adoptant le système de l'incorporation :</p> <p>→ manifestation de volonté ;</p> <p><b>2.</b> En cas de choix de loi en faveur de celle d'un Etat adoptant la théorie du siège  <b>Erreur ! Signet non défini.</b> réel :</p> <p>→ implantation du lieu de réunion des organes sociaux dans l'Etat membre dont la loi est convoitée ;</p> <p><b>3.</b> En cas de choix de loi en faveur de celle d'un Etat adoptant une position intermédiaire :</p> <p>→ inscription de la loi convoitée.</p>	<p>Le principe d'assimilation et la liberté d'établissement  <b>Erreur ! Signet non défini.</b> elle-même.</p>

**678.** Le mécanisme de la reconnaissance peut être cerné avec précision au regard des quatre critères suivants :

- son effet ;
- son mode de fonctionnement ;
- son fondement ;
- son impact sur l'autorité des législations nationales.

**Effet du mécanisme.** Par ce mécanisme la Cour de justice pose, en certains domaines que nous avons délimités, un principe d'application d'une seule loi aux opérateurs économiques ayant une activité économique transfrontière au sein de la Communauté, duquel il résulte de nouvelles facultés de choix de loi à leur profit.

**Fonctionnement du mécanisme.** Elément du contrôle de conformité des législations nationales par la Cour de justice, la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** permet à la Cour de condamner l'application d'une règle de droit **en raison** de l'application antérieure de la réglementation d'un autre Etat membre – principe de l'application d'une loi unique pour l'exercice d'une activité économique dans l'ensemble de la Communauté – ou, beaucoup plus exceptionnellement, de l'applicabilité de la législation d'un autre Etat membre.

La Cour de justice use du mécanisme de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** aux deux stades de son contrôle du droit national.

D'abord, l'application antérieure d'une réglementation lui sert à caractériser une restriction à la liberté de circulation engendrée par l'application successive de la législation d'un autre Etat membre.

Puis, le fondement de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** permet d'établir le caractère injustifié de l'application – successive – du droit national au cas d'espèce en raison, soit de son équivalence avec le droit d'ores et déjà appliqué, soit de son impact disproportionné au regard du droit d'ores et déjà appliqué soit, enfin, de son caractère absolument inconciliable avec l'exercice de la liberté de circulation.

Cette loi unique à laquelle les opérateurs économiques doivent se soumettre peut être choisie par ceux-ci avec plus ou moins de facilité selon :

- d'une part les conditions d'application propres de la loi choisie et ;
- d'autre part, ceux que la Cour de justice impose pour s'assurer de la légitimité de l'application de loi choisie.

**Fondement du mécanisme.** La Cour de justice fonde cette condamnation de l'application (le plus souvent) successive des règles de droit soit sur leur équivalence, soit sur les exigences mêmes de la liberté de circulation (hypothèse de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**) **Erreur ! Signet non défini.**

**Impact du mécanisme sur l'autorité du droit national.** Permettant aux opérateurs de se soustraire à l'application de certaines règles de droit pourtant souhaitée par l'Etat membre dont elles émanent, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** affaiblit considérablement l'autorité de – certaines – lois nationales.

**A notre avis**, un tel affaiblissement de l'autorité nationale n'est cependant légitime que si, le droit communautaire qui prime le droit national, avait effectivement vocation à s'appliquer au cas d'espèce. Probablement consciente de cette difficulté, la Cour de justice a développé un mécanisme de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire par lequel elle juge de la licéité du recours par les opérateurs économiques aux libertés de circulation.

C'est à l'étude de cette limite – à notre sens encore insuffisamment développée par la Cour de justice – aux nouvelles facultés de choix de lois issues du mécanisme de la reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** qu'il faut à présent s'attacher.

## TITRE II

### L'ABUS DE DROIT, UNE LIMITE INSUFFISANTE AUX NOUVELLES FACULTÉS DE CHOIX DE LOI

**679.** Dans le cadre des libertés de circulation<sup>1296</sup>, la Cour de justice a développé une jurisprudence relative à la sanction – de ce que nous qualifions – d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire<sup>1297</sup>. Ainsi que nous le démontrerons, il s'agit de condamner une **utilisation illicite<sup>1298</sup> des libertés de circulation<sup>1299</sup>** par les opérateurs économiques qui tentent ainsi souvent de se soustraire à l'application d'une réglementation nationale impérative ou à bénéficier d'une loi qu'il juge plus avantageuse que celle qui leur serait normalement applicable. Par ce biais, la Cour de justice semble

---

<sup>1296</sup> Délimitation du sujet : ainsi que le soutiennent M. D. Simon et Mme A. Rigaux, on peut distinguer « d'une part les situations d'abus d'un droit substantiel et d'autre part les hypothèses d'abus d'un droit processuel ». Nous pouvons immédiatement affirmer que les hypothèses d'abus d'un droit processuel ne relèvent pas de notre sujet. En ce qui concerne l'abus de droit substantiel, ces auteurs distinguent encore deux situations : « il arrive d'une part qu'un sujet de droit se prévale du droit communautaire dans le seul but de se soustraire à l'application d'un droit national ; il se peut d'autre part qu'un sujet de droit utilise de manière frauduleuse ou excessive un droit qui lui est attribué par le droit communautaire ». Dans le cadre de notre recherche relative aux facultés de choix de loi nationale offertes par le droit communautaire aux opérateurs économiques, seule la faculté pour les opérateurs économiques de se prévaloir du droit communautaire **afin de se soustraire** à l'application d'un droit national ou afin de bénéficier d'une loi nationale qui ne devrait pas s'appliquer est pertinente. Voir : Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 559-587, pp. 563 et 564.

<sup>1297</sup> Nous justifierons par la suite le choix de cette terminologie.

<sup>1298</sup> C'est-à-dire « contraire au Droit ». Comu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 8<sup>ème</sup> éd. 2007.

<sup>1299</sup> Pour des développements sur l'émergence de ce principe en matière processuel, voir en particulier: Berrod F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz 2003, p. 905 s., n°1103 s.; Nuyts A. *L'exception de forum non conveniens*, coll. De la faculté de droit, université libre de Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J. 2003, n° 529 s., p. 737 s.; Boutard-Labarde M.-C., « Abus du droit communautaire (à propos de l'arrêt CJCE 12 mai 1998 Kefálas) » *La semaine juridique édition générale*, 1998, n°52, I-189, p. 2260-2261; Dana-Demaret S. « Peut-on commettre un abus de droit en demandant à une juridiction nationale d'assurer le respect et l'application du droit communautaire (à propos de l'arrêt CJCE 12 mai 1998 Kefálas) », *Revue des sociétés*, 1998, n°4, pp. 794-804; 10); Karayannis V. « L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire (à propos de l'arrêt Kefálas) » *C.D.E.* 1999, n°5-6, p. 53; 12); Mancini F. « Short Note on Abuse of Procedure in Community law » in *Abuse of Processual Rights: comparative standards of processual Fairness* (dir. M Taruffo) Kuwer Law International, 1999, p. 233, Neville-Brown L. « Is there any principle of Abuse of Rights in the European Community Law » in *Essays in honour of Henry Schermers*, MNP, vol. II, 1994, pp. 551-604; 14); Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, p. 564; Triantafyllou D. « Abuse of Rights versus Primacy » *C.M.L.R.*, 1999, p. 157. Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632.

donc vouloir **limiter les facultés** offertes par le droit communautaire aux opérateurs économiques **de choisir la loi** qui leur sera appliquée.

La question se pose alors de savoir pourquoi la Cour de justice limite ainsi la portée du choix de loi qu'elle semblait pourtant considérer comme le moyen adéquat pour concilier pluralité juridique et libertés de circulation. Par ailleurs, dans quelle mesure, l'abus de droit limite-t-il exactement les facultés de choix de loi ?

Il convient donc d'étudier avec précision ce mécanisme.

La première difficulté provient de ce que la Cour n'a pas donné de définition précise et claire de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire et use de ce mécanisme sans nécessairement le nommer<sup>1300</sup>. Une étude de sa jurisprudence s'impose donc afin, dans un premier temps, **de justifier l'emploi du terme d'abus de droit.**

Cette préalable et indispensable **déduction casuistique de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** effectuée (chapitre I), il conviendra de mesurer la portée de cette limite, de source communautaire, au choix de loi, en recherchant comment la Cour de justice sanctionne l'abus de droit communautaire, ainsi que les éléments caractéristiques de cette notion. Aussi allons-nous dans un deuxième temps faire œuvre de bilan et constater que, pour le moment, **l'abus de droit n'a qu'une portée relative** (chapitre II). A notre avis, cette faible portée de l'abus en droit communautaire n'est pas satisfaisante. En effet, sans ce garde-fou, les libertés de circulation apparaissent alors n'être qu'un outil de déréglementation portant injustement atteinte à l'autorité du droit national. Nous porterons donc dans un troisième et dernier temps un regard vers l'avenir et formulerons certaines **propositions en vue de garantir une meilleure effectivité de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** communautaire (chapitre III).

## CHAPITRE I

### LA DEDUCTION CASUISTIQUE DE L'ABUS DE DROIT ERREUR ! SIGNET NON DEFINI. COMMUNAUTAIRE

**680.** En 1974, à l'occasion de l'arrêt Van Binsbergen<sup>1301</sup> relatif à la libre prestation de services, la Cour de justice met pour la première fois en lumière un mécanisme communautaire d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1302</sup>. Cependant, elle ne

---

<sup>1300</sup> Ainsi que le souligne A. Nuyts, « si à ce jour, la théorie de l'abus de droit n'est pas consacré en tant que tel dans le texte des Traités européens, cela n'a pas empêché la Cour de justice de développer progressivement- parfois contre l'avis de son avocat général- une jurisprudence prétorienne en cette matière ». Nuyts A., *L'exception de forum non conveniens*, coll. de la faculté de droit, Université libre de Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J. 2003, n° 529, p. 738.

<sup>1301</sup> CJCE 3 décembre 1974, 33/74, *Rec.* 1299.

<sup>1302</sup> Voir en ce sens D. Waelbroeck qui affirme que « c'est dans l'arrêt Van Binsbergen que la Cour a pour la première fois appliqué le principe de l'abus de droit. Cet arrêt peut donc être considéré comme ayant établi la doctrine communautaire de l'abus de droit », Waelbroeck D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire » in *mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616., p. 599.

nomme pas alors expressément une telle notion<sup>1303</sup>, et, dans sa jurisprudence postérieure, vise alternativement les notions de fraude et d'abus, sans jamais les définir précisément<sup>1304</sup>, pour sanctionner un certain type de recours des opérateurs économiques aux libertés de circulation.

Il est pourtant fondamental de pouvoir identifier, et donc qualifier, le mécanisme développé par la Cour. L'abus de droit et la fraude à la loi sont effectivement deux mécanismes distincts qui n'assument pas la même fonction et qui ont une portée différente. Parvenir à qualifier le mécanisme développé par la Cour de justice est donc indispensable pour comprendre les valeurs qu'elle tente ainsi de protéger et qui pourraient primer la nécessité de concilier pluralité juridique et libertés de circulation par le choix de loi.

Nous essaierons de convaincre que l'analyse de la jurisprudence de la Cour révèle qu'**elle sanctionne en fait un abus de droit**Erreur ! Signet non défini. **communautaire**.

Cette entreprise suppose tout d'abord d'évoquer les arrêts de la Cour de justice à l'origine de cette incertitude quant à la nature du mécanisme qu'elle a développé. Les différentes **hypothèses de sanction** par la Cour de justice **de l'usage des libertés de circulation par les opérateurs économiques** seront ainsi présentées (section I). Puis, nous dépasserons les ambiguïtés générées principalement par le langage de la Cour et étayerons les éléments nous permettant de retenir la seule **qualification d'abus de droit**Erreur ! Signet non défini. (section II).

## Section I

### Les hypothèses de sanction de l'usage des libertés de circulation par les opérateurs économiques

**681. Interrogation relative à l'objet de la sanction.** L'étude de la jurisprudence de la Cour révèle que, au titre – de ce que nous qualifions déjà – d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**, la Cour sanctionne principalement deux comportements.

D'une part, la Cour de justice a par ce biais régulièrement contesté aux opérateurs économiques le droit de s'appuyer sur les libertés de circulation **pour échapper à l'application du droit national**.

---

<sup>1303</sup> Comme le soulignent D. Simon et A. Rigaux, si « *l'inventaire des références de l'abus de droit dans les descripteurs ou dans les sommaires des arrêts de la Cour de justice [...] est relativement déceptif [...] l'absence du mot ne signifie pas l'inexistence de la chose, et le recours à l'idée de tirer des conséquences du caractère abusif d'un comportement est beaucoup plus fréquent qu'il n'y paraît* ». Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit » in *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 563.

<sup>1304</sup> En effet, dans le domaine des libertés de circulation, ce n'est que récemment, à l'occasion de l'arrêt Cadbury du 12 septembre 2006 (« Cadbury Schweppes », 196/04, *Rec.* 7995) que la Cour s'est employée à mentionner explicitement certains éléments nécessaires à la caractérisation de l'abus de droit.

D'autre part, elle a dénié aux opérateurs économiques le droit de s'appuyer sur les libertés de circulation **en l'absence d'une mobilité économique réelle et effective sans porter attention à l'existence d'une loi nationale impérative évincée.**

Relevons immédiatement que l'objet de la sanction communautaire paraît dans ces deux hypothèses différent. En effet, la première hypothèse pourrait témoigner d'une volonté de limiter le choix de loi afin de garantir l'autorité du droit national. La seconde hypothèse permettrait, quant à elle, de lever les doutes existant quant à la fonction des libertés de circulation<sup>1305</sup>. Il convient donc de lever les incertitudes engendrées par la jurisprudence communautaire et de découvrir le réel objet de la sanction communautaire au titre de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini..**

Cette entreprise suppose que soient évoquées ces jurisprudences divergentes de la Cour de justice. Aussi présenterons nous d'abord les hypothèses de **condamnations** de l'utilisation des libertés de circulation **lorsque les opérateurs économiques cherchent à évincer l'application du droit national** (§ I.), puis celles de **condamnation** de l'utilisation des libertés de circulation **en l'absence d'une mobilité économique réelle et effective** (§ II.).

### **§ I. La condamnation lorsque les opérateurs économiques cherchent à évincer l'application du droit national**

**682.** Dans l'arrêt Van Binsbergen du 3 décembre 1974, la Cour a reconnu aux Etats membres le droit de s'opposer à ce qu'un sujet de droit s'appuie « artificiellement »<sup>1306</sup> sur les libertés de circulation **pour échapper** à l'application du droit national normalement applicable<sup>1307</sup>. Cette jurisprudence a été étendue aux autres libertés de circulation<sup>1308</sup> ainsi que l'illustrent l'arrêt Leclerc<sup>1309</sup> en libre circulation des marchandises **Erreur ! Signet non défini.** et l'arrêt Bouchara<sup>1310</sup> en libre circulation des personnes.

---

<sup>1305</sup> Sur cette question les importantes oppositions doctrinales évoquées dans notre introduction et notre étude des fonctions des libertés de circulation : Seconde partie, Titre II, Chapitre II, §2. « L'abus, un détournement des libertés de circulation de leur fonction ».

<sup>1306</sup> Nous précisons par la suite le sens de ce terme.

<sup>1307</sup> « On ne saurait dénier à un Etat membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet Etat », CJCE 3 décembre 1974, 33/74, Rec. 1299, pt. 13, nous soulignons.

<sup>1308</sup> Jurisprudence confirmée en libre prestation de services par CJCE 3 février 1993, Veronica, 148/91, Rec. 487 ; et étendue aux autres libertés de circulation : en libre circulation des marchandises : CJCE 10 janvier 1985, Leclerc, 229/83, Rec. 1 ; en liberté d'établissement : CJCE 7 février 1979, Knoors, 115/78, Rec. 401 ; en libre circulation des travailleurs CJCE 21 juin 1988, Lair, 39/86, Rec. 3161.

<sup>1309</sup> CJCE 10 janvier 1985, Leclerc, 229/83, Rec. 1.

<sup>1310</sup> CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, Rec. 3563.

**683. En libre circulation des marchandises** Erreur ! Signet non défini., la Cour de justice a étendu la jurisprudence Van Binsbergen à l'occasion de l'arrêt Leclerc<sup>1311</sup>. Cet arrêt portait sur une réglementation française interdisant la vente, sur le territoire français, de livres à un prix inférieur à celui fixé par l'éditeur.

Afin d'échapper à l'application du droit français, des opérateurs économiques qui n'exerçaient leur activité commerciale qu'en France tentèrent de se prévaloir du droit communautaire. Ils soutenaient en effet que la réglementation française ne serait pas conforme aux libertés de circulation.

Le droit communautaire ne s'appliquant pas – en principe<sup>1312</sup> – aux situations purement internes<sup>1313</sup>, ils introduisirent dans leur situation de fait un élément circulant<sup>1314</sup> ou, en d'autres termes, un franchissement de frontières. En effet, en dépit de nombreuses entorses qui y sont faites, le principe reste que « *lorsque tous les éléments d'une affaire sont cantonnés à l'intérieur d'un Etat membre, les règles de libre circulation sont inapplicables* »<sup>1315</sup>. Ainsi, éditèrent-ils des livres en France, exportèrent ceux-ci vers un autre Etat membre afin de les réimporter en France. Bien que leur activité économique fût de fait limitée au territoire français, l'exportation des livres en vue de leur réimportation vers la France conférait à leur situation une dimension intracommunautaire. Dès lors, le droit communautaire était *a priori* applicable et donc la mise en œuvre de la réglementation française, le cas échéant non-conforme au Traité, à leur égard interdite.

La Cour de justice refusa pourtant de leur accorder le bénéfice du droit communautaire. Elle considéra en effet que si la mise en œuvre de la réglementation française à des opérations économiques intracommunautaires était en principe constitutive d'une violation du droit communautaire, tel n'était plus le cas lorsque « *des éléments objectifs établissaient que ces livres ont été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une telle législation* »<sup>1316</sup>. En d'autres termes, le constat de cette manœuvre des opérateurs économiques rendait l'application de la réglementation française compatible avec le droit communautaire.

---

<sup>1311</sup> CJCE 10 janvier 1985, Leclerc, 229/83, *Rec.* 1, pt. 27

<sup>1312</sup> Voir notre réflexion sur le champ d'application spatial du droit communautaire (première partie, Titre I, Chapitre II, Section II : « Le caractère inutilement incertain des critères d'applicabilité des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques »).

<sup>1313</sup> Voir notamment en ce sens M. F. Picod qui affirme que « *les libertés économiques en droit communautaire, ne s'appliquent que s'il y a un échange entre plusieurs Etats membres, ce qui exclut leur application dans le cadre purement national. [...] La Cour a toutefois apporté de nombreux tempéraments à ce principe, parfois de manière fort contestable* » Picod F., « Les libertés économiques et la pluralité des juges » in *Les libertés économiques*, sous la dir. de G. Drago et de M. Lombard, éd. Panthéon-Assas, L. G. D. J., 2003, p. 156.

En ce sens voir notamment en matière de restriction quantitative à l'importation : « *l'application d'une mesure nationale n'ayant effectivement aucun lien avec l'importation des marchandises ne relève pas du domaine de l'article 30 du traité* » CJCE 15 décembre 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij, 286/81, *Rec.* 4575, pt. 9 ; CJCE, 7 mai 1997, Pistre, 321 à C-324/94, *Rec.* 2360, pt. 44 ; CJCE, 5 décembre 2000, J-P. Guimont, 448/98, *Rec.* 10663, pts. 19 et ss. ; en libre circulation des personnes : CJCE 5 juin 1997, Uecker et Jacquet C-64/96 et 65/96, *Rec.* 3171, pt. 16 ; en libre prestation de services : CJCE 16 janvier 1997, USSL, C134/95, *Rec.* 195, pt. 25.

<sup>1314</sup> Pour une définition de cette notion, voir nos développements : première partie, Titre I, Chapitre II, Section II : « Le caractère inutilement incertain des critères d'applicabilité des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques ».

<sup>1315</sup> Picod F. « Libre circulation et situation interne », *R.A.E.* 2003-2004, I, pp. 47-54, p. 48.

<sup>1316</sup> CJCE 10 janvier 1985, Leclerc, 229/83, *Rec.* 1, motifs de l'arrêt, pt. 9, nous soulignons.



684. **En matière de libre circulation des personnes**<sup>1317</sup>, cette jurisprudence a été confirmée par un certain nombre d'arrêts<sup>1318</sup> dont notamment l'arrêt Knoors du 7 février 1979 par lequel la Cour de justice a affirmé que l'on « *ne saurait cependant méconnaître l'intérêt légitime qu'un Etat membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale [...]* »<sup>1319</sup>. On présentera ici l'arrêt Bouchara<sup>1320</sup> qui illustre clairement cette jurisprudence. La Cour était en l'espèce interrogée sur la conformité au droit communautaire d'une réglementation française suspendant l'exercice de l'activité d'ostéopathe sur le territoire français à la détention d'un diplôme de médecine.

En l'espèce, M. Bouchara de nationalité française n'était pas titulaire d'un diplôme de médecine. Il avait en revanche obtenu un diplôme en ostéopathie en Grande-Bretagne. Afin d'échapper à l'application du droit français et de pouvoir exercer son activité en France sans avoir la qualité de médecin, il s'est alors appuyé sur les dispositions du Traité prohibant les restrictions à la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1321</sup>.

La Cour de justice a jugé que si l'application de la réglementation française pouvait en soi heurter le droit communautaire<sup>1322</sup>, sa mise en œuvre au cas d'espèce était parfaitement conforme au droit communautaire dès lors qu'elle avait pour objet « *d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées par le traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle* »<sup>1323</sup>. Ainsi qu'a pu alors le souligner un auteur, la Cour sanctionnait clairement alors « *un abus de droit* **Erreur ! Signet non défini.** *communautaire* »<sup>1324</sup>.

---

<sup>1317</sup> Nous visons ici, la libre circulation des travailleurs, la libre prestation de services et la liberté d'établissement.

<sup>1318</sup> Principalement : CJCE 7 février 1979, Knoors, 115/78, *Rec.* 401, pt. 25; CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, *Rec.* 3563, pt. 14; CJCE, 31 mars 1993, Kraus, C 12/92, *Rec.* I.1663, pt. 34 ; CJCE 3 février 1993, Veronica, 148/91, *Rec.* 487, pts 12 et 13; CJCE 5 octobre 1994, TV 10, 23/93, *Rec.* 4795, pt. 21.

<sup>1319</sup> CJCE 7 février 1979, Knoors, 115/78, *Rec.* 401, pt. 25.

<sup>1320</sup> CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, *Rec.* 3563.

<sup>1321</sup> Sous réserve des exceptions textuelles visées à l'article 46 du traité CE (ordre public, sécurité publique et santé publique) et jurisprudentielles, toutes « *les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* », CJCE 31 mars 1993, Kraus, C-19 / 92, *Rec.* I-1663, point 32.

<sup>1322</sup> En effet, ainsi que la Cour de justice le rappelle, « *il ressort de l'arrêt du 7 février 1979 (115/78), que la portée de l'article 52 du traité CEE ne saurait être interprétée de façon à exclure du bénéfice du droit communautaire les ressortissants d'un Etat membre déterminé lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouve à l'égard de leur Etat d'origine, dans une situation assimilable à celle de tout autre sujet bénéficiant des droits et des libertés garantis par le traité* ». CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, *Rec.* 3563, pt. 13.

<sup>1323</sup> CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, *Rec.* 3563, pt. 14.

<sup>1324</sup> Dubouis J.-L. « Du bon usage du droit communautaire », *R.D.S.S.*, 1991, n°2, p. 217.

**685.** Ces deux arrêts illustrent donc l'hypothèse d'une utilisation du droit communautaire par les opérateurs économiques dans le seul but d'échapper à l'application du droit national.

Les opérateurs économiques qui n'exercent pas d'activité économique transfrontière tentent de se placer artificiellement dans le champ d'application du droit communautaire. Puis, ils soulevent, à l'occasion d'un litige, la question de la conformité au droit communautaire du droit national afin d'inciter le juge national à poser une question préjudicielle **Erreur ! Signet non défini.** à la Cour de justice et de permettre à la Cour de justice de valider indirectement leur décision de ne pas se soumettre à la réglementation litigieuse. En effet, lorsque la Cour de justice indique par son interprétation du droit communautaire que le droit national n'y est pas conforme, les juridictions nationales sont tenues de laisser la réglementation en cause inappliquée<sup>1325</sup>.

**En conclusion**, dans ces arrêts, la Cour de justice a semblé condamner le recours artificiel aux libertés de circulation dans le seul but d'évincer le droit national normalement applicable. En effet, constatant un usage abusif des libertés de circulation, la Cour admet l'application au cas d'espèce d'une réglementation qu'elle aurait réfutée en l'absence d'abus.

Le mécanisme de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** paraissait donc **tendre à garantir le pouvoir de contrainte de la loi des Etats membres, c'est-à-dire à restaurer l'autorité du droit national** et par voie de conséquence limiter le choix de loi des opérateurs économiques.

Néanmoins, d'autres arrêts de la Cour conduisent à nuancer cette affirmation et même à considérer que la protection du droit national n'est pas l'objet du mécanisme développé par la Cour.

## **§ II. La condamnation en l'absence d'une mobilité économique réelle et effective**

**686.** Dans d'autres arrêts, la Cour a condamné l'utilisation des libertés de circulation faites par les opérateurs économiques **en l'absence d'une loi nationale impérative évincée.**

De plus, dans une série d'arrêts plus récents, la Cour de justice, tout en mentionnant l'existence d'une loi nationale impérative évincée, a mis l'accent sur **l'existence d'un détournement des libertés de circulation de leur fonction.**

---

<sup>1325</sup> En effet, l'arrêt de la Cour de justice a l'autorité de la chose jugée et « l'interprétation donnée par la Cour s'incorpore à la disposition interprétée », J. Duthéil de la Rochère, *Introduction au droit de l'Union européenne*, Hachette, coll. Les Fondamentaux 4<sup>ème</sup> éd. 2005, p. 157). Or, ainsi que la Cour le rappelle itérativement depuis l'arrêt Simmenthal du 9 mars 1978, « le juge national, chargé d'appliquer dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination de celle-ci par la voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » CJCE 9 mars 1978, 106/77, *Rec.* 629, pt. 21.

Nous pensons qu'il résulte de ces deux types d'arrêts que la volonté des opérateurs économiques d'éviter l'application du droit national n'est pas ce que la Cour de justice cherche à condamner. Ainsi qu'il convient à présent de le démontrer, le détournement des libertés de circulation **Erreur ! Signet non défini.** de leur fonction apparaît comme le seul critère déterminant du mécanisme développé par la Cour. La protection de l'autorité du droit national n'est donc pas l'objectif poursuivi par la Cour de justice.

**687. Illustration d'une hypothèse de condamnation de l'utilisation des libertés de circulation par les opérateurs économiques en l'absence d'une loi nationale impérative évincée.** – L'affaire Lair est un arrêt dans lequel la Cour de justice a refusé à un opérateur économique le bénéfice du droit communautaire, alors même qu'il ne cherchait pas à évincer l'application d'une réglementation d'un Etat membre.

L'affaire concernait une ressortissante française souhaitant bénéficier d'un système d'aide aux étudiants particulièrement avantageux octroyé par la législation allemande. A cette fin, après une très courte période d'activité professionnelle en Allemagne, la ressortissante française a voulu reprendre ses études et se prévaloir de la libre circulation des travailleurs garantissant aux travailleurs ressortissants d'autres Etats membres, « *le même droit que les nationaux à tous les avantages facilitant à ces derniers la qualification professionnelle et la promotion sociale* »<sup>1326</sup> pour bénéficier de la législation allemande. Il ne s'agissait donc pas pour l'opérateur économique d'utiliser le droit communautaire pour évincer l'application d'une loi nationale impérative mais de se placer dans le champ d'application du droit communautaire pour obtenir l'application d'une loi nationale.

La Cour va affirmer que « *dans la mesure où l'argumentation des trois Etats membres en question est animée par la préoccupation de prévenir certains abus, qui pourraient par exemple se présenter lorsque des éléments objectifs permettent d'établir qu'un travailleur entre dans un Etat membre dans le seul but d'y bénéficier, après une très courte période d'activité professionnelle, du système d'aide aux étudiants, il y a lieu d'observer que de tels abus ne sont pas couverts par les dispositions communautaires en cause* »<sup>1327</sup>. Ainsi que l'affirme un auteur, la Cour sanctionne alors une utilisation du droit communautaire aux seules fins de « *profiter des avantages du pays d'accueil, sans que la finalité économique qui sous-tend la liberté de circulation invoquée constitue la motivation principale de cette émigration* »<sup>1328</sup> et non pas l'éviction d'une loi nationale.

---

<sup>1326</sup> CJCE 21 juin 1988, « Sylvie Lair », 39/85, *Rec.* 3161 pt. 22.

<sup>1327</sup> CJCE 21 juin 1988, « Sylvie Lair », 39/85, *Rec.* 3161 pt. 43.

<sup>1328</sup> Lagondet Fabien « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *Journal des tribunaux, Droit européen* 2003, n°95, pp. 8-11, p. 9.

**688. Illustration d'une hypothèse de condamnation de l'utilisation des libertés de circulation par les opérateurs économiques mettant l'accent sur l'objet des libertés de circulation.** – En matière de société, la Cour de justice a également développé une jurisprudence par laquelle elle reconnaît aux Etats membres le droit de s'opposer à ce qu'un sujet de droit s'appuie sur les libertés de circulation pour échapper à l'application du droit national normalement applicable<sup>1329</sup>. Cependant, dans ces arrêts le contournement du droit national n'est pas l'élément déterminant de son raisonnement. L'affaire Cadbury<sup>1330</sup> est une parfaite illustration, dans le domaine de liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**, de l'importance de l'attention portée par la Cour à l'objet des libertés de circulation pour juger de la légitimité d'un recours aux libertés de circulation.

Dans cette affaire<sup>1331</sup>, une société **Erreur ! Signet non défini.** résidente au Royaume-Uni (société **Erreur ! Signet non défini.** mère) avait implanté une société **Erreur ! Signet non défini.** sous son contrôle (SEC) dans un autre Etat membre, qui appliquait un taux d'imposition beaucoup plus faible que celui en vigueur au Royaume-Uni. Puis, elle lui avait transféré ses bénéfices imposables. Afin de lutter contre des telles pratiques<sup>1332</sup>, la législation anglaise prévoyait que, lorsque les bénéfices obtenus par une SEC d'une société **Erreur ! Signet non défini.** résidente fiscale au Royaume-Uni se trouvaient soumis à une imposition très inférieure à celle en vigueur au Royaume-Uni, ces bénéfices devaient être inclus dans l'assiette imposable de la société **Erreur ! Signet non défini.** mère dès leur réalisation.

Les requérants se sont appuyés alors sur le droit communautaire pour contester cette réglementation anglaise et établir la régularité de leur choix –indirect– de la loi fiscale d'un autre Etat membre. A cette fin, ils invoquaient l'article 43 du traité<sup>1333</sup> CE leur conférant un droit de constituer une filiale, une agence ou une succursale dans un autre Etat membre que celui dans lequel elles seraient déjà établies, sans avoir à subir de restrictions injustifiées.

---

<sup>1329</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec. I-1484*, pt. 24 : un « Etat membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et [...] les justiciables ne saurient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires » ; CJCE 9 novembre 2002 Überseering C-208/00, *Rec. I 9919*; CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec. I 10155*, pt. 132 : c'est « au titre des raisons impérieuses d'intérêt général qu'il y a lieu d'apprécier la justification [fondée sur] [...] la lutte contre le recours abusif à la liberté d'établissement » ; CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, *Rec. I 7995*, pt. 55 : une « restriction à la liberté d'établissement [...] [peut être] justifiée par des motifs de lutte contre des pratiques abusives ».

Voir également en ce sens : CJCE 16 juillet 1998, ICI, C-264/96, *Rec. I 4695*, pt. 26 ; CJCE 12 décembre 2002 Lankhorst-Hohorst, 324/00, *Rec. I 11779* pt. 37 ; CJCE 11 mars 2004, De Lasteyrie de Saillant, 9/02, *Rec. I 2409*, pt. 50 ; CJCE 13 décembre 2005, Marks & Spencer, 446/03, *Rec. I 10837*, pt. 57.

<sup>1330</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, *Rec. I 7995*.

<sup>1331</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, *Rec. I 7995*.

<sup>1332</sup> Le contentieux relatif à « la lutte contre les pratiques abusives » (CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, *Rec. I 7995*, pt. 55), est souvent relatif aux manœuvres des sociétés destinées à échapper à l'application d'une législation fiscale jugée défavorable.

<sup>1333</sup> En vertu de l'article 43 « les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites [ainsi que les] restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par des ressortissants d'un Etat membre établi sur le territoire d'un autre Etat membre ».

La Cour de justice a alors indiqué que si, en principe, la mise en œuvre de la réglementation anglaise n'était effectivement pas conforme au droit communautaire<sup>1334</sup>, il en allait autrement en présence de « *montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt national normalement dû* »<sup>1335</sup>. Or, pour juger du caractère purement artificiel de ce montage, la Cour s'appuyant sur sa jurisprudence antérieure, affirme « *qu'il convient particulièrement de prendre en compte l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement* Erreur ! Signet non défini. »<sup>1336</sup>. La Cour définit alors l'objectif de la liberté d'établissement Erreur ! Signet non défini. à titre secondaire Erreur ! Signet non défini. comme étant de permettre « *l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable* » dans un Etat membre. L'extrême attention portée par la Cour à cet élément nous conduit à penser qu'il serait le critère déterminant<sup>1337</sup>. Pour la Cour, le caractère purement artificiel du montage est donc établi si la SEC se révèle être une société Erreur ! Signet non défini. dite « *boîte aux lettres* »<sup>1338</sup>, c'est-à-dire n'exerçant aucune activité économique réelle dans l'Etat membre au sein duquel elle est implantée<sup>1339</sup>.

**689. En conclusion**, il se dégage incontestablement de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de liberté de circulation, **une volonté de contrôler l'utilisation faite par les opérateurs économiques du droit communautaire**. Mais, à la lecture des arrêts, l'objet précis de ce contrôle reste encore ambigu. S'agit-il de limiter le choix de loi des opérateurs économiques pour garantir aux Etats membre le droit d'assurer l'autorité de leurs lois ? S'agit-il de protéger les intérêts communautaires en témoignant d'une certaine indifférence à l'égard des droits nationaux ? En tout état de cause, il est déjà possible d'affirmer que la lutte contre l'éviction par les opérateurs des dispositions nationales impératives n'est pas – le seul – objet de sa sanction d'un certain usage des libertés de circulation.

Cette incertitude quant à la fonction exacte du contrôle communautaire de l'utilisation des libertés de circulation par les opérateurs économiques se manifeste encore au niveau

---

<sup>1334</sup> « Les articles 43 CE et 48 CE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent [à une telle réglementation]. [...] L'application d'une telle mesure d'imposition doit par conséquent être écartée si il s'avère, sur la base d'éléments objectifs et vérifiables par des tiers, que nonobstant l'existence de motivation de nature fiscale, ladite société est réellement implantée dans l'Etat membre d'accueil et y exerce des activités économiques effectives ». CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, dispositif.

<sup>1335</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, dispositif.

<sup>1336</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 52.

<sup>1337</sup> Ainsi que nous le démontrerons par la suite.

<sup>1338</sup> Selon la Cour de justice, une pratique abusive correspond « à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dans le but d'éluder l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national ». CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 55.

<sup>1339</sup> « Cette constitution [de la SEC dans un autre Etat membre] doit correspondre à une implantation réelle ayant pour objet l'accomplissement d'activités effectives dans l'Etat membre d'accueil », CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 66.

de la **technique juridique** retenue à cette fin comme il convient à présent de le démontrer<sup>1340</sup>.

## Section II La qualification d'abus de droit

**690.** En plus de présenter des motivations différentes et variables, les arrêts de la Cour sanctionnant un certain recours aux libertés de circulation par les opérateurs économiques témoignent d'une **imprécision terminologique** obscurcissant encore la démarche de la Cour.

En effet, la Cour utilise alternativement et parfois même cumulativement au sein d'un même arrêt les termes de fraude<sup>1341</sup> et d'abus<sup>1342</sup> sans jamais les définir précisément. S'agit-il de notions communautaires, de notions nationales ou encore de concept sans contenu défini ? S'agit-il d'une seule et même notion ou de notions distinctes ? La Cour sanctionne également parfois des situations d'abus sans viser une notion particulière<sup>1343</sup>. Parfois encore, est-il fait référence à la « *jurisprudence anti-contournement* »<sup>1344</sup> de la Cour. De ce fait, les Etats membres, dans leur perplexité ont-ils pu revendiquer devant la Cour de justice le droit de lutter contre « *l'abus, la tromperie et/ou le contournement inacceptable des lois* »<sup>1345</sup>.

**691.** Les formulations utilisées par la Cour dans les arrêts Centros<sup>1346</sup> et Inspire Art<sup>1347</sup> sont révélatrices de ces confusions. Ainsi dans l'arrêt Centros, la Cour reconnaît-elle d'abord

---

<sup>1340</sup> Ainsi, M. E. Cornut souligne-t-il que « si [...] la consécration d'un principe de lutte anti-contournement ne fait aucun doute, les méthodes et les moyens offerts aux Etats membres ne sont pas clarifiés. En effet, le doute subsiste quant au fondement de la sanction : fraude à la loi ou abus de droit ». Cornut E., *Théorie critique de la fraude à la loi*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, tome 12, 2006, pt. 123, p. 74.

<sup>1341</sup> Dans d'autres arrêts encore, la Cour de justice affirme que certains « *abus ne sont pas couverts par les dispositions du droit communautaire* » CJCE 21 juin 1988, Lair, 38/86, Rec. 3161, pt. 43 ; ou encore que les Etats membres ont un « *intérêt légitime [...] à empêcher qu'à la faveur des facilités créées par le traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale [...]* » CJCE 7 février 1979, 115/78, Rec. 399, pt. 25.

<sup>1342</sup> Dans l'arrêt Cadbury, la Cour recherche si le comportement d'un opérateur économique est constitutif d'un « *usage abusif de la liberté d'établissement* », CJCE 2 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 34.

<sup>1343</sup> La Cour vise les situations dans lesquelles des marchandises « [...] ont été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une [...] législation », CJCE 10 janvier 1985, Lederc, 229/83, Rec. 1, pt. 27, nous soulignons. La Cour reconnaît également le droit à « [...] un Etat membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet Etat », CJCE 3 décembre 1974, 33/74, Rec. 1299, pt. 13, nous soulignons. Ou encore, elle admet « [...] l'intérêt légitime qu'un Etat membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire à l'emprise de leur législation nationale [...] », CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, Rec. 3563, pt. 14.

<sup>1344</sup> CJCE 5 octobre 1994 TV10, 23/93, Rec. 4797, conclusions de l'Avocat général C. O. Lenz présentées le 16 juin 1994, pt. 20. Selon C. O. Lenz, « il se dégage, dans le domaine des libertés fondamentales, une jurisprudence de la Cour qui se caractérise par le fait que, en cas de contournement des réglementations des Etats membres ou d'abus des libertés communautaires, l'intéressé se voit refuser la possibilité d'invoquer les libertés fondamentales ». CJCE TV10, 23/93, Rec. 4797, conclusions de l'Avocat général C. O. Lenz présentées le 16 juin 1994, pt. 50.

<sup>1345</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 87.

<sup>1346</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484.

aux Etats membres le droit « *de prendre des mesures destinées à empêcher que [...] certains de ses ressortissant ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient se prévaloir abusivement ou frauduleusement des normes de droit communautaire* »<sup>1348</sup>. Puis, plus loin dans le même arrêt, elle s'attache à l'étude de l'existence « *d'un usage abusif du droit d'établissement* »<sup>1349</sup>, pour enfin reconnaître aux Etats membres un droit de lutter « *contre la fraude* »<sup>1350</sup>.

Dans l'arrêt Inspire Art, la Cour admet l'existence de « *cas de fraude* »<sup>1351</sup>, reconnaît encore aux Etats membres un droit de « *lutte contre l'usage abusif de la liberté d'établissement* »<sup>1352</sup>, ainsi que de « *lutter contre le recours abusif à la liberté d'établissement* »<sup>1353</sup>. Puis, toujours dans le même arrêt, la Cour affirme que le fait qu'une société exerce toute son activité par le biais d'une succursale « *ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux* »<sup>1354</sup>.

**692.** Il est pourtant tout à fait différent de sanctionner une utilisation abusive du droit communautaire ou une fraude au droit national. En effet, nous démontrerons que la sanction de l'abus témoignerait d'une volonté de préciser ou rappeler ce qu'est la finalité des libertés de circulation, tandis que la sanction de la fraude au droit national serait plutôt l'expression d'une volonté de préserver l'autorité de la loi nationale.

Après une courte présentation des **qualifications envisageables** (§ I.), nous ferons état des **éléments** qui, à notre sens<sup>1355</sup>, militent en faveur d'une **qualification d'abus de droit communautaire** (§ II.).

### § I. Les qualifications envisageables

**693.** Après avoir brièvement rappelé le sens des notions de **fraude à la loi** (A) et d'**abus de droit** (B) nous évoquerons le **critère principal de distinction** de ces deux notions mis en lumière

<sup>1347</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155.

<sup>1348</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 24.

<sup>1349</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 27.

<sup>1350</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 38.

<sup>1351</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 95.

<sup>1352</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 136.

<sup>1353</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 132.

<sup>1354</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 139.

<sup>1355</sup> Dans le même sens, un auteur conclut que « *la jurisprudence montre un recours aléatoire aux termes de fraude et abus* ». Noblet A. *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, Université de Rouen, sous la dir. de J.-S. Bergé, p. 230.

par M. Stoffel-Munck Erreur ! Signet non défini. qui nous permettra de trancher cette difficulté de qualification (C).

### A. La notion de fraude à la loi

**694. La notion de fraude en droit interne.** – En droit interne, la fraude est définie comme un « acte régulier en soi (ou en tout état de cause non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi »<sup>1356</sup>. La réunion de trois éléments est nécessaire à la constitution de la fraude : « une règle obligatoire, l'intention d'éluder, l'emploi à cette fin d'un moyen adéquat »<sup>1357</sup>.

**695. Le mécanisme de la fraude à la loi** Erreur ! Signet non défini. **en droit international privé.** – Cependant, afin de comprendre si la Cour de justice sanctionne effectivement des hypothèses de fraude, il est nécessaire de reprendre la définition de cette notion telle qu'elle résulte du droit international privé. En effet, la particularité de ce mécanisme en droit international provient de ce que la fraude « s'appuie sur le phénomène de la diversité des lois et sur les règles du droit international privé »<sup>1358</sup>. Au regard de la jurisprudence précédemment évoquée, on pourrait aisément penser que la fraude en droit communautaire consiste à s'appuyer sur le phénomène de la diversité des lois et sur les règles du droit communautaire.

En droit international privé, « l'exception de fraude peut être soulevée, [...] lorsqu'une règle de conflit est utilisée dans l'intention première d'éluder **une disposition impérative de la loi qui aurait été normalement applicable à défaut de la manœuvre incriminée. Ses éléments sont donc, d'une part l'application artificieuse des règles de conflit et d'autre part une intention frauduleuse** »<sup>1359</sup>. Il se dégage de la définition de M. B. Audit que la fraude est constituée lorsqu'une personne privée utilise volontairement les règles de conflit dans le but d'échapper à l'application d'une disposition impérative d'une réglementation étatique<sup>1360</sup>. Une personne modifie donc un élément concret de sa

---

<sup>1356</sup> Cornu G., « fraude », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 3<sup>ème</sup> éd. 2002. Voir également la définition donnée par J. Vidal. Selon cet auteur, la fraude doit être constatée « à chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen qui la rend inattaquable sur le terrain du droit positif ». Vidal, J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe "fraus omnia corrumpit"* pref. G. Marty, Dalloz, 1957, p. 208.

<sup>1357</sup> Ghestin J., Goubeaux G., Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil, introduction générale*, L.G.D.J., 1994, pt. 816, p. 805.

<sup>1358</sup> Audit B., « Fraude à la loi », *Juris-Classeur international*, fasc. 535, éd. 1995, pt. 5.

<sup>1359</sup> Audit B., « Fraude à la loi », *Juris-Classeur international*, fasc. 535, éd. 1995, pt. 6.

<sup>1360</sup> Voir en ce sens, *Droit international privé*, Y. Loussouarn et P. Bourel, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2001, Précis ou encore Civ. 1<sup>ère</sup> 17 mai 1983, Lafarge, *R.C.D.I.P.*, 1985, p. 346, note B. Ancel dans lequel la fraude à la loi est définie comme une « modification volontaire du rapport de droit dans le seul but de se soustraire à la loi normalement compétente ».



situation afin que celle-ci corresponde artificiellement à une autre catégorie de rattachement<sup>1361</sup> ou que le critère rattachement désigne alors un autre droit<sup>1362</sup>.

La preuve de la fraude suppose la réunion de trois éléments :

- un élément intentionnel : l'intention frauduleuse c'est-à-dire d'évincer une loi<sup>1363</sup>
- un élément légal : l'existence d'une loi fraudée<sup>1364</sup>
- élément matériel : l'existence de manœuvre en vue de la modification du rapport de droit<sup>1365</sup>.

## B. La notion d'abus de droit

**696. Les différentes conceptions de l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini.. – L'abus peut être défini de manière générale, comme « *un usage excessif d'une prérogative juridique, une action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction, à sortir, dans l'exercice qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite* »<sup>1366</sup>. En d'autres termes, de par l'usage que l'on en fait, dépasser le droit effectivement accordé.

L'abus de droit Erreur ! Signet non défini. est, quant à elle, en droit civil une notion polymorphe dont la définition a suscité de nombreuses controverses. Il s'agit d'une « *faute qui consiste [pour certains] à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, [et pour d'autres], suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* »<sup>1367</sup>. De manière plus précise, selon la conception de l'abus de droit retenue les auteurs, ceux-ci isolent **trois** critères distincts permettant sa caractérisation :

- la faute dans l'exercice d'un droit **Erreur ! Signet non défini. ;**
- l'intention de nuire **Erreur ! Signet non défini. ;**

---

<sup>1361</sup> Ainsi, à la catégorie de rattachement (à laquelle ne correspondait en fait pas sa situation) sera lié un autre critère de rattachement désignant une loi convenant mieux au fraudeur. Voir en ce sens Civ 1<sup>ère</sup>: 20 mars 1983 Caron, *R.C.D.I.P.* 1986, p. 67.

<sup>1362</sup> Civ. 18 mars 1878, de Bauffremont, Sirey 1878, p. 193.

Cependant H. Batiffol envisage également les situations de « *fraude par création artificieuse d'éléments internationaux* ». Batiffol H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°30, p. 70.

<sup>1363</sup> Ainsi selon P. de Vareilles-Sommière cet élément peut-il être défini comme « *l'intention animant l'auteur d'une manœuvre de parvenir à un changement de loi applicable au détriment de celle qui est normalement compétente* », de Vareilles-Sommière (P.) « *Fraude à la loi* », *Répertoire International Dalloz*, 1998, p. 10, n°54.

<sup>1364</sup> De Vareilles-Sommière (P.) « *Fraude à la loi* », *Répertoire International Dalloz*, 1998, p. 5, n°23.

<sup>1365</sup> B. Audit affirme ainsi dans sa thèse de doctorat que la fraude à la loi en droit international privé correspond au fait, « *de la part du sujet, de provoquer, à la faveur d'un conflit, l'application de la loi la moins compétente et à exercer les droits ainsi acquis ou reconnus* ». Audit B., *La fraude à la loi*, Thèse, Paris II, Dalloz, 1974, 477 p., p. 89

<sup>1366</sup> Cornu G., « abus », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 3<sup>ème</sup> éd. 2002. Sur la notion d'abus de droit, voir notamment : *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et application actuelles*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990.

<sup>1367</sup> Cornu G., « abus », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 3<sup>ème</sup> éd. 2002.

- la méconnaissance de la fonction sociale des droits **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1368</sup>.

Quelle que soit la conception de la notion d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** retenue, celle-ci repose toujours sur l'existence de droit subjectif **Erreur ! Signet non défini.** Aussi, les libertés de circulation que l'on a pu qualifier de « *droits subjectifs* **Erreur ! Signet non défini. communautaires par excellence** »<sup>1369</sup>, engendrant incontestablement « *des droits au profit des particuliers, qui entrent dans leur patrimoine juridique* »<sup>1370</sup>, apparaissent-elles particulièrement susceptibles d'accueillir une telle notion. Cependant afin de pouvoir définir et nommer correctement le mécanisme développé par la Cour de justice, il nous faut identifier la conception de l'abus de droit susceptible d'une transposition en droit communautaire.

Il apparaît de ce fait indispensable de présenter brièvement les **trois conceptions de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** pour ne retenir que la conception finaliste **Erreur ! Signet non défini.** de l'abus qui est, à notre sens, la seule véritablement susceptible d'être transposée en droit communautaire.

**697. Rejet du critère de la faute dans l'exercice d'un droit.** – Il s'agit de l'application de la méthode de la responsabilité civile à l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** Fondée sur la notion de faute c'est-à-dire sur l'existence « *d'un comportement anormal que n'aurait pas un homme raisonnable et prudent* »<sup>1371</sup>, elle suppose également qu'un préjudice ait été subi et soit réparé.

Cette conception trop civiliste de l'abus ne peut être transposée dans le cadre du contrôle de conformité au droit communautaire effectué par la Cour de justice, celui-ci n'ayant de toute évidence pas pour fonction de réparer un préjudice subi.

**698. Rejet du critère de l'intention de nuire** **Erreur ! Signet non défini.** – C'est au doyen Ripert que l'on attribue la découverte de ce critère en matière d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1372</sup>. Selon cette conception<sup>1373</sup>, les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** n'ont pas de fonction déterminée, de sorte qu'il est inutile d'en chercher la finalité. Les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** pourraient être utilisés par leur titulaire comme bon leur semble. Il serait alors impossible de caractériser une faute dans

---

<sup>1368</sup> Ghestin J., Goubeaux G., Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil, introduction générale*, L.G.D.J., 1994, pts. 777 et s., p. 763.

<sup>1369</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632, n° 5-6 p. 615.

<sup>1370</sup> CJCE 5 février 1963, Van Gend en Loos, 26/62, *Rec.* 1, pt. 23.

<sup>1371</sup> Ghestin J., Goubeaux G., Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil, introduction générale*, L.G.D.J., 1994, pt. 779, p. 764.

<sup>1372</sup> Ripert « abus et relativité des droits » *Rev. Crit.* 1929, p. 33.

<sup>1373</sup> Voir en particulier, Ripert et Boulanger, *traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, tome 2, 1957, L.G.D.J., n°962 et s. ; Saleilles, « De l'abus de droit rapport présenté à la première sous commission de la commission de révisions du code civil, *Bull. soc. Etudes législatives*, 1905, p. 339, 345, 348 ; Dabin, *Le droit subjectif*, p. 293.

l'exercice du droit. De manière générale, les préjudices que l'exercice des droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** par leurs titulaires pourraient causer à autrui ne sauraient leur être imputés. Les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** offriraient ainsi à leur titulaire « *un pouvoir égoïste* »<sup>1374</sup>. Néanmoins, si les tenants de cette conception considèrent que les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** confèrent un très large pouvoir à leur titulaire, ils ne vont pas jusqu'à admettre qu'il s'agisse de droits absolus<sup>1375</sup>. L'abus de droit constitue la limite du droit subjectif **Erreur ! Signet non défini.**, mais il est conçu de manière particulièrement restrictive. En effet, « *dans cette thèse l'abus n'existera que si le droit a été exercé avec l'intention de nuire [...]* »<sup>1376</sup>.

Si cette conception extensive des droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** n'est pas très éloignée de celle de la Cour de justice en matière de libre circulation, un élément conduit néanmoins à ne pas reprendre cette conception de la notion en droit communautaire. La démarche des auteurs retenant l'intention de nuire **Erreur ! Signet non défini.** comme critère de l'abus est donc fondée sur « *l'intention de l'agent* »<sup>1377</sup>. Or, comme nous le démontrerons, en plus de retenir une conception extensive des droits conférés au titre de la libre circulation, la Cour de justice n'admet pas que les **mobiles** **Erreur ! Signet non défini.** des opérateurs économiques soient le critère de l'abus.

**699. Adaptation du critère de la méconnaissance de la fonction sociale des droits** **Erreur ! Signet non défini.** – Systématisée par le doyen Josserand **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1378</sup>, cette théorie repose sur l'idée que tous les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** ont une fonction sociale<sup>1379</sup>. C'est d'ailleurs parce qu'ils sont dotés d'une fonction qu'ils ne sont que des droits relatifs<sup>1380</sup>. Dès lors, l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** serait « *un acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* »<sup>1381</sup>. L'approche de l'abus de droit est alors téléologique **Erreur ! Signet non défini.** puisqu'elle suppose de déterminer avec précision ce qu'est la fonction, l'objet du droit subjectif **Erreur ! Signet non défini.** en cause. Ainsi qu'on a pu le remarquer « *dans cette optique, peu importe évidemment,*

<sup>1374</sup> Ripert « *le régime démocratique et le droit civil moderne* », n°122.

<sup>1375</sup> Quant à la notion de droit absolu, voir, par exemple Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés » *R.T.D. civ.* 1944, p. 1 et s.

<sup>1376</sup> Cadet L. et Tourneau P., Abus de droit, *Rep. Civ.* Dalloz, mai 2002, pt. 24.

<sup>1377</sup> Cadet L. et Tourneau P., Abus de droit, *Rep. Civ.* Dalloz, mai 2002, pt. 24

<sup>1378</sup> Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 1939. Cependant, il est à noter qu'une telle conception de l'abus a pu être exprimée par d'autres auteurs antérieurement, notamment, Porcherot E., *De l'abus de droit* Thèse Dijon 1901, p. 72, Charmont J., « L'abus de droit » *R.T.D. civ.* 1902, p. 124 ; Gény F. *Méthode d'interprétation*, n°1973.

<sup>1379</sup> Cette fonction sociale résulterait de la nécessité de dissocier les droits subjectifs octroyant des prérogatives particulières à leur titulaire, du droit objectif. Le droit objectif est le droit envisagé dans son ensemble en tant que juridicité (« *ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société* », Cornu G., « droit objectif », in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, Quadrige, 6<sup>ème</sup> éd. 2004) c'est-à-dire « *en tant que règle sociale obligatoire* » (Josserand « De l'esprit des droits et de leur relativité », 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 1939, n°292). Les droits subjectifs étant des éléments du droit objectif qui est lui-même une règle sociale obligatoire, ils poursuivraient nécessairement un objectif social.

<sup>1380</sup> Ainsi Josserand considérerait-il que c'est « *parce que nos droits sont doués d'un certain esprit, d'une certaine finalité déterminée, qu'ils sont relatifs et que leur usage peut donc devenir abusif* », Josserand *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 1939, n°305.

<sup>1381</sup> Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 1939, n°292.

*l'intention de nuire***Erreur ! Signet non défini.** Le contenu psychologique de l'abus est très faible, pour ne pas dire inexistant, puisqu'il suffit de rechercher *si l'activité entrain bien dans les prévisions du législateur*<sup>1382</sup>. La caractérisation de l'abus de droit tel que la conçoit Jossere**Erreur ! Signet non défini.** suppose que soit identifié l'objet de la règle de droit**Erreur ! Signet non défini.** en cause, puis que l'utilisation faite par le titulaire du droit subjectif**Erreur ! Signet non défini.** ne permette pas la réalisation dudit objectif.

Lorsqu'elle sanctionne un certain recours aux libertés de circulation, la Cour de justice recherche – comme nous le démontrerons – si la fonction des libertés de circulation**Erreur ! Signet non défini.** n'a pas été détournée.

En conséquence, nous retiendrons donc la conception finaliste**Erreur ! Signet non défini.** de l'abus de droit pour juger si le mécanisme utilisé par la Cour de justice doit être qualifié d'abus de droit communautaire ou de fraude à la loi.

### **C. Le critère principal de distinction****Erreur ! Signet non défini.** **entre les notions de fraude et d'abus de droit****Erreur ! Signet non défini.**

**700.** Il nous faut à présent mettre en évidence ce qui permet de différencier l'abus de droit**Erreur ! Signet non défini.** de la fraude à loi afin de justifier notre choix en faveur de la qualification d'abus de droit communautaire.

Dans son étude de l'abus de droit**Erreur ! Signet non défini.** en matière contractuelle**Erreur ! Signet non défini.**, M. P. Stoffel-Munck**Erreur ! Signet non défini.** a établi que la fraude se distingue de l'abus en ce qu'elle suppose que l'on **se dérobe à une règle de droit obligatoire.** L'auteur explique ainsi que « *l'abus n'implique pas cette idée de tourner une obligation déterminée de la loi. Il correspond davantage à l'idée d'une violation des valeurs générales de l'ordre sociale, comme la bonne foi, le respect de la concurrence, l'exigence d'un équilibre dans le contrat* »<sup>1383</sup>. Transposée au niveau international, cette réflexion de l'auteur signifie donc qu'à la différence de la fraude à la loi**Erreur ! Signet non défini.**, **la caractérisation de l'abus de droit ne nécessite pas que soit éludée l'application d'une loi nationale impérative,** élément légal de la fraude à la loi.

## **§ II. Les éléments en faveur de la qualification d'abus de droit****Erreur ! Signet non défini.** **communautaire**

---

<sup>1382</sup> Cadiet L. et Tourneau P., Abus de droit, *Rep. Civ.* Dalloz, mai 2002, pt. 25.

<sup>1383</sup> Stoffel-Munck P., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Bibliothèque de droit privé, tome 337, 2000, L.G.D.J., pt. 4, p. 7.

**701.** Le terme d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire doit à notre sens être retenu. La doctrine se prononce d'ailleurs, pour diverses raisons, majoritairement en ce sens. Il convient donc d'abord de faire état **des arguments doctrinaux (A)**. Puis, nous démontrerons que l'étude de la jurisprudence de la Cour en matière de libertés de circulation impose d'écarter la notion de fraude à la loi **Erreur ! Signet non défini.** et permet de conclure à l'émergence d'une notion autonome **Erreur ! Signet non défini.** d'abus de droit communautaire. Nous présenterons donc ces **arguments tirés de la jurisprudence de la Cour de justice (B)**.

### A. Arguments doctrinaux

**702.** De manière générale, les auteurs qualifient le mécanisme développé par la Cour de justice en matière de liberté de circulation d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** en raison, soit de l'émergence d'un tel phénomène dans d'autres domaines du droit communautaire, soit de l'impossibilité de réunir les trois éléments nécessaires à la caractérisation de la fraude à la loi **Erreur ! Signet non défini.**. D'autres encore renoncent à trancher entre ces deux notions.

**703. L'émergence d'un principe général communautaire d'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** – L'émergence d'un principe général communautaire d'abus de droit transcendant les différentes branches du droit communautaire (notamment en matière processuelle<sup>1384</sup>) conduit bon nombre d'auteurs<sup>1385</sup> à considérer que, la jurisprudence de la Cour dans le domaine des libertés de circulation n'est qu'une expression particulière de ce phénomène. M. D. Triantafyllou, s'appuyant sur la jurisprudence Emsland-Stärke constate ainsi que « *la formulation par la Cour des conditions dans lesquelles une pratique abusive donne lieu à l'invocation abusive d'un droit ne laisse plus de doute que*

---

<sup>1384</sup> Pour des développements sur l'émergence de ce principe en matière processuelle, voir en particulier: Comut E. « Forum shopping et abus de droit du for en droit international privé », *Clunet* 2007, n°1, pp. 27-55 ; Berrod F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz 2003, p. 905 s., n° 1103 s. ; Nuyts A., *L'exception de forum non conveniens*, Coll. De la faculté de droit, université libre de Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J. 2003, n° 529 s., p. 737 s. ; Boutard-Labarde M.-C., « Abus du droit communautaire (à propos de l'arrêt CJCE 12 mai 1998 Kefalas) » *La semaine juridique éd. générale*, 1998, n°52, I-189, p. 2260-2261 ; 5) ; Dana-Demaret S. « Peut-on commettre un abus de droit en demandant à une juridiction nationale d'assurer le respect et l'application du droit communautaire (à propos de l'arrêt CJCE 12 mai 1998 Kefalas) », *Revue des sociétés*, 1998, n°4, pp. 794-804 ; 10) ; Karayannis V. « l'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire (à propos de l'arrêt Kefalas) » *C.D.E.* 1999, n°5-6, p. 53 ; 12) ; Mancini F. « Short Note on Abuse of Procedure in Community law » in *Abuse of Processual Rights : comparative standards of processual Fairness* (dir. M. Taruffo) Kluwer Law International, 1999, p. 233, Neville-Brown L. « Is there any principle of Abuse of Rights in the European Community Law » in *Essays in honour of Henry Schermers*, MNP, vol. II, 1994, pp. 551-604 ; 14) ; Triantafyllou D. « Abuse of Rights versus Primacy », *C.M.L.R.*, 1999, p. 157.

<sup>1385</sup> Simon D., et Rigaux A. « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587 ; Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632 (surtout 661-632) ; Waelbroeck D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616 ; Neville-Brown L. « Is there any principle of Abuse of Rights in the European Community Law » in *Essays in honour of Henry Schermers*, MNP, vol. II, 1994, pp. 551-604 ; 14)

*l'interdiction de l'abus de droit est érigé par la Cour en principe général de droit communautaire* »<sup>1386</sup>, dans le même sens, M. D. Simon, et Mme A. Rigaux remarquent que « *la sanction des comportements abusifs [est] en voie d'être consacrée comme principe général du droit communautaire* »<sup>1387</sup>. L'avocat général M. Poiares Maduro, considère également qu'il se dégage de la jurisprudence de la Cour un « *principe général [d'abus] de droit communautaire* »<sup>1388</sup>.

**704. L'impossibilité de réunir les éléments constitutifs de la fraude.** – Selon la définition qu'en donne M. B. Audit, les éléments constitutifs de la fraude à la loi **Erreur ! Signet non défini.** sont « *d'une part l'application artificieuse des règles de conflit et d'autre part une intention frauduleuse.* »<sup>1389</sup>. La démonstration d'un cas de fraude à la loi suppose l'existence d'un élément :

- matériel : la manipulation de la règle de conflit par la modification d'un élément de la situation juridique ;
- légal : l'existence d'une loi **impérative** évincée<sup>1390</sup> ;
- intentionnel : l'intention d'éluder la loi applicable.

La Cour de justice ayant affirmé dans un certain nombre d'arrêts<sup>1391</sup> que la recherche de l'éviction du droit national par l'utilisation du droit communautaire était conforme à celui-ci et en tout cas insusceptible de caractériser la fraude, M. E. Pataut s'est interrogé sur la pertinence du recours à une telle notion. Il considère ainsi que « *l'impossibilité d'établir l'élément légal de la fraude condamne le mécanisme* »<sup>1392</sup>. Bien que l'auteur ne l'exprime pas explicitement, il semble qu'il déduise l'impossibilité d'établir l'élément

---

<sup>1386</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632, p. 628.

<sup>1387</sup> Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 563. De manière plus nuancée, D. Waelbroeck constate que ce n'est que « *très timidement que le concept d'abus de droit a été introduit dans l'ordre juridique communautaire* ». Waelbroeck D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, pt. 1 p. 596.

<sup>1388</sup> Maduro Poiares M., conclusions présentées le 7 avril 2005, dans l'affaire C-255/02, Halifax, pt. 64.

<sup>1389</sup> Audit B., « Fraude à la loi », *Juris-Classeur international*, fasc. 535, éd. 1995, pt. 6.

<sup>1390</sup> De manière plus précise, on considère que l'élément légal est constitué en raison de l'éviction de la loi normalement compétente. La doctrine assimile majoritairement cette loi à celle dont l'application est impérative. Ainsi, selon J. Vidal, « *la fraude peut être dirigée contre toutes les règles obligatoires. Elle suppose toujours une règle de conduite impérative à laquelle le sujet désire se soustraire* ». Vidal J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Thèse, Toulouse, Dalloz, 1957, p. 62.

La détermination de ce critère soulève néanmoins des difficultés et de controverses dans le détail desquels nous ne souhaitons pas entrer (voir notamment à ce sujet Arminjon P. « la fraude à la loi en droit international privé » *J.D.I.*, 1920, sp. p. 417). Il nous suffit de constater que la caractérisation de la fraude à la loi en droit international privé suppose d'une part, qu'une loi dont les conditions d'application étaient réunies ait été évincée, d'autre part que selon les conceptions de l'ordre juridique au sein duquel le bénéfice du droit acquis est revendiqué, cette éviction soit injustifiée.

<sup>1391</sup> Nous exposerons par la suite plus en détail ces arrêts. Voir notamment : CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec. I-1484*, pt. 27 ; CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec. I-10155*, pt.96 ; CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, 196/04, *Rec. I-7995*, pt. 37.

<sup>1392</sup> Pataut E, note sous arrêt, *Rec. Dalloz* 2004, n°7, pp. 491-494, p. 493, jurisprudence commentaires. Voir également en ce sens Noblet A. La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire, thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 7 et p. 239.

légal de la fraude **de la relativité de la notion de loi nationale impérative en droit communautaire**<sup>1393</sup>. Ce même constat de la légitimité de « l'éviction des lois internes [...] par le droit communautaire de la mobilité [...] [conduit un autre auteur à affirmer] que seule la notion d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** permet d'appréhender le [phénomène du] contournement [des droits nationaux] »<sup>1394</sup>.

**705. Une conception de la fraude proche de celle de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** – Certains auteurs font encore face à la difficulté de qualification en adoptant une conception extensive de la notion d'abus de droit. Ainsi M. F. Lagondet considère-t-il que la fraude est une des manifestations de l'abus de droit<sup>1395</sup>. En droit communautaire, il s'appuie sur le terme d'abus de droit qu'il appréhende au regard de sa fonction, sans en donner véritablement de définition. Selon cet auteur, il s'agit d'une règle de raison, c'est-à-dire d'un outil juridictionnel permettant « d'assurer, dans les cas limites, et donc exceptionnels, l'équilibre entre les droits acquis **Erreur ! Signet non défini.** par une personne donnée, les droits des tiers et la finalité sociale de la règles de droit en cause »<sup>1396</sup>. M. M. Menjuq, qui à la suite de l'arrêt Centros retenait plutôt l'idée de l'apparition d'un principe de fraude communautaire<sup>1397</sup> reprend finalement également le terme d'abus de droit tout en visant cependant encore ces deux termes alternativement<sup>1398</sup>. Quant à M. E. Pataut, s'il s'est interrogé sur l'émergence d'une fraude spécifiquement communautaire, c'est pour aussitôt affirmer que « la fraude serait ici proche de l'abus de droit et il ne s'agirait pas tant de lutter contre l'éviction frauduleuse de la compétence d'une loi nationale, que d'éviter l'utilisation abusive d'un droit subjectif **Erreur ! Signet non défini.** reconnu par la droit communautaire, soit le

---

<sup>1393</sup> En effet, E. Pataut constate qu'un « recours à la notion de fraude, dont la sanction serait alors l'éviction de la loi étrangère et l'application de la loi du for, ne saurait guère prospérer à partir du moment où la Cour de justice précise explicitement que n'est pas une fraude le fait d'aller incorporer une société dans un Etat membre dans lequel elle n'a aucune activité dans le but explicitement assumé d'éviter l'application d'une loi d'un autre Etat membre dans lequel se déroule la totalité de l'activité de la société. [...] [De ce constat il déduit] l'impossibilité d'établir l'élément légal de la fraude condamne le mécanisme », Pataut E, note sous arrêt, *Rec. Dalloz* 2004, n°7, pp. 491-494, p. 493, jurisprudence commentaires. Voir également en ce sens Noblet A. « La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire », thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 7

<sup>1394</sup> Noblet A. *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 104.

<sup>1395</sup> « La notion d'abus de droit recouvre traditionnellement deux réalités qui présentent une continuité certaine. D'une part, l'abus de droit concerne une utilisation formellement légale d'un droit qui soit méconnaît l'intérêt des tiers (théorie subjective) soit contredit la fonction assignée à la règle utilisée (théorie objective). D'autre part, l'abus de droit comprend la fraude à la loi, c'est-à-dire le fait de se prévaloir d'un droit alors que soit l'un des éléments qui justifient l'utilisation de ce droit est falsifié, soit un élément qui l'interdirait est dissimulé », Lagondet Fabien « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *Journal des tribunaux, Droit européen* 2003, n°95, pp. 8-11, p. 8.

<sup>1396</sup> Lagondet Fabien « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *Journal des tribunaux, Droit européen* 2003, n°95, pp. 8-11, p.11.

<sup>1397</sup> Menjuq M., note sous arrêt D. 1999, n°37, p. 556, du même auteur, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2001, p. 340.

<sup>1398</sup> Commentant l'arrêt Inspire Art, l'auteur considère que, dans ce cas, « il s'agit de l'abus de droit communautaire ayant un sens proche de la notion de fraude évoquée par l'arrêt Centros qui avait semblé poser un principe de fraude communautaire consistant à utiliser de manière abusive un droit subjectif, en l'occurrence le droit d'établissement, moins pour éluder les règles de droit national que pour frauder les droits des tiers. Toutefois, le spectre de la fraude est tenu à distance car nous n'apercevons pas en quoi peut réellement consister cette fraude ou abus [...] » Menjuq M., note sous arrêt, *J.D.I.* 2004, 3, pp. 923-929, p. 926.

*droit d'établissement* »<sup>1399</sup>. On a alors pu dénoncer une « *confusion entre les concepts régulateurs de droit [...] conduisant à l'élargissement de l'un des concepts* »<sup>1400</sup>.

**706. En conclusion**, si la doctrine témoigne parfois encore d'une certaine hésitation dans la qualification du mécanisme communautaire, elle semble majoritairement tendre à adopter la notion d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire. L'étude de la jurisprudence de la Cour de justice à laquelle il convient à présent de procéder, nous conduit à nous rallier à cette position doctrinale majoritaire et à affirmer l'émergence d'une notion autonome **Erreur ! Signet non défini.** d'abus de droit communautaire.

## **B. Arguments tirés de la jurisprudence de la Cour de justice**

**707.** Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice une impossibilité de réunir les éléments nécessaires à la caractérisation de la fraude. Il convient donc de **rejeter la qualification de fraude** (1). De cette même jurisprudence se dégage une adhésion à une logique similaire à celle retenue, selon la conception téléologique **Erreur ! Signet non défini.**, en matière d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** Il convient donc de faire état de **l'adoption d'une conception finaliste** **Erreur ! Signet non défini.** **de l'abus de droit par la Cour de justice** (2).

### **1. Rejet de la qualification fraude**

**708.** Après avoir exposé ce qu'imposerait la transposition de la notion de fraude à la loi **Erreur ! Signet non défini.** en droit communautaire, nous établirons que deux éléments de la jurisprudence de la Cour de justice conduisent à récuser l'emploi de ce terme en matière de libre circulation.

**709. Transposition de la notion de fraude à la loi** **Erreur ! Signet non défini.** **du droit international privé en droit communautaire.** – La fraude serait constituée lorsque les opérateurs économiques utiliseraient le droit communautaire dans le but d'éluder le droit national impératif applicable en l'absence de telles manœuvres.

En transposant de manière souple<sup>1401</sup> la notion de droit international privé, on peut considérer que la démonstration de la fraude supposerait la réunion de deux éléments.

---

<sup>1399</sup> Pataut E., note sous arrêt, *Rec. Dalloz* 2004, n°7, pp. 491-494, p. 493, jurisprudence, commentaires.

<sup>1400</sup> Cornut E., *Théorie critique de la fraude à la loi*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, tome 12, 2006, pt. 129, p. 78.



Le premier élément serait donc **l'utilisation artificieuse du droit communautaire**. L'opérateur modifierait un élément de sa situation afin d'entrer dans le champ d'application du droit communautaire<sup>1402</sup>. Par exemple, un opérateur économique crée un établissement secondaire dans un autre Etat membre que celui dans lequel sa société **Erreur ! Signet non défini.** est immatriculée.

Le second élément est l'intention frauduleuse. Concrètement, la manipulation des règles du droit communautaire a dû avoir pour **seul objet d'éluder le droit national normalement applicable**, ce qui est possible si le droit national n'est pas conforme au droit communautaire.

**710. Deux éléments s'opposent à une telle transposition.** – Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, deux des éléments nécessaires à la caractérisation de la fraude posent problème. Il s'agit de l'élément légal et de l'élément intentionnel.

**L'élément légal.** – Comme en témoigne l'arrêt Lair<sup>1403</sup> déjà évoqué, l'éviction d'une loi impérative<sup>1404</sup> n'est pas nécessaire à la caractérisation de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** **Indépendamment même de la difficulté que soulève au regard du droit communautaire, la notion de loi nationale impérative**, il se dégage de cette jurisprudence que l'élément légal de la fraude fait défaut.

**L'élément intentionnel.** – De plus, la jurisprudence de la Cour est incertaine quant au rôle que joue l'intention de l'opérateur économique. Ainsi que nous l'exposerons plus en détail<sup>1405</sup>, la Cour a d'abord refusé que les mobiles ayant conduit l'opérateur économique à user des libertés de circulation soient pris en considération<sup>1406</sup>. Puis elle a contesté le fait que la volonté d'échapper à l'application d'une loi nationale impérative soit illégitime<sup>1407</sup> ou en d'autres termes, non conforme au droit communautaire. Enfin, elle

---

<sup>1401</sup> En effet, dans notre hypothèse, il ne s'agit pas au sein des règles du droit communautaire, de modifier un élément de sa situation afin de tomber sous l'emprise d'une règle de droit communautaire différente de celle normalement applicable. Il s'agit de la modification d'un élément de sa situation afin de se placer sous l'empire du droit communautaire.

<sup>1402</sup> En ce sens, la manœuvre évoque donc également le procédé du forum shopping que l'on a pu décrire comme « une action sur les éléments dont dépend l'applicabilité d'un système de droit international privé [...] [et qui] consiste à créer les conditions d'examen du rapport de droit par un tribunal dont le système de droit international privé désigne un droit autre que celui qui est normalement compétent », de Vareilles-Sommières P., « Fraude à la loi », *Répertoire international Dalloz*, 1998, p. 8, n° 49.

<sup>1403</sup> CJCE 21 juin 1988, « Sylvie Lair », 39/85, *Rec.* 3161.

<sup>1404</sup> En effet, la Cour déduit l'existence d'un abus du constat qu'un « [...] travailleur entre dans un Etat membre dans le seul but d'y bénéficier, après une très courte période d'activité professionnelle, du système d'aide aux étudiants [...] », CJCE 21 juin 1988, « Sylvie Lair », 39/85, *Rec.* 3161, pt. 43.

<sup>1405</sup> Voir supra.

<sup>1406</sup> En effet, dans l'arrêt Levin, la Cour a affirmé que « les intentions qui ont pu inciter le travailleur à chercher du travail dans l'Etat membre concerné sont indifférentes et ne doivent pas être prise en considération », CJCE 23 mars 1982, Levin, 53/81, *Rec.* 1035, pt. 22 (nous soulignons). En ce sens, voir notamment : Tagaras H., « Règles communautaires de la libre circulation, discriminations à rebours et situations dites « purement internes » », in *Mélanges M. Waëlbroeck*, vol. II, Bruylant 1999, coll. Etudes de droit européen et international, pp. 1499-1538, p. 1538.

<sup>1407</sup> A l'occasion de l'arrêt Inspire Art, la Cour a reconnu que le fait que les opérateurs économiques utilisent le droit communautaire « dans le but d'échapper à la législation [en l'occurrence] néerlandaise », n'était pas contraire au droit communautaire. CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.* 10155, pt. 98.

affirme toujours qu'en tout état de cause, la seule existence d'une intention frauduleuse ne permet en aucun cas de caractériser un abus ou une fraude<sup>1408</sup>.

**En conclusion**, la fraude à la loi **Erreur ! Signet non défini.** étant établie par la réunion de ces **trois** éléments, l'usage de ce terme pour qualifier le mécanisme consacré par la jurisprudence de la Cour est exclu. Il convient donc de retenir la qualification d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** pour désigner le mécanisme dégagé par la Cour de justice pour sanctionner une certaine utilisation des libertés de circulation.

## 2. L'adoption d'une conception finaliste de l'abus de droit par la Cour de justice

**711.** Nous avons établi que la caractérisation de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** tel que la conçoit Josseland **Erreur ! Signet non défini.** suppose que soit identifié l'**objet de la règle de droit** **Erreur ! Signet non défini.** en cause, et que l'utilisation faite par le titulaire du droit subjectif **Erreur ! Signet non défini.** ne permette pas la réalisation dudit objectif.

Or, l'approche **téléologique** **Erreur ! Signet non défini.** du traité CE par la Cour de justice<sup>1409</sup> conduit indiscutablement<sup>1410</sup> celle-ci à imposer, pour la caractérisation de l'existence d'une pratique illicite, que soit pris en considération l'objectif poursuivi par chacune des libertés de circulation en cause.

Les arrêts de la Cour sont à cet égard explicites. On peut citer à titre d'exemple, un arrêt du 12 septembre 2006 relatif à la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s dans lequel la Cour, pour refuser le bénéfice des libertés de circulation explique clairement rechercher si « [...]il ressort d'éléments objectifs que malgré le respect formel des conditions prévues par le droit communautaire, l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**, [...] n'a pas été atteint »<sup>1411</sup>.

---

<sup>1408</sup> Voir, par exemple en matière de liberté d'établissement des sociétés la formule récurrente de la Cour : « la circonstance que la société a été créée dans un Etat membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse, n'est pas à elle seule, suffisante pour conduire à l'existence d'un usage abusif de cette liberté », CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 27 ; CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155, pt. 96 ; CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, 196/04, Rec. 7995, pt. 37.

<sup>1409</sup> En effet, « de manière générale, l'interprétation d'une disposition du droit communautaire implique de tenir compte non seulement des termes de celle-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie : cette méthode téléologique permet de ne pas tenir en échec l'effet utile d'une disposition », Billard J-N., *Droit du contentieux communautaire, système et marché intérieur*, Ellipses, coll. Université Droit, 2006, p. 40. Voir en ce sens : CJCE 17 octobre 1983, 292/82, Rec. 3781, pt. 12.

<sup>1410</sup> Voir en ce sens notamment A. Noblet qui s'appuie sur l'arrêt Centros (CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484) à l'occasion duquel la Cour s'attache au respect de ce qui est inhérent au traité CE, pour affirmer que « pour contrôler un éventuel usage abusif, [la Cour] se fonde sur la finalité du droit conféré ». Noblet A. *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, Université de Rouen, sous la dir. de J.-S. Bergé, p.113.

<sup>1411</sup> CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, 196/04, Rec. 7995, pt. 64.

**En conclusion**, pour caractériser une utilisation illicite des libertés de circulation par les opérateurs économiques, il résulte de la Cour de justice que :

- l'existence d'une loi nationale impérative éludée n'est pas une condition nécessaire ;
- la pertinence d'une étude des mobiles **Erreur ! Signet non défini.** des opérateurs les ayant conduit à user des libertés de circulation est discutée ;
- la volonté des opérateurs économiques de contourner le droit national n'est, pour la Cour, pas illégitime ;
- la caractérisation d'une « mauvaise » utilisation du droit communautaire, c'est-à-dire que l'objectif poursuivi par la liberté de circulation n'a pas été atteint est toujours indispensable.

**712.** Nous en déduisons donc qu'il ne s'agit pas, pour la Cour, par ce biais, de protéger les intérêts nationaux en garantissant l'autorité des lois. La Cour ne cherche pas à sanctionner la fraude à la loi **Erreur ! Signet non défini.** nationale. **Il s'agit essentiellement pour la Cour de s'assurer que l'objectif affecté aux libertés de circulation est bien atteint.** Ce constat nous permet d'affirmer que la Cour de justice a consacré, en matière de liberté de circulation, un mécanisme dont les éléments constitutifs invitent à le qualifier d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**

**Outil de protection des intérêts communautaire, l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini. est, selon nous nécessairement, une notion autonome**<sup>1412</sup> et non une notion de droit national. En effet, c'est avant tout à la Cour de justice, gardienne de l'interprétation du Traité, de révéler ce qu'est la fonction des libertés de circulation. En ce sens, l'avocat général M. Poiares Maduro relève qu'à son sens, la « *notion d'abus fonctionne comme un principe régissant l'interprétation du droit communautaire* »<sup>1413</sup> De ce fait, il faut déterminer **comment** la Cour de justice intègre ce mécanisme dont nous avons constaté qu'il a pour effet de légitimer l'application d'un droit national<sup>1414</sup> pourtant *a priori* incompatible avec les libertés de circulation, dans son raisonnement.

## Conclusion de Chapitre I

---

<sup>1412</sup> C'est-à-dire « une notion dont la teneur est définie pour les besoins du droit communautaire, sans égard pour les conceptions du *for saisi* ». Clavel S. *Droit international privé*, Dalloz, Hypercours, pt. 1048, p. 537.

<sup>1413</sup> Maduro Poiares M., conclusions présentées le 7 avril 2005, dans l'affaire C-255/02, Halifax, pt. 69

<sup>1414</sup> ... alors que celle-ci ne serait pas conforme au droit communautaire en l'absence d'abus. Ce mécanisme a également pour effet, de manière plus exceptionnelle, de légitimer le refus d'application d'une loi nationale, comme cela était le cas dans l'affaire Lair (CJCE 21 juin 1988, Lair, 39/86, Rec. 3161).

713. L'étude de la jurisprudence de la Cour de justice, révèle l'émergence d'un mécanisme dont la Cour de justice use pour sanctionner certaines utilisations des libertés de circulation par les opérateurs économiques. Ses manifestations sont diverses et, lorsqu'elle le désigne, la Cour de justice emploie différentes terminologies rendant ainsi son identification malaisée.
714. Tour à tour mis en œuvre en cas de manœuvres d'opérateurs économiques destinées à évincer l'application d'une réglementation impérative ou de manœuvres destinées à obtenir le bénéfice d'un avantage octroyée par le droit communautaire indépendamment de l'éviction d'une réglementation nationale, le mécanisme semblait pouvoir être assimilée à la fraude à la loi **Erreur ! Signet non défini.** ou à l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** **La confrontation des définitions de ces deux notions à la jurisprudence de la Cour de justice nous a cependant permis d'affirmer que la qualification de fraude à la loi devait être écartée.**
715. L'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** étant une notion polymorphe, restait encore à déterminer la conception de l'abus retenue par la Cour de justice. La logique d'interprétation téléologique **Erreur ! Signet non défini.** propre au droit communautaire et les arrêts sur ce point explicites de la Cour, nous ont conduit à trancher en faveur d'une acception finaliste de l'abus de droit. **L'abus de droit permet donc à la Cour de justice de sanctionner un recours aux libertés de circulation ne permettant pas la réalisation de leur fonction.**
716. La caractérisation de l'abus suppose alors que soit connue la fonction des libertés de circulation.

Or, la Cour de justice a précisé, notamment, pour mission d'interprète le Traité. C'est dès lors à elle qu'il incombe, par son interprétation, de révéler ce qu'est la fonction des libertés de circulation. Qualifiée de ce fait par certains de principe régissant l'interprétation du droit communautaire<sup>1415</sup>, l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** apparaît nécessairement comme une notion de droit communautaire et non comme une notion de droit national dont la mise en œuvre serait contrôlée par la Cour de justice.

En outre, la fonction des libertés de circulation **Erreur ! Signet non défini.** n'est pas de protéger le respect de l'autorité du droit national. En conséquence, la sanction de la tentative d'éviction d'une réglementation nationale impérative par un opérateur économique semble plutôt être une éventuelle conséquence de la mise en œuvre de l'abus de droit et que son objet.

---

<sup>1415</sup> Maduro Poiars M., conclusions présentées le 7 avril 2005, dans l'affaire C-255/02, Halifax, pt. 69

Aussi, après avoir déduit de la jurisprudence de la Cour de justice l'émergence d'une notion d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire, il convient à présent d'en étudier la méthode de mise en œuvre ainsi que les éléments caractéristiques afin de pouvoir juger très précisément de sa portée.

## CHAPITRE II

### LA PORTEE RELATIVE DE L'ABUS DE DROIT COMMUNAUTAIRE

717. Il se dégage de la jurisprudence de la Cour de justice l'émergence d'un mécanisme d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire tendant à sanctionner le recours, par les opérateurs économiques, aux libertés de circulation ne permettant pas la réalisation de leur fonction. Ce faisant, la Cour de justice témoigne apparemment d'une volonté de contrôler et limiter l'utilisation du droit communautaire faite par les opérateurs économiques.

Cette démarche de la Cour doit, à notre sens, être approuvée. La Communauté ne dispose – rappelons le encore une fois – que de compétences d'attribution et le droit communautaire est un droit finaliste. En conséquence, le champ d'application des libertés de circulation doit être encadré et, partant, l'invocabilité des libertés de circulation par les opérateurs économique mieux contrôlée. Il nous semble, que la légitimité de l'atteinte à l'autorité du droit national que peuvent générer les nouvelles facultés de choix de lois consacrées par la Cour de justice, en dépend.

Il est de ce fait indispensable de tenter de cerner la portée de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire, apparente limite au choix de lois de source communautaire. A cette fin, il convient d'en étudier tant les modalités de mise en œuvre, que les éléments caractéristiques.

Ce travail nous conduira à mener une réflexion critique sur que semble être, au regard de la jurisprudence de la Cour, la fonction des libertés de circulation à l'heure actuelle.

Le résultat de cette étude de jurisprudence de la Cour est, disons le d'emblée, relativement décevant. En effet, la fonction exacte conférée par la Cour de justice au mécanisme de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** rend sa sanction malaisée et l'élément caractérisant cette notion difficile à établir. Aussi ne pourrons nous que démontrer qu'à l'heure actuelle l'abus constitue tant **une fausse limite, sa sanction étant rarement retenue** (section 1), qu'**une limite artificielle, cette notion étant difficilement caractérisée** (section 2).

#### Section I

##### La fausse limite : une sanction rarement retenue

718. Selon une formulation récurrente de la Cour de justice, « *les justiciables ne sauraient se prévaloir abusivement du droit communautaire* »<sup>1416</sup>. De cette formulation synthétique, il est difficile de déduire comment le mécanisme de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** est mis en œuvre par la Cour de justice. Une seule certitude demeure : déduit de la jurisprudence de la Cour relative aux libertés de circulation telles qu'elles résultent du Traité, l'abus de droit communautaire est nécessairement un élément de son contrôle de conformité. Or, ce contrôle est en principe toujours mené en deux étapes. Après avoir vérifié l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce, la Cour de justice étudie la conformité de l'application du droit national au Traité à proprement parler.

Une importante hésitation surgit alors : l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** est-il un critère d'applicabilité du droit communautaire ou un élément du contrôle de conformité – à proprement parler – ? Il nous apparaît primordial de souligner les enjeux de l'utilisation du mécanisme de l'abus de droit à ces différents stades du contrôle de la Cour, pour pouvoir, ensuite porter un regard critique sur la position de la Cour de justice à cet égard. Dans un premier temps, nous expliquerons donc que **la portée possible de l'abus** est largement **subordonnée à son mode de sanction** (§ I.). Dans un second temps nous ferons état de sa faible **portée réelle** du fait du choix de la Cour de justice de **la prise en considération de l'abus de droit dans le cadre du contrôle de conformité** (§ II.)

### § I. La portée possible de l'abus subordonnée à son mode de sanction

719. L'hésitation quant au stade auquel intervient le mécanisme de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** a pour cause d'une part la jurisprudence peu explicite de la Cour de justice à ce sujet et, d'autre part, la faculté du mécanisme à être effectivement appréhendé à ces deux différentes étapes du raisonnement de la Cour.

L'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** peut ainsi servir soit à délimiter strictement le **champ d'application** des libertés de circulation soit, dans le cadre de l'application du droit communautaire, à **justifier la mise en œuvre d'une réglementation** nationale. Or, le choix de l'une ou de l'autre de ces méthodes entraîne des conséquences tout à fait différentes quant aux possibilités de sanction de l'abus de droit.

Aussi après avoir expliqué tant comment et pourquoi **l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** peut être assimilé tant à un **critère d'applicabilité du droit communautaire** (A) qu'à un **critère de conformité** du droit national au droit communautaire (B), nous nous attacherons à faire apparaître l'importance de **l'enjeu d'une telle distinction** (C).

---

<sup>1416</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 24.

## A. L'abus de droit Erreur ! Signet non défini., critère d'applicabilité du droit communautaire

720. Constatant l'utilisation du droit à la libre circulation par certains opérateurs économiques dans le but d'échapper à l'application d'un droit national<sup>1417</sup>, la Cour de justice a pu affirmer que « *de tels abus ne sont pas couverts par les dispositions communautaires en cause* »<sup>1418</sup>. Comment comprendre le sens de cette affirmation ? Cela signifierait-il tout simplement que, dans ce cas, le droit communautaire n'était pas applicable au cas d'espèce?

**L'utilisation de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. dans cadre du contrôle du critère spatial d'applicabilité.** – Nous avons expliqué que les personnes privées pouvaient être les destinataires du droit des libertés de circulation à la condition notamment, en principe, que leur situation de fait présente un élément circulant ou transfrontalier<sup>1419</sup>. Le bénéfice du droit communautaire, qui selon une formule récurrente de la Cour ne s'applique pas aux situations dont « *tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre* » est donc, en principe, subordonné à **la réalisation d'un critère spatial d'applicabilité dans la situation de l'opérateur économique ou les faits du litige**. Ainsi, les opérateurs économiques qui, pour s'assurer l'application du droit communautaire, ont tout intérêt à établir que tous les éléments de leur situation ne sont pas cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre<sup>1420</sup> peuvent-ils être tentés, de créer artificiellement cet élément circulant.

Le mécanisme de l'abus de droit pourrait alors être utilisé afin de démontrer **le caractère artificiel de l'élément transfrontalier**<sup>1421</sup> ou, en d'autres termes, que le critère spatial d'applicabilité n'est en fait, et contrairement aux apparences, pas satisfait en l'espèce<sup>1422</sup>.

---

<sup>1417</sup> L'application du droit national devant être écartée par le juge national lorsque ce droit n'est pas conforme au droit communautaire.

<sup>1418</sup> CJCE 21 juin 1988, Lair, 39/86, Rec. 3161, pt. 43.

<sup>1419</sup> Voir : Première partie, Titre I, Chapitre II, Section II : « Le caractère inutilement incertain des critères d'applicabilité des dispositions relatives aux libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques »

<sup>1420</sup> En effet, en vertu de la jurisprudence Moison et Jhanjan (CJCE 27 octobre 1982, 35 et 36/82, Rec. 3723, pt. 18) Les dispositions du droit communautaire « *ne sauraient être appliquées à des situations qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire [...] tel est certainement le cas de personnes n'ayant jamais exercé le droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté* ».

<sup>1421</sup> Voir en ce sens l'argumentation du gouvernement danois dans l'arrêt Centros : « *L'article 52 du traité ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce au principal, car il s'agirait d'une situation purement interne au Danemark. M et Mme Bryde, ressortissants danois, auraient en effet constitué au Royaume-Uni une société, n'y exerçant aucune activité réelle et effective, dans le but exclusif d'exercer une activité au Danemark par l'intermédiaire d'une succursale et d'éviter ainsi l'application de la législation danoise relative à la constitution des sociétés à responsabilité limitée. Dans de telles circonstances, la constitution par des ressortissants d'un Etat membre d'une société dans un autre Etat membre ne constituerait pas un élément d'extranéité pertinent au regard du droit communautaire et notamment de la liberté d'établissement* », CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 16.

<sup>1422</sup> Ainsi un auteur définit l'abus de droit communautaire comme « *une modification de la localisation du rapport de droit, dans le but de la faire entrer dans le champ d'application du droit communautaire de libre circulation. L'illégitimité du procédé naît du constat de l'absence d'effectivité du rattachement de la situation à l'ordre juridique européen. S'il y a bien un déplacement sur le sol de la Communauté et entre pays membres, la rapidité du retour dans l'Etat d'origine démontre l'artifice* ».

L'hypothèse de création artificielle d'un élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** est notamment illustrée par l'arrêt Leclerc<sup>1423</sup>. Dans cet arrêt, les opérateurs économiques tentaient d'échapper au droit français relatif au prix du livre en s'appuyant sur l'absence de conformité de celui-ci avec les libertés de circulation. Pour que leur stratagème fonctionne, il était donc nécessaire d'établir que le droit communautaire leur était applicable. Il leur fallait donc démontrer que leur situation présentait le critère d'applicabilité spatiale **Erreur ! Signet non défini.** (en principe) requis. Ainsi, éditérent-ils des livres en France, exportèrent-ils ceux-ci vers un autre Etat membre afin de les réimporter en France. Bien que leur activité économique soit limitée au territoire (ou plus exactement au marché) français, tous les éléments de fait de leur situation n'étaient pas cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre.

La question se posait donc de savoir si un tel élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** pouvait suffire à réaliser le critère d'applicabilité spatiale **Erreur ! Signet non défini.** requis.

Cet exemple témoigne de l'impact que pourrait avoir la mise en œuvre du mécanisme de l'abus de droit au stade du contrôle d'applicabilité : si la Cour faisait un tel choix, cela signifierait que **le droit communautaire suspendrait donc son applicabilité à la démonstration d'un élément transfrontalier** **Erreur ! Signet non défini.** « réel » et donc qu'elle limiterait sensiblement les possibilités d'invoquer le droit communautaire.

## **B. L'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** **critère de conformité du droit national au droit communautaire**

**721.** Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour de justice n'a pas utilisé l'abus de droit pour juger de l'applicabilité du droit communautaire, mais de la conformité au droit communautaire du droit national. Elle a alors érigé la lutte contre l'utilisation abusive des libertés de circulation en un motif dérogatoire.

Comprendre le rôle que peut jouer l'abus de droit dans ce cadre, suppose de rappeler très brièvement les éléments essentiels de ce contrôle.

De manière, plus précise, l'examen de la conformité au droit communautaire peut se décomposer, non pas en deux, mais en trois étapes. D'abord, la Cour constate que la réglementation restreint (au moins potentiellement) le commerce intracommunautaire. Il en découle une présomption simple en vertu de laquelle l'application du droit national est

---

*de l'introduction de l'élément d'extranéité dans la situation. Les dispositions internes devaient recevoir application* ». Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, Université de Rouen, sous la dir. de J.-S. Bergé, p. 169.

<sup>1423</sup> CJCE 10 janvier 1985, Leclerc, 229/83, *Rec.* 1, pt. 27.



interdite par le traité. Puis, afin de permettre que cette présomption soit renversée, elle étudie la légitimité de l'objectif poursuivi par la réglementation, pour enfin vérifier son caractère nécessaire et proportionné au regard du dit objectif<sup>1424</sup>.

Les objectifs considérés légitimes sont visés par les textes du Taité, ou par la jurisprudence de la Cour<sup>1425</sup>. Or, la Cour a reconnu que **la lutte contre l'utilisation abusive du droit communautaire constitue un objectif légitime**, c'est-à-dire une raison impérieuse d'intérêt général ou une exigence impérative.

En ce sens par exemple, dans l'arrêt Knoors du 7 février 1979<sup>1426</sup>, la Cour affirme que l'on « *ne saurait cependant méconnaître l'intérêt légitime qu'un Etat membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle* »<sup>1427</sup>. Dans l'arrêt Inspire Art du 30 septembre 2005, la formulation de la Cour est encore plus explicite puisqu'elle reconnaît que c'est « *au titre des raisons impérieuses d'intérêt général qu'il y a lieu d'apprécier la justification [fondée sur] [...] la lutte contre le recours abusif à la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** »<sup>1428</sup>. Cette position de la Cour est confirmée dans l'arrêt Cadbury du 12 septembre 2006 à l'occasion duquel la Cour rappelle qu'une réglementation nationale constituant une « *restriction à la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** [...] [peut être] *justifiée par des motifs de lutte contre des pratiques abusives* »<sup>1429</sup>.

Il découle de ces arrêts que la lutte contre l'utilisation abusive du droit communautaire constituerait donc **un nouveau motif dérogoire d'origine jurisprudentiel**<sup>1430</sup>. Dans cette hypothèse, l'abus de droit n'est plus un élément du contrôle d'applicabilité du droit communautaire mais un élément du régime des libertés de circulation.

---

<sup>1424</sup> Selon une formule récurrente de la Cour de justice, il faut que la réglementation nationale soit « *propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre* ». CJCE 25 juillet 1991, Säger, 76/90, *Rec.* 4221, pt. 15.

<sup>1425</sup> En libre circulation des marchandises la Cour parle alors le plus souvent « d'exigences impératives » (voir l'arrêt de principe du 20 février 1979, Rewe-Zentral (Cassis de Dijon), 120/78, *Rec.* 649, pt. 8) ; en libre circulation des travailleurs, des services et d'établissement, la Cour emploie plutôt le terme de raison impérieuse d'intérêt général (voir par exemple l'arrêt de principe du 31 mars 1993, Kraus, C-19/92, *Rec.* p. I-1663, pt. 32).

<sup>1426</sup> Dans le même sens : CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, *Rec.* 3563, pt. 14 ; également quoique de manière plus implicite, le terme d'intérêt légitime n'étant pas employé : CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen 33/74, *Rec.* 1299, pts 12 et 13 ; CJCE 5 octobre 1994, TV 10 SA, 23/93, *Rec.* 4824, pt. 16 ; en matière de droit des sociétés CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec.* I-1484, pt. 38.

<sup>1427</sup> CJCE 7 février 1979, Knoors, 115/78, *Rec.* 401, pt. 25.

<sup>1428</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.* 10155, pt. 132.

<sup>1429</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, *Rec.* 7995, pt. 55.

<sup>1430</sup> Voir en ce sens, notamment, M. Fallon qui remarque que « *la Cour de justice reconnaît l'intérêt légitime de l'Etat à lutter contre la fraude* », Fallon M., « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », 1995, tome 253, pp. 9-282, pt. 15, p. 49 ; également en ce sens : Martin P., « La portée fiscale des libertés de circulation », *D.F.*, 2000, n°44, p. 1448 ; Viangalli F., *La théorie des conflits de lois en droit communautaire*, Thèse, PUAM, 2004, p. 116, n°266 ; Huglo J-G. « Droit d'établissement et libre prestation de services », *Juris-Classeur Europe*, fasc. 710, pt. 30, p. 9 ; Guillaumé J. *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, Thèse 2009, ss. la dir. de M. P. Courbe, Université de Rouen. pt. 1096 et s.

### C. Enjeu de la distinction

722. Le choix de l'assimilation de l'abus de droit à un élément du contrôle de l'applicabilité du droit communautaire ou à un élément du régime des libertés de circulation emporte d'importantes conséquences.
723. Premièrement, si la Cour de justice décide d'en faire un simple élément du régime des libertés de circulation sa **sanction** sera plus rare.

En effet, dans cette hypothèse, la Cour de justice subordonne la sanction à la réunion de **deux éléments** : d'une part l'existence d'un élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** artificiel et, d'autre part, au caractère proportionné de la réglementation devant s'appliquer à titre de sanction. La mise en œuvre de la sanction dépend alors non seulement du comportement de l'opérateur économique mais aussi du contenu de la loi nationale devant s'appliquer à titre de sanction<sup>1431</sup>.

De plus dans une telle hypothèse Comme le relève justement un auteur Selon cet auteur « [...] l'analyse est [alors] faussée, car c'est la loi nationale écartée qui est examinée et non le comportement des opérateurs »<sup>1432</sup>.

En revanche, si la Cour de justice choisissait de faire de l'abus un élément du contrôle d'applicabilité, elle ne subordonnerait sa sanction qu'à la preuve d'un seul élément : le caractère artificiel de l'élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** Le contenu de la loi national serait alors parfaitement indifférent.

724. Secondement, choisir de faire de l'abus de droit un élément du régime des libertés de circulation en affaiblirait singulièrement la **portée**. Dans cette hypothèse, la Cour de justice se bornerait alors à reconnaître aux Etats membres le droit de lutter contre l'utilisation abusive du droit communautaire. Elle ne fait alors qu'admettre que la lutte contre l'abus est un des multiples objectifs politique que peut légitimement poursuivre un Etat membre.

En revanche faire de l'abus un élément du contrôle d'applicabilité signifierait reconnaître **la limite du champ d'application des libertés de circulation au regard de leur fonction**, et donc limiter les hypothèses de mise en œuvre du droit communautaire. En d'autres termes, la Cour rappellerait que les libertés de circulation ont une fonction bien

---

<sup>1431</sup> Comme le relève justement un auteur dans cette hypothèse « [...] l'analyse est [alors] faussée, car c'est la loi nationale écartée qui est examinée et non le comportement des opérateurs », alors même l'objet de l'abus de droit est de sanctionner un comportement en soi illégitime. Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 436.

<sup>1432</sup> Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 436.

précise qui constitue également leur limite. Ce faisant, elle lèverait certaines incertitudes relatives à l'objectif poursuivi par la Communauté lorsqu'elle met en œuvre le mécanisme de l'intégration négative.

Les enjeux de la distinction posés, il faut à présent étudier précisément les arrêts pour déceler la véritable utilisation que la Cour fait de cette notion.

## § II. La portée réelle par la prise en considération de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. dans le cadre du contrôle de conformité

**725. Hypothèse.** – Nous avons relevé que dans certains arrêts, la Cour consacre la lutte contre l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** comme une exigence impérative ou une raison impérieuse d'intérêt général, tandis que dans d'autres arrêts de la Cour, l'abus de droit est visé dans le cadre du contrôle d'applicabilité du droit communautaire. Dans des arrêts récents, la Cour de justice a même mentionné l'abus de droit à ce double titre<sup>1433</sup>.

En nous appuyant plus particulièrement sur l'arrêt *Inspire Art*<sup>1434</sup>, nous allons à présent démontrer que l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** n'est en fait admis par la Cour de justice qu'au titre des justifications légitimes du droit national<sup>1435</sup> et que la référence à l'abus de droit au stade de l'étude de l'applicabilité du droit communautaire résulte de maladresses terminologiques de la Cour de justice.

Il convient donc dans un premier temps de procéder à l'**identification du mode de sanction de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini.** retenu par la Cour de justice **en dépassant les ambiguïtés terminologiques** générées par le langage de la Cour (A). Nous pourrions dans un second temps mettre en lumière l'**impact** de ce choix de la Cour **d'une sanction de l'abus de droit au stade du contrôle de conformité** (B).

### A. Identification du mode de sanction par le dépassement des ambiguïtés terminologiques

---

<sup>1433</sup> D'une part, comme mécanisme permettant d'évincer le droit communautaire (dans le cadre des articles 52 et 58 du traité) et, d'autre part, comme un mécanisme permettant de justifier une réglementation nationale restreignant le commerce intracommunautaire (dans le cadre de l'article 56 ou plus exactement de la jurisprudence de la Cour relative aux raisons impérieuses d'intérêt général).

<sup>1434</sup> CJCE 30 septembre 2003, *Inspire Art*, 167/01, *Rec.*10155. Dans cet arrêt, des ressortissants néerlandais constituent en 2000, une société (*Inspire Art*) sous la forme d'une S.A.R.L. de droit anglais en raison des avantages qu'offre le droit des sociétés anglais. Puis, ils créent une succursale aux Pays-Bas par le biais de laquelle, ils exercent en fait l'intégralité de leur activité. La réglementation néerlandaise reconnaît l'existence d'une telle succursale mais soumet celle-ci à un régime juridique particulier (notamment quant à la libération d'un capital social minimal). La société *Inspire Art* contestait la conformité au droit communautaire de cette réglementation néerlandaise.

<sup>1435</sup> Voir en ce sens : Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », 1995, tome 253, pp.9-282, pt. 15, p. 49. L'auteur écrit : « *La Cour de justice reconnaît l'intérêt légitime de l'Etat à lutter contre la fraude. Elle ne situe pourtant pas l'argument en termes de délimitation du domaine du Traité, mais plutôt comme un élément du contenu du régime communautaire de circulation* ».

En ce qui concerne la libre prestation de services, Huglo J-G. « Droit d'établissement et libre prestation de services », *Juris-Classeur Europe*, fasc. 710, pt. 69, p. 20.

726. Il nous semble que la Cour de justice ne sanctionne l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** qu'au seul stade de l'étude des justifications, c'est-à-dire de son contrôle de conformité à proprement parler. Les doutes quant au mode de sanction de l'abus peuvent effectivement être levés par la démonstration, d'une part, de ce que la **Cour assimile, de manière erronée les cas d'inapplicabilité du droit communautaire à ceux de conformité au droit communautaire** (1) et d'autre part, de ce que la Cour fait maladroitement et de manière **trompeuse référence aux notions de fraude et d'abus pour traiter de l'impact des mobiles** **Erreur ! Signet non défini.** **des opérateurs économiques en matière d'applicabilité du droit communautaire** (2).

### 1. L'assimilation erronée des cas d'inapplicabilité du droit communautaire à ceux de la conformité au droit communautaire

727. Il se dégage plus particulièrement de deux arrêts, Inspire Art<sup>1436</sup> et TV 10<sup>1437</sup> que, **l'utilisation du terme d'abus au stade de l'étude de l'applicabilité** du droit communautaire procède vraisemblablement d'une maladresse terminologique de la Cour.

728. A notre sens, lorsque la Cour de justice vise l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** au stade de l'applicabilité du droit communautaire, elle cherche en fait plus modestement à indiquer que, de manière générale, la caractérisation d'un abus de droit **conduit à légitimer l'application du droit national.**

En d'autres termes, pour exprimer la possible légitimité de l'application du droit national au cas d'espèce, la Cour utilise souvent **alternativement et indifféremment** les notions d'inapplicabilité du droit communautaire et de conformité du droit national au droit communautaire<sup>1438</sup>.

Cette confusion de la Cour provient, à notre sens de ce que l'inapplicabilité du droit communautaire et le constat de la conformité au droit communautaire conduisent **au même résultat**, à savoir la possibilité pour un Etat membre de mettre en œuvre sa réglementation. En effet, si le droit communautaire n'est pas applicable, l'Etat membre

---

<sup>1436</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155.

<sup>1437</sup> CJCE 5 octobre 1994, « TV 10 », 23/93, Rec. 4795 ; Voir également en ce sens CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. 1299 ; CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. 1484 ; CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155 ; CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995.

<sup>1438</sup> Voir également à ce sujet l'arrêt Werner (CJCE 26 janvier 1993, 112/91, Rec. 463, pt. 17 dans lequel la Cour de justice constate que, faute d'un élément transfrontalier suffisant pour que puissent s'appliquer les règles du Traité relatives à la liberté d'établissement, « l'article 52 du traité CEE ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat membre frappe ses ressortissants [...] d'une charge fiscale plus lourde lorsqu'ils ne résident pas dans cet Etat que lorsqu'ils y résident ». M. J-G. Huglo déplore alors que la Cour de justice conclut « que l'article 52 du Traité ne fait pas obstacle à la législation nationale en cause **alors que, à notre sens, il suffisait de constater que l'on se trouvait en dehors du champ d'application de l'article 52** ». R.T.D.E. 1993, 4, pp. 656-667, p. 663.

est libre d'appliquer sa réglementation comme il l'entend. Si le droit communautaire est applicable et que la réglementation est conforme au droit communautaire, l'Etat membre peut également l'appliquer.

- 729.** Pour autant, **on ne saurait assimiler la question de l'applicabilité du droit communautaire à celle des conditions de conformité au droit communautaire.** Lorsqu'un Etat applique sa réglementation parce qu'une situation n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire, **la conformité au droit communautaire de la réglementation nationale n'est pas appréciée.**

La situation est très différente lorsque c'est dans le cadre de son étude des justifications que la Cour s'interroge sur la possibilité d'appliquer la réglementation nationale, motif pris de l'existence d'un abus. Dans ce cas, le droit communautaire est applicable, puis appliqué, et c'est sur le fondement de celui-ci que la réglementation nationale peut finalement être mise en œuvre. En somme, l'application du droit national est conforme au droit communautaire.

- 730.** Les arrêts Inspire Art<sup>1439</sup> et « TV 10 »<sup>1440</sup> témoignent utilement tant de cette confusion terminologique que du seul recours au mécanisme de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** comme un élément du contrôle de conformité.

Dans l'arrêt Inspire Art<sup>1441</sup>, la Cour répond dans un premier temps, à la question de la possible « *application des règles relatives à la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** »<sup>1442</sup> au cas d'espèce. Elle résout donc la question des critères d'applicabilité du droit communautaire en la matière. Elle constate alors que « *les raisons pour lesquelles une société* **Erreur ! Signet non défini.** *choisit de se constituer dans un Etat membre sont, hors le cas de fraude, sans conséquence au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** »<sup>1443</sup>. *A contrario*, cette phrase signifierait donc que la fraude aurait un impact sur l'application des règles de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** Dans le même esprit, la Cour affirme encore que la volonté d'éluder le droit national ne prive pas « *sauf à établir au cas par cas l'existence d'un abus, du droit d'invoquer la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** *garantie par le traité* »<sup>1444</sup>, suggérant encore une fois, que l'abus a un impact sur l'applicabilité du droit communautaire.

---

<sup>1439</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155.

<sup>1440</sup> CJCE 5 octobre 1994, « TV 10 », 23/93, Rec. 4795 ; Voir également en ce sens CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. 1299 ; CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484 ; CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155 ; CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04 Rec. 7995.

<sup>1441</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155.

<sup>1442</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155, pt. 95.

<sup>1443</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155, pt. 95.

<sup>1444</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155, pt. 105.

Or, à notre avis, tel n'est pas le sens de la pensée de la Cour de justice. En effet, la Cour veut en fait dire que si l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** – visée ici par le terme de fraude – est sans effet sur la question de l'applicabilité du droit communautaire, **en revanche** il peut, dans le cadre de l'application du droit communautaire, **conduire à légitimer la mise en œuvre du droit national.**

Cette analyse de l'arrêt est confirmée par le fait que la Cour de justice contrôle et sanctionne ensuite l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** au stade de l'étude des justifications. Ainsi constate-t-elle que si « *la circonstance qu'Inspire Art ait été constituée au Royaume-Uni dans le but d'échapper à la législation néerlandaise sur le droit des sociétés* **Erreur ! Signet non défini.**, [...] *n'exclut pas que la constitution d'une succursale par cette société* **Erreur ! Signet non défini.** *aux Pays-Bas bénéficie de la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.**, *telle que prévu aux articles 43 CE et 48 CE [en revanche,] [...] la question de l'application desdits articles est distincte de celle de savoir si un Etat membre peut prendre des mesures pour empêcher que, en recourant aux possibilités offertes par le traité, certain de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale* »<sup>1445</sup>.

Cette position de la Cour est également clairement affirmée dans l'arrêt « TV 10 » du 5 octobre 1994<sup>1446</sup>. Dans cet arrêt, la Cour s'interroge sur « *l'applicabilité des règles relatives aux prestations de services* »<sup>1447</sup>, et rappelle qu'en vertu de la jurisprudence *Debaue*<sup>1448</sup>, « *les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services ne peuvent s'appliquer aux activités dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre* »<sup>1449</sup>.

Puis, elle affirme que le fait qu'une entreprise de radiodiffusion qui destine ses programmes principalement vers les Pays-Bas se soit établie au Luxembourg « *dans le but d'échapper à la législation néerlandaise, n'exclut pas que ses émissions puissent être considérées comme des services au sens du traité. En effet, cette question est distincte de celles de savoir quelles sont les mesures qu'un Etat membre est autorisé à prendre pour empêcher le prestataire de services établi dans un autre Etat membre de contourner sa législation interne. Il y a lieu de répondre [...] la notion de prestation de services visée par les articles 59 et 60 du traité couvre la diffusion, par l'intermédiaire d'exploitants de réseaux de câbles établis dans un Etat membre, de programmes télévisés offerts par un organisme de radiodiffusion établi dans un autre Etat membre, même si cet organisme s'y est établi dans le but de se soustraire à la législation applicable dans l'Etat de réception aux organismes nationaux de radiodiffusion* »<sup>1450</sup>.

---

<sup>1445</sup> CJCE 30 septembre 2003, *Inspire Art*, 167/01, *Rec.*10155, pt. 98, voir également en ce sens CJCE 9 mars 1999, *Centros*, 212/97, *Rec.* I-1484, pt. 18.

<sup>1446</sup> CJCE 5 octobre 1994, « TV 10 », 23/93, *Rec.* 4795 ; Voir également en ce sens CJCE 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, 33/74, *Rec.* 1299 ; CJCE 9 mars 1999, *Centros*, 212/97, *Rec.* I-1484 ; CJCE 30 septembre 2003, *Inspire Art*, 167/01, *Rec.*10155 ; CJCE 12 septembre 2006, « *Cadbury Schweppes* », 196/04, *Rec.* 7995.

<sup>1447</sup> CJCE 5 octobre 1994, « TV 10 », 23/93, *Rec.* 4795, pt. 11.

<sup>1448</sup> CJCE 18 mars 1980, *Debaue*, 52/79, *Rec.* 833.

<sup>1449</sup> CJCE 5 octobre 1994, « TV 10 », 23/93, *Rec.* 4795, pt. 14.

<sup>1450</sup> CJCE 5 octobre 1994, « TV 10 », 23/93, *Rec.* 4795, pt. 15 et pt. 16.

Enfin donc, elle étudie l'impact de la manœuvre de l'organisme de radiodiffusion **sur « la légitimité de certaines restrictions à la libre prestation de services »**<sup>1451</sup>. C'est donc dans le seul second cas de figure – possibilité pour un Etat membre de prendre des mesures pour empêcher que certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale – que la Cour envisage la question de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**

**En conclusion**, lorsque la Cour de justice fait mention de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini**, au stade de l'applicabilité du droit communautaire, elle entend en fait simplement affirmer que la caractérisation de cette notion peut conduire à rendre conforme au Traité l'application du droit national au cas d'espèce. En effet, la Cour de justice ne sanctionne l'abus de droit qu'à l'issue de son contrôle de conformité.

Dès lors, l'affirmation de la Cour selon laquelle *« les raisons pour lesquelles une société **Erreur ! Signet non défini** choisit de se constituer dans un Etat membre sont, hors le cas de fraude, sans conséquence au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini**. »*<sup>1452</sup> est-elle dénuée de toute portée ? En dépit d'une référence inadaptée à l'abus de droit – visée en l'espèce sous le terme de fraude –, la Cour apporte par l'emploi de cette formulation une précision quant aux critères d'applicabilité du droit communautaire qu'il convient à présent de préciser.

## **2. La référence trompeuse à la « fraude » ou à « l'abus » pour traiter de l'impact des mobiles sur l'applicabilité du droit communautaire**

**731. La simple affirmation de l'interdiction de prendre en considération les mobiles **Erreur ! Signet non défini** de l'opérateur économique pour résoudre la question du critère spatial d'applicabilité.** – Lorsque la Cour s'interroge sur l'existence d'un abus pour juger de l'applicabilité du droit communautaire, elle ne fait à notre avis que constater l'interdiction de s'interroger sur les **mobiles** de l'opérateur économique. En d'autres termes, la Cour indique que **le critère d'applicabilité spatial **Erreur ! Signet non défini** – en principe – nécessaire à l'applicabilité du droit communautaire doit être envisagé objectivement**<sup>1453</sup>. Il se déduit du simple constat d'un franchissement des frontières indépendamment des mobiles ayant conduit l'opérateur économique à circuler.

Si la Cour a pu considérer que le droit communautaire n'est pas applicable aux personnes *« n'ayant jamais exercé le droit de libre circulation à l'intérieur de la Communauté »*<sup>1454</sup>, *a contrario*, elle considère qu'il l'est, dès qu'un franchissement de frontière est

<sup>1451</sup> CJCE 5 octobre 1994, « TV 10 », 23/93, *Rec.* 4795, pt. 16.

<sup>1452</sup> CJCE 30 septembre 2003, *Inspire Art*, 167/01, *Rec.* 10155, pt. 95.

<sup>1453</sup> Cette position de la Cour est constante depuis l'arrêt Segers, CJCE 10 juillet 1986, Segers, 79/85, *Rec.* 2375, pt. 16 ; CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec.* I-1484, pt. 28.

<sup>1454</sup> CJCE 27 octobre 1982, Moison et Jhanjan, 35 et 36/82, *Rec.* 3723, pt. 18.

constaté<sup>1455</sup>. Dans le cadre de l'étude de l'applicabilité du droit communautaire la Cour en déduit que « *les raisons pour lesquelles une société Erreur ! Signet non défini. choisit de se constituer dans un Etat membre, sont [...] sans conséquence au regard de l'application des règles relatives à la liberté d'établissement Erreur ! Signet non défini.* »<sup>1456</sup>, que « *n'est pas constitutive d'un abus la circonstance que la société Erreur ! Signet non défini. n'a été créée que dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse* »<sup>1457</sup>, ou encore que « *la circonstance qu'Inspire Art ait été constituée au Royaume-Uni dans le but d'échapper à la législation néerlandaise sur le droit des sociétés Erreur ! Signet non défini.s, [...] n'exclut pas que la constitution d'une succursale par cette société Erreur ! Signet non défini. aux Pays-Bas bénéficie de la liberté d'établissement Erreur ! Signet non défini., telle que prévu aux articles 43 CE et 48 CE* »<sup>1458</sup>. Un auteur conclut justement à ce sujet que « *le caractère artificieux de l'élément d'extranéité n'influe en rien sur le jeu du droit communautaire* »<sup>1459</sup>.

Cette position de la Cour n'est, à dire vrai, pas surprenante. A l'occasion de notre étude du champ d'application des libertés de circulation nous avons déjà démontré que la Cour de justice ne subordonne pas toujours la mise en œuvre des libertés de circulation à la démonstration d'un élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** dans les faits du litige<sup>1460</sup>. Il était dès lors prévisible qu'elle se satisferait d'à peu près n'importe quel élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** pour juger le droit communautaire applicable.

732. A l'occasion du contrôle d'applicabilité du droit communautaire, la Cour de justice se borne à constater l'existence d'un élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** et l'impossibilité de le remettre en cause au regard des motifs ayant conduit l'opérateur économique à circuler.

Par voie de conséquence, **on ne trouve pas d'arrêt dans lesquels la Cour de justice aurait sanctionné l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. à ce stade de son raisonnement.** Comme le remarquait un auteur, l'abus de droit ne sert pas à la « *[...] délimitation du domaine du Traité, mais plutôt comme un élément du contenu du régime communautaire de circulation* »<sup>1461</sup>.

<sup>1455</sup> Voir à ce sujet les développements d'A. Noblet qui conteste la pertinence d'une telle approche du critère d'applicabilité spatiale par la Cour de justice et remarque que « *le fait que l'activité soit exercée exclusivement dans l'Etat d'origine témoigne bien de l'absence de vocation européenne de la situation. C'est à tort que la Cour de justice déclare ce constat sans influence sur l'application du droit communautaire. Il y a certes un élément d'extranéité, mais il est purement artificiel, et n'a d'autre objectif que de contourner le droit national contraignant* ». Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, Université de Rouen, sous la dir. de J.-S. Bergé, p. 188.

<sup>1456</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.*10155, pt. 95.

<sup>1457</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.*10155, pt. 96.

<sup>1458</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, *Rec.*10155, pt. 98.

<sup>1459</sup> Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, Université de Rouen, sous la dir. de J.-S. Bergé, p. 342.

<sup>1460</sup> Première partie, titre premier, chapitre second, section seconde, paragraphe second « L'inutile incertitude quant au maintien d'une condition spatiale d'applicabilité ».

<sup>1461</sup> Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », 1995, tome 253, pp9-282, pt. 15, p. 49. En ce qui concerne la libre prestation de services, J.-G. Huglo constate



**En conclusion, nouveau motif dérogatoire**<sup>1462</sup>, la lutte contre l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** est donc utilisée par la Cour dans le cadre de son contrôle de conformité. Ce choix impliquant la prise en considération de **deux éléments** – une utilisation abusive des libertés de circulation par l'opérateur économique et la pertinence du droit national dont l'application doit être nécessaire et proportionnée – rend la sanction de l'abus de droit plus difficile.

## **B. L'impact d'une sanction de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** **au stade du contrôle de conformité**

**733. Le principe de l'interprétation stricte des exceptions** **Erreur ! Signet non défini.** – Les libertés de circulation sont qualifiées par la Cour de justice de libertés fondamentales<sup>1463</sup>. A ce titre, elle tend à leur octroyer une portée maximale<sup>1464</sup>, et interprète de manière restrictive les exceptions au principe de liberté de circulation<sup>1465</sup>. Ainsi que le rappelle l'Avocat général P. Léger, une justification fondée sur la lutte contre les pratiques abusives peut être retenue, mais elle est « *encadrée par des limites assez strictes* »<sup>1466</sup>. La Cour de justice a ainsi développé une méthode dans son contrôle de conformité de laquelle il résulte que **le constat d'un abus et de l'aptitude d'une réglementation à lutter contre celui-ci ne suffit pas à établir la conformité au traité CE de l'application du droit national**. Cette méthode fondée sur le principe de l'interprétation stricte des exceptions **Erreur ! Signet non défini.** aux atteintes à la libre circulation limite d'autant la portée du mécanisme communautaire de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**

---

également que « *la jurisprudence communautaire a retenu depuis l'origine l'exception de fraude qui paraît bien avoir le même caractère de dérogation à la liberté de circulation puisque la Cour de justice a refusé de juger que l'existence d'une fraude conduirait à qualifier la situation de purement interne, exclusive de l'application des règles du traité* », Huglo J-G. « Droit d'établissement et libre prestation de services », *Juris-Classeur Europe*, fasc. 710, pt. 69, p. 20.

<sup>1462</sup> Voir en ce sens A. Noblet qui affirme que « *l'exception d'abus de droit [...] est insidieusement appréhendée telle une classique raison d'intérêt général* », Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 435 ; Voir également en ce sens, Martin P., « La portée fiscale des libertés de circulation » in *D.F.*, 2000, n°44, p. 1448 et Martin D., « discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le Traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.* 1998, n°5-6, p. 568. Viangalli F., *La théorie de conflit de lois et le droit communautaire*, thèse PUAM 2004, p.116 ; Huglo J-G., « Liberté d'établissement et libre prestation de services », *Juris-Classeur Europe*, fasc. 710, qui appréhende la question de ce qu'il qualifie de fraude, non pas dans le cadre de l'applicabilité du droit communautaire mais comme un moyen de légitimer la mise en œuvre d'une règle de droit sp. pts. 9, 10, 78-83.

<sup>1463</sup> Voir par exemple, en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services, l'arrêt Kraus : « *la Cour a admis (voir, notamment, arrêt du 7 juillet 1976, Watson et Belmann, 118/75, rec. P. 1185, point 16; arrêt Heylens e.a., précité, point 8; arrêt du 7 juillet 1992, Singh, C-370/90, rec. P. I-4265, point 15) que les dispositions des articles 48 et 52 du traité mettaient en œuvre un principe fondamental consacré par l'article 3, sous c), du traité où il est dit qu'aux fins énoncées à l'article 2 l'action de la communauté comporte l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des personnes* ». CJCE, 31 mars 1993, Kraus, 12/92, *Rec.* 1663, pt. 29 (nous soulignons).

<sup>1464</sup> Les « *notions définissant le champ d'application d'une des libertés fondamentales garanties par le traité [...] ne peuvent être interprétées restrictivement* ». CJCE 23 mars 1982, Levin, 53/81, *Rec.* 1035, pt. 13

<sup>1465</sup> Voir par exemple en matière de libre circulation des marchandises CJCE, 17 juin 1981, Souvenir d'Irlande, 113/80, *Rec.* 1625, pt. 7 dans lequel la Cour affirme que toute « *dérogation à la règle fondamentale de l'élimination de tous les obstacles à la libre circulation des marchandises entre les Etats membres, est d'interprétation stricte* ». (Nous soulignons).

<sup>1466</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, *Rec.* 7995, conclusions de l'Avocat général M. P. Léger présentées le 2 mai 2006, pt. 87.

**734. Les éléments du contrôle de conformité au droit communautaire.** – De plus, il est de jurisprudence constante que « *les mesures susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent, pour être justifiées, remplir quatre conditions : elles doivent s'appliquer de manière **non discriminatoire**, se justifier par des **raisons impérieuses d'intérêt général**<sup>1467</sup>, être propre à **garantir la réalisation de l'objectif** qu'elles poursuivent et **ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre** »<sup>1468</sup>. Ainsi le fait que la lutte contre le recours abusifs à la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** constitue une « *raison impérieuse d'intérêt général* »<sup>1469</sup>, ne suffit pas à établir que l'application d'une réglementation poursuivant un tel objectif soit conforme au traité.*

Il faut démontrer, d'une part que l'application de la réglementation dans le cas d'espèce permet effectivement de lutter contre l'abus, et d'autre part qu'**une mesure moins attentatoire aux libertés de circulation n'eut pas permis de lutter tout aussi efficacement contre l'abus.**

En d'autres termes, même lorsqu'un abus est constaté et que la mise en œuvre d'une réglementation nationale a précisément pour objet de lutter contre cet abus, il est possible que celle-ci ne soit pas conforme au droit communautaire<sup>1470</sup>. La sanction de l'abus n'est donc pas systématique puisque celui-ci « *ne sera sanctionné que si [l'application de la loi évincée] apparaît pertinente* »<sup>1471</sup>.

**735. Illustrations.** – L'arrêt Centros illustre la difficulté d'une sanction de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** au stade de l'étude des justifications. Dans l'arrêt Centros, des ressortissants danois résidant au Danemark souhaitaient exercer une activité économique au Danemark exclusivement. Pour cela, ils constituèrent une SARL au Royaume-Uni où une telle constitution était possible sans aucune exigence relative à la constitution et à la libération d'un capital social minimal, puis exercèrent leur activité au Danemark par le biais d'une succursale. L'administration danoise avait alors refusé d'immatriculer la succursale en s'appuyant sur la notion de fraude, relevant que « *la constitution de la succursale au Danemark apparaît comme un moyen de se soustraire aux règles nationales relatives à la constitution et à la libération d'un capital*

---

<sup>1467</sup> En matière de libre circulation des marchandises.

<sup>1468</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155, pt.133, également en ce sens, CJCE 31 mars 1993, Kraus, 191/92, Rec. 1663, pt. 32, CJCE 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94, Rec. 4165, pt. 37, CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 34.

<sup>1469</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155, pt.132.

<sup>1470</sup> Voir en ce sens l'arrêt du 16 décembre 1992 (CJCE 16 décembre 1992, Commission c/ Belgique, 211/91, Rec. 6757, pt. 12 dans lequel la Cour a considéré que la réserve de l'abus de droit ne permet pas à un Etat membre « *d'exclure de façon générale que certains services puissent être fournis par des opérateurs établis dans d'autres Etats membres, ce qui reviendrait à supprimer la libre prestation des services* ».

<sup>1471</sup> Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 449. Voir également en ce sens, Huglo J-G., « Droit d'établissement et libre prestation de services », *Juris-Classeur Europe*, fasc. 710, pt. 79, p. 22, et « Droit d'établissement et libre prestation de services », *R.T.D.E.* 1993, p. 665.

*minimal* »<sup>1472</sup>. Bien que la Cour de justice admette que la lutte contre l'abus de droit communautaire constitue une raison impérieuse d'intérêt général<sup>1473</sup>, elle a considéré le refus d'immatriculation comme non conforme au droit communautaire. Selon la Cour, « *le fait qu'un Etat ne puisse pas refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société* **Erreur ! Signet non défini.** *constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège n'exclut pas que ce premier Etat puisse prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes* »<sup>1474</sup>. La Cour indiquait ainsi contrôler la pertinence de la réglementation nationale dont l'application devait permettre de lutter efficacement contre les abus.

On retrouve la même logique dans l'arrêt Cadbury. Le raisonnement de la Cour se décompose en trois étapes. D'abord la Cour admet « *qu'une restriction à la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** *puisse être justifiée par des motifs de luttés contre les pratiques abusives* »<sup>1475</sup>. Puis, elle constate que la législation en cause est « *susceptible d'atteindre l'objectif en considération duquel il a été adopté* »<sup>1476</sup>. Enfin, pour juger de la conformité de l'application de la réglementation au droit communautaire, elle affirme qu'il « *convient de vérifier si ladite législation ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* »<sup>1477</sup>.

**736. En conclusion**, la prise en considération de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** au stade du contrôle des justifications de la mise en œuvre d'une réglementation témoigne d'une volonté de la Cour **de limiter les hypothèses de sanction d'un abus de droit.**

En effet, d'une part **le seul constat d'un abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** **ne suffit donc pas à en garantir la sanction.** Une telle utilisation des libertés de circulation ne sera sanctionnée que si, en outre, la réglementation nationale appliquée au titre de sanction est jugée pertinente par la Cour de justice.

De plus, la sanction de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire est ainsi assimilée par la Cour de justice à une exception à une restriction à la libre circulation. En d'autres termes, **l'application du droit national au titre de la sanction de l'abus de droit serait une atteinte à la liberté de circulation** qu'il conviendrait de tolérer si elle s'avère véritablement indispensable. En effet, la libre circulation étant le principe, l'application du droit national en tant qu'exception au principe de la libre circulation devrait être admise de manière exceptionnelle conformément au principe de l'interprétation stricte des exceptions **Erreur ! Signet non défini.**

---

<sup>1472</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 12.

<sup>1473</sup> « *Un Etat membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et [...] les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaire* », CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 24.

<sup>1474</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 38.

<sup>1475</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 55.

<sup>1476</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 59.

<sup>1477</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 60.

**737. Appréciation critique.** – Un tel choix dans la sanction de l’abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire nous semble pourtant parfaitement **injustifié et contestable.** En effet, au regard des éléments retenus par la Cour de justice pour caractériser l’abus de droit, la logique commanderait d’un faire un outil de contrôle de l’invocabilité, par les opérateurs économiques des libertés de circulation. Afin de pouvoir défendre notre position, il nous faut à présent exposer ce que sont les éléments caractérisant l’abus de droit communautaire.

## Section II

### La limite artificielle : une notion difficilement caractérisée

**738. Le développement de la notion d’abus.** – Si la sanction de l’abus en matière de libertés de circulation ne nous semble pour le moment pas satisfaisante, nous considérons cependant que le choix de la Cour de justice de développer un tel mécanisme doit être salué. En effet, la Cour pose ainsi une limite aux nouvelles facultés de choix de loi déduites de la reconnaissance mutuelle et, ainsi qu’il convient à présent de le démontrer, révèle la fonction des libertés de circulation. **Ce faisant, elle renouvelle le débat fondamental relatif au sens et à l’objet des libertés de circulation.**

**739. L’arrêt Emsland Stärke GmbH.** – Le 14 décembre 2000<sup>1478</sup>, la Cour de justice a rendu, en formation plénière, un arrêt important en matière d’abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** La Commission lui suggérait de consacrer à cette occasion un principe général d’abus de droit communautaire<sup>1479</sup>. La Cour refusa d’adopter la position de la Commission mais expliqua avec clarté ce que sont en droit communautaire et en l’espèce les éléments constitutifs de cette notion.

Pour la Cour, le constat d’une pratique abusive suppose la réunion d’un élément objectif et d’un élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1480</sup> :

- l’élément objectif est le constat que **le but poursuivi par le droit communautaire n’a pas été atteint ;**

---

<sup>1478</sup> CJCE 14 décembre 2000 Emsland Stärke GmbH 110/99, Rec. 11569

<sup>1479</sup> « La Commission estime toutefois que la disposition citée, **n’est que l’expression d’un principe général de droit déjà en vigueur dans l’ordre juridique communautaire.** Elle relève que ce principe juridique général de l’abus de droit existe dans la quasi-totalité des Etats membres et qu’il déjà été appliqué dans la jurisprudence de la Cour, bien que la Cour ne l’ait pas reconnu expressément comme un principe général du droit communautaire ». CJCE 14 décembre 2000, 110/99, Rec. 11569, pt. 38

<sup>1480</sup> Ainsi, selon la Cour, « la constatation qu’il s’agit d’une pratique abusive nécessite, d’une part un ensemble de circonstances **objectives** d’où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, **l’objectif poursuivi par cette réglementation n’a pas été atteint.** Elle requiert d’autre part, un élément **subjectif** consistant en **la volonté d’obtenir un avantage** résultant de la réglementation communautaire **en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention** », CJCE 14 décembre 2000, 110/99 ; Rec. 11569, pts. 52 et 53.

- l'élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** est la volonté de l'opérateur économique d'user du droit communautaire dans une perspective inconciliable avec la fonction de celui-ci.

**740. Cadre de l'arrêt, conséquence pour le choix de loi. – La portée de cet arrêt est néanmoins incertaine.** En effet, la pratique abusive appréhendée par la Cour dans le cadre de cet arrêt était une utilisation abusive d'un règlement communautaire afin de bénéficier d'un avantage financier que celui-ci offrait. Il ne s'agissait pas d'échapper à l'application d'un droit national en se plaçant artificiellement sous l'empire de la législation d'un autre Etat membre et en s'appuyant sur les dispositions du traité CE relatives à la libre circulation. Reste alors à déterminer si les éléments dégagés dans le cadre particulier d'une utilisation abusive d'un règlement communautaire peuvent être transposés à toutes les hypothèses d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire et donc notamment à celles concernant le droit primaire des libertés de circulation.

**Méthode.** – En nous appuyant sur la jurisprudence de la Cour, nous identifierons les éléments caractérisant une utilisation abusive des libertés de circulation consacrées par le traité CE. Nous isolerons les ainsi **les éléments indifférents à la caractérisation d'un abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** (§ I.) du seul critère, à notre sens, reconnu pertinent par la Cour de justice : **le constat objectif d'un détournement du droit communautaire de sa fonction (§ II).** La découverte de ce critère nous conduira à rechercher ce que la Cour considère être, à l'heure actuelle, la fonction de chacune des libertés de circulation.

### **§ I. Les éléments indifférents ou insuffisants à la caractérisation de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.**

**741.** L'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** est **une limite de source communautaire au choix de loi de l'opérateur économique au sein du marché intérieur.** La raison en est-elle que la Cour cherche précisément par ce biais à condamner les opérateurs économiques qui s'appuieraient sur les libertés de circulation dans le seul but de bénéficier d'une loi jugée favorable ? Ou encore, du point de vue des Etats membres, est-ce que ce mécanisme a pour fonction de protéger les intérêts des Etats membres en les autorisant à lutter contre l'éviction de droit national compétent ? La *quasi* indifférence de la Cour de justice à l'égard des mobiles ayant conduit les opérateurs à circuler, ainsi qu'à l'égard du droit national évincé, témoigne de ce que le mécanisme de l'abus de droit est un outil au service du droit communautaire et non des droits nationaux. Nous constaterons ainsi que si les mobiles des opérateurs économiques – élément subjectif – et l'existence d'une loi nationale impérative contournée peuvent conduire à ce que soit

présupposé un abus de droit, au regard de la jurisprudence de la Cour, il est clair qu'ils ne permettent pas de caractériser celui-ci.

Il convient de démontrer qu'il se dégage de la Cour de justice que pour caractériser un abus en matière de liberté de circulation, elle refuse de tenir compte d'un **élément subjectif** Erreur ! Signet non défini. (A) et n'attache pas réellement d'importance à l'existence d'un **droit national évincé** (B)

### A. L'élément subjectif

742. Dans son ensemble, la doctrine soutient que l'établissement d'un élément subjectif Erreur ! Signet non défini. serait indispensable à la caractérisation d'un abus de droit Erreur ! Signet non défini.. Nous ne partageons pas cet avis. A notre sens, l'analyse de la jurisprudence de la Cour révèle son refus de connaître des mobiles Erreur ! Signet non défini. des opérateurs économiques, si bien que la démonstration d'un élément subjectif doit être jugée ni suffisante, ni nécessaire à la caractérisation d'un abus de droit. Aussi, après avoir fait état des arguments doctrinaux en faveur du caractère nécessaire de l'élément subjectif de l'abus de droit (1), nous procéderons à une **analyse critique de la nécessité de l'élément subjectif**, en nous fondant sur le refus de la Cour de connaître des mobiles des opérateurs économiques (2).

#### 1. Les arguments doctrinaux en faveur du caractère nécessaire de l'élément subjectif Erreur ! Signet non défini. de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini.

743. De manière presque unanime, la doctrine affirme que la caractérisation de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. communautaire suppose l'établissement d'un élément subjectif Erreur ! Signet non défini.. A l'appui de leur démonstration, les auteurs avancent **trois arguments** :

- premièrement, la conception finaliste Erreur ! Signet non défini. de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. retenue en droit communautaire imposerait de par sa **nature** même le recours à un tel élément ;

- deuxièmement, dans le domaine des libertés de circulation, la Cour de justice aurait clairement affirmé que **la volonté de contourner le droit national est un motif illégitime** Erreur ! Signet non défini. ;

- troisièmement, le rejet de la prise en considération des mobiles Erreur ! Signet non défini. de l'opérateur économique ne serait que l'expression d'une

**objectivisation de l'élément subjectif** Erreur ! Signet non défini. **afin d'en faciliter la preuve.**

Cependant, à notre sens, **leur propre constat d'une approche objective de l'élément subjectif** Erreur ! Signet non défini. **par la Cour de justice condamne leur position.** Cette démonstration suppose au préalable de présenter les trois arguments avancés par la doctrine : **l'élément subjectif prétendument inhérent à l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini. **selon la conception finaliste** Erreur ! Signet non défini. (1.1.), puis **la consécration par la Cour de justice d'un motif illégitime** Erreur ! Signet non défini. (1.2.) et enfin **l'objectivisation de l'élément subjectif** (1.3.).

**1.1. L'argument du caractère inhérent de l'élément subjectif** Erreur ! Signet non défini. **à l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini. **selon la conception finaliste** Erreur ! Signet non défini.

**744. L'analyse téléologique** Erreur ! Signet non défini. **de l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini. **impose l'établissement d'un élément subjectif** Erreur ! Signet non défini.. – Selon la conception finaliste Erreur ! Signet non défini. de l'abus de droit, l'abus se déduit de l'illégitimité de l'intention de l'auteur au regard de la fonction du droit subjectif Erreur ! Signet non défini.<sup>1481</sup>. La caractérisation de l'abus de droit suppose donc la confrontation de l'intention du titulaire du droit à la fonction du droit subjectif Erreur ! Signet non défini.. Cette intention de l'auteur – ou « *raisons pour lesquelles le titulaire* [d'un droit subjectif Erreur ! Signet non défini.] *a agi* »<sup>1482</sup> – non conforme à la fonction du droit est ce que l'on nomme l'élément subjectif<sup>1483</sup>.

L'élément objectif correspond à la fonction du droit subjectif Erreur ! Signet non défini.. Il résulte de cette théorie, que la réunion de deux éléments – l'élément objectif et élément subjectif Erreur ! Signet non défini. – est indispensable à la caractérisation de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini..

**745. Transposition de la conception téléologique** Erreur ! Signet non défini. **de l'abus en droit communautaire.** – La conception indéniablement finaliste de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. retenue par la Cour a conduit certains auteurs à reprendre le raisonnement que nous venons d'exposer.

---

<sup>1481</sup> Ainsi Jossierand considérerait-il que « *l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible* », Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 1<sup>ère</sup> éd., 1939 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006, n°296.

<sup>1482</sup> Jossierand « *De l'esprit des droits et de leur relativité* » 1927 1<sup>ère</sup> éd., 1939 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006, n°301.

<sup>1483</sup> Pour Jossierand, l'élément subjectif est ainsi établi lorsque « *les raisons pour lesquelles le titulaire* [d'un droit subjectif] *a agi* » ne sont pas conformes à la fonction de ce droit. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité* 1927 1<sup>ère</sup> éd., 1939 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006, n°301.

Ainsi, selon M. D. Simon, et Mme A. Rigaux, « *en dépit des controverses qui ont agité la doctrine de droit interne, notamment civiliste* »<sup>1484</sup>, la démonstration d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** nécessite toujours la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** correspondant à « *la volonté de l'auteur du comportement de tourner artificiellement l'application de la norme juridique* »<sup>1485</sup>. S'appuyant sur la jurisprudence Emsland Stärke<sup>1486</sup>, ils considèrent que « *la Cour de justice, sans faire référence expressément aux droits nationaux des Etats membres, s'inspire à l'évidence des mêmes critères en vue de définir la notion communautaire de l'abus de droit* »<sup>1487</sup>. Ces auteurs en déduisent que l'abus de droit communautaire suppose incontestablement la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif, qui, en droit communautaire correspondrait à « *la volonté d'obtenir un avantage en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention* »<sup>1488</sup>.

M. A. Nuyts, adhère également à cette pensée et souligne qu'en droit communautaire, la démonstration d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** « *impose une démarche en deux temps : tout d'abord, il y a lieu d'identifier de manière précise le but ou la finalité du droit ; ensuite il faut vérifier quels sont les mobiles* **Erreur ! Signet non défini.** *qui ont animé son titulaire. Le contrôle du juge porte sur la confrontation de ces deux éléments : c'est l'inadéquation des mobiles à la finalité du droit qui caractérise le détournement de celui-ci et partant, l'abus* »<sup>1489</sup>.

Pour bon nombre d'auteurs, si la nature même de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** impose l'établissement d'un élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.**, la Cour de justice aurait en outre clairement désigné le mobile illégitime permettant sa caractérisation. Afin de mesurer la portée de cet argument, **il faut brièvement rappeler le lien unissant la notion de mobile dit illégitime à l'élément subjectif.**

## 1.2. L'argument du motif illégitime **Erreur ! Signet non défini.** prétendument consacré par la Cour de justice

**746. Démonstration de l'illégitimité des motifs, de l'élément subjectif** **Erreur ! Signet non défini.** – Face à la difficulté d'établir que le titulaire d'un droit a agi **sans motif légitime** – élément subjectif –, Jossierand **Erreur ! Signet non défini.** constatait que « *le demandeur [...] s'efforcera de démontrer que son adversaire a obéi, dans l'espèce à tel*

<sup>1484</sup> Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 579

<sup>1485</sup> Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 579

<sup>1486</sup> CJCE 14 décembre 2000, 110/99 ; *Rec.* 11569.

<sup>1487</sup> Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 579

<sup>1488</sup> Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 579, s'appuyant sur l'arrêt Emsland Stärke.

<sup>1489</sup> Nuyts A., *L'exception de Forum non conveniens : étude de droit international privé comparé*, Thèse Bruylant 2003, pt. 534, p. 748.



*mobile déterminé, lequel est inconciliable avec la fonction du droit en cause ; il dénoncera le motif illégitime***Erreur ! Signet non défini.**, administrant ainsi la preuve directe, plus aisée et plus sûre que la démonstration négative de l'absence de mobile légitime »<sup>1490</sup>. Il entreprend alors de dresser une liste des principaux motifs illégitimes et remarque à cette occasion qu'en droit international privé, **la volonté de tourner une disposition impérative est un motif illégitime** (sanctionné au titre de la fraude à la loi**Erreur ! Signet non défini.**)<sup>1491</sup>.

Or, la doctrine considère justement que la Cour de justice a isolé un tel motif illégitime**Erreur ! Signet non défini.** **Indirectement, elle consacrerait donc l'élément subjectif****Erreur ! Signet non défini.**

747. Ainsi, en 2003, M. D. Waelbroeck, considère qu'il n'existe pas encore de principe communautaire d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1492</sup> et que la notion d'abus de droit est une notion de droit national<sup>1493</sup>. Néanmoins, il admet que la Cour de justice a très précisément encadré le recours à cette notion et que de ce fait, les Etats membres ne peuvent constater l'existence d'un abus qu'en présence d'un élément subjectif**Erreur ! Signet non défini.** et d'un élément objectif<sup>1494</sup>. S'appuyant également sur l'arrêt Emsland Stärke, l'auteur définit l'élément subjectif comme l'utilisation du droit communautaire à des fins illégitimes<sup>1495</sup>, ce qui suppose une étude de l'intention de l'opérateur économique. Il remarque qu'il se dégage de la jurisprudence de la Cour relative à l'abus de droit en libre circulation le recours au droit communautaire « *dans le but exclusif de*

<sup>1490</sup> Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 1<sup>ère</sup> éd., 1939 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006, n°300.

<sup>1491</sup> Il énumère également « la collusion, le concert frauduleux, véritable complot intervenu entre plusieurs personnes et dirigés contre un tiers, [...], le dol, [...] l'intention de nuire [qui ne se confondrait pas avec le dol car il pourrait exister en l'absence des manœuvres caractérisant le dol], la mauvaise foi ». Il constate encore que « *c'est au juge qu'il appartiendra, en cas de contestation, de rechercher si la règle du jeu a été respectée ou bien si elle n'a pas été transgressée, consciemment ou involontairement, intentionnellement ou par mégarde, selon la nature et l'esprit du droit en cause [...] [il] s'agit d'une question de fait en tant qu'ils s'enquière des raisons pour lesquels le titulaire a agi ; mais une question de droit lorsqu'ils décident si ces raisons doivent être considérées comme correctes ou comme abusives* ». Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 1939, n°301

<sup>1492</sup> En sens inverse cependant, voir par exemple D. Triantafyllou qui à la suite de l'arrêt Emsland Stärke considère que « *la formulation, par la Cour, des conditions dans lesquelles une pratique abusive donne lieu à l'invocation abusive d'un droit ne laisse plus de doute que l'interdiction de l'abus de droit est érigé, par la Cour de justice, un principe général du droit communautaire* ». Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632, p. 628, ou encore D. Simon, et A. Rigaux qui affirment que si « *l'abus de droit demeure extrêmement casuistique, il n'en demeure pas moins que le juge communautaire semble avoir, dans la période récente effectué un saut qualitatif qui consacre l'existence d'un nouveau principe général* ». Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 576.

<sup>1493</sup> Par conséquent remarquait-il, un juge national ne pourra « *avoir recours au principe [de l'abus de droit] que si son ordre juridique national connaît celui-ci* ». Waelbroeck D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 611.

<sup>1494</sup> Il considère plus précisément que le recours à l'abus de droit « *n'est admissible que dans les limites des principes de pleine effectivité du droit communautaire et d'équivalence. Ce faisant, les juridictions nationales ne pourront pas appliquer un test plus large que celui défini dans l'affaire Emsland-Stärke qui exige à la fois l'élément objectif et l'élément subjectif de l'abus* ». Waelbroeck D., « la notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 611.

<sup>1495</sup> L'élément subjectif correspond au fait « *que la règle est invoquée à des fins illégales* ». Waelbroeck D., « la notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 600.

*contourner la loi* »<sup>1496</sup> est un motif illégitime **Erreur ! Signet non défini.** M. D. Waelbroeck constate néanmoins que l'élément subjectif de l'abus n'est pas caractérisé, s'il « *existe une explication alternative possible* »<sup>1497</sup>.

M. V. Karayannis constate également que la caractérisation d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire impose la réunion d'un élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** et d'un élément objectif. En liberté de circulation l'élément subjectif serait l'utilisation des « *libertés garanties par le Traité pour se soustraire aux règles qui seraient [sinon] applicables* »<sup>1498</sup>. Dans le même sens, un autre auteur affirme que, bien que la détermination précise des éléments caractérisant l'abus de droit soit difficile en raison du caractère fluctuant de la jurisprudence de la Cour, un élément subjectif serait requis. Le plus souvent, celui-ci correspondrait à « *l'intention d'é luder la loi normalement compétente* »<sup>1499</sup>. Néanmoins, **les réticences de la Cour de justice à admettre que les raisons qui ont conduit les opérateurs économiques à circuler, puissent être, en tout état de cause, pris en considération, font douter de la portée réelle de l'élément subjectif.** Prenant acte de cette tendance jurisprudentielle, certains auteurs affirmèrent que la Cour de justice ne ferait pas fi de l'élément subjectif mais que l'on assisterait néanmoins à une objectivisation de l'élément subjectif.

### **1.3. L'argument de l'objectivisation de la preuve de l'élément subjectif** **Erreur ! Signet non défini.**

- 748.** L'argument de l'objectivisation de l'élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** suppose que soit très brièvement rappelé le mode de preuve de l'élément subjectif admis dans la conception téléologique **Erreur ! Signet non défini.** de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** Jossierand **Erreur ! Signet non défini.** admettait en effet que l'élément subjectif de l'abus de droit puisse être déduit de simples éléments de faits. Selon celui-ci, il ne serait en effet pas nécessaire de « *pénétrer jusqu'aux plus secrètes pensées de l'agent et de démontrer pour ainsi dire, les ressorts de sa volonté. [...] Si l'on voit dans l'acte abusif l'acte antifonctionnel, contraire à la finalité du droit auquel il correspond, la preuve à administrer s'en trouve concrétisée, objectivée ; le demandeur doit prouver, non pas précisément que son adversaire a obéi à un mobile déterminé, mais qu'en fait et dans l'espèce, le droit dont il s'est servi a été détourné de sa fonction* »<sup>1500</sup>. Selon certains, on retrouve en droit communautaire une conception similaire de la preuve de l'élément subjectif.

---

<sup>1496</sup> Waelbroeck D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 603.

<sup>1497</sup> Waelbroeck D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 603.

<sup>1498</sup> Karayannis V. « L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire (à propos de l'arrêt Kefâlas) » *C.D.E.* 1999, n° 5-6, p. 521, p. 529.

<sup>1499</sup> Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 224.

<sup>1500</sup> Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 1939.

**749. Doctrine en droit communautaire.** – Selon D. Waelbroeck, le plus souvent, la démonstration de cet élément ne serait pas une source de difficultés, les opérateurs reconnaissant explicitement les raisons pour lesquelles ils usent du droit communautaire. Ainsi l’auteur considère-t-il que la seule difficulté que crée cet élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** est l’identification du « *degré de preuve de l’élément subjectif requis lorsque les parties n’ont pas dévoilé leurs intentions si librement* »<sup>1501</sup>. Il constate à ce sujet que « *la Cour a eu l’occasion d’indiquer que dans une telle situation, ces intentions pourraient être déduites de la seule considération des faits* »<sup>1502</sup>. En libre circulation, l’auteur constate ainsi que cet élément subjectif se déduit du constat de l’absence d’exercice d’une activité économique réelle dans l’Etat membre de circulation. En effet, dans ce cas, « *l’usage du droit ne peut s’expliquer autrement que par la volonté de contourner celui-ci* »<sup>1503</sup>. Dans le même sens, M. D. Triantafyllou affirme que l’élément subjectif imposé par la Cour de justice peut « *être déduit de différents indices et comportement externes, ce qui amène à une certaine objectivisation* »<sup>1504</sup>.

**En conclusion,** la doctrine est quasiment unanime<sup>1505</sup>. Un élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** serait nécessaire à la caractérisation d’un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire. Pourtant, à notre sens la jurisprudence de la Cour, n’est pas aussi limpide<sup>1506</sup>. Nous démontrerons même qu’il se dégage de son analyse que la Cour retient en fait une conception purement objective de l’abus de droit.

## **2. Analyse critique de la doctrine fondée sur le refus de la Cour de connaître des mobiles** **Erreur ! Signet non défini.** **des opérateurs économiques.**

**750.** L’évolution de la jurisprudence de la Cour s’est faite en **trois temps**. La Cour a d’abord rejeté fermement que soient prises en considération les raisons ayant conduit l’opérateur économique à user du droit communautaire. Puis, dans une série d’arrêts, elle a admis une sanction de l’abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** en faisant référence à un motif illégitime **Erreur ! Signet non défini.**, à savoir la volonté de contourner le droit national. Enfin, dans les arrêts plus récents relatifs à la liberté d’établissement **Erreur ! Signet non défini.** des sociétés **Erreur ! Signet non défini.** elle a nié que

<sup>1501</sup> Waelbroeck D., « La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d’études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 603

<sup>1502</sup> Waelbroeck D., « La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d’études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 603

<sup>1503</sup> Waelbroeck D., « La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d’études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 603

<sup>1504</sup> Triantafyllou D., « L’interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632.

<sup>1505</sup> Cependant F. Mariatte dans son commentaire de l’arrêt Cadbury semble considérer que seul l’élément objectif caractérise l’abus de droit communautaire : « *Ainsi, la constatation de l’existence d’un montage suppose un élément subjectif, consistant en la volonté d’obtenir un avantage fiscale, et l’élément objectif caractéristique de l’abus de droit* », Mariatte F. *Europe* novembre 2006, commentaire n°314, p. 18-20, p. 20.

<sup>1506</sup> En ce sens, Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 224.

la volonté de contourner une législation nationale soit un mobile illégitime. Cette évolution en trois temps qu'il convient à présent d'évoquer nous conduit à considérer, contrairement à la position majoritairement soutenue en doctrine, que l'élément subjectif **Erreur ! Signet non défini. est inutile à la caractérisation de l'abus de droit.**

### **2.1. Le refus de prendre en considération les mobiles****Erreur ! Signet non défini. de l'opérateur économique**

**751.** L'arrêt Levin illustre le refus initial de la Cour de prendre en considération les mobiles **Erreur ! Signet non défini.** de l'opérateur économique. Dans cet arrêt, Mme Levin, ressortissante britannique avait sollicité un titre de séjour au Pays-Bas qui lui avait été refusé motif pris du fait qu'elle n'exercerait sur le territoire aucune activité économique. Afin de pouvoir se prévaloir des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs et obtenir ainsi le permis de séjour convoité, elle a alors exercé une activité salariée aux Pays-Bas à temps partiel et faiblement rémunérée. Les autorités néerlandaises contestaient encore cependant son droit de se prévaloir du droit communautaire en arguant que Mme Levin s'appuierait sur le droit communautaire, non pas pour pouvoir exercer une activité salariée aux Pays-Bas mais simplement pour pouvoir y séjourner légalement. La question se posait donc de savoir si un Etat membre pouvait faire échec au droit communautaire au regard des mobiles de l'opérateur économique.

Par l'emploi d'une première formule quelque peu confuse, la Cour de justice affirme refuser que les mobiles **Erreur ! Signet non défini.** de l'opérateur économique puissent avoir un quelconque impact sur l'application du droit communautaire<sup>1507</sup>. Selon la Cour, le traité CE, le règlement et la directive ici applicables « *n'impliquent [...] pas que la jouissance de cette liberté puisse être subordonnée aux buts poursuivis par un ressortissant d'un Etat membre en sollicitant l'entrée ou le séjour sur le territoire d'un autre Etat membre **pourvu qu'il y exerce ou qu'il souhaite y exercer une activité [...] salariée réelle et effective*** »<sup>1508</sup>. L'ambiguïté de la formulation de la Cour résulte de l'emploi du verbe « souhaiter ». Mais, l'emploi de ce terme s'explique par l'approche pragmatique de la Cour. En effet, les libertés de circulation doivent protéger les opérateurs économiques ayant circulé et ceux, souhaitant le faire. On ne saurait donc déduire de l'emploi de ce verbe que la Cour de justice impose qu'en tout état de cause, les mobiles des opérateurs économiques soient étudiés. Cette analyse est confirmée par l'alinéa suivant de l'arrêt. De manière catégorique la Cour indique que « **les intentions**

---

<sup>1507</sup> Les formules du traité et du règlement et de la directive « *n'impliquent cependant pas que la jouissance de cette liberté puisse être subordonnée aux buts poursuivis par un ressortissant d'un Etat membre en sollicitant l'entrée ou le séjour sur le territoire d'un autre Etat membre **pourvu qu'il y exerce ou qu'il souhaite y exercer une activité [...] salariée réelle et effective*** », CJCE 23 mars 1982, Levin, 53/81, Rec. 1035, pt. 21.

<sup>1508</sup> CJCE 23 mars 1982, Levin, 53/81, Rec. 1035, pt. 21.

*qui ont pu inciter le travailleur à chercher du travail dans l'Etat membre concerné sont indifférentes et ne doivent pas être prise en considération »<sup>1509</sup>.*

Pourtant, dans d'autres arrêts de la même période la Cour de justice faisait des références aux mobiles **Erreur ! Signet non défini.** de l'opérateur économique pour juger d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** Il convient à présent donc d'en faire état.

## **2.2. L'identification d'un motif illégitime **Erreur ! Signet non défini.** : la volonté de contourner le droit national**

**752.** Dans l'arrêt Van Binsbergen du 3 décembre 1974, consacrant en droit communautaire la sanction d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**, la Cour visait les situations dans lesquelles un prestataire de services s'appuyait sur l'article 59 du traité « *en vue de soustraire aux règles professionnelles* »<sup>1510</sup> d'un Etat membre. La volonté de se soustraire à l'application d'une loi nationale constituait donc un motif illégitime **Erreur ! Signet non défini.** On retrouve la même idée dans l'arrêt Leclerc du 10 janvier 1985, dans lequel la Cour admet encore une fois la sanction de l'abus de droit lorsqu'elle constate que le droit communautaire est en fait utilisé « *dans le but de tourner une [...] législation* »<sup>1511</sup>. Dans d'autres arrêts<sup>1512</sup>, la référence à telle motif illégitime est faite de manière négative, il ne s'agit plus de vouloir échapper à l'application mais de constater que l'on a tenté d'y échapper. Ainsi dans l'arrêt Bouchara, admet-il que les Etats membres s'opposent à ce que les opérateurs économiques « *ne tentent de se soustraire à l'emprise de leur législation nationale* »<sup>1513</sup>.

Néanmoins, dans la série d'arrêts récents rendus dans le domaine de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**, la Cour de justice a contesté que la volonté de contourner le droit national soit un motif illégitime **Erreur ! Signet non défini.** Dès lors, **l'élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** identifié par la doctrine ne peut plus être prouvé si bien qu'il faut reconnaître qu'un tel élément n'est pas requis pour la caractérisation d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire.**

## **2.3. L'affirmation que la volonté d'échapper à l'application d'une loi est un mobile conciliable avec les libertés de circulation**

---

<sup>1509</sup> CJCE 23 mars 1982, Levin, 53/81, Rec. 1035, pt. 22 (nous soulignons).

<sup>1510</sup> CJCE 3 décembre 1974, 33/74, Rec. 1299, pt. 13, également en ce sens : CJCE 5 octobre 1994, TV 10, 23/93, Rec. 4797, conclusions de l'Avocat général C. O. Lenz présentées le 16 juin 1994.

<sup>1511</sup> CJCE 10 janvier 1985, 229/83, Rec. 1, pt. 31.

<sup>1512</sup> CJCE 7 février 1978, Knoors, Rec. 401, pt. 25.

<sup>1513</sup> CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, Rec. 3563, pt 14.

753. Les arrêts Centros et Inspire Art illustrent l'acception très restrictive de la notion de motifs illégitimes adoptée par la Cour de justice. Dans l'arrêt Centros, la Cour reconnaît le droit des Etats membres de s'opposer à ce que les opérateurs économiques « *ne tentent de se soustraire abusivement* »<sup>1514</sup> à une législation d'un Etat membre. Cependant, elle affirme également que « *le fait pour un ressortissant d'un Etat membre qui souhaite créer une société* **Erreur ! Signet non défini., de choisir de la constituer dans l'Etat membre dont les règles du droit des sociétés** **Erreur ! Signet non défini.s lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement »<sup>1515</sup>. Ainsi, le fait de s'appuyer sur le droit communautaire pour contourner une législation nationale jugée non satisfaisante **n'est pas un mobile inconciliable**<sup>1516</sup> **avec la fonction du droit communautaire**. Bien au contraire, elle affirme même que le fait d'essayer d'échapper à l'emprise d'une loi jugée défavorable en se plaçant sous l'empire d'une loi plus favorable « *est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini. garantie par le traité** »<sup>1517</sup>. Dans l'arrêt Inspire Art, la Cour de justice est encore plus explicite. Elle admet que les opérateurs économiques puissent utiliser le droit communautaire « *dans le [seul] but d'échapper à la législation [en l'occurrence] néerlandaise* »<sup>1518</sup>.**

Ainsi que le soulignait un auteur, cette position de la Cour ne doit pas surprendre. En effet, « *[...] la création d'un marché intérieur s'identifie à une circulation transfrontière des biens et des personnes. Sa connotation économique implique que les opérateurs économiques soient guidés dans leur stratégie par le choix des conditions les plus favorables offertes au niveau local. L'entreprise ne sera encouragée à s'implanter à l'étranger que si les conditions offertes par l'Etat d'accueil sont plus favorables que celles en vigueur dans l'Etat d'origine* »<sup>1519</sup>.

754. **L'arrêt Cadbury.** – Dans l'arrêt Cadbury, le rôle effectivement joué par l'élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** apparaît plus clairement. Si la preuve de l'élément objectif est nécessaire et **suffisante** pour caractériser l'abus, la Cour ne s'oppose pas à ce que les Etats membres posent **comme condition supplémentaire à sa sanction la démonstration d'un élément subjectif**, d'un mobile illégitime.

<sup>1514</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 18.

<sup>1515</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 27, dans le même sens CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec. 10155, pt. 96.

<sup>1516</sup> Rappelons en effet que selon la définition qu'en donnait Josserand, un mobile illégitime est un « *[...] mobile [...] inconciliable avec la fonction du droit en cause* ». Josserand, *Del'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 1<sup>ère</sup> éd., 1939 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006, n°300.

<sup>1517</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 138.

<sup>1518</sup> CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155, pt. 98. Dans ce même arrêt, la Cour affirme également que « *n'est pas constitutive d'un abus la circonstance que la société n'a été créée que dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse* ». CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155, pt. 96

<sup>1519</sup> Fallon M., « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté*, mélanges offerts à E. Cerexhe, ed. Larcier, 1997, sous la dir. de Joe Verhoeven, 165-188, p. 166.

En effet, bien que la Cour reprenne la formule de l'arrêt Emsland Stärke et vise la réunion d'un élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** et d'un élément objectif<sup>1520</sup>, il apparaît clairement que le seul **critère réellement pertinent à ses yeux est l'élément objectif.** Ainsi, pour la Cour, l'objet de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** étant de permettre à une société **Erreur ! Signet non défini.** établie dans un Etat membre, de créer un établissement secondaire dans un autre Etat membre, « l'application de [la législation anglaise fondée sur l'existence d'une pratique abusive] doit être exclue lorsque, nonobstant l'existence de motivations de nature fiscale, la constitution d'une SEC [c'est-à-dire d'un établissement secondaire] correspond à une réalité économique »<sup>1521</sup>.

Bien sûr, il est encore possible de considérer que le fait que l'objectif poursuivi par le droit communautaire ne soit pas atteint constitue la preuve négative de ce que l'opérateur économique poursuivait en fait un but autre et inconciliable avec la fonction du droit communautaire. Dans cette optique certains ont parlé du caractère objectif de l'élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1522</sup>.

### **Il ne nous semble pas qu'un tel détour soit nécessaire.**

La première raison est qu'il devient alors bien difficile de distinguer l'élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** de l'élément objectif. En effet, faut-il alors considérer que l'élément objectif (constat de ce que l'objectif poursuivi n'est pas atteint) caractérise l'élément subjectif? La seconde raison est que la Cour de justice a une approche finaliste et pragmatique du droit communautaire. Elle impose qu'il soit établi au cas par cas, si les finalités du droit communautaire ont été atteintes. Seule la démonstration inverse légitime la mise en œuvre du droit national en cause<sup>1523</sup>. En outre la Cour a déjà affirmé que la volonté de contourner le droit national normalement applicable était parfaitement conciliable avec les libertés de circulation.

En ce sens également l'avocat général M. Poiares Maduro relève que « lorsque la Cour estime qu'un abus existe lorsque l'activité en cause ne saurait avoir d'autre but ou justification que d'entraîner l'application des dispositions du droit communautaire d'une manière contraire à leur finalité, cela revient, selon moi, à adopter un **critère objectif**

---

<sup>1520</sup> « La constatation de l'existence [d'un] montage exige [...], un élément **subjectif** consistant en la volonté d'obtenir un avantage fiscal [et] qu'il ressorte d'éléments **objectifs** que malgré un respect formel des conditions prévues par le droit communautaire, l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement [...] n'a pas été atteint ». CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 64, voir dans le même sens : CJCE 14 décembre 2000, Emsland-Stärke, 110/99, Rec. 11569, points 52 et 53, CJCE 21 février 2006 Halifax e. a., 255/02, Rec. 1609, points 74 et 75.

<sup>1521</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 65.

<sup>1522</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », C.D.E., 2002, pp. 611-632. Waelbroeck D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616.

Pour une approche plus nuancée, voir A. Noblet qui déduit de l'arrêt Centros que « l'intention est soit totalement ignorée soit déduite à partir d'indices objectifs. Le critère subjectif est ainsi relativisé ». Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, Université de Rouen, sous la dir. de J.-S. Bergé, p. 227.

<sup>1523</sup> Voir : CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 25 : « [...] Les juridictions nationales peuvent, au cas par cas, en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées pour leur refuser, le cas échéant le bénéfice des dispositions du droit communautaire invoquées ».

*d'appréciation de l'abus. Il est vrai que ces éléments objectifs feront apparaître que la ou les personnes engagées dans cette activité avaient très vraisemblablement l'intention de faire un usage abusif des dispositions du droit communautaire. Mais ce n'est pas cette intention qui est déterminante pour apprécier l'abus. C'est plutôt l'activité elle-même, objectivement considérée »<sup>1524</sup>.*

**En conclusion**, la connaissance des mobiles **Erreur ! Signet non défini.** ayant conduit les opérateurs à user de leur droit de circuler n'est pas nécessaire à la caractérisation de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** et la **volonté** de contourner le droit national se concilie avec la fonction des libertés de circulation **Erreur ! Signet non défini.** Partant, le constat d'une loi nationale évincée peut-il encore être considéré indispensable à la caractérisation de l'abus de droit ?

## B. Le droit national évincé

**755. Origine de l'interrogation.** – La notion d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** en matière de libre circulation a été principalement développée à l'occasion de litiges relatifs à des manœuvres d'opérateurs économiques destinées à évincer la mise en œuvre de réglementation nationale. Ainsi par exemple, dans l'affaire Leclerc, les opérateurs économiques souhaitaient-ils échapper à la réglementation française relative au prix du livre, dans l'affaire Centros, ils voulaient échapper à la réglementation néerlandaise relative à la libération d'un capital minimal pour la constitution d'une société **Erreur ! Signet non défini.** Dès lors, on a pu se demander si la caractérisation même d'un abus de droit supposait la démonstration d'une loi nationale évincée.

Une telle analyse doit être rejetée, car la Cour de justice a clairement manifesté que le mécanisme qu'elle consacre permet de lutter contre une utilisation abusive du droit communautaire et non pas de lutter contre la fraude à la loi **Erreur ! Signet non défini.** nationale. Plusieurs éléments le démontrent.

**756. Premier élément : les arrêts sanctionnant l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** **en l'absence d'un droit impératif évincé.** – La Cour de justice a, on l'on vu, sanctionné une utilisation abusive des libertés de circulation alors même qu'aucune réglementation nationale n'était évincée<sup>1525</sup>. L'éviction du droit national impératif n'est donc **jamais une condition nécessaire** à la caractérisation d'un abus de droit.

Néanmoins, l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** est une notion polymorphe. Il existe donc différents types d'utilisation abusive des libertés de circulation. Un auteur a alors pu soutenir que l'éviction du droit national compétent serait la manifestation d'**une**

<sup>1524</sup> Maduro Póiares M., conclusions présentées le 7 avril 2005, dans l'affaire C-255/02, Halifax, pt. 70/

<sup>1525</sup> CJCE 21 juin 1988, « Sylvie Lair », 39/85, Rec. 3161.



utilisation abusive des libertés de circulation<sup>1526</sup>. Cette analyse doit à notre sens être également rejetée car elle nous semble être le fruit d'une analyse erronée de la jurisprudence de la Cour. A notre sens, la sanction de l'éviction du droit national impératif n'est qu'une conséquence de l'existence d'un abus et non une de ses éléments caractéristiques, comme il convient à présent de la démontrer.

**757. Second élément : analyse erronée de la jurisprudence de la Cour.** – On ne peut pas déduire du fait que la Cour ait reconnu l'intérêt légitime qu'ont les Etats à lutter contre l'éviction du droit national<sup>1527</sup> que, *a contrario*, l'utilisation des libertés de circulation dans le but d'échapper à l'application du droit national serait une forme d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire.

En effet, les intérêts nationaux ne se confondent pas toujours avec les intérêts communautaires et l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** qui tend à garantir la réalisation de la fonction des libertés de circulation est un mécanisme juridique au service des intérêts de la Communauté. L'admission de la légitimité des Etats membres à défendre l'application du droit national, ne signifie donc pas que l'application du droit national compétent sert également les intérêts communautaires.

Il s'agit de deux problématiques distinctes comme en témoigne la formulation de la Cour de justice dans l'arrêt Centros. La Cour envisage d'une part le fait « *qu'un Etat membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale* [et d'autre part] *que les justiciables ne sauraient se prévaloir abusivement ou frauduleusement des normes communautaires* »<sup>1528</sup>.

D'ailleurs M. A. Noblet, qui déduit de la consécration de la légitimité de la lutte des Etats membres contre le contournement du droit national que l'éviction du droit national est un élément permettant la caractérisation d'un type d'abus de droit **Erreur ! Signet non**

---

<sup>1526</sup> Constatant que « l'éviction du droit national par le biais de la libre circulation n'est qu'une facette de l'abus de droit communautaire, [l'auteur préfère évoquer l'existence d'un] principe communautaire de non contournement des droits nationaux. [Selon cet auteur, ce principe] exprime [...] une réalité. Car si la mise en jeu dudit principe reste exceptionnelle, son existence est indéniable. Sous l'égide du droit communautaire est promue la liberté de circulation mais celle-ci doit être homête. Or nul doute que l'interdiction de l'abus de droit est l'instrument le plus approprié pour s'en assurer ». Noblet A. *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss la dir. de M. J-S Bergé, 552 p., p. 18.

<sup>1527</sup> La Cour a ainsi affirmé que l'on « ne saurait cependant méconnaître l'intérêt légitime qu'un Etat membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle », CJCE 7 février 1979, Knoors, 115/78, *Rec.* 401, pt. 25; dans le même sens CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, *Rec.* 3563, pt. 14; également quoique de manière plus implicite, le terme d'intérêt légitime n'étant pas employé. CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen 33/74, *Rec.* 1299, pts 12 et 13 ; CJCE 5 octobre 1994, TV 10 SA, 23/93, *Rec.* 4824, pt. 16 ; en matière de droit des sociétés CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec.* I-1484, pt. 38.

<sup>1528</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec.* I-1484, pt. 24.

**défini.**<sup>1529</sup>, constate que si l'éviction du droit national est un élément nécessaire à la caractérisation de l'abus en libre circulation, il ne serait en revanche pas suffisant. L'auteur souligne « *qu'il faut donc adjoindre d'autres éléments, que la Cour se garde d'ailleurs bien d'indiquer afin de préserver sa liberté d'appréciation* »<sup>1530</sup>. Il nous semble alors plus juste de considérer que la Cour reconnaît la légitimité de la lutte des Etats membres contre l'éviction injustifiée de leur droit et qu'à cette fin elle admet le recours au mécanisme de l'abus de droit si par ailleurs, celui-ci peut être caractérisé. Mais, l'abus de droit n'est pas caractérisé par l'éviction du droit national. Cette éviction du droit national n'est qu'une simple conséquence parmi d'autres de l'abus. Les Etats membres peuvent donc soumettre la sanction de l'abus de droit au constat d'une éviction du droit national, mais cela ne leur est pas imposé par la Cour de justice qui retient **un autre critère pour caractériser l'abus de droit** comme en témoigne l'arrêt Centros. Dans cet arrêt, la Cour affirme « *qu'un Etat membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale* »<sup>1531</sup>. Puis que « *si dans de telles circonstances, les juridictions nationales peuvent, au cas par cas, en se fondant sur des éléments objectifs tenir compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées, [...] elles doivent également, dans l'appréciation d'un tel comportement, prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause* »<sup>1532</sup>. Ainsi que nous allons à présent l'exposer, la Cour ne retient en fait qu'un seul élément pour la caractérisation de l'abus de droit : le constat objectif de ce que le but poursuivi par le biais de la libre circulation n'a pas été atteint.

### Conclusion du § I.

**758.** La Cour de justice indique clairement que l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** est un mécanisme de droit communautaire. Il se caractérise par un acte **anti-fonctionnel** **Erreur ! Signet non défini.** soit, en d'autres termes, un usage des libertés de circulation ne permettant pas la réalisation de leur fonction.

**759. Les mobiles** **Erreur ! Signet non défini.** de l'opérateur économique l'ayant conduit à user des libertés de circulation ne sont **jamais recherchés** par la Cour de justice. Aussi paraît-il inutile d'affirmer que la Cour de justice aurait implicitement reconnu la nécessité de caractériser un élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** en reconnaissant la

<sup>1529</sup> Selon cet auteur, « *l'abus de droit communautaire revêt de multiples facettes, de sorte qu'il ne peut être résumé au cas de contournement du droit national* ». Noblet A. *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss la dir. de M. J.-S. Bergé, 552 p., sp. p. 11 et ss.

<sup>1530</sup> Noblet A. *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J.-S. Bergé, 552 p., p. 449.

<sup>1531</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 24.

<sup>1532</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 25. dans le même sens, voir notamment : CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 52.

légitimité des Etats à lutter contre les manœuvres tendant à l'éviction du droit national normalement compétent. En effet, la Cour de justice a clairement affirmé que la **volonté** des opérateurs économiques d'éviter l'application de certaines lois était non seulement conciliable avec les libertés de circulation, mais encore inhérente aux libertés de circulation. De ce fait, si la volonté d'échapper au droit national normalement compétent n'est pas un motif illégitime **Erreur ! Signet non défini.**, quel pourrait alors être ce motif illégitime, indispensable à la caractérisation d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** ?

760. Il faut en fait reconnaître que les mobiles **Erreur ! Signet non défini.** de l'opérateur économique sont indifférents pour caractériser un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** L'élément subjectif **Erreur ! Signet non défini.** normalement nécessaire à la caractérisation d'un abus de droit selon la conception finaliste **Erreur ! Signet non défini.** doit être ici rejeté. De la même façon, l'éviction du droit national normalement compétent est indifférente. Elle n'est ni la démonstration d'un élément subjectif prétendument objectivé ni un élément objectivement exigé par la Cour de justice pour la caractérisation d'un abus.

Finalement, la Cour de justice semble reconnaître plus modestement aux Etats membres le droit de chercher à préserver l'autorité de leur droit national en sanctionnant son éviction par un recours des opérateurs économiques aux libertés de circulation, mais uniquement si cet usage de libertés de circulation s'avère anti-fonctionnel. A défaut, elle juge l'éviction du droit national impératif parfaitement légitime et conforme au traité CE. L'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** peut donc conduire à sanctionner des manœuvres des opérateurs économiques aux fins d'évincer l'application de dispositions nationales impératives mais tel n'est certainement pas son objet. Il convient donc à présent de procéder à une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour pour tenter d'identifier ce qu'est, à son sens, la fonction de chacune des libertés, dont la violation doit être sanctionnée par l'abus de droit.

## § II. L'abus, un détournement des libertés de circulation de leur fonction

761. Il se dégage de la doctrine unanime et de la jurisprudence de la Cour de justice que la caractérisation d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire suppose la démonstration d'un élément objectif compris comme le constat de ce que la fonction de la liberté de circulation n'a pas été réalisée par l'utilisation qui en a été faite. L'émergence d'un tel mécanisme d'abus de droit communautaire renouvelle ainsi la délicate question de la fonction des libertés de circulation **Erreur ! Signet non défini.** Les positions doctrinales sont à cet égard nombreuses et variées.

Aussi, après avoir rappelé l'**unanimité** existant **quant à la caractérisation de l'abus par le détournement des libertés de circulation** Erreur ! Signet non défini. **communautaire de leur fonction** (A), il nous faudra à notre tour prendre position sur la difficile question de la fonction des libertés de circulation Erreur ! Signet non défini. Pour cela, nous proposerons d'abord une **analyse critique des thèses faisant de l'intégration** Erreur ! Signet non défini. **négative** Erreur ! Signet non défini. **la fonction des libertés de circulation** Erreur ! Signet non défini. (B), pour ensuite procéder à **une déduction casuistique de la fonction des droits subjectifs** Erreur ! Signet non défini. **issus des libertés de circulation**. Nous démontrerons qu'il résulte de celle-ci que les libertés doivent globalement être comprises comme ayant pour seule fonction de promouvoir différents types de mobilité au sein de la Communauté (C).

#### **A. L'unanimité quant à la caractérisation de l'abus par le détournement des libertés de circulation** Erreur ! Signet non défini. **communautaire de leur fonction**

**762. La conception téléologique** Erreur ! Signet non défini. **de l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini. – Comme nous l'avons exposé, la Cour de justice retient une conception finaliste Erreur ! Signet non défini. de l'abus de droit. Selon cette conception, l'abus de droit est « *un acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité* »<sup>1533</sup>. Cette approche de l'abus de droit suppose donc de pouvoir déterminer ce qu'est la fonction du droit, puis de constater que cette fonction n'a pas été respectée.

L'élément objectif de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. est le constat que l'objectif poursuivi par la disposition de droit communautaire n'a pas été atteint.

**763. La doctrine.** – La nécessité d'établir un élément objectif pour caractériser l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. communautaire est admise par l'ensemble de la doctrine. M. D. Simon, et Mme A. Rigaux constatent que la caractérisation de l'abus de droit, tant en droit civil interne qu'en droit communautaire « *suppose [...] un constat objectif correspondant à l'idée que la finalité poursuivie par la norme juridique n'est pas atteinte [...]* »<sup>1534</sup>. S'appuyant sur l'arrêt Emsland Stärke, M. D. Waelbroeck constate également que l'abus de droit est composé d'un « *un élément objectif, c'est-à-dire d'un ensemble de circonstance objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint* »<sup>1535</sup>. Selon M. A. Noblet, cet élément objectif

---

<sup>1533</sup> Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927, 2<sup>ème</sup> éd., n°292.

<sup>1534</sup> Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 579.

<sup>1535</sup> Waelbroeck D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *Mélanges en hommage à J.-V. Louis*, Institut d'Etudes Européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616, p. 598.

correspond aux « indices de l'artifice »<sup>1536</sup>. Il s'agirait donc de prendre « en compte des éléments objectifs du comportement [établissant que] l'objectif des dispositions communautaires »<sup>1537</sup> n'a pas été atteint. Cet élément objectif serait le « fait que l'activité soit exercée entièrement ou principalement hors du territoire lieu d'établissement »<sup>1538</sup>. M. F. Mariatte remarque que « la constatation de l'existence d'un montage suppose [...] l'élément objectif caractéristique de l'abus de droit »<sup>1539</sup>. Quoique de manière moins explicite, M. D. Triantafyllou déduit la nécessité de cet élément objectif de l'arrêt Centros dans lequel l'abus de droit est défini au regard « de la substance de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**, sans se gêner du fait que les activités soient exercées uniquement dans l'Etat membre de la succursale et qu'il s'agisse manifestement d'éviter ou d'échapper les conditions les plus contraignantes de l'Etat du siège »<sup>1540</sup>. M. F. Lagondet vise implicitement cet élément objectif lorsqu'il affirme que l'abus de droit est constitué « lorsque le droit communautaire est utilisé [...] sans que la finalité économique qui sous-tend la liberté de circulation invoquée constitue la motivation principale de cette émigration »<sup>1541</sup>.

**764. La jurisprudence.** – La jurisprudence de la Cour de justice est pour sa part sans équivoque. Dans l'arrêt Emsland Stärke du 14 décembre 2000, la Cour établit que « la constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive nécessite [...] un ensemble de circonstances **objectives** d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, **l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint** »<sup>1542</sup>. Dans l'arrêt Centros, la Cour affirme que pour caractériser une utilisation abusive des libertés de circulation, les Etats membres « [...] **doivent également, dans l'appréciation d'un tel comportement, prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause** »<sup>1543</sup>. Dans l'arrêt Cadbury, elle impose aux Etats membres de vérifier qu'il « [...] ressort d'éléments objectifs que, malgré le respect formel des conditions prévues par le droit communautaire, **l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement** **Erreur ! Signet non défini.** [...] n'a pas été atteint »<sup>1544</sup>.

**En conclusion**, on peut affirmer que la caractérisation de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** est incontestablement subordonnée à la démonstration d'un élément objectif,

<sup>1536</sup> Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J.-S. Bergé, 552 p., p. 224.

<sup>1537</sup> Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J.-S. Bergé, 552 p., p. 227.

<sup>1538</sup> Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, ss. la dir. de M. J.-S. Bergé, 552 p., p. 227.

<sup>1539</sup> Mariatte F., *Europe* novembre 2006, commentaire n° 14, p. 18-20, p. 20.

<sup>1540</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632, p. 618.

<sup>1541</sup> Lagondet F., « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *JT Droit européen*, 2003, n° 95, pp. 8-11, p. 9.

<sup>1542</sup> CJCE 14 décembre 2000, 110/99; *Rec.* 11569, points 52 et 53; dans le même sens CJCE 21 février 2006 Halifax e. a., 255/02, *Rec.* non encore publié, points 74 et 75, (nous soulignons).

<sup>1543</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, *Rec.* I-1484, pt. 25. dans le même sens, voir notamment : CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes », 196/04, *Rec.* 7995, pt. 52.

<sup>1544</sup> CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, 196/04, *Rec.* 7995, pt. 64.

c'est-à-dire au constat que l'objectif poursuivi par la disposition du droit communautaire utilisé n'a pas été atteint.

Néanmoins, si la nécessité d'établir cet élément objectif est certaine, **un large doute subsiste quant à la détermination de ce qu'est la fonction des libertés de circulation**Erreur ! Signet non défini.. C'est ce doute qu'il convient à présent de présenter, puis de lever.

**B. Analyse critique des thèses faisant de l'intégration**Erreur ! Signet non défini.  
**négative**Erreur ! Signet non défini. **la fonction des libertés de circulation**

**765. L'interrogation.** – Définies à l'article 14 du traité CE comme devant permettre le bon fonctionnement du marché intérieur, les interdictions posées par les dispositions du traité CE au titre de la libre circulation ont pour objet de garantir le décloisonnement des marchés nationaux, soit, en d'autres termes, la régulation du marché intérieur par l'intégrationErreur ! Signet non défini. négativeErreur ! Signet non défini.<sup>1545</sup>. Plus concrètement, l'intégrationErreur ! Signet non défini. communautaire impose d'éradiquer les réglementations nationales nuisant à la libre circulation des opérateurs économiques.

Une question se pose alors que l'on peut formaliser de la façon suivante : **les droits subjectifs**Erreur ! Signet non défini. que les opérateurs économiques tirent des libertés de circulation ont-ils pour objet **de lutter de manière générale contre les réglementations nationales gênant le commerce intracommunautaire – intégration**Erreur ! Signet non défini. négativeErreur ! Signet non défini. – ou ont-ils plus précisément pour objet **de leur permettre de franchir librement les frontières étatiques au sein de la Communauté ?**

**766.** L'idée selon laquelle les droits subjectifsErreur ! Signet non défini. que les opérateurs économiques tirent des libertés de circulation auraient pour fonction l'intégrationErreur ! Signet non défini. négativeErreur ! Signet non défini. est justifiée par la doctrine de deux façons différentes. Certains soutiennent que les libertés de circulation auraient pour **fonction de permettre une coopération** des opérateurs économiques avec la Cour de justice afin de lutter contre les réglementations nationales non conformes au droit communautaire. D'autres justifient la thèse de la fonction d'intégrationErreur ! Signet non défini. négativeErreur ! Signet non défini. en transposant **la théorie américaine du fédéralisme économique** en droit communautaire.

---

<sup>1545</sup> Voir à ce sujet nos développements, dans la première partie de cette thèse, titre premier, chapitre premier. Le maintien des compétences étatiques sous contrôle communautaire

767. Nous tenterons de démontrer que, si les libertés de circulation inscrites dans le traité CE permettent à la Communauté de lutter contre certaines réglementations des Etats membres, **les droits subjectifs** Erreur ! Signet non défini. **que les opérateurs économiques tirent de ces mêmes dispositions ont plus modestement pour objet de garantir la possibilité d'une mobilité économique effective.**

Aussi après avoir procédé à un **bref rappel de la notion d'intégration** Erreur ! Signet non défini. **négative** Erreur ! Signet non défini. (1), nous **réfuterons de manière catégorique la thèse de l'assimilation des libertés de circulation à un outil de coopération entre Cour de justice et opérateurs économiques** (2), puis discuterons de la possible, mais plus **difficile, réfutation de la thèse de l'analyse des libertés de circulation sous l'angle de la théorie du fédéralisme économique** Erreur ! Signet non défini. (3).

**1. Bref rappel de la notion d'intégration** Erreur ! Signet non défini. **négative** Erreur ! Signet non défini.

768. Le droit communautaire doit conduire à la réalisation de l'intégration Erreur ! Signet non défini.<sup>1546</sup>, à tel point qu'il est également nommé droit de l'intégration Erreur ! Signet non défini. par certains. L'intégration Erreur ! Signet non défini. correspond – on l'a vu – non seulement à un objectif économique<sup>1547</sup> mais aussi à une méthode de régulation du marché intérieur, l'intégration Erreur ! Signet non défini. dite positive Erreur ! Signet non défini. s'entendant principalement comme la régulation par la voie de l'harmonisation Erreur ! Signet non défini. et l'intégration Erreur ! Signet non défini. négative Erreur ! Signet non défini. comme celle de la régulation par le contrôle *a posteriori* de l'action normative des Etats membres effectué par la Cour de justice<sup>1548</sup>. L'intégration Erreur ! Signet non défini. négative Erreur ! Signet non défini. est consacrée et réalisée par les dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation qui prohibent les réglementations jugées non-conformes au bon fonctionnement du marché intérieur par la Cour de justice.

---

<sup>1546</sup> Voir notamment en ce sens D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Puf. 2002, pt. 15. L'auteur écrit : « *les objectifs économiques de la construction européenne sont le plus souvent définis par référence au concept d'intégration [qui] renvoie en premier lieu à une conception libérale assimilant l'intégration économique à l'intégration des marchés* ».

<sup>1547</sup> La définition la plus générale de l'intégration économique est, rappelons-le, « *un processus qui conduit plusieurs économies distinctes à former un seul espace économique* ». Beitone A. ; Cazorla A., Dollo C., Dray A.-M., « Intégration économique », *Dictionnaire des sciences économiques*, Armand Colin dictionnaire, 2001. p. 251.

<sup>1548</sup> Rappelons en effet que la tâche de l'intégration négative pèse sur la Cour de justice qui, par son interprétation du traité CE répond directement (recours en manquement) ou indirectement (renvoi préjudiciel) à la question de la conformité au droit communautaire des réglementations nationales. Si la Cour de justice constate l'absence de conformité au droit communautaire du droit national, son application est alors interdite. Sans avoir à légiférer directement par la voie de l'harmonisation, la Communauté, par le biais de la Cour de justice, contrôle l'application des réglementations nationales au sein du marché intérieur.

769. C'est ainsi que les libertés de circulation étant incontestablement un outil à la disposition de la Communauté pour assurer la régulation du marché intérieur par la voie de l'intégration **Erreur ! Signet non défini.** négative **Erreur ! Signet non défini.**, certains auteurs ont pensé à tort pouvoir en déduire que les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** que les opérateurs économiques tirent des libertés de circulation auraient pour fonction de contribuer à cette régulation du marché.

## 2. La réfutation catégorique de la thèse de l'assimilation des libertés de circulation à un outil de coopération entre la Cour de justice et les opérateurs économiques

### 2. 1. Présentation de la thèse

770. Bien qu'il ne l'exprime pas de manière explicite, M. D. Triantafyllou<sup>1549</sup> suggère que les dispositions du traité CE relatives aux libertés de circulation confèrent des droits aux opérateurs économiques afin de permettre à la Cour de justice d'effectuer sa mission de régulation par l'intégration **Erreur ! Signet non défini.** négative **Erreur ! Signet non défini.**

Concrètement, le fait que les dispositions du traité CE en question soient **d'effet direct** conduirait les opérateurs économiques à s'opposer à toute réglementation nationale cloisonnant les marchés nationaux. Les juridictions nationales saisiraient alors la Cour de justice afin qu'elle se prononce sur la conformité du droit national au droit communautaire et celle-ci pourrait assurer sa mission de régulation par l'intégration **Erreur ! Signet non défini.** négative **Erreur ! Signet non défini.**

Il affirme ainsi que les libertés de circulation sont des normes d'intégration **Erreur ! Signet non défini.** qui, « dans la mesure où elles sont claires et précises, ont créé par leur effet direct des droits au sens subjectif du terme que les particuliers peuvent invoquer devant les juridictions, aux fins de protection juridique primaire, ainsi que devant les administrations. [...] Par ce biais, le droit communautaire, comme interprété par la Cour, **cherche à mobiliser les particuliers pour la cause de l'intégration** **Erreur ! Signet non défini.**, **en les incitant à faire valoir les dispositions communautaires servant leurs intérêts** »<sup>1550</sup>.

En somme, les libertés de circulation (dotées de l'effet direct) auraient pour fonction de permettre aux opérateurs économiques de porter à la connaissance de la Cour de justice les réglementations nationales gênant le bon fonctionnement du marché intérieur.

---

<sup>1549</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632.

<sup>1550</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632, p. 614.



**771. Les conséquences sur l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini.. – Si les droits subjectifs Erreur ! Signet non défini. que les opérateurs économiques tirent des libertés de circulation ont pour objet de permettre la sanction des réglementations nationales non conformes au droit communautaire, **l'abus de droit est alors impossible à caractériser**. En effet, toute contestation de la conformité du droit national aux libertés de circulation conduirait précisément à la réalisation de l'objectif poursuivi, à savoir permettre un contrôle de l'activité légalisation des Etats membres par la Cour de justice.

Ainsi M. D. Triantafyllou remarquait-il que, « jusqu'il y a peu, il s'agissait d'un droit orienté vers l'intégration Erreur ! Signet non défini. et, essentiellement, le libre échange. L'invocation des droits qu'il confère ne pouvait être que la bienvenue, puisqu'elle servait l'objectif suprême de l'intégration Erreur ! Signet non défini.. [...] Les particuliers étaient, en général, ceux qui subissaient les conséquences du cloisonnement des marchés et leur action était sollicitée pour apporter le décloisonnement »<sup>1551</sup>. Par voie de conséquence, « la notion de l'abus de droit Erreur ! Signet non défini. du chef des particuliers est ainsi tendanciellement contraire à l'exercice intégrationniste »<sup>1552</sup>.

**772.** Néanmoins, si l'effet direct conféré aux libertés de circulation a effectivement ouvert la possibilité pour les opérateurs économiques de s'appuyer sur les libertés de circulation pour contester devant les juridictions nationales la conformité au droit communautaire du droit national, **la Cour de justice subordonne le bénéfice du droit communautaire à certaines exigences de mobilité**. Ainsi qu'il convient à présent de l'exposer, cet état de fait démontre que les libertés de circulation n'ont pas pour fonction de permettre aux opérateurs économiques de porter à la connaissance de la Cour de justice toutes les réglementations nationales gênant le fonctionnement du marché intérieur.

## 2.2. Analyse critique de la thèse

**773. L'objectif de mobilité** Erreur ! Signet non défini.. – Les liens entre mobilité et droits subjectifs Erreur ! Signet non défini. tirés des libertés de circulation s'expriment de **deux façons**.

D'une part, la Cour de justice subordonne **encore souvent l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce à la démonstration d'un élément de circulation dans**

---

<sup>1551</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632, p. 613

<sup>1552</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632, p. 614.

**les faits du litige**<sup>1553</sup>. La simple possibilité d'absence de conformité au droit communautaire d'une réglementation nationale ne confère donc pas automatiquement aux opérateurs économiques le droit de se prévaloir du droit communautaire.

D'autre part, la Cour décèle toujours et uniquement un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** en raison **d'une absence de mobilité économique satisfaisante**. M. D. Triantafyllou constate ainsi lui-même que « *la jurisprudence [...] faisait ressortir que la libre circulation devait être reconnue comme une valeur en soi que les Etats ne sauraient empêcher, mais qu'en revanche, si cette circulation était motivée par des raisons externes [...], il pouvait y avoir un abus non couvert par le droit communautaire, un abus potentiel de droit s'opposant, donc, à l'exercice des libertés communautaires* »<sup>1554</sup>. Il sera évidemment nécessaire de préciser les contours exacts de cette exigence de circulation. Mais, à ce stade du raisonnement, le simple constat que l'hypothèse d'une absence de conformité au droit national ne suffise pas à pouvoir revendiquer le bénéfice du droit communautaire permet déjà de réfuter la thèse étudiée.

Cette thèse selon laquelle les libertés de circulation auraient pour fonction de porter à la connaissance de la Cour de justice toute réglementation préjudiciable au bon fonctionnement du marché intérieur doit donc être rejetée.

774. Qu'en est-il ensuite de la théorie du **fédéralisme économique** **Erreur ! Signet non défini.** ? Cette théorie, qu'il convient à présent d'exposer, va encore plus loin. En effet, en vertu de celle-ci, les libertés de circulation dont disposent les opérateurs économiques **n'auraient pas pour fonction de faciliter le travail d'intégration** **Erreur ! Signet non défini.** **négative** **Erreur ! Signet non défini.** **de la Cour de justice, mais de réaliser directement l'intégration** **Erreur ! Signet non défini.** **négative** **Erreur ! Signet non défini.** . Aucune intervention des autorités communautaires ne serait nécessaire pour lutter contre les réglementations nationales « nuisibles » au fonctionnement du marché intérieur. La régulation de l'activité normative des Etats membres serait assurée par l'utilisation des libertés de circulation des opérateurs économiques.

### **3. Réfutation difficile de l'analyse des libertés de circulation sous l'angle de la théorie du fédéralisme économique**

#### **3.1. Présentation de la théorie du fédéralisme économique** **Erreur ! Signet non défini.**

---

<sup>1553</sup> Voir à ce sujet nos développements : première partie, titre premier, chapitre second.

<sup>1554</sup> Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632, p. 617.

**775. Le contrôle de l'intégration** Erreur ! Signet non défini. **négalive** Erreur ! Signet non défini. **par les opérateurs économiques eux-mêmes : le fédéralisme économique.** – En vertu de la théorie économique du fédéralisme développée aux Etats-Unis<sup>1555</sup>, les opérateurs économiques génèreraient une saine concurrence entre les réglementations nationales en faisant le choix de se placer sous l'empire de l'une d'entre elles plutôt que d'une autre<sup>1556</sup>.

**776.** Ce choix se ferait par le biais de la mobilité, les opérateurs économiques décidant par exemple de créer une société **Erreur ! Signet non défini.** au sein d'un Etat en raison de sa législation favorable. « *Le modèle [économique du fédéralisme] repose essentiellement sur l'idée que diverses lois étatiques sont mises en concurrence du fait de la mobilité de leurs destinataires, qui disposent du pouvoir de se soustraire à l'une pour se soumettre à l'autre au moyen d'un simple déplacement* »<sup>1557</sup>. Mme H. Muir Watt affirme à ce sujet que ce système « [...] *postule l'intégration* **Erreur ! Signet non défini.** *par la concurrence et donc la diversité [...]* »<sup>1558</sup> des droits nationaux.

La théorie du fédéralisme économique **Erreur ! Signet non défini.** est donc fondée sur la faculté de mobilité des opérateurs économiques, car celle-ci permet précisément l'exercice du choix de loi.

**777. L'application de la théorie économique du fédéralisme au droit communautaire.** – L'application de la théorie économique du fédéralisme au droit communautaire signifierait que les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** que les opérateurs économiques tirent des libertés de circulation auraient précisément pour objet de réaliser la régulation des droits nationaux au sein du marché intérieur. Ainsi donc, nul besoin d'harmoniser les législations nationales pour éradiquer celles gênant le bon fonctionnement du marché intérieur. Le choix de loi des opérateurs économiques<sup>1559</sup> contraindrait les Etats membres à modifier d'eux même leur législation.

---

<sup>1555</sup> « Conformément aux enseignements du fédéralisme économique, la compétition entre régimes juridiques nationaux dans une économie sans frontières représenterait un mode alternatif de régulation des marchés par rapport à une législation centrale : le marché global déterminerait en quelque sorte par lui-même l'intensité optimale de régulation étatique dont il ferait l'objet », Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 5, p. 46.

<sup>1556</sup> En effet, elle « consiste à voir dans le pluralisme des droits le lieu d'une saine concurrence entre les législateurs étatiques, génératrices de nombreuses vertus tant économiques que politiques. Dans cette perspective, la compétition normative est elle-même perçue comme un mode de régulation décentralisé, présumé mieux répondre aux préférences des justiciables que la centralisation et l'uniformité. La diversité des droits revêt ainsi une signification politique et économique fondamentale, car elle déclenche la dynamique de la concurrence entre législateurs à travers l'arbitrage des opérateurs économiques mobiles ». Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt.13, p. 58.

<sup>1557</sup> Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 10, p. 53.

<sup>1558</sup> Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt.68, p. 113.

<sup>1559</sup> Relevons à cet égard les propos tenus par le garde des Sceaux, Mme Dati en 2007 : « Relancer la croissance suppose une adaptation de notre droit afin qu'il corresponde mieux aux évolutions de notre société. Le droit est évidemment un des critères de l'attractivité économique de la France. Les règles qui s'appliquent aux entreprises jouent un rôle essentiel. Si les règles sont

778. A la différence de la théorie présentée par M. D. Triantafyllou, le recours à la Cour de justice serait également inutile, puisque les Etats membres modifieraient leur législation en raison du seul choix de loi des opérateurs économiques. Cette théorie est donc fondée sur la possibilité de se mouvoir d'un Etat à un autre afin de choisir une loi jugée favorable.

Par le biais du système de la **reconnaissance mutuelle** Erreur ! Signet non défini.<sup>1560</sup> et plus particulièrement encore en liberté d'établissement Erreur ! Signet non défini. des sociétés Erreur ! Signet non défini.s Erreur ! Signet non défini.<sup>1561</sup>, Mme H. Muir Watt soutient que la Cour de justice a adopté une méthode de régulation de la production normative par les opérateurs économiques<sup>1562</sup>. En d'autres termes, la Cour de justice ferait confiance à la compétition législative pour réguler le marché. En effet, «*au vu de la diversité des lois nationales relatives à la constitution des sociétés Erreur ! Signet non défini.s, le choix de loi confère à la société Erreur ! Signet non défini. constituée conformément à la loi d'un autre Etat membre un avantage compétitif, que la Cour entend sauvegarder au nom de la liberté d'établissement Erreur ! Signet non défini., en toute hypothèse, en vue d'encourager la concurrence des droits nationaux et d'accélérer par la même l'intégration Erreur ! Signet non défini. du marché intérieur. Cet apparent paradoxe qui postule l'intégration Erreur ! Signet non défini. par la concurrence et donc la diversité, s'explique par l'idée même de la reconnaissance mutuelle Erreur ! Signet non défini. des sociétés Erreur ! Signet non défini.s* »<sup>1563</sup>.

---

*trop nombreuses, trop contraignantes, elles découragent l'activité économique. Dans le même temps, il importe que le droit fixe un cadre qui assure la sécurité juridique*». JCP éd. G., I, 1998, p. 15

<sup>1560</sup> «*A travers le principe de reconnaissance mutuelle, qui met en concurrence les législations nationales dans le cas de fourniture transfrontière des biens et des services, la compétition législative est devenue une pièce essentielle du fonctionnement du marché intérieur ; la diversité des choix sociaux et économiques des Etats membres, loin de constituer un obstacle à l'intégration du marché intérieur, est perçue désormais comme étant le moteur même de celle-ci* » Muir Watt H. «*Aspects économiques du droit international privé*», *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 9, p. 52.

<sup>1561</sup> H. Muir Watt a même pu affirmer que ce système est adopté de manière générale en droit communautaire : elle affirme que la jurisprudence de la Cour relatives aux libertés économiques véhiculerait l'idée implicite selon laquelle serait une «*entrave interdite [...] toute mesure dont l'effet est d'empêcher la compétition régulatoire* », Muir Watt H., «*L'expérience américaine*» in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*» actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003 organisé conjointement par l'Académie de droit européen de Trèves (ERA) et l'UMR de droit comparé de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Dalloz 2004, pp. 145-169, pt. 11, p. 152 ; du même auteur, voir également «*Concurrence d'ordres juridiques et conflit de lois de droit privé*» in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, « Le droit international privé : esprit et méthodes* », Dalloz, 2005, p. 615-633.

<sup>1562</sup> «*C'est clairement une conception libérale analogue à celle qui fonde le marché des corporate charters aux Etats-Unis que tend à asseoir en droit communautaire la position de la Cour de Luxembourg. Aucun Etat n'est donc admis à défendre ses conceptions de fond en matière de constitution des sociétés par une voie autoritaire, que ce soit à travers des lois de police ou au moyen d'un rattachement tel le siège réel qui réduit le champ de la compétition ; c'est le marché qui décidera de la survie des modes de constitution des sociétés plus contraignantes*». Muir Watt H. «*Aspects économiques du droit international privé*», *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 67, p. 112.

*Contra.* Bergé, J.-S., «*Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen*», in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, « Le droit international privé : esprit et méthodes*» Dalloz, 2005, p. 113-136, sp. pt. 13, p. 124

<sup>1563</sup> Muir Watt H. «*Aspects économiques du droit international privé*», *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt. 68, p. 113.

**779. Les conséquences sur l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini.. – Encore une fois, si l'objectif des libertés de circulation est de permettre aux opérateurs économiques de mettre en concurrence les réglementations nationales afin que soient éliminées « naturellement » certaines d'entre elles, l'utilisation abusive des libertés de circulation est alors difficile à caractériser. En effet, chaque choix de loi effectué sur le fondement des libertés de circulation contribuera nécessairement à stimuler cette concurrence législative et pourra donc difficilement être constitutif d'un abus.

L'exigence de mobilité nécessaire à l'exercice du choix de loi devrait en vertu de cette théorie être envisagée très soupagement. En effet, la mobilité n'aurait pas tant pour objet de permettre une mobilité réelle et effective **Erreur ! Signet non défini.** au sein de la communauté que d'ouvrir, par ce biais, de très larges facultés de choix de loi indispensables à la mise en concurrence des systèmes juridiques.

### 3.2. La difficile critique de la thèse du fédéralisme économique

**780. L'impossible généralisation de la thèse du fédéralisme économique.** – Fondée précisément sur l'idée même de mobilité, la contestation de la thèse du fédéralisme est plus ardue.

La théorie du fédéralisme économique **Erreur ! Signet non défini.** suppose que la faculté de mobilité conférée aux opérateurs économiques **ait pour principal objet de générer une concurrence des lois.** Dès lors, si les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** que les opérateurs économiques tirent des libertés de circulation endossaient effectivement une telle fonction, la mobilité devrait être conçue de manière très souple et presque métaphorique, celle-ci pouvant se réaliser un simple choix de loi.

Or, s'il est certain que la mobilité consacrée par les libertés de circulation peut avoir **un tel impact,** il semble hasardeux d'affirmer qu'il s'agit de **l'objectif** communautaire. En ce sens, M. J.-S. Bergé, considère, « [...] qu'il y a [...] une impossibilité de principe à ramener l'action du droit communautaire à un jeu purement concurrentiel entre les lois des Etats membres. Qu'il y ait des situations de fait où les acteurs économiques mettent en concurrence différents niveaux de réglementations des Etat membres est chose incontestable. En revanche il est absolument faux de croire que la Communauté européenne s'accommode voir se satisfait de pareilles situations. [...] De même, la jurisprudence de la Cour de justice relative à la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** des société **Erreur ! Signet non défini.** **Erreur ! Signet non défini.** n'est pas, quoi qu'on ait pu dire, la conséquence d'une lecture purement concurrentielle des règles de conflit de lois nationales en matière de société **Erreur ! Signet non défini.** »<sup>1564</sup>.

---

<sup>1564</sup> Bergé, J.-S., « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde* Dalloz, 2005, p. 113- 136, pt. 13, p. 124. Egalement en ce sens, W-H. Roth qui affirme que « la libre prestation de services n'est pas un instrument de dérégulation, mais doit être comprise comme un

Néanmoins, il faut reconnaître que certaines conceptions de la mobilité retenues par la Cour de justice, notamment dans le domaine de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**, jettent un doute quant à la fonction de celle-ci.

**Il apparaît ainsi nécessaire de s'attacher à l'étude des mobilités promues** **Erreur ! Signet non défini.** **au titre des libertés de circulation** pour pouvoir retenir – au moins partiellement – ou rejeter fermement l'idée que les libertés de circulation puissent avoir pour fonction de générer une concurrence législative au sein du marché intérieur.

### **C. La déduction casuistique de la fonction des droits subjectifs** **Erreur ! Signet non défini.** **issus des libertés de circulation**

**781.** Il résulte tant de la lettre du traité CE que de la jurisprudence de la Cour que toutes les libertés de circulation ont pour objet de permettre aux opérateurs économiques de franchir librement les frontières nationales au sein de Communauté. Il s'en dégage un **objectif général de mobilité** (1). Ce constat est cependant insuffisant pour juger de la finalité de droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** consacrés par les libertés de circulation. **Il faut en effet découvrir le sens attribué à cet objectif de mobilité** **Erreur ! Signet non défini.** En outre, les libertés de circulation protègent chacune une forme d'activité économique particulière. Il convient donc de présenter les différentes formes de mobilité promues (2).

#### **1. L'objectif général de mobilité**

**782. Le franchissement des frontières au sein du marché intérieur.** – En vertu de l'article 3 c) du traité, le marché intérieur exige « *l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises* **Erreur ! Signet non défini.**, *des personnes, des services et des capitaux* ».

Selon l'article 14 al. 2 du traité CE « *le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises* **Erreur ! Signet non défini.**, *des personnes, des services et des capitaux est assurée* ».

La référence à un « espace sans frontières » signifie que la circulation promue par le traité correspond à un franchissement des frontières nationales au sein de la Communauté.

---

*instrument garantissant l'accès aux marchés des autres Etats membres, puis, au sein de ces marchés nationaux une concurrence non faussée* » Roth, W-H. *the European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services : Is Keck Relevant ?* » in *Services and Free Movement in EU Law*, ss. la dir. de Andenas M., Roth, W-H., Oxford University Press., 2002, pp. 1-24, p. 10.

## Cependant qu'est-ce qu'un franchissement des frontières ?

**783. L'exercice d'activités économiques dans d'autres Etats membres.** – L'idée de franchissement des frontières doit être interprétée à la lueur de l'objectif économique inhérent au marché intérieur. Il en résulte que les libertés de circulation ont pour fonction de permettre et d'encourager les opérateurs économiques à **exercer une activité économique dans l'Etat membre de leur choix**<sup>1565</sup>. Plus précisément, il s'agirait de permettre l'exercice d'une activité économique dans un autre Etat membre que celui dans lequel ils se trouvent<sup>1566</sup>. Ainsi, M. M. Fallon constate-t-il que « *le projet communautaire repose même sur le concept de délocalisation. La création d'un marché intérieur s'identifie à une circulation transfrontière des biens et des personnes* »<sup>1567</sup>. Dans ce cas, le franchissement de frontière serait uniquement constaté lorsqu'il conduirait à l'exercice d'une activité économique réelle et effective dans un Etat membre.

**784. Jurisprudence de la Cour de justice.** – Selon la liberté de circulation envisagée, le type de mobilité au sein de la Communauté promu par la Cour de justice varie. Il faut ainsi distinguer les libertés de circulation offrant un droit d'exercer une activité économique dans un autre Etat membre de celles ouvrant le droit d'exercer des activités économiques impliquant plusieurs Etats membres.

## 2. Les différentes formes de mobilité

---

<sup>1565</sup> « Le principe de l'économie de marché implique en premier lieu le libre jeu des mécanismes de l'offre et de la demande et l'exclusion des perturbations venant d'interventions publiques ou privées : les opérations économiques doivent pouvoir se réaliser par les forces du marché, là où les conditions sont les plus favorables », M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, p. 18.

Egalement en ce sens : Kingreen et Störmer « Die subjektive-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrecht » EuR. 1998, sp. p. 263 et 274 ; Kingreen « Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrecht », 1999, 23, 190, Schubert « Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff – Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrag » 1999.

Voir notamment en ce sens : « La libre circulation des personnes a pour objectif de contribuer à l'établissement d'un marché commun, dans lequel les ressortissants des Etats membres ont la possibilité d'exercer leurs activités économiques en s'établissant ou en prestant des services en tout lieu du territoire de la Communauté », CJCE 7 février 1979, Auer, 136/78, Rec. 437, pt. 18 ; également en ce sens CJCE 27 octobre 1982, Morson et Jhanjan, 35 et 36/82, Rec. 3723 ; CJCE 17 décembre 1987, Saada Zaoui, 147/87, Rec. 5511.

<sup>1566</sup> « La première exigence [du] régime de libre circulation est d'octroyer un droit à la mobilité territoriale » Baron F., « Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne », thèse 1998, ss. la dir. de M-A. Moreau, Presse Universitaire d'Aix-Marseille.

<sup>1567</sup> ... sa comotation économique implique que les opérateurs économiques soient guidés dans leur stratégie par le choix des conditions les plus favorables offertes au niveau local. L'entreprise ne sera encouragée à s'implanter à l'étranger que si les conditions offertes par l'Etat d'accueil sont plus favorables que celles en vigueur dans l'Etat d'origine. Aussi le concept de marché intérieur parle-t-il sur un paradoxe : il encourage le déplacement transfrontière, mais celui-ci se nourrit du maintien des disparités nationales, notamment sous l'angle juridique, alors que de telles disparités apparaissent aussi, on le sait aujourd'hui, comme des entraves aux marchés nationaux ». Fallon M. « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in La loyauté, mélanges offerts à E. Cereche, ed. Larcier, 1997, sous la dir. de Joe Verhoeven, 165-188, p. 166.

785. Tandis que libertés de circulation ouvrent le droit de se déplacer vers un autre Etat membre pour y exercer une activité économique (2.1.), d'autres consacrent plus particulièrement le droit d'exercer une activité impliquant plusieurs Etat membres (2.2.).

### **2.1. Le droit d'exercer une activité économique réelle et effective dans un autre Etat membre**

786. **Le critère de l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini.. – Nous souhaitons ici convaincre de ce que la jurisprudence de la Cour de justice en libre circulation des marchandises Erreur ! Signet non défini., en libre circulation des travailleurs et en liberté d'établissement Erreur ! Signet non défini. à titre principal tend à l'exercice d'une activité économique réelle et effective<sup>1568</sup> dans un autre Etat que celui d'origine. Il en découle toujours deux conséquences.

D'une part, l'exercice d'une activité économique dans l'Etat membre d'origine est indifférent et, d'autre part, un simple franchissement de frontière non accompagné de l'exercice d'une activité économique dans l'Etat membre est insuffisant.

Ainsi que nous le démontrerons, l'abus est donc caractérisé lorsque l'on constate que le franchissement de frontière de l'opérateur économique ne l'a pas conduit à l'exercice d'une activité économique réelle et effective dans un autre Etat membre.

#### **2.1.1. Libre circulation des marchandises**

787. **La lettre du traité CE.** – L'article 28 du traité prohibe les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toute mesure d'effet équivalent et l'article 29, les restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que toute mesure d'effet équivalent. Le simple constat d'une exportation ou d'une importation d'une marchandise d'un Etat membre à un autre, c'est-à-dire d'un franchissement de frontière, permet-il de considérer que l'objectif de mobilité Erreur ! Signet non défini. poursuivi par le droit communautaire est atteint ?

788. **Interprétation de la Cour de justice.** – La Cour a répondu à cette question dans l'arrêt Leclerc<sup>1569</sup>. La Cour a considéré qu'il y a abus de droit Erreur ! Signet non défini. lorsque les marchandises « ont été exportées aux seules fins de leur réimportation ». En

---

<sup>1568</sup> Selon A. Noblet, cette approche pragmatique de la Cour est l'expression d'un principe d'effectivité en droit communautaire. Ainsi, A. Noblet, affirme-t-il que « l'analyse du droit communautaire montre la fréquence du recours au principe d'effectivité dans le domaine de la libre circulation » Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, thèse 2004, Université de Rouen, sous la dir. de J.-S. Bergé, 546 p., p. 360.

<sup>1569</sup> Pour l'opérateur économique, l'intérêt d'une telle manœuvre était, ainsi que nous l'avons expliqué, de se placer dans le champ d'application du droit communautaire, afin de contester la conformité du droit national au traité CE.



d'autres termes, l'objectif de mobilité **Erreur ! Signet non défini.** recherché au titre de la liberté de circulation n'est pas atteint lorsque les marchandises ne font que **transiter par un Etat membre sans y être commercialisées réellement.**

Il est donc nécessaire qu'une activité économique réelle et effective ait lieu dans l'Etat membre de circulation, c'est-à-dire dans l'Etat membre dans lequel les marchandises se trouvent **après avoir franchi une frontière.** Permettre la commercialisations réelle et effective des marchandises après le franchissement d'une frontière, telle est donc la fonction de la libre circulation des marchandises **Erreur ! Signet non défini..**

### 2.1.2. Libre circulation des travailleurs

**789. La lettre du traité CE.** – En vertu de l'article 39 du traité CE, la libre circulation des travailleurs comporte le droit de répondre à des emplois effectivement offerts dans tous les Etats membres. Il consacre au profit du travailleur ressortissant d'un Etat membre un droit à « *quitter sans restriction son pays pour aller s'établir dans un autre Etat membre et y exercer une activité [...] [et un droit] d'entrée sur le territoire d'un Etat membre pour y rechercher où y exercer une activité économique* »<sup>1570</sup>.

**790. Interprétation de la Cour de justice.** – Tout comme en matière de libre circulation des marchandises **Erreur ! Signet non défini.**, la Cour de justice souligne que l'objet de la libre circulation des travailleurs est de permettre à un travailleur<sup>1571</sup> d'exercer une activité réelle et effective dans un Etat membre autre que celui d'origine.

Ainsi dans l'arrêt Levin la Cour affirme-t-elle que la libre circulation des travailleurs « *ne couvre que l'exercice d'activité économique réelle et effective, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires* »<sup>1572</sup>. Puis, dans l'arrêt Lair, elle considère qu'un abus se présente « *lorsque des éléments objectifs permettent d'établir qu'un travailleur entre dans un Etat membre dans le seul but d'y bénéficier, après une courte période d'activité professionnelle, du système d'aide aux étudiants [et que celui-ci n'est] pas couvert par les dispositions du droit communautaire en cause* »<sup>1573</sup>.

---

<sup>1570</sup> Jésus B. in « Commentaire article par article des traités UE et CE », ss. la dir. de P. Léger, Bruylant Bruxelles, 2000. , points 28 et 29 p. 342.

<sup>1571</sup> « *La caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la dir. de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* », CJCE, 2 juillet 1986, Lawrie Blum, C-66/85, Rec. 2121, pt. 17.

<sup>1572</sup> CJCE 23 mars 1982, Levin, 53/81, Rec. 1035 ; voir également en ce sens CJCE, 31 mai 1989, Bettray, C 344/87, Rec. 1621, pt. 13 : « *il convient de rappeler encore qu'il ressort tant de l'énoncé du principe de la libre circulation des travailleurs que de la place qu'occupent les règles qui y sont relatives dans l'ensemble du système du traité que ces règles ne garantissent que la libre circulation des personnes exerçant ou souhaitant exercer une activité économique et que, par conséquent, elles ne couvrent que l'exercice d'activités réelles et effectives* ».

<sup>1573</sup> CJCE 21 juin 1988, « Sylvie Lair », 39/85, Rec. 3161 pt. 43.

**791. Notion de pays d'origine.** – Il est donc **indifférent que l'opérateur exerce déjà une activité économique au sein de son Etat d'origine.**

De façon générale en matière de libre circulation de travailleur, **le pays dit d'origine est l'Etat membre dont le travailleur est le ressortissant.** Mais l'Etat membre dont le travailleur a la nationalité peut être assimilé au pays d'accueil lorsque, après avoir séjourné régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre, l'opérateur économique revendique son droit à exercer une activité économique réelle et effective dans son Etat<sup>1574</sup>. Par exemple, il en est ainsi lorsqu'un ressortissant d'un Etat membre acquiert une formation professionnelle dans un autre Etat membre puis souhaite exercer une activité économique dans l'Etat membre dont il est le ressortissant.

### 2.1.3. Liberté d'établissement à titre principal

**792. La lettre du traité CE.** – En vertu de l'article 43, « *les restrictions à la liberté d'établissement***Erreur ! Signet non défini.** *des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. [...] La liberté d'établissement***Erreur ! Signet non défini.** *comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de société***Erreur ! Signet non défini.** *s au sens de l'article 48 [...] ».*

**793. Le contrôle de l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre d'accueil.** – Encore une fois, l'analyse de la Cour de justice témoigne de son indifférence quant à l'exercice d'une activité économique dans le pays d'origine, l'important étant le caractère réel et effectif d'établissement dans l'Etat membre d'accueil. Ainsi, « *la notion d'établissement au sens du traité est donc une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées* »<sup>1575</sup>.

---

<sup>1574</sup> « La portée de l'article 52 du traité ne saurait être interprétée de façon à exclure du bénéfice du droit communautaire les ressortissants d'un Etat membre déterminé lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre Etat membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouvent, à l'égard de leur Etat membre d'origine, dans une situation assimilable à celle de tout autre sujet bénéficiant des droits et libertés garantis par le traité », CJCE 7 février 1979, *Knoors*, 115/78, *Rec.* 399, point 24 ; CJCE 3 octobre 1990, *Bouchara*, C-61/89, *Rec.* 3551, point 13.

« Le même raisonnement doit être tenu à propos de l'article 48 du traité. Dans l'arrêt *Knoors*, précité (point 20), la Cour a, en effet, jugé que la libre circulation des travailleurs et le droit d'établissement, garantis par les articles 48 et 52 du traité, constituent des libertés fondamentales dans le système de la Communauté, qui ne seraient pas pleinement réalisées si les Etats membres pouvaient refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire à ceux de leurs ressortissants qui ont fait usage des facilités prévues par ce droit et qui ont acquis, à la faveur de celles-ci, des qualifications professionnelles dans un pays membre autre que celui dont ils possèdent la nationalité ». CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, C 12/92, *Rec.* 1663, pt. 16.

<sup>1575</sup> CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, *Rec.* I 4165, pt. 25 ; en ce sens également CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, 2/74, *Rec.* 631, pt. 21.

794. Il faut néanmoins évoquer le cas particulier de l'**établissement des société** Erreur ! Signet non défini. s Erreur ! Signet non défini. à titre principal car le droit communautaire ne le subordonne pas à l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre d'établissement.

**La liberté d'établissement** Erreur ! Signet non défini. à titre principal des **société** Erreur ! Signet non défini. s Erreur ! Signet non défini. – Définie de manière large, la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre principal des société **Erreur ! Signet non défini.** s **Erreur ! Signet non défini.** correspond au droit de constituer une société **Erreur ! Signet non défini.** dans un Etat membre conformément à la législation qui y est en vigueur et soulève la question du transfert du siège social au sein de la Communauté. En ce qui concerne la constitution d'une société **Erreur ! Signet non défini.** au sein d'un Etat membre, le droit communautaire ne pose donc pas de conditions autres que celles prévues par les Etats membres.

Définie de manière restrictive, en droit communautaire, « *le libre établissement à titre principal signifie la possibilité de transférer son siège social* »<sup>1576</sup>. En cette matière, le droit communautaire se borne à imposer une obligation de reconnaissance des société **Erreur ! Signet non défini.** s **Erreur ! Signet non défini.** constituées en conformité avec le droit d'un Etat membre.

Dès lors, les exigences relatives à l'établissement dépendent des conditions posées à cet égard par l'Etat membre au sein duquel la société **Erreur ! Signet non défini.** est constituée. Cette question qui a déjà fait l'objet d'une étude infra ne sera pas ici développée. Il convient seulement de constater que, en matière de société **Erreur ! Signet non défini.** s, le droit communautaire ne lie pas la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre principal à l'exercice d'une activité économique réelle et effective. L'exigence d'une telle condition dépend du contenu des droits nationaux, ou plus exactement du droit de l'Etat membre au sein duquel la société **Erreur ! Signet non défini.** est constituée.

795. **Conclusion 1. Le critère de l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini. – Bien que la Cour de justice ne l'ait pas formulé de manière explicite, dans ces trois cas de figure (marchandises-travailleurs-établissement à titre principal), l'abus est donc caractérisé lorsque l'on constate que le **franchissement de frontière de l'opérateur économique ne**

---

<sup>1576</sup> Poillot-Peruzzetto S., Luby M., *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, 1998, pt. 464, p. 140. Voir dans le même sens : « *Par un établissement [à titre principal] une société entend se rattacher à l'ordre juridique d'un autre Etat membre que celui selon la loi duquel elle s'est initialement constituée* ». En ce qui concerne la constitution d'une société conformément au droit qui est en vigueur dans l'Etat membre, la Cour de justice ne pose aucune condition particulière, la question relevant du droit national. En matière de transfert de siège social, la Cour de justice se retranche encore derrière le droit national et se limite donc à imposer la reconnaissance des sociétés constituées conformément au droit d'un Etat membre.

**l'a pas conduit à l'exercice d'une activité économique réelle et effective dans un autre Etat membre.**

On peut donc en déduire *a contrario* que, en ces matières, **la fonction des libertés de circulation** Erreur ! Signet non défini. **est de permettre l'exercice effectif d'une activité économique dans un autre Etat membre que celui d'origine, c'est-à-dire celui dans lequel on se trouvait avant le franchissement d'une frontière.**

**Conclusion 2. Le rejet de la théorie du fédéralisme économique** Erreur ! Signet non défini. **en ces matières.** – Il n'est dès lors pas possible de considérer que la **fonction** de ces libertés de circulation serait purement et simplement d'ouvrir de larges facultés de choix de loi afin de stimuler une concurrence législative au sein de la Communauté. La Cour de justice tend effectivement à ouvrir de nouvelles facultés de choix de loi mais à la condition que ce choix s'exerce dans le cadre d'une mobilité réelle et effective **Erreur ! Signet non défini.** telle que nous l'avons définie. La concurrence législative résultant – le cas échéant – de ces nouvelles facultés de choix de loi est donc une potentielle conséquence de la mise en œuvre des libertés de circulation mais en aucun cas l'expression de leur fonction.

## **2.2. Le droit d'exercer des activités économiques impliquant plusieurs Etats membres.**

- 796.** Si l'objet des libertés de circulation est le plus souvent, comme nous l'avons exposé, de permettre aux opérateurs économiques d'exercer une activité économique réelle et effective dans un autre Etat membre que celui dit d'origine, dans certains cas de figure, le traité CE préconise que soit exercée une activité économique impliquant **plusieurs** Etats membres.

Tel est le cas dans les domaines de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre secondaire **Erreur ! Signet non défini.** En effet, dans ces deux cas de figure, le traité CE offre la possibilité aux opérateurs économiques **établis dans un Etat membre** d'exercer parallèlement une activité économique dans un autre Etat membre.

Doit-on en déduire que l'objet de ces dispositions est que soit exercée une activité économique réelle et effective dans l'Etat membre d'origine **et** dans l'Etat membre d'accueil ? Si tel était le cas, l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** se déduirait de l'absence d'activité réelle et effective dans l'un **ou** l'autre de ces deux Etats membres.

La jurisprudence de la Cour relative à ces deux libertés de circulation se révèle tout autre, faisant planer l'ombre du système du fédéralisme économique sur la détermination de leur fonction. Il convient donc d'étudier l'hypothèse de la libre prestation de services

(3.1.), puis celle de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre secondaire **Erreur ! Signet non défini.** en matière de société **Erreur ! Signet non défini.** (3.2.).

### 2.2.1. Libre prestation de services

797. Nous démontrerons que, tandis que la Cour de justice contrôle minutieusement l'existence d'une activité exercée dans l'Etat membre où la prestation est fournie, elle se montre généralement indifférente à l'exercice d'une activité économique exercée dans l'Etat membre d'établissement (a.). Aussi n'est-ce que de manière exceptionnelle qu'elle impose qu'une activité économique réelle et effective soit également exercée dans l'Etat membre d'établissement (b.).

#### a) Le contrôle minutieux du caractère réel et temporaire de l'activité exercée dans l'Etat membre de fourniture de la prestation

798. Il est incontestable que la libre prestation de services suppose d'une part un franchissement de frontière et, d'autre part, l'exercice temporaire d'une activité économique. La réunion de ces deux éléments est systématiquement contrôlée par la Cour de justice.

**La notion de services transfrontaliers** **Erreur ! Signet non défini.** – La Cour de justice confirme la lettre du traité CE en imposant un franchissement de frontières<sup>1577</sup> du prestataire de services, du service lui-même<sup>1578</sup> ou encore du destinataire du service<sup>1579</sup>. Au titre de la libre prestation de services, elle contrôle que le prestataire de services lui-même « se déplace dans un autre Etat membre »<sup>1580</sup>, ou, tout du moins, en l'absence d'un déplacement physique du prestataire lui-même, qu'il s'agisse d'une « offre de services transfrontaliers **Erreur ! Signet non défini.** »<sup>1581</sup>. La Cour a également reconnu le caractère transfrontalier de l'activité lorsqu'un contrat bien que conclu entre des parties établies dans un même Etat membre, avait pour objet l'organisation d'un voyage touristique dans un autre Etat membre<sup>1582</sup>.

---

<sup>1577</sup> Voir par exemple en ce sens : CJCE 23 avril 1991, C-41/90, Höfner-Elser, *Rec.* 1979.

<sup>1578</sup> Ainsi pour la Cour de justice, les dispositions du traité CE relatives à la libre prestation de services ne sont pas applicables lorsque tous les éléments de l'activité économique exercée se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre. Voir à ce sujet l'arrêt de principe : CJCE 18 mars 1980, Debaux, *Rec.* 855, pt. 9.

<sup>1579</sup> CJCE 31 janvier 1984, 282/82 et 26/83, Luisi et Carbone, *Rec.* 377, pt. 10.

<sup>1580</sup> CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, *Rec.* I 4165, pt. 26.

<sup>1581</sup> CJCE 10 mai 1995, Alpine Investments, 384 / 93, *Rec.* I 141, pt. 24. L'arrêt est relatif à des offres de placements financiers proposés par téléphone à des personnes résidant dans d'autres Etats membres.

<sup>1582</sup> CJCE 26 février 1991, 180/89, Guides touristiques, *Rec.* 709.

A l'exception de l'hypothèse dans laquelle le destinataire du service se déplace lui-même, la libre prestation de services suppose donc toujours l'exercice d'une prestation de service dans un autre Etat membre que celui d'établissement. Or, après avoir vérifié l'existence de ce franchissement de frontière, la Cour étudie de manière concrète la réalité de l'activité exercée par le prestataire au sein de cet autre Etat membre que celui dans lequel il est établi, appelé souvent Etat d'accueil.

**799. Le contrôle de l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre d'accueil.** – Le contrôle de la Cour de justice de l'activité de prestation porte sur son caractère réel et effectif et plus particulièrement sur son caractère temporaire<sup>1583</sup>.

Cette approche est justifiée par le fait que le caractère temporaire de l'activité est le critère permettant de distinguer la prestation de services de la liberté d'établissement. **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1584</sup>. Ainsi, la Cour affirme que la notion de service recouvre « *toutes les hypothèses d'activités exercées de quelque façon que ce soit par un ressortissant d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre, tout en n'y étant pas établi* »<sup>1585</sup>.

La Cour de justice invite les juges nationaux à prendre notamment en considération la durée de la prestation, sa fréquence, sa périodicité ou encore sa continuité<sup>1586</sup>. Les critères retenus par la Cour de justice pour juger du caractère temporaire de la prestation indiquent que, **ce faisant, la Cour contrôle également nécessairement le caractère réel et effectif de l'activité de prestation.**

**800. Il en découle que l'absence d'exercice d'une activité économique réelle, effective et temporaire est un élément nécessaire à la caractérisation de l'abus de droit.** **Erreur ! Signet non défini.**

Mais le constat d'une absence d'activité dans l'Etat membre d'établissement permet-il également d'établir une utilisation abusive de la libre prestation de services ?

---

<sup>1583</sup> Voir en ce sens CJCE 13 février 2003, Commission c/ Italie, C-131/01, Rec. 1659, pt. 23.: « *Le critère décisif de l'application du chapitre du traité relatif aux services à une activité économique est l'absence de caractère stable et continu de la participation de l'intéressé à la vie économique de l'Etat membre d'accueil* ».

<sup>1584</sup> « *En revanche, pour le cas où le prestataire d'un service se déplace dans un autre Etat membre, les dispositions du chapitre relatif aux services, et, notamment, l'article 60, troisième alinéa, du traité, prévoient que ce prestataire y exerce son activité à titre temporaire* », CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94, Rec. 4165, pt. 26.

<sup>1585</sup> CJCE 3 décembre 1974, « Van Binsbergen », 33/74, Rec. 1299.

<sup>1586</sup> Selon la Cour, « *le caractère temporaire des activités en cause est à apprécier non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité ou continuité. Le caractère temporaire de la prestation n'exclut pas la possibilité pour le prestataire de services, au sens du traité, de se doter, dans l'Etat membre d'accueil, d'une certaine infrastructure (y compris un bureau, cabinet ou étude) dans la mesure où cette infrastructure est nécessaire aux fins de l'accomplissement de la prestation en cause* », CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94, Rec. 4165, pt. 27.

**801. La doctrine.** – La majorité des auteurs<sup>1587</sup> se bornent à rappeler que la libre prestation de services suppose un établissement au sein d'un Etat membre. Ils ne précisent pas si celui-ci doit correspondre à une participation « *stable et continue, à la vie économique de l'Etat membre [...]* »<sup>1588</sup>.

Certains auteurs, tels M. P. Mercier et M. O. Jacot-Gaillarmod, assimilent cette exigence à une simple « *condition de domicile* »<sup>1589</sup> ou en d'autres termes, de domiciliation professionnelle.

En revanche, M. M. Fallon<sup>1590</sup> suggère qu'il existerait en droit communautaire une définition unitaire de la notion d'établissement en droit communautaire, imposant – sous

---

<sup>1587</sup> A ce sujet, on remarque l'absence totale de précision des auteurs qui se bornent à constater – sous réserve du cas particulier des sociétés et de la jurisprudence de la Cour à ce sujet – la nécessité d'un établissement dans un Etat membre, sans préciser ce à quoi correspond cette exigence d'établissement. Ainsi par exemple en libre prestation de services, Ms. C. Gavaldà et G. Parleani, remarquent-ils que « *l'article 49 du traité réserve la LPS aux services qui sont offerts par des ressortissants des Etats membres établis dans un Etat de la Communauté* », Gavaldà C. et Parleani G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd. 2006, pt. 195, p. 132; Ms. J. Schapira, G. Le Tallec, J-B. Blaise et Mme. L. Idot, constatent également que « *le prestataire doit toujours être établi dans le marché commun* », *Droit européen des affaires*, 4<sup>ème</sup> éd. 1994, Puf, p. 529; Ainsi après avoir constaté qu'en principe « *l'application du droit communautaire implique que le prestataire et le destinataire du service ne soient pas dans le même Etat, [...]* [L. Dubouis, C. Blumann constatent que] *le critère de la distinction repose sur l'opposition entre le caractère permanent, continu de l'établissement et le caractère provisoire que présente l'activité de services* ». Puis, ils ne s'attachent qu'à l'étude du caractère temporaire de l'activité dans l'Etat membre au sein duquel la prestation est fournie sans référence à l'exercice d'une activité économique dans l'Etat membre d'établissement. Dubouis L., Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 2004, 3<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, Domat, droit public, points 102 et 103, p. 80; M. E. Cerexhe se borne également à rappeler que « *la distinction entre l'établissement et la libre prestation de services se pose dans le cas où le prestataire, pour l'exécution de sa prestation, exerce à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie* ». Cerexhe E., *Le droit européen, la libre circulation des personnes et des entreprises*, éd. Nauwelaerts, 1982 pt. 22, p. 16. M. J. Molinier et Mme N. de Grove-Valdeyron, relèvent encore « *qu'il convient, pour qu'une opération relève des articles 49 et 50 du traité CE et non d'autres dispositions du traité – qu'elle se situe dans un contexte d'extranéité. On entend par là que le prestataire doit offrir ses services sur le territoire d'un autre Etat que celui où il est établi. En effet, une activité économique exercée dans un Etat à titre permanent ou sans limitation prévisible de durée ne relève pas, dans cet Etat de la libre prestation de services* ». N. Molinier J., de Grove-Valdeyron N., *Droit du marché intérieur européen*. L.D.G.J., coll. Systèmes, Droit, 2008, p. 127. M. G. Druésne se borne pour sa part à affirmer que tout ressortissant d'un Etat membre « *n'est autorisé à créer une filiale, succursale ou agence que s'il est établi dans la Communauté, condition qui s'impose également en libre prestation de services* ». Druésne G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, Puf, 8<sup>ème</sup> éd. 2006, pt. 97, p. 191. M. J.-M. Favret se borne à indiquer que « *la prestation de services repose sur l'exercice occasionnel de l'activité pratiquée hors du territoire de l'Etat d'origine par un agent économique qui reste néanmoins établi dans cet Etat* ». Favret J.-M., *Droit communautaire du marché intérieur*, Gualino éditeurs, Mémentos, 2001, pt. 89, p. 73.

En sens contraire cependant, voir notamment : M. J. Pertek constate que « *si le professionnel doit avoir la nationalité d'un Etat membre, il faut de plus qu'il exerce son activité à titre principal dans un Etat membre*; dans la mesure où les sociétés sont dans les conditions prévues à l'article 48 CE, assimilées aux personnes physiques ressortissants des Etats membres, il suffit qu'une société dispose dans un Etat membre d'un établissement principal ou secondaire ». Pertek J. *Droit matériel de l'Union européenne*, coll. Thémis droit, Puf, 2005, pt. 98, p. 55; ce même auteur affirme que « *ainsi que cela résulte de l'article 49 CE, le prestataire de services doit non seulement posséder la nationalité d'un Etat membre, mais aussi avoir un lien avec un Etat membre, dans lequel il exerce son activité à titre principal* ». Defalque L., Pertek J., Steinfeld P., Vigneron P. « *Libre circulation des personnes et des capitaux, rapprochement des législations* » Commentaires J. Mégret, éd. Institut d'études européennes 2006, 3<sup>ème</sup> éd., pt. 48, p. 34. Cependant J. Pertek remarque que pour apprécier le caractère temporaire de l'activité de prestation de service, l'Avocat général P. Léger suggérait à l'occasion de l'arrêt Gebhard de tenir compte de la localisation du centre d'activité principal du professionnel (pt. 94). La Cour de justice décida de ne pas mentionner cet élément. « *Comme M. l'avocat général l'a relevé, le caractère temporaire des activités en cause est à apprécier non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité ou continuité* ». CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94, Rec. 4165, pt. 27.

<sup>1588</sup> CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. I 4165, pt. 25; en ce sens également CJCE 21 juin 1974, Reyners, 2/74, Rec. 631, pt. 21.

<sup>1589</sup> P. Mercier et O. Jacot-Gaillarmod, « *La libre circulation des personnes et des services* », *Dossiers de droit européen*, Helbing et Lichtenhahn, 1991, p. 32.

<sup>1590</sup> Ainsi, définissant la libre prestation de services, M. Fallon constate que « *La condition est double : à l'exigence que les partenaires soient tous deux établis sur le territoire d'Etats membres s'ajoute celle d'établissement sur le territoire d'Etats différents. L'établissement doit sans aucun doute se définir au sens de l'article 43 CE* ». (Fallon, « *Droit matériel général de l'Union européenne* », 2<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2002, p. 175). Puis, au sujet de la caractérisation de la notion d'établissement au sens

réserve du cas particulier des sociétés **Erreur ! Signet non défini** —, une participation « *stable et continue, à la vie économique de l'État membre [...] »*<sup>1591</sup>. Dans le même sens, d'autres auteurs semblent considérer que l'exercice stable et continu d'une activité économique au sein d'un Etat membre – dit d'établissement – serait indispensable à la caractérisation d'une hypothèse de prestation de services en écrivant que « *la liberté de prestation de services est réservée aux entreprises qui disposent d'une **implantation économique stable** dans la Communauté, régie par un droit national, à partir de laquelle elles peuvent offrir leurs services à l'intérieur de l'espace commun. L'origine européenne des services découle de l'existence de cet établissement européen. De surcroît, la « **légalité** **Erreur ! Signet non défini.** » de l'activité dépend de l'existence d'un établissement sur le territoire de l'Union, soumis à la législation d'un Etat membre. Un tel établissement est nécessaire pour que l'activité de l'entreprise prestataire de services puisse être juridiquement encadrée : dans le pays dans lequel l'activité s'effectue temporairement, la législation régissant l'activité concernée ne peut, pour des raisons pratiques et juridiques être appliquée dans toutes ses dispositions. Le respect du droit dans le cadre de l'exercice des prestations de services est cependant difficile à contrôler. De ce fait, la liberté de prestation de services peut favoriser le développement d'activités qui échappent, en tout ou partie à l'emprise du droit des Etats »*<sup>1592</sup>. Ceux-ci ne s'appuient cependant sur aucun arrêt de la Cour pour justifier leur position. De plus, ils constatent justement qu'il se dégage de la jurisprudence de la Cour de justice qu'un « *abus dans l'usage des libertés [de circulation] n'est pas facile à caractériser »*<sup>1593</sup>.

**802.** A notre sens, l'étude de la jurisprudence de la Cour de justice remet en cause cette dernière affirmation doctrinale.

Certes, on trouve un certain nombre d'arrêts relatifs à des opérateurs économiques n'exerçant pas d'activité économique dans l'Etat membre d'établissement et dans lesquels la Cour de justice constate l'existence d'un abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**

Néanmoins, il convient d'établir que l'on ne saurait en déduire que la Cour de justice subordonne l'utilisation légitime de la libre prestation de services à l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre d'établissement.

**Les arrêts consacrant l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** – A l'occasion des affaires *Véronica*<sup>1594</sup> et *TV 10*<sup>1595</sup>, la Cour de justice constate l'existence d'une utilisation

---

de l'article 43 du traité CE, l'auteur affirme qu'il s'agit de « [...] toute implantation traduisant une permanence des opérations pour une durée indéterminée [...] pourvu que soit exclu le caractère temporaire qui caractérise la prestation de services » Fallon M., « Droit matériel général de l'Union européenne », 2<sup>ème</sup> ed., Bruylant, 2002, p. 477.

<sup>1591</sup> CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. I 4165, pt. 25 ; en ce sens également CJCE 21 juin 1974, Reyners, 2/74, Rec. 631, pt. 21.

<sup>1592</sup> Bergé J.-S., Robin-Olivier S., *Introduction au droit européen*, Thémis Droit Puf, 2008, pt. 190, p. 148.

<sup>1593</sup> Bergé J.-S., Robin-Olivier S., *Introduction au droit européen*, Thémis Droit Puf, 2008, pt. 234, p. 184.

<sup>1594</sup> CJCE 3 février 1993, 148/91, Rec. 487.

<sup>1595</sup> CJCE 5 octobre 1994, TV 10, 23/93, Rec. 4797.



abusive de la libre prestation de services. Ces deux affaires étant relativement proches, il convient de n'en relater qu'une seule.

L'arrêt TV 10 était relatif à une réglementation néerlandaise soumettant à un régime juridique plus favorable les organismes de radiodiffusion étrangers que ceux néerlandais<sup>1596</sup>. Afin de bénéficier de cette législation, des opérateurs économiques constituèrent au Luxembourg, sous la forme d'une société **Erreur ! Signet non défini.** anonyme, l'organisme de radiodiffusion TV 10. Depuis le Luxembourg, l'organisme de radiodiffusion TV10 transmet ses programmes presque exclusivement aux Pays-Bas<sup>1597</sup>.

La Cour considéra que le constat de l'exercice effectif d'une activité économique dans l'Etat membre de destination **n'est pas suffisant pour caractériser une utilisation légitime du droit communautaire.**

Elle reconnut de ce fait aux Etats membres «*le droit de prendre des mesures destinées à empêcher que les libertés garanties par le traité soient utilisées par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire [...]*»<sup>1598</sup>.

**803. Analyse de la jurisprudence.** – Il se dégage de cet arrêt que la Cour de justice considère que l'objectif de mobilité **Erreur ! Signet non défini.** n'est pas atteint lorsqu'une société **Erreur ! Signet non défini.** établie dans un Etat membre exerce en fait l'essentiel de son activité **dans un seul autre Etat membre.**

Pour autant, on ne saurait en déduire que la Cour condamne l'absence d'activité dans l'Etat membre d'établissement.

La formulation de la Cour de justice indique plus simplement que l'exercice d'une activité économique dans le seul Etat membre d'origine conduit **à douter de son caractère temporaire** au sein de l'Etat membre d'accueil. En d'autres termes, le prestataire de services serait en fait établi dans l'Etat membre de prestation.

Plusieurs éléments militent en faveur d'une telle interprétation.

**Premièrement,** la Cour déplore le fait que l'activité du prestataire de services soit «*entièrement ou principalement tournée vers son territoire [...]*»<sup>1599</sup>, mais pas explicitement, l'absence d'activité au sein de l'Etat membre d'établissement<sup>1600</sup>.

---

<sup>1596</sup> En effet, la réglementation néerlandaise relative à la diffusion de programmes audiovisuels prévoyait un contrôle étroit du contenu des programmes diffusés par les organismes de radiodiffusion néerlandais. En revanche (vertu de l'article 66 de la Mediawet), tout programme légalement émis par un organisme de radiodiffusion étranger dans l'Etat membre dont il provient pouvait l'être également aux Pays-Bas.

<sup>1597</sup> Ainsi la juridiction de renvoi observait-elle que l'activité de l'organisme établi au Luxembourg était dirigée «*en totalité ou de façon très prépondérante vers son territoire*». CJCE 5 octobre 1994, TV 10, 23/93, Rec. 4797, conclusions de l'Avocat général O. Lenz, pt. 6

<sup>1598</sup> CJCE 3 février 1993, 148/91, Rec.487, pt. 12; CJCE 5 octobre 1994, TV 10, 23/93, Rec. 4795, pt. 20

<sup>1599</sup> CJCE 3 février 1993, 148/91, Rec.487, pt. 12; CJCE 5 octobre 1994, TV 10, 23/93, Rec. 4795, pt. 20

**Deuxièmement**, la Cour rappelle itérativement que « *le critère décisif de l'application du chapitre du traité relatif aux services à une activité économique est l'absence de caractère stable et continu de la participation de l'intéressé à la vie économique de l'Etat membre d'accueil* »<sup>1601</sup>, car il permet de distinguer la libre prestation de services de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**

**Troisièmement**, lorsque la Cour sanctionne l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**, elle soumet le prestataire de services au régime de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.**, indiquant ainsi clairement la véritable nature de l'activité exercée.

Ainsi en fut-il dans un arrêt dit « Assurance ». Dans cette affaire<sup>1602</sup>, la Cour de justice statuait suite à un recours en manquement introduit par la Commission à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne. La Commission conteste la conformité au droit communautaire (droit primaire<sup>1603</sup> et droit dérivé **Erreur ! Signet non défini.**<sup>1604</sup>) d'une réglementation allemande imposant aux « *entreprises d'assurance étrangères qui souhaitent effectuer des opérations d'assurance directe en République fédérale, en faisant intervenir des représentants, mandataires, agents ou autres intermédiaires, [d'être] agréés. [...]* [Cette même réglementation érige en principe que] *ces entreprises doivent fonder un établissement en République fédérale et y tenir à disposition tous les documents commerciaux concernant cet établissement, dont l'activité doit faire l'objet d'une comptabilité propre* »<sup>1605</sup>.

La Cour rappelle que l'exercice d'une activité dans le seul Etat membre d'accueil correspond à une utilisation illégitime de la libre prestation de services en utilisant la même formulation que dans les arrêts TV 10 et Véronica<sup>1606</sup>.

Néanmoins, la Cour ajoute que la raison en est qu'une « *telle situation [peut] être justiciable du chapitre relatif à la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** *et non celui de la prestation de services* »<sup>1607</sup> et décide que « *une entreprise d'assurance d'un autre Etat membre qui maintient, dans l'Etat membre en cause, une présence permanente relève des dispositions du traité sur le droit d'établissement* »<sup>1608</sup>. Il semble

---

<sup>1600</sup> Voir en ce sens l'arrêt VT 4 dans lequel la Cour de justice affirme que « *le traité n'interdit pas à une entreprise d'exercer la liberté de prestation de services lorsqu'elle n'offre pas de services dans l'Etat membre dans lequel elle est établie.* [Par conséquent, en l'espèce], *le seul fait que toutes les émissions et tous les messages publicitaires sont exclusivement destinés au public flamand ne permet pas, comme le prétend VTM, de démontrer que VT4 ne puisse pas être considéré comme établie au Royaume-Uni* », CJCE 5 juin 1997, 56/96, *Rec.* 3159, pt. 22.

<sup>1601</sup> CJCE 13 février 2003, Commission c/ Italie, C-131/01, *Rec.* 1659, pt. 23.

<sup>1602</sup> CJCE 4 décembre 1986, Assurance, 205/84, *Rec.* 3755.

<sup>1603</sup> Articles 59 et 60 (anciens) du traité CE.

<sup>1604</sup> Directive 78/473/CEE du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire, JOCE L. 151 du 7 juin 1978, p. 25.

<sup>1605</sup> CJCE 4 décembre 1986, Assurance, 205/84, *Rec.* 3755, Rapport d'audience, pt. 2.

<sup>1606</sup> « *On ne saurait dénier à un Etat membre le droit de prendre des mesures destinées à empêcher que les libertés garanties par le traité soient utilisées par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire* » CJCE 4 décembre 1986, Assurance, 205/84, *Rec.* 3755, pt. 2.

<sup>1607</sup> CJCE 4 décembre 1986, Assurance, 205/84, *Rec.* 3755, pt. 2.

<sup>1608</sup> « *...et cela même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou d'une agence, mais exerce par le moyen d'un simple bureau, géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante mais mandatée pour agir en*

donc que l'absence d'activité économique dans l'Etat membre d'établissement ne soit qu'un élément conduisant à douter du caractère temporaire de la prestation de services.

**Quatrièmement**, la Cour de justice a déjà reconnu explicitement que l'absence d'activité réelle et effective au sein de l'Etat membre d'établissement est conforme aux objectifs de la libre prestation de services dans un arrêt du 5 juin 1997, « VT4 »<sup>1609</sup>.

VT 4, établie à Londres, est une société **Erreur ! Signet non défini.** constituée selon le droit anglais dont l'activité principale est la transmission de programmes de radio ou de télévision. Tous ses programmes sont destinés au public flamand.

Conformément à la directive « télévision » du 3 octobre 1989<sup>1610</sup>, l'accès de tels programmes au réseau de télédistribution flamand est soumis à l'exigence d'un agrément. Celui-ci peut être délivré par les autorités flamandes compétentes ou par celles d'un autre Etat membre avec lequel l'organisme de radiodiffusion présente un lien.

En s'appuyant sur cette réglementation, les autorités flamandes refusèrent de délivrer l'agrément requis à VT4. Elles arguèrent que VT4 ne pourrait pas être assimilé à un organisme étranger « *puisque'il s'agit, en fait, d'un organisme flamand qui s'est établi dans un autre Etat membre afin de se soustraire à l'application de la législation de la Communauté flamande* »<sup>1611</sup>. Par ailleurs, VT4 n'avait pas sollicité l'obtention d'un agrément au titre d'organisme national.

La Cour de justice considéra que la légitimité du refus de reconnaissance de l'agrément anglais dont était titulaire VT4 dépendait de la notion communautaire d'établissement « *au sens de l'article 59, premier alinéa, du traité CE* »<sup>1612</sup>.

L'intérêt de l'arrêt provient précisément de ce que la Cour de justice a dû, dans ce cas de figure, se prononcer directement et expressément sur la notion d'établissement et non pas sur le caractère temporaire de la prestation<sup>1613</sup>.

---

*permanence pour celle-ci comme le ferait une agence. En raison de la définition précitée contenue dans l'article 60 ; alinéa 1, une telle entreprise d'assurance ne saurait donc se prévaloir des articles 59 et 60 pour ce qui est de ses activités dans l'Etat membre en cause* ». CJCE 4 décembre 1986, Assurance, 205/84, Rec. 3755, pt. 21.

Dans le même sens : CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94. Dans cet arrêt, pour résoudre le problème de qualification, la Cour de justice étudie le caractère temporaire ou permanent de l'activité sans référence au caractère réel et effectif de l'activité prétendument exercée par Gebhard dans son pays d'origine. M. Gebhard « *ressortissant d'un Etat membre, exerce, de façon stable et continue, une activité professionnelle dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat. Ce ressortissant relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services* ». CJCE, 30 novembre 1995, Gebhard, 55/94 Rec. 4165, pt. 28.

<sup>1609</sup> CJCE 5 juin 1997, 56/96, Rec. 3159.

<sup>1610</sup> Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989, JO L 298, p. 23.

<sup>1611</sup> CJCE 5 juin 1997, 56/96, Rec. 3159, pt. 9.

<sup>1612</sup> CJCE 5 juin 1997, 56/96, Rec. 3159, pt. 17.

<sup>1613</sup> En effet, s'appuyant sur la directive elle-même, la Cour considéra que les activités de radiodiffusion devaient être appréhendées au titre de la libre prestation de services, la particularité de l'activité en cause n'impliquant pas « *d'apprécier le caractère temporaire ou non* » de l'activité sur le territoire de l'Etat membre d'accueil. CJCE 5 juin 1997, 56/96, Rec. 3159, pt. 21.

En effet, en vertu de la directive « *un organisme de radiodiffusion télévisuelle relève de la compétence de l'Etat membre dans lequel il est établi* ». VT4 diffusant exclusivement ses programmes en Belgique, pouvait-on considérer que cette société **Erreur ! Signet non défini.** était néanmoins établie en Grande-Bretagne ?

La Cour de justice répond **positivement** à cette interrogation. Elle justifie sa réponse par son refus de suspendre la caractérisation de l'établissement à l'exercice d'une activité économique sur le territoire de l'Etat membre d'établissement. Ainsi dit-elle : « ***le traité n'interdit pas à une entreprise d'exercer la liberté de prestation de services lorsqu'elle n'offre pas de services dans l'Etat membre dans lequel elle est établie.*** [Par conséquent, en l'espèce], *le seul fait que toutes les émissions et tous les messages publicitaires sont exclusivement destinés au public flamand ne permet pas, comme le prétend VTM, de démontrer que VT4 ne puisse pas être considérée comme établie au Royaume-Uni* »<sup>1614</sup>.

En somme, la Cour rappelle que l'établissement d'une société **Erreur ! Signet non défini.** dans un Etat membre est caractérisé, dès lors que celle-ci y a été constituée conformément aux règles qui y sont en vigueur<sup>1615</sup>.

**804. Conclusion relative à la fonction de la libre prestation de service et à l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** – L'utilisation du droit de la libre prestation de services par le prestataire de services est abusive lorsqu'elle ne le conduit pas à l'exercice temporaire d'une prestation de services réelle et effective dans un autre Etat membre. En ce sens, un auteur remarque que « *ce que la Cour ne veut pas, c'est que l'exercice en prestation de services ne soit qu'un prétexte pour réaliser, en fait, un quasi-établissement sans en supporter les contraintes* »<sup>1616</sup>. Il ne s'agit donc pas pour la Cour de lutter contre l'absence d'activité économique réelle et effective au sein de l'Etat membre « d'établissement » puisque selon celle-ci, l'utilisation de la libre prestation de services par un prestataire de services établi dans un Etat membre au sein duquel il n'exerce aucune activité est en soi légitime.

**805. Conséquence en terme de fédéralisme économique.** – Il est important de rappeler que les prestataires de services étant principalement soumis à la législation de l'Etat membre d'établissement, l'absence de contrôle d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre d'établissement témoigne d'une volonté d'une part de faciliter l'exercice d'un choix de loi (le choix de la loi de l'Etat membre ne nécessitant pas à proprement parler

---

<sup>1614</sup> CJCE 5 juin 1997, 56/96, *Rec.* 3159, pt. 22.

<sup>1615</sup> Voir en ce sens les conclusions de l'Avocat général C.-O. Lenz, rappelant que « *VT4 est une société constituée selon les règles du droit anglais ayant son siège au Royaume-Uni et que c'est de là qu'elle émet. Même si toutes les autres activités étaient exercées en Belgique, VT4 aurait dès lors à notre avis un établissement au Royaume-Uni [...]* », CJCE 5 juin 1997, 56/96, conclusions de l'Avocat général C.-O. Lenz, *Rec.* 3145, pt. 29.

<sup>1616</sup> Putman E. « *Marché unique et libre circulation des travailleurs indépendants : rapport introductif* » in *L'Europe des professions*, actes du colloque organisé le 24 janvier 1992 à Aix-en-Provence, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, pp. 43-62, p. 56.

Voir en ce sens les arrêts : CJCE 3 décembre 1974, Van Binsbergen, 33/74, *Rec.* 1299 ; CJCE 3 octobre 1990, Bouchara, 61/89, *Rec.* 3563 ; CJCE 7 février 1979, Knoors, *Rec.* 401.

d'établissement dans cet Etat membre) et d'autre part d'ouvrir une faculté de choix de loi non justifiée ou compensée par l'exercice réel et effectif dans plusieurs Etats membres. Dans cette hypothèse, les libertés de circulation, selon l'interprétation qu'en fait la Cour de justice, n'ont alors pas pour objet de garantir, comme semblait pourtant l'imposer la lettre du traité CE, l'exercice d'une activité économique réelle et effective au sein de plusieurs Etats membres. Peut-être faut-il alors bien admettre que la Cour de justice analyse la libre prestation de services comme ayant pour objet de favoriser une certaine concurrence législative.

**806.** Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de justice **en matière de protection sociale est bien différente**. La Cour contrôle toujours la réalité de l'activité de l'entreprise dans l'Etat membre d'établissement. Les arrêts de la Cour de justice relatifs au détachement **Erreur ! Signet non défini**. des salariés remettent-ils alors en cause notre thèse ? Nous ne le pensons pas, car cette jurisprudence est l'exception à la règle et se justifie par l'importance et la particularité des règles nationales qui risqueraient ainsi d'être évincées.

#### **b) Le contrôle exceptionnel de l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre d'établissement**

**807. Le cas particulier des salariés détachés** **Erreur ! Signet non défini**. – Une première remarque s'impose. En cette matière, la Cour de justice ne s'appuie pas directement sur le traité CE. Elle applique le règlement n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté

<sup>1617</sup>

**Les facultés d'abus contenues dans le règlement.** – En vertu de l'article 13, paragraphe 2, sous a) du règlement <sup>1618</sup> les salariés effectuant une prestation de services au sein d'un autre Etat membre sont soumis à la législation sociale qui y est en vigueur. Cependant, l'article 14 paragraphe 1, sous a) dudit règlement <sup>1619</sup> déroge à ce principe lorsque les

---

<sup>1617</sup> Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans sa version modifiée et mise à jour par le règlement (CEE) n° 2001/83 du Conseil, du 2 juin 1983 (JO L 230, p. 6).

<sup>1618</sup> L'article 13, paragraphe 2, de ce règlement dispose: « Sous réserve des articles 14 à 17: a) la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre.

<sup>1619</sup> L'article 14, paragraphe 1, du même règlement prévoit: « La règle énoncée à l'article 13 paragraphe 2 sous a) est appliquée compte tenu des exceptions et particularités suivantes: 1) a) la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement, et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre Etat membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier Etat membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois et qu'elle ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement.

salariés sont détachés **Erreur ! Signet non défini.** pour une période inférieure à douze mois.

Dès lors, un certain nombre d'entreprises eurent l'idée de s'implanter au sein d'Etat membre dont les coûts salariaux étaient peu ou moins élevés sans y exercer d'activité économique. Puis, ils exerçaient leur activité dans les autres Etats membres par le biais de salariés détachés **Erreur ! Signet non défini.** pour une période inférieure à douze mois.

En l'absence d'activité économique réelle et effective dans les Etats membre d'établissement pouvaient-ils se prévaloir du bénéfice de l'article 14 du règlement ?

**808. La position de la Cour de justice.** – De manière constante<sup>1620</sup>, la Cour de justice s'y oppose en s'appuyant sur le principe de l'interprétation stricte des exceptions **Erreur ! Signet non défini.**

Ainsi subordonne-t-elle le bénéfice de l'article 14 du règlement à deux conditions cumulatives : « *La première condition concerne l'existence et la qualité d'un lien nécessaire entre l'entreprise de travail temporaire et le travailleur détaché* **Erreur ! Signet non défini.**, dans la mesure où celui-ci doit relever normalement de l'entreprise qui l'a détaché **Erreur ! Signet non défini.** sur le territoire d'un autre Etat membre.

*La seconde condition a trait à la relation existant entre l'entreprise de travail temporaire et l'Etat membre où celle-ci est établie. La Cour a jugé, à cet égard*<sup>1621</sup>, *que l'exception qui permet de déroger à la règle de l'Etat d'emploi dans le cas de travailleurs temporairement détachés* **Erreur ! Signet non défini.** *n'est applicable qu'aux seuls travailleurs engagés par des entreprises exerçant normalement leur activité sur le territoire de l'Etat dans lequel elles sont établies* »<sup>1622</sup>.

**809. Approche critique.** – La position particulière de la Cour en matière salariale<sup>1623</sup> est difficilement transposable de manière générale à la libre prestation de services telle qu'elle résulte du traité CE.

---

<sup>1620</sup> CJCE 10 février 2000, Fitzwilliam, C-202/97, Rec. 883 ; CJCE 9 novembre 2000, Plum, C-404/98, Rec. 883.

<sup>1621</sup> CJCE 17 décembre 1970, Manpower, 35/70, Rec. 1251, pt. 16 ; dans le même sens CJCE 5 décembre 1967, Van der Vecht, 19/67, Rec. 445.

<sup>1622</sup> CJCE 10 février 2000, Fitzwilliam, C-202/97, Rec. 883, pt. 22 et pt. 23.

<sup>1623</sup> Relevons par ailleurs qu'en matière de droit du travail (nous visons ici « *le contrat de travail et les relations de droit privé entre travailleurs détachés et employeur [par opposition] au droit des travailleurs au bénéfice d'une protection sociale* » Rodière P., *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.D.G.J., 2008, pt. 511, p. 509) que la Cour de justice retient une conception souple de la notion de travailleur détaché. Depuis l'arrêt Van der Vecht du 5 décembre 1967, la Cour de justice considère en effet « *qu'un accomplissement habituel du travail dans le pays d'origine n'est pas exigé. [L'article L. 342-2 du Code du travail (devenu L.1261-3) qui transpose la directive n°96/71/CE du 16 décembre 1996 se borne à exiger que] le salarié travaille habituellement pour l'employeur qui le détache et que le lien de travail subsiste avec cet employeur pendant le détachement* ». Rodière P., *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.D.G.J., 2008, pt. 546-1, p. 552.

La Cour de justice subordonne-t-elle en droit du travail tout comme en droit de la sécurité sociale le bénéfice du régime communautaire relatif aux salariés détachés à la preuve d'une activité économique réelle et effective au sein de l'Etat membre d'établissement ?

Trois raisons peuvent être avancées :

**Premièrement**, il s'agit d'une interprétation de la Cour d'un règlement. Elle ne peut pas être transposée automatiquement au traité CE.

**Deuxièmement**, au sein même de ce règlement, la soumission des salariés au régime de protection sociale de l'Etat membre d'établissement est une exception au principe. Dès lors, le caractère d'exception justifie une interprétation restrictive.

Or, depuis la fin des années 1970<sup>1624</sup>, en matière de libre prestation de services, la Cour de justice interprète le traité CE comme posant le principe inverse. Le prestataire de services reste soumis aux règles du pays d'établissement.

**Troisièmement**, la nature de la réglementation nationale évincée justifie la précision du contrôle de la Cour. L'attention portée par le droit communautaire aux réglementations de protections sociales est révélée par l'existence d'un acte de droit dérivé **Erreur ! Signet non défini.** L'objectif de protection des salariés du règlement conduit à rechercher l'application d'une loi unique localisant objectivement le rapport de droit<sup>1625</sup>. Cette analyse est confirmée par les conclusions de l'Avocat général C. O. Lenz dans l'affaire VT4. L'avocat général constate que « *il se peut que VT4 se soit établie au Royaume-Uni dans le seul but d'échapper à la réglementation flamande sur l'activité des organismes de radiodiffusion. Il faut néanmoins voir que, en lui-même, ce seul fait ne comporte pas d'abus. Celui qui exerce la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** *inscrite dans le traité ne commet certainement pas d'abus de ce seul fait. Il faut au contraire que les dispositions nationales dont on contourne l'application assurent la protection de valeurs importantes qui sont également reconnues dans le droit communautaire* »<sup>1626</sup>.

---

L'article L1262-3 du Code du travail dispose qu'un « employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque son activité est **entièrement** orientée vers le territoire national ou lorsqu'elle est réalisée dans des locaux ou des infrastructures situés sur le territoire national à partir desquels elle est exercée de façon habituelle, stable et continue. Il ne peut notamment se prévaloir de ces dispositions lorsque son activité comporte la recherche et la prospection d'une clientèle ou le recrutement de salariés sur ce territoire ».

On le constate, il n'est nullement fait référence au contrôle d'une activité effective ou significative sur le territoire de l'Etat membre d'établissement. Aussi, même en cette matière on peut se demander si l'exercice d'une activité dans plusieurs Etats membres (à l'exclusion de celui d'établissement) n'est pas conciliable avec la notion de travail détaché en ce qui concerne les règles de droit du travail.

Rappelons que cette directive qui pose un principe d'application du droit du travail de l'Etat membre d'accueil notamment en matière de durée du travail, de repos et congés annuels et de rémunération minimale, doit être conciliée avec la jurisprudence de la Cour imposant une comparaison entre la législation de l'Etat membre d'accueil et celle d'établissement (CJCE 12 octobre 2004 Wolfet Müller, 60/03, Rec. 9553, CJCE 3 avril 2008 Rüffert, 346/06, CJCE 18 décembre 2007, Laval, 341/05 ; CJCE 11 décembre 2007, Viking Line, 348/05).

<sup>1624</sup> CJCE, 18 janvier 1979, 110 et 111/78, Van Wesemael, Rec. 35, CJCE 17 décembre 1981, Webb, 279/80, Rec. 3305, pt. 17.

<sup>1625</sup> Le règlement a en effet un objectif bien précis : « *il y a lieu de rappeler que les dispositions du titre II du règlement n° 1408/71, dont fait partie l'article 14, constituent, selon une jurisprudence constante de la Cour, un système complet et uniforme de règles de conflit des lois dont le but est de soumettre les travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté au régime de la sécurité sociale d'un seul Etat membre, de sorte que les cumuls de législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évités (voir arrêts du 3 mai 1990, Kuis van Heijningen, C-2/89, Rec. p. I-1755, point 12; du 16 février 1995, Calle Grenzshop Andresen, C-425/93, Rec. p. I-269, point 9; du 13 mars 1997, Huijbrechts, C-131/95, Rec. p. I-1409, point 17, et du 11 juin 1998, Kuisijärvi, C-275/96, Rec. p. I-3419, point 28)* ». CJCE 10 février 2000, Fitzwilliam, 202/97, Rec. 883, pt. 20.

<sup>1626</sup> CJCE 5 juin 1997, 56/96, Conclusions de l'Avocat général C. O. Lenz, Rec. 3145, pt. 38.

Ainsi l'établissement dans un Etat membre n'est pas subordonné à la participation active à la vie économique de ce pays. Il peut n'être qu'une simple domiciliation professionnelle et avoir pour objet de se soustraire à une législation jugée défavorable. Ce n'est que si la réglementation que l'on cherche à évincer est, au regard du droit communautaire, fondamentale que la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** peut imposer une participation réelle et effective à la vie économique du pays d'établissement (une activité réellement temporaire au sein de l'Etat membre d'accueil).

**810. Conclusion : le critère de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** **en libre prestation de services.** – L'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** en libre prestation de services est donc en principe caractérisé, **en l'absence d'activité temporaire réelle et effective** **Erreur ! Signet non défini.** dans l'Etat membre où la prestation doit être effectuée.

L'exercice d'une activité réelle et effective dans ce seul Etat membre conduit uniquement à douter du caractère temporaire de l'activité.

Par ailleurs, l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre d'établissement est indifférent, à moins que la réglementation nationale que l'on cherche à évincer touche un domaine particulier protégé en droit communautaire<sup>1627</sup>.

**811. Conclusion : le fédéralisme économique en libre prestation de services.** En adoptant une conception extrêmement souple de la notion d'établissement, la Cour de justice facilite l'exercice du choix de loi par les opérateurs économiques et ne le subordonne plus à l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre dit d'établissement et dans l'Etat membre de la prestation comme semblait pourtant l'exiger la lettre du traité CE. Il s'en dégage qu'à son avis la libre prestation de services aurait pour fonction l'exercice d'une activité économique réelle et effective mais temporaire dans un autre Etat membre que celui dit d'établissement, la détermination de l'Etat membre d'établissement correspondant en fait à une modalité de choix de loi. La libre prestation a donc pour objet de permettre l'exercice d'une activité réelle et effective dans un Etat membre autre que celui à la loi duquel l'opérateur économique est principalement soumis – l'Etat membre dit d'établissement. **Dès lors, il paraît possible d'affirmer que si la libre prestation de services n'a pas pour seule fonction de garantir une certaine concurrence législative au sein de la Communauté, puisque que l'exercice d'une**

---

<sup>1627</sup> Voir également en ce sens les conclusions de l'Avocat général C. O. Lenz dans l'affaire VT4 : « *il se peut que VT4 se soit établie au Royaume-Uni dans le seul but d'échapper à la réglementation flamande sur l'activité des organismes de radiodiffusion. Il faut néanmoins voir que, en lui-même, ce seul fait ne comporte pas d'abus. Celui qui exerce la liberté d'établissement inscrite dans le traité ne commet certainement pas d'abus de ce seul fait. Il faut au contraire que les dispositions nationales dont on contourne l'application assurent la protection de valeur importante qui sont également reconnues dans le droit communautaire* ». CJCE 5 juin 1997, 56/96, Conclusions de l'Avocat général C. O. Lenz, Rec. 3145, pt. 38.



**activité économique réelle et effective reste exigé par la Cour de justice, elle endosse nécessairement aussi une telle fonction.**

**2.2.2. Liberté d'établissement** Erreur ! Signet non défini. **à titre secondaire** Erreur ! Signet non défini.

- 812.** Dans quatre arrêts relativement récents<sup>1628</sup>, la Cour de justice a clairement défini la fonction de la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre secondaire **Erreur ! Signet non défini.** **Il en résulte que l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat d'établissement à titre principal est absolument indifférent.** Nous ne reprendrons pas en détails ces quatre arrêts qui ont déjà fait l'objet d'une étude approfondie à l'occasion de la réflexion relative au principe de reconnaissance mutuelle **Erreur ! Signet non défini.** Ceux-ci ont trait à l'exercice à la liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre secondaire **Erreur ! Signet non défini.** des sociétés **Erreur ! Signet non défini.** **Erreur ! Signet non défini.**
- 813. L'arrêt Centros.** – La Cour affirme que l'objet « *des dispositions du traité relatives à liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** [est] *précisément de permettre à des sociétés* **Erreur ! Signet non défini.** *s constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège [...] à l'intérieur de la Communauté d'exercer, par l'intermédiaire d'une agence, d'une succursale ou d'une filiale, des activités dans d'autres Etats membres* »<sup>1629</sup>. Au regard de cet objet, la Cour contrôle le caractère réel et effectif de l'activité exercée dans l'Etat membre d'établissement à titre secondaire **Erreur ! Signet non défini.** L'arrêt Cadbury témoigne de la vigilance de la Cour de justice à cet égard.
- 814. Objet de la liberté d'établissement** Erreur ! Signet non défini. **à titre secondaire** Erreur ! Signet non défini. : **L'arrêt Cadbury.** – Dans un arrêt du 12 septembre 2006<sup>1630</sup>, la Cour de justice affirme que « *l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement* **Erreur ! Signet non défini.** *»*<sup>1631</sup> (articles 43 et 48 du traité CE) est « *de permettre à un ressortissant d'un Etat membre de créer un établissement secondaire dans un autre Etat membre pour y exercer ses activités et de favoriser ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de Communauté dans le domaines des activités économiques non salariées (CJCE 21 juin 1974 Reyners, 2/74, Rec. 631, pt. 21)* »<sup>1632</sup>. Elle en déduit que « *eu égard à cet objectif d'intégration* **Erreur ! Signet non défini.**  *dans l'Etat membre*

<sup>1628</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 12 ; CJCE 9 novembre 2002, Überseeing, C-208/00, Rec. I 9919; CJCE 30 septembre 2003, Inspire Art, 167/01, Rec.10155; CJCE 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes, 196/04, Rec. 7995.

<sup>1629</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 26.

<sup>1630</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995.

<sup>1631</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 52.

<sup>1632</sup> CJCE 12 septembre 2006, « Cadbury Schweppes », 196/04, Rec. 7995, pt. 53.

*d'accueil, la notion d'établissement, au sens des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement***Erreur ! Signet non défini.**, implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans cet Etat pour une durée indéterminée<sup>1633</sup>. Elle suppose par conséquent une *implantation réelle de la société***Erreur ! Signet non défini.** *concernée dans l'Etat membre d'accueil et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci* »<sup>1634</sup>.

En revanche, la Cour de justice n'impose pas l'exercice d'une activité réelle et effective dans l'Etat membre d'établissement à titre principal. Cet établissement à titre principal est donc, dans ce cadre, analysé de manière purement juridique.

**815. Définition de l'établissement à titre principal en droit des sociétés****Erreur ! Signet non défini.****s****Erreur ! Signet non défini.** – L'arrêt *Centros* illustre le caractère juridique de la notion d'établissement en matière de sociétés**Erreur ! Signet non défini.** En effet, le traité CE reconnaissant la validité du critère de l'incorporation, cet établissement peut être caractérisé « *dès lors qu'une société***Erreur ! Signet non défini.** *a son siège statutaire dans un Etat membre* »<sup>1635</sup>. Il en découle que la Cour de justice ne subordonne pas la reconnaissance de l'établissement à l'exercice d'une activité réelle et effective dans cet Etat.

**Faits de l'arrêt Centros.** – M. et Mme Bryde, ressortissants danois résidant au Danemark souhaitent constituer une SARL afin d'exercer une activité économique au Danemark exclusivement. Les règles en vigueur au Danemark quant à la constitution d'une SARL imposent la libération d'un capital minimal de 200 000 DKR. La réglementation en vigueur au Royaume-Uni ne soumet les SARL à aucune exigence relative à la constitution et à la libération d'un capital social minimal.

Au regard du caractère plus souple des règles en vigueur au Royaume-Uni quant à la constitution d'une SARL, M. et Mme Bryde, constituent une société**Erreur ! Signet non défini.** (*Centros*) qu'ils enregistrent en Angleterre et au pays de Galles afin de pouvoir **créer une succursale au Danemark par le biais de laquelle ils exerceraient leur activité.** Les époux constituent ainsi une SARL dont le capital social s'élève à 100 UKL au Royaume-Uni. La société**Erreur ! Signet non défini.** *Centros* n'y exerce aucune activité effective.

De manière générale, l'administration danoise admet l'immatriculation au Danemark d'une succursale d'une société**Erreur ! Signet non défini.** constituée selon le droit d'un autre Etat membre. Mais, en l'espèce elle refuse d'immatriculer la succursale en s'appuyant sur la notion de fraude. En effet, « *la constitution de la succursale au*

<sup>1633</sup> Voir en ce sens : CJCE 25 juillet 1991, *Factortame* e. a. 221/89, *Rec.* 3905, pt. 20 ; CJCE 4 octobre 1991, *Commission/Royaume-Uni* 246/89, *Rec.* 4585, pt. 21.

<sup>1634</sup> CJCE 12 septembre 2006, « *Cadbury Schweppes* », 196/04, *Rec.* 7995, pt. 54.

<sup>1635</sup> Huglo J-G. « Reconnaissance, établissement et libre prestation de services des sociétés », *Juri-classeur Europe*, fasc. 800, éd. 2005, pt. 29.

*Danemark apparaît comme un moyen de se soustraire aux règles nationales relatives à la constitution et à la libération d'un capital minimal »<sup>1636</sup>.*

**816. Violation des articles 52 et 58 du traité.** – Pour la Cour de justice, la décision de l'administration danoise viole les articles 52 et 58 du traité : car, d'une part, les articles 52 et 58 du traité confèrent aux sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s le « [...] droit d'exercer leur activité dans un autre Etat membre par l'intermédiaire d'une agence, succursale ou filiale »<sup>1637</sup> et, d'autre part, « la localisation de leur siège statutaire, de leur administration centrale, ou de leur principal établissement [sert] à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un Etat membre »<sup>1638</sup>.

En d'autres termes, dès lors qu'une société **Erreur ! Signet non défini.** est établie selon les règles de droit d'un Etat membre, elle acquiert automatiquement le droit d'exercer une activité sur le territoire d'un autre Etat membre y compris par le biais d'une succursale fictive.

Ainsi, dans l'arrêt Centros, la Cour de justice condamne-t-elle « la pratique consistant, dans un Etat membre, à refuser, dans certaines circonstances, l'immatriculation d'une succursale d'une société **Erreur ! Signet non défini.** ayant son siège dans un autre Etat membre [car elle] aboutit à empêcher des sociétés **Erreur ! Signet non défini.**s constituées en conformité avec la législation de cet autre Etat membre d'exercer le droit d'établissement qui leur est conféré par les articles 52 et 58 du traité »<sup>1639</sup>.

**817. Conclusion.** – L'**abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** est uniquement caractérisé en l'**absence d'activité réelle et effective dans l'Etat membre où se situe l'établissement secondaire.** L'absence d'activité économique réelle et effective dans l'Etat membre d'établissement principal est indifférente.

La liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre secondaire a donc pour **fonction** de permettre à une société **Erreur ! Signet non défini.** constituée selon la réglementation de l'Etat membre de son choix d'exercer une activité réelle, effective, stable et continue au sein d'un autre Etat membre que celui de sa constitution. La liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre secondaire **Erreur ! Signet non défini.** a donc nécessairement également pour fonction de promouvoir une **concurrence législative en matière de constitution des sociétés** **Erreur ! Signet non défini.**s au sein de la Communauté.

---

<sup>1636</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 12.

<sup>1637</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 20.

<sup>1638</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 20.

<sup>1639</sup> CJCE 9 mars 1999, Centros, 212/97, Rec. I-1484, pt. 21 (nous soulignons).

**818. Conclusion de C. La déduction casuistique de la fonction des droits subjectifs** Erreur ! Signet non défini. **issus des libertés de circulation.** Il résulte de la lettre du traité CE que les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** que les opérateurs économiques tirent des libertés de circulation devraient avoir pour fonction de leur garantir une faculté de mobilité – économique –, sous des formes variées, mais toujours réelle et effective, dans l'ensemble de la Communauté. L'analyse de la jurisprudence de la Cour à laquelle nous nous sommes livrés révèle une certaine ambiguïté dans l'interprétation de cet objectif de mobilité **Erreur ! Signet non défini.** La mobilité est « *le caractère de ce qui peut se mouvoir, ou être mû, changer de place, de position* »<sup>1640</sup>. La réalisation de la mobilité suppose donc une localisation initiale – la localisation pouvant être définie comme « *l'action de situer en un certain lieu, en un point déterminé* »<sup>1641</sup> – de laquelle l'opérateur économique se détache par le franchissement d'une frontière. En d'autres termes, cette localisation permet un rattachement de l'opérateur économique – ou de l'objet de son commerce – à un Etat membre.

En libre circulation des marchandises **Erreur ! Signet non défini.**, la localisation initiale correspond à l'Etat membre de situation d'une marchandise avant sa commercialisation dans un autre Etat membre. En libre circulation de travailleur ou en liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre principal, il s'agira le plus souvent de l'Etat membre dont l'opérateur économique est le ressortissant, ou dans lequel il est domicilié. En somme, dans ces hypothèses, la localisation ne permet que d'exprimer un franchissement de frontières. Seule l'activité, une fois ce franchissement de frontière effectué, est contrôlée et exigée par la Cour de justice. La fonction de ces libertés de circulation apparaît alors comme l'exercice d'une activité économique réelle et effective après un franchissement de frontière au sein de la Communauté.

Dans les hypothèses de libre prestation de services et de liberté d'établissement **Erreur ! Signet non défini.** à titre secondaire **Erreur ! Signet non défini.**, l'exigence d'une localisation initiale devrait être plus poussée, puisque en principe, elle correspond à l'exercice simultané d'une activité économique dans plusieurs Etats membres. Théoriquement, la localisation ne devrait donc pas uniquement servir à matérialiser un franchissement de frontière. Pourtant, telle n'est pas l'interprétation qu'en fait la Cour de justice. Dans ces domaines, la Cour assimile l'exigence d'établissement à une exigence de localisation aux seules fins de matérialiser un franchissement de frontière. Ce faisant, le droit de l'Etat membre de l'Etat d'établissement étant principalement applicable, elle ouvre de pures facultés de choix de loi détachées d'une localisation objective dans l'Etat membre du choix de loi en dépit de la lettre du traité.

En ces matières, les libertés de circulation paraissent avoir pour fonction de garantir une mobilité réelle et effective **Erreur ! Signet non défini.** vers un autre Etat membre que

---

<sup>1640</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2009.

<sup>1641</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2009.

celui dit d'établissement, tout en stimulant une concurrence législative générée par ces nouvelles facultés de choix de loi.

Cette conception des libertés de circulation est, à notre sens, largement induite par l'obligation absolue de reconnaissance des sociétés **Erreur ! Signet non défini.** constituées en conformité avec la législation de n'importe quel Etat membre, le système de l'incorporation conduisant à assimiler établissement et localisation. Cette obligation de reconnaissance étant inscrite dans la lettre même du traité CE, seule une harmonisation **Erreur ! Signet non défini.** des législations européennes du droit de sociétés **Erreur ! Signet non défini.** pourrait permettre d'éviter la concurrence législative qui en résultent inévitablement.

## Conclusion du Chapitre II

**819.** Après avoir déduit des libertés de circulation des droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** au profit des opérateurs économiques, la Cour de justice a fait le choix de sanctionner une certaine utilisation des libertés de circulation par ceux-ci. Cette sanction se traduit par la reconnaissance de la légitimité du droit national à s'appliquer, alors même que son application aurait été jugée non-conforme au traité CE en l'absence d'abus. En d'autres termes, la Cour de justice choisit donc de sanctionner l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** en autorisant l'application d'une réglementation restreignant la libre circulation au cas d'espèce plutôt qu'en déniait tout simplement aux opérateurs économiques le droit de se prévaloir du droit communautaire.

**820.** Ce choix de sanctionner l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** par la légitimation de la mise en œuvre d'une réglementation restreignant la libre circulation plutôt que par le refus du droit d'invoquer les libertés de circulation affaiblit la portée du mécanisme de l'abus de droit.

Il conduit en effet à faire dépendre la sanction de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** non seulement de sa caractérisation à proprement parler mais également du contenu de la réglementation nationale devant s'appliquer au titre de sanction. Les restrictions à la liberté de circulation étant de plus d'interprétation stricte, il faut conclure que l'abus de droit constitue une fausse limite aux nouvelles facultés de choix de lois déduites des libertés de circulation, sa sanction étant très rarement retenue.

**821.** Les éléments choisis par la Cour de justice pour caractériser l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** se révèlent également difficiles à manier. Adoptant une conception finaliste **Erreur ! Signet non défini.** et objective de l'abus de droit, la Cour de justice considère en fait uniquement que l'abus de droit est caractérisé lorsque l'objectif

poursuivi par la liberté de circulation n'a pas été atteint. Or, la fonction exacte des droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** issus des différentes libertés de circulation est difficile à cerner. La lettre du traité CE est relativement elliptique et il n'est possible que d'en déduire un objectif – finalement relativement abstrait – de mobilité intracommunautaire. La jurisprudence de la Cour en matière d'abus de droit a cependant permis de mieux cerner cet objectif de mobilité **Erreur ! Signet non défini.** économique posé par le traité CE. Un premier constat s'en dégage : **les libertés de circulation tendent toutes à garantir l'exercice d'une activité économique réelle et effective dans un Etat membre après un franchissement de frontière au sein de la Communauté.** Cependant, alors que la lettre du traité CE semblait exiger, pour permettre une localisation initiale dans un premier Etat membre dont on franchit les frontières, des rattachements plus ou moins forts selon les libertés de circulation, (nationalité, domicile ou véritable implantation économique), la Cour de justice paraît le plus souvent se contenter d'un rattachement quelconque avec un Etat membre. Cette souplesse dans l'exigence de ce rattachement « initial » s'explique, à notre sens, largement par l'obligation de reconnaissance de toute société **Erreur ! Signet non défini.** légalement constituée au sein d'un Etat membre conjuguée avec le système de l'incorporation en vigueur au sein de certains Etats membres. Les sociétés **Erreur ! Signet non défini.**, principales actrices de la vie économique internationale doivent ainsi être considérées comme légalement et légitimement établies dans un Etat membre alors même qu'elles n'y auraient que leur siège statutaire (si elles se sont constituées dans un Etat membre adoptant le système de l'incorporation). Depuis cet « établissement » elles peuvent exercer leur droit à la libre prestation de services ou même d'établissement à titre secondaire **Erreur ! Signet non défini.** La localisation initiale dans un Etat membre ne requiert alors qu'un très faible rattachement « physique ». L'adhésion à une conception unitaire de la notion d'établissement qui pourrait être définie comme la participation stable et continue à la vie économique d'un Etat membre supposerait donc une harmonisation **Erreur ! Signet non défini.** du droit des sociétés **Erreur ! Signet non défini.** au sein de la Communauté.

En conclusion, la rare sanction de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** et sa difficile caractérisation témoignent de sa portée encore très relative en droit communautaire. Une telle situation n'est à notre sens pas satisfaisante. Il convient donc de formuler une proposition en vue de garantir une meilleure effectivité de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire.

### CHAPITRE III

#### PROPOSITION EN VUE DE GARANTIR UNE MEILLEURE EFFECTIVITE DE L'ABUS DE DROIT **Erreur ! Signet non défini.** **Erreur ! Signet non défini.** COMMUNAUTAIRE

822. Nous avons constaté que les libertés de circulation remettaient largement en cause l'application de certaines lois pourtant jugées impératives par les Etats dont elles

émanent, en ouvrant aux opérateurs économiques de nouvelles facultés de choix de loi. Ce faisant, elles portent indéniablement atteinte à l'autorité du droit national.

Cette fragilisation de l'autorité du droit national par les opérateurs économiques trouve ainsi sa source dans les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** déduits par la Cour de justice des libertés de circulation. Cette atteinte indirecte, mais certaine, au pouvoir normatif des Etats membres par le droit communautaire conduit à s'interroger sur sa légitimité. Rappelons d'emblée que la Communauté ne disposant que de compétences d'attribution, les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** que les opérateurs économiques tirent du traité CE ne sauraient être sans limite.

**823.** Nous démontrerons donc que **la légitimité de l'atteinte portée à l'autorité du droit national par les opérateurs économiques** (section I) exige que les droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** qu'ils tirent de libertés de circulation trouvent des limites claires et manifestes. Elle milite donc en faveur d'un principe fort d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire sanctionnant précisément tout recours injustifié aux libertés de circulation par les opérateurs économiques.

C'est la raison pour laquelle il faut, à notre sens, plaider en faveur d'une modification du mode de sanction de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** Le mécanisme de l'abus de droit vise à prohiber toute utilisation des libertés de circulation qui ne permet pas la réalisation de leur fonction. En conséquence, il faudrait dénier aux opérateurs économiques le droit de s'appuyer sur les libertés de circulation, lorsque cette utilisation ne conduirait pas à ce que soit atteint l'objectif poursuivi par la libre circulation. Aussi exposerons-nous pourquoi, à notre sens il faudrait assurer **la sanction de l'abus de droit par l'encadrement des critères d'invocabilité<sup>1642</sup> des libertés de circulation (section II).**

## Section I

### L'argument de la légitimité de l'atteinte à l'autorité du droit national par les opérateurs économiques

**824. La notion de légitimité.** Usuellement, la légitimité est l'état de ce « *qui est fondé en droit [...] consacré par la loi ou reconnu conforme au droit [...]* »<sup>1643</sup>. Cette définition de la légitimité est en fait plus proche de celle de la légalité **Erreur ! Signet non défini.** En effet, la légalité **Erreur ! Signet non défini.** est le « *caractère de ce qui est conforme à la loi (au sens formel), plus largement au Droit écrit* »<sup>1644</sup> et la légalité **Erreur ! Signet non**

---

<sup>1642</sup> Invoquer: « *faire valoir en justice* »

<sup>1643</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. 2009.

<sup>1644</sup> Cornu G. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8<sup>ème</sup> éd. 2007.

**défini.** d'un acte « *se mesure par rapport à une règle de droit qui lui [est] supérieure* »<sup>1645</sup>.

La légitimité est entendue en droit public **Erreur! Signet non défini.** comme « *une qualité essentielle de l'autorité [publique c'est-à-dire de l'appareil organisé de contrainte, disposant de la force publique et capable d'imposer ses décisions à l'ensemble de la population sur l'ensemble du territoire de l'Etat], en ce sens qu'elle fonde le droit de l'exercer et qu'elle en est la justification : elle donne à l'autorité son caractère incontestable et enracine le sentiment d'adhésion que lui porte la population. Dans le cadre de l'Etat, la légitimité sera celle du souverain : ressort capital de l'obéissance qui est due à ses commandements, et justification de son titre à exercer son autorité. [...] D'abord légitimité de droit divin, [...] la légitimité est devenue, depuis, démocratique : le consentement du peuple étant la source légitime du pouvoir souverain, le peuple devenant, après la nation et en concurrence avec elle, le souverain* »<sup>1646</sup>. En somme, la légitimité peut donc être comprise comme **ce qui conduit à accepter le pouvoir de contrainte d'une institution**<sup>1647</sup>.

**825. Des doutes quant à la légitimité des libertés de circulation** à modifier d'une façon ou d'une autre les règles de droit national se sont souvent élevés<sup>1648</sup>, « *les libertés que les institutions européenne [prendraient] à l'égard des limites fixées à leurs attributions* »<sup>1649</sup> étant alors parallèlement dénoncées.

**826.** Aussi faut-il encore une fois rappeler que toutes les compétences de la Communauté sont d'une part nécessairement **d'attribution** et, d'autre part, **finalisées**. Les libertés de

---

<sup>1645</sup> Constantinesco V., Pierré-Caps S., *Droit constitutionnel*, Thémis Droit, Puf, 3<sup>ème</sup> éd. 2007, pt. 310, p. 290

<sup>1646</sup> Constantinesco V., Pierré-Caps S., *Droit constitutionnel*, Thémis Droit, Puf, 3<sup>ème</sup> éd. 2007, pts. 304, 305 et 307, p. 284 et p. 287.

<sup>1647</sup> En droit public, la légitimité est définie comme la « *conformité d'une institution à une norme supérieure juridique ou éthique, ressentie comme fondamentale par la collectivité qui fait accepter moralement et politiquement l'autorité de cette institution* ». Cornu G. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8<sup>ème</sup> éd. 2007.

<sup>1648</sup> M. V. Heuzé afin de contester la pertinence de l'analyse des libertés de circulation comme contenant une règle de conflit de lois cachées évoque ainsi le « *lien indéfectible qui unit la règle à sa source [...] dans le modèle démocratique auquel obéissent tous les Etats membres de l'Union européenne [...] : à partir du moment où l'adhésion au système démocratique, même empreint de toute la relativité que rendent nécessaire les modalités pratiques de sa concrétisation, oblige à considérer que le traité CE ne tire sa valeur normative que de la volonté des peuples qui ont autorisé sa ratification, il est radicalement impossible d'admettre qu'il contiendrait des règles que la clairvoyance des plus perspicaces des professeurs de droit n'a pas permis de discerner que plusieurs décennies après leur adoption* ». Heuzé V. « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, pp. 393-415, p. 394.

Un autre auteur s'interroge encore : « *L'existence de plusieurs voies juridiques rendant la mobilité des sociétés envisageables apporte une réponse technique à ce problème mais laisse dans l'ombre la question essentielle de sa légitimité juridique et politique. Il s'agit de savoir si la mobilité des sociétés est réellement acceptable au sein de la Communauté européenne et si elle peut être considérée comme un droit des personnes morales. En somme, du principe de liberté de circulation accordé aux sociétés par le traité peut-il découler un droit de mobilité entendu comme un « intérêt juridiquement protégé » ? Selon nous, la réponse est affirmative car, dès lors que des voies juridiques sont dégagées, la mobilité mérite d'être considérée comme tel* ». Menjucq M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, L.G.D.J., bibliothèque de droit privé, tome 285, 1997, pt. 357, p. 275.

<sup>1649</sup> Heuzé V., « L'honneur des professeurs de droit », *J.C.P. éd. G.*, n° 10, 7 mars 2007, I, 116, pt. 8, p. 18.



circulation ne font pas exception à la règle, tant et si bien que leur **champ d'application est nécessairement limité et déterminé au regard de leur fonction**<sup>1650</sup>.

Consciente de cette limite inhérente au système communautaire, la Cour de justice a toujours apprécié le champ d'application des libertés de circulation en fonction de l'exigence principale posée par la lettre même du traité CE : la **circulation** – à but économique<sup>1651</sup> – au sein du marché intérieur. Cette limite au champ d'application des libertés de circulation se manifeste à l'égard des deux destinataires de ces normes : les Etats membres et les opérateurs économiques tels que nous les avons définis. C'est ainsi que d'une part, n'entrent, en principe, dans le champ d'application matériel **Erreur ! Signet non défini.** des libertés de circulation que les **réglementations pouvant avoir un certain impact sur le bon fonctionnement du marché intérieur** et que, d'autre part, en ce qui concerne les **opérateurs économiques, les situations dites purement internes** ne sont pas appréhendées par le droit communautaire.

Pour les opérateurs économiques, la circulation correspond donc au critère d'applicabilité spatial **Erreur ! Signet non défini.**e requis pour la mise en œuvre des libertés de circulation au cas d'espèce. En d'autres termes, cette notion permet le « **rattachement d'une situation de vie à l'assise du système juridique** »<sup>1652</sup> communautaire. Il permet de distinguer les situations de fait se rattachant au système communautaire, de celles régies par les seuls droits nationaux. **De l'existence de ce critère de rattachement dépend la légitimité du droit communautaire** à remettre en question l'autorité des droits nationaux. En effet, ce critère – la circulation – **est l'expression même du caractère d'attribution de la compétence communautaire.**

**827.** Toute la difficulté réside alors dans la compréhension du **sens de cette notion de circulation**. En effet, la Cour de justice l'interprète parfois très souplesment donnant ainsi le sentiment qu'il n'existerait aucun critère **factuel** véritable d'invocabilité des libertés de circulation, et que donc la Communauté autoriserait sans fondement – et ce faisant illégitimement – la fragilisation de droit national par les opérateurs économiques.

Cette tendance jurisprudentielle nous paraît d'autant plus regrettable que le champ d'application matériel **Erreur ! Signet non défini.** des libertés de circulation est à notre avis par nature difficilement délimitable<sup>1653</sup>, si bien que celles-ci mettent souvent en

---

<sup>1650</sup> Voir notamment en ce sens les propos de M. M. Fallon qui remarque que « *pour importants qu'ils soient, les pouvoirs conférés à l'organisation internationale ne sont que d'attribution : ils ne peuvent donc s'exercer que dans les limites spécialement énoncées. Il en résulte que l'applicabilité directe du régime de la circulation des biens ou des personnes ne peut se concevoir que dans le domaine assigné à ces libertés [...]* ». Fallon M. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *Rec. des cours, Académie de droit international, La Haye*, 1995, tome 253, pp.9-282, pt. 3, pp. 30.

<sup>1651</sup> Nous avons exclu, rappelons-le une ultime fois, les droits découlant de la seule citoyenneté de cette étude. Sur les raisons de cette exclusion, voir notre introduction.

<sup>1652</sup> Fallon M., « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *Mélanges Vander Elst*, t. 1., pp. 285-322, p. 287, pt. 3 (nous soulignons).

<sup>1653</sup> Voir nos développements relatifs au champ d'application des libertés de circulation. Première partie, Titre I, Chapitre II, Section I. « Le caractère inévitablement incertain du champ d'application matériel »

sursis l'exercice par les Etats membres de leur compétence normative dans presque tous les domaines. Cette inévitable difficulté à cerner le champ d'application matériel **Erreur ! Signet non défini.** des libertés de circulation qui réduit drastiquement les domaines d'exercice **discrétaire** des compétences normatives étatiques devrait au moins être compensée par un très strict encadrement des conditions d'invocabilité des libertés de circulation. La hiérarchie de normes justifie en effet l'emprise du droit communautaire sur les droits nationaux, mais non leur remise en question sans condition par tous les opérateurs économiques.

**828.** Il nous semble d'ailleurs que la Cour de justice a parfaitement conscience de la nécessité de limiter le champ d'application du droit communautaire puisque :

- d'une part le Cour maintient le principe – il est vrai assorti d'exceptions toujours plus nombreuses – de l'inapplicabilité des libertés de circulation aux situations purement internes ;

- d'autre part, elle fait le choix de développer le mécanisme d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire qui vise justement à sanctionner tout usage des libertés de circulation de façon non-conforme à leurs fonctions.

En effet, par la consécration d'un mécanisme d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire, la Cour de justice réaffirme que les libertés de circulation n'ont pas vocation à appréhender toutes les situations juridiques. L'abus de droit est donc une heureuse manifestation du champ d'application nécessairement limité du droit communautaire. Ainsi, si ce mécanisme ne tend pas à protéger l'autorité du droit national, il permet cependant de réaffirmer clairement que les libertés de circulation ont portée limitée par leur fonction.

**829. Fonctions des droits subjectifs de libertés de circulation.** Par le biais de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.**, la Cour de justice condamne une certaine utilisation des libertés de circulation par les opérateurs économiques. En d'autres termes, elle pose explicitement une **limite** aux droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** déduits des libertés de circulation et, ce faisant, précise nécessairement **le contenu** de ces droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** Malheureusement, sa sanction d'une utilisation anti-fonctionnelle des libertés de circulation n'est ni adéquate, ni logique.

## Section II

### **La sanction de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** par l'encadrement des critères d'invocabilité des libertés de circulation**

**830. Notre proposition.** Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** que les libertés de circulation ont une fonction : elles doivent toutes permettre l'exercice d'une activité économique après le franchissement d'une frontière au sein du marché intérieur<sup>1654</sup>. Pour ce faire, elles ouvrent aux opérateurs économiques le droit de s'opposer aux législations des Etats membres qui, sans être indispensables pour la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent, ne leur permettraient pas de réaliser cet objectif communautaire de circulation économique. L'atteinte à l'autorité du droit national qu'ouvrent ainsi les libertés de circulation s'explique et se justifie pleinement par leur fonction. Aussi, pour être légitime, cette atteinte à l'autorité du droit national devrait-elle supposer également que les opérateurs économiques se placent effectivement dans le champ d'application du droit communautaire : les opérateurs pour pouvoir s'opposer à l'application du droit national devraient avoir franchi les frontières internes du marché intérieur en vue d'exercer une activité économique.

**La sanction de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** **communautaire devrait donc se confondre avec la question de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce. En subordonnant le bénéfice des libertés de circulation à la démonstration d'un élément circulant,** la Cour de justice respecterait mieux l'esprit des libertés de circulation, la lettre du traité CE, le caractère d'attribution de ses compétences et l'autorité du droit national. Cette préservation de l'autorité du droit national assoierait ce faisant la légitimité du droit communautaire.

**831. L'incohérente sanction** **Erreur ! Signet non défini.** **de l'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** – A l'heure actuelle la Cour de justice :

- sanctionne une utilisation anti-fonctionnelle des libertés de circulation par l'application au cas d'espèce d'une réglementation nationale restreignant la liberté de circulation ;
- subordonne cette sanction à la preuve de ce que la réglementation nationale devant s'appliquer à titre de sanction génère une atteinte à la liberté de circulation qui soit exactement proportionnée.

**832. L'esprit de la notion de droit subjectif** **Erreur ! Signet non défini.** – Ce mode de sanction qui limite la portée de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** nous semble

---

<sup>1654</sup> Relevons ici que la consécration de droits attachés à la seule qualité de citoyen depuis le début des années 2000 par la Cour de justice soulève également la question de l'objectif ce faisant poursuivi par la Communauté. En effet, quelles réglementations nationales pourront être contestées au motif qu'elles gênent la circulation du citoyen ? A quoi correspondent exactement la circulation et/ou le séjour du citoyen ? En d'autres termes, quels droits subjectifs les particuliers peuvent-ils tirer des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté ? A cet égard, on relève que la Cour de justice développe un droit à la permanence du statut personnel (voir notamment à cet égard sa jurisprudence en matière de nom CJCE 2 octobre 2003, Garcia Avello, 148/02, *Rec.* 11613 ; CJCE 14 octobre 2008, Grunkin-Paul, 353/06, *Rec.* 7639 ainsi que certaines réflexions doctrinales, dont notamment : Lagarde P., « La reconnaissance mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, pp. 481-501, sp. pt. 4, p. 483 ; Pataut E. « L'invention du citoyen européen », sur le site *laviedesidées.fr*, 2 juin 2009

peu cohérent. En effet, rappelons que « *si l'acte abusif excède les limites « internes » du droit, il est en réalité accompli sans droit et ne bénéficie pas de la protection légale* »<sup>1655</sup>. En d'autres termes, un usage anti-fonctionnel des libertés de circulation correspond en fait à la tentative d'exercice d'**un droit n'existant pas dans le patrimoine juridique des personnes juridiques** s'en prévalant. Aussi par exemple, ne devrait-on pas pouvoir s'appuyer sur la libre circulation de marchandises pour contester la mise en œuvre d'une réglementation nationale sans avoir commercialisé la marchandise dans un autre Etat membre que celui de fabrication, pour la simple et seule raison que la libre circulation des marchandises **Erreur ! Signet non défini.** ne confère pas une telle prérogative.

En somme, les libertés de circulation constituant des droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** entrant dans le patrimoine juridique des opérateurs économiques, il paraît illogique de subordonner la sanction du détournement des libertés de circulation **Erreur ! Signet non défini.** de leur fonction au contenu du droit national évincé. En effet, en l'absence de circulation, les opérateurs économiques ne devraient, en tout état de cause, pas pouvoir se prévaloir d'un droit dont elle ne dispose pas, c'est-à-dire des libertés de circulation.

En ce sens l'avocat général Poiares Maduro considère même qu'il serait plus exact de parler d'abus, que d'abus de droit car, la sanction de la Cour de justice relèverait l'absence total de droit plus encore de l'exercice abusif d'un droit. L'auteur « *estime [...] que cette notion d'abus fonctionne comme un principe régissant l'interprétation du droit communautaire [...] [et que], apparaît comme un facteur décisif pour affirmer l'existence d'un abus, la portée téléologique des règles communautaires invoquées laquelle doit être définie afin d'établir si le droit revendiqué est effectivement conféré par ces dispositions, dans la mesure où il ne relève manifestement pas de leur champ d'application* »<sup>1656</sup>.

Ce même auteur précise encore « *qu'une personne qui invoque le sens littéral d'une disposition de droit communautaire pour revendiquer un droit allant à l'encontre des finalités de la disposition, ne mérite pas que soit reconnu le bienfondé de ce droit. En pareilles circonstances, la disposition juridique en cause doit être interprétée, contrairement à son sens littéral, comme ne conférant en réalité pas le droit* »<sup>1657</sup>.

Nous considérons également que l'abus de droit pose soulève une problématique du champ d'application des libertés de circulation et donc des critères d'invocabilité de dispositions consacrant les libertés économiques de circulation.

### **833. La fonction des libertés de circulation révélée.** – L'apport principal de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** est d'ailleurs

<sup>1655</sup> Ghestin J., Goubaux G. Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil*, L.D.G.J., 4<sup>ème</sup> éd. 1996, pt. 806, p. 793.

<sup>1656</sup> Maduro Poiares M., conclusions présentées le 7 avril 2005, dans l'affaire C-255/02, Halifax, pt. 69.

<sup>1657</sup> Maduro Poiares M., conclusions présentées le 7 avril 2005, dans l'affaire C-255/02, Halifax, pt. 71.

précisément d'avoir permis l'identification de la fonction de chacune des libertés économiques de circulation **Erreur ! Signet non défini.**

En effet, il s'en dégage que **l'exercice d'une activité réelle et effective après le franchissement d'une frontière est la fonction, le but des droits subjectifs** **Erreur ! Signet non défini.** que les opérateurs économiques tirent des libertés de circulation. **Le pouvoir de contester la mise en œuvre du droit national n'est que le moyen permettant d'atteindre cet objectif.**

Cette conception de la fonction des libertés de circulation **Erreur ! Signet non défini.** adoptée par la Cour de justice qui conduit à rejeter l'assimilation des droits subjectifs **Erreur ! Signet non défini.** que les opérateurs économiques tirent de la liberté de circulation à des outils d'intégration **Erreur ! Signet non défini.** négative **Erreur ! Signet non défini.** semble parfaitement conforme à la lettre du traité CE.

La concurrence législative pouvant en certaine matière résulter des nouvelles facultés de choix de loi apparaît donc comme une simple conséquence accessoire des libertés de circulation.

Ce faisant, **le développement par la Cour de justice de la notion d'abus de droit** **Erreur ! Signet non défini.** **participe de la légitimité du droit communautaire.** En effet, cette notion révèle tout à la fois que l'objet des libertés de circulation n'est pas de permettre la contestation des législations nationales par les particuliers, et que le champ d'application des libertés de circulation est strictement limité.

**834. Légitimité de l'éviction du droit national.** – Nous déduisons donc de la consécration par la Cour de justice de la notion d'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** communautaire que le pouvoir de contester l'application du droit national devrait nécessairement supposer la fonction des libertés de circulation **Erreur ! Signet non défini.** préalablement réalisée : le franchissement de frontière aux fins d'exercer d'une activité économique réelle et effective. En d'autres termes encore, si les libertés de circulation ont une fonction, c'est à la preuve préalable de la réalisation de cette fonction que devrait être subordonné le bénéfice de leurs effets, c'est-à-dire la remise en cause de l'impérativité droit national.

La mise en œuvre du droit communautaire devrait être subordonnée à la démonstration d'un élément de fait transfrontalier, celui-ci, comme l'avons établi, variant selon la liberté de circulation invoquée.

En d'autres termes, la fonction des libertés de circulation **Erreur ! Signet non défini.** révélée par la jurisprudence de la Cour de justice en matière de l'abus de droit **Erreur ! Signet non défini.** devrait lui permettre d'abandonner sa jurisprudence incohérente relative aux conditions d'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce.

**835. L'autorité du droit national préservée.** – Il en résulterait que le droit communautaire continuerait à asseoir un principe de relativité du droit national, celui-ci pouvant toujours être jugé non-conforme au traité CE. En revanche, l'autorité du droit national serait mieux préservée, l'impérativité des réglementations nationales n'étant pas abandonnée à la discrétion des opérateurs économiques.

**836. Une position cohérente avec le rejet de l'élément subjectif** Erreur ! Signet non défini. **de l'abus de droit** Erreur ! Signet non défini.. – Cette modification du mode de sanction des libertés de circulation serait en outre parfaitement compatible avec la position de principe régulièrement affirmée par la Cour selon laquelle les mobiles **Erreur ! Signet non défini.** de l'opérateur économique ne doivent pas être pris en considération pour juger de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce. En effet, nous avons démontré qu'en dépit d'une position doctrinale favorable à la démonstration d'un élément subjectif pour la caractérisation d'un abus de droit, il se dégage de notre analyse de la jurisprudence de la Cour que celle-ci se satisfait de l'établissement du seul élément objectif.

**837. La dilution logique et légitime de la notion d'Etat au sein du marché intérieur.** – De plus, une telle sanction des libertés de circulation permettrait de mieux comprendre et donc admettre la relativité des législations induite par les libertés de circulation. En effet, l'exigence de la preuve d'un élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** (compris comme l'exercice d'une activité économique dans un Etat membre après le franchissement d'une frontière) permettrait de rattacher clairement une situation de fait à l'ordre juridique communautaire.

Dès lors, celui-ci correspondant à un marché intérieur, soit à un territoire au sein duquel la notion d'Etat ne doit théoriquement pas être prise en considération, il apparaît moins choquant que l'impérativité – internationale – des règles qui est souvent liée à la défense d'un intérêt supérieur de l'Etat<sup>1658</sup> soit largement remise en question. En d'autres termes, dès lors que cet élément transfrontalier **Erreur ! Signet non défini.** serait réalisé, on comprendrait d'autant mieux la relativité de l'impérativité des droits nationaux et les nouvelles facultés de choix de loi. En effet, la situation des opérateurs économiques ne se rattachant pas à un ordre juridique national mais à l'ordre juridique communautaire ou plus exactement au marché intérieur dans lequel la notion d'Etat et donc de frontières se dilue, il apparaîtrait dès lors logique que les règles impératives nécessaires à la défense des intérêts nationaux n'aient plus de légitimité à s'appliquer.

---

<sup>1658</sup> Voir en ce sens notamment la définition des lois de police proposée par Francescakis : « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale, ou économique du pays ». *Rep. Dalloz droit international*, 1<sup>ère</sup> éd., v° Conflit de lois, n° 137 ainsi que celle de Savigny : « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires, dictées par un motif d'intérêt général ». Savigny, *Traité*, pt. 349

### Conclusion du Chapitre III

**838.** Les importantes nouvelles facultés de choix de loi déduites des libertés de circulation, et plus particulièrement de la reconnaissance mutuelle, ouvrent aux opérateurs économiques la possibilité de se soustraire à certaines règles de droit pourtant jugées impératives par l'Etat membre dont elles émanent. Ce faisant, le droit communautaire renouvelle la problématique, bien connue du droit international privé, **du pouvoir de la volonté individuelle et du respect de l'autorité de la loi.**

Les opérateurs économiques seraient-ils titulaires d'un pouvoir normatif susceptible de concurrencer celui des Etats membres ? En d'autres termes encore, « *la volonté est[-elle] une source du droit au même titre, à l'égal de la loi* »<sup>1659</sup> ?

La réponse à cette question est assurément négative dès lors que l'on peut constater que les opérateurs économiques tirent en fait leur pouvoir de choisir la règle de droit national à laquelle, donc, ils restent bien soumis **d'un choix législatif**. En effet, comme l'indiquait notamment Batiffol, « *si la loi est mesurée de s'imposer à la volonté individuelle, c'est elle qui délimite l'empire qu'elle abandonne à cette volonté ; il paraît bien difficile de prétendre que l'élément premier ne serait pas la règle de droit* »<sup>1660</sup>.

Or, en principe les opérateurs économiques tirent leurs nouveaux droits de se soustraire à certaines réglementations étatiques du droit communautaire. C'est donc bien une Loi, qui certes n'est plus nationale mais communautaire, qui **autorise** le choix des droits nationaux.

Les opérateurs économiques restent bien soumis au Droit, la seule différence provenant de l'origine de ce Droit : celui-ci n'est plus de source nationale mais de source communautaire.

Mais, le conflit entre pouvoir de la volonté et pouvoir de la Loi est résolu au profit de la Loi à la seule condition que les opérateurs économiques puissent effectivement tirer leur faculté de choix de loi nationale du droit communautaire. Tout l'enjeu est alors de s'assurer que le droit communautaire confère bien une telle faculté aux opérateurs économiques et surtout **que le droit communautaire peut effectivement conférer un tel droit.**

---

<sup>1659</sup> Heuzé V., *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes* ; 1989 ; GLN éd. JOLY, pt. 116, p. 63.

<sup>1660</sup> Batiffol H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°32, p. 73.

La problématique se cristallise alors autour de la question de **la légitimité du droit communautaire à offrir de tels choix de loi** aux opérateurs économiques.

Or, la Communauté ne disposant que de compétences d'attribution, son champ d'application est en conséquence nécessairement limité. **Dès lors, le droit communautaire ne peut légitimement accorder de tels droits aux opérateurs économiques qu'à la condition que ceux-ci se soient effectivement placés dans le champ d'application des libertés de circulation.**

Le respect de l'autorité des lois nationales et la résolution du conflit entre pouvoir de la volonté et pouvoir de la Loi en faveur de la Loi supposent que ces nouvelles facultés de choix de loi soient toujours subordonnées à la démonstration que l'opérateur économique entre effectivement dans le champ d'application du droit communautaire.

Or, la jurisprudence de la Cour de justice quant aux conditions d'invocabilité des libertés de circulation par les opérateurs économiques est extrêmement fluctuante. Ce faisant, on a pu douter très sérieusement de la légitimité de la Cour de justice à consacrer de nouvelles facultés des choix de loi.

C'est la raison pour laquelle l'émergence du mécanisme d'abus en matière de libertés de circulation nous semble devoir être saluée. La Cour, ce faisant, rappelle que les libertés de circulation ont toutes une fonction et qu'elle entend sanctionner tout usage anti-fonctionnel des libertés de circulation.

De cette façon la Cour de justice garantit aux Etats que la remise en cause de l'autorité de leur loi par les opérateurs économiques n'est qu'apparente car les nouvelles facultés de choix de loi trouvent leur légitime fondement dans le droit communautaire.

Malheureusement, la sanction de l'abus de droit n'est à l'heure actuelle pas encore satisfaisante. En effet, la Cour de justice en fait un élément du régime des libertés de circulation au lieu d'en faire un élément du contrôle de l'applicabilité du droit communautaire au cas d'espèce. Par conséquent, l'abus est rarement sanctionné et ne constitue pas un outil de délimitation des champs d'application des droits nationaux et communautaire.

Nous considérons donc qu'un revirement de jurisprudence est indispensable pour que soit mieux garantie la légitimité du droit communautaire à offrir de nouvelles facultés de choix de loi. L'abus, défini comme un usage anti-fonctionnel des libertés de circulation doit être un élément du contrôle d'applicabilité du droit communautaire.

## CONCLUSION DU TITRE II



- 839.** Nous avons constaté l'émergence d'un mécanisme d'abus de droit par lequel la Cour de justice limite la portée des libertés de circulation et donc, par voie de conséquence, des facultés de choix de loi que celles-ci consacrent indirectement par le biais de la reconnaissance mutuelle.

Ce mécanisme déduit de la jurisprudence de la Cour fait l'objet de nombreuses controverses, quant à ses éléments constitutifs, son objet et sa portée. La Cour n'en a effectivement pas encore donné une définition claire et précise. Aussi avons nous dû en rechercher les manifestations directement dans les arrêts de la Cour rendus dans le domaine des libertés de circulation.

Ce travail d'analyse de la jurisprudence de la Cour nous a permis d'affirmer qu'en dépit d'indéniables fluctuations linguistiques, la Cour visant alternativement ou cumulativement les termes de fraude, d'abus ou de contournement, celle-ci sanctionne toujours un abus dans l'utilisation des libertés de circulation. De manière plus précise encore, la Cour de justice sanctionne les utilisations des libertés de circulation non-conformes à leur fonction. Elle retient donc une conception finaliste de l'abus.

Nous avons alors démontré que, par conséquent, un seul et unique élément permet et suffit à la caractérisation de l'abus : le constat objectif que la fonction de la liberté de circulation invoquée par un opérateur économique, n'est pas satisfaite au cas d'espèce.

L'émergence de ce mécanisme semblait donc témoigner de la volonté de la Cour de limiter le recours aux libertés de circulation par les opérateurs économiques.

- 840.** Cependant, la Cour de justice fait le choix d'assimiler l'abus de droit à un élément du régime de libertés de circulation. Dès lors, au lieu de se contenter de rechercher si, par son comportement, l'opérateur économique réalise sa fonction de la liberté de circulation pour juger de l'existence d'un abus, la Cour de justice examine également le contenu du droit national. C'est à la seule condition que son application soit absolument nécessaire proportionnée que la Cour de justice sanctionne l'abus de droit. **En conséquence, le seul constat d'une utilisation anti-fonctionnel des libertés de circulation ne suffit pas justifier une sanction au titre de l'abus de droit.**

La notion d'abus a également conduit la Cour de justice à se prononcer relativement clairement sur ce qu'est la fonction des libertés économiques de circulation. Elle a ainsi pu rappeler que les droits subjectifs que les opérateurs économiques tirent des libertés n'ont pas pour fonction de faire émerger une concurrence entre les droits, de permettre que soit portée à la connaissance de la Cour un maximum de réglementation étatique ou encore de promouvoir une déréglementation. **Ces droits subjectifs ont toujours plus modestement pour fonction de promouvoir un certain type de mobilité.**

Il n'en reste pas moins que, la Cour de justice adopte parfois une conception très extensive de la fonction des libertés de circulation. Tel est notamment le cas, en matière de liberté d'établissement et en matière de libre de prestation où, hors droit dérivé, la Cour de justice ne contrôle pas de manière minutieuse l'existence d'une implantation stable et durable au sein de l'Etat membre d'établissement.

Dans ces hypothèses, la caractérisation d'une utilisation anti-fonctionnelle des libertés de circulation est difficile.

Ainsi, la méthode de sanction de l'abus et la conception extensive de la fonction de certaines libertés de circulation affaiblissent-elles la portée du mécanisme de l'abus de droit.

- 841.** C'est pourquoi, nous proposons que la Cour de justice modifie sa jurisprudence. Si la Cour de justice reste seul juge du sens a donné à la notion de circulation (dans la limite de ce que lui permettent les textes), elle doit en revanche nécessairement se montrer soucieuse de la légitimité des interventions du droit communautaire et témoigner de ce qu'elle a conscience des limites du champ d'application des libertés de circulation.

Ainsi, en l'absence d'un franchissement de frontière en vue de l'exercice une activité réelle et effective, la Cour devrait considérer que le recours aux libertés économiques de circulation est abusif et que, par conséquent, le droit communautaire n'est pas applicable au cas d'espèce.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

- 842.** Dans une première partie, nous sommes parvenus à la conclusion que la Cour de justice semblait juger la diversité juridique conciliable avec les libertés de circulation.

En revanche, la Cour paraissait juger d'un œil plus critique l'existence de  **multiples lois impératives**  au sein du marché intérieur. C'est ainsi bien plutôt l'impérativité des multiples lois que leur divergence qui serait problématique.

Aussi avons-nous recherché les méthodes promues par la Cour de justice pour concilier la pluralité juridique avec les libertés de circulation.

- 843.** Nous avons ainsi révélé que la Cour de justice procède à cette conciliation en promouvant, indirectement, de  **nouvelles facultés de choix de lois** .

Ces nouvelles facultés de choix de lois sont tout d'abord **indirectes**. C'est en effet par le développement d'un mécanisme que l'on peut qualifier de **reconnaissance mutuelle** que la Cour de justice les a consacrées.

Ce mécanisme n'autorise pas les opérateurs économiques à choisir de se soumettre à n'importe quelle loi, par le biais d'une simple d'une manifestations de volonté.

Fondé tantôt que l'**équivalence** des réglementations, tantôt sur l'existence d'**un droit légalement acquis au sein d'un Etat membre** (indépendamment d'une quelconque équivalence), la reconnaissance mutuelle permet aux opérateurs économique de se placer sous l'empire d'une loi et, de ce fait, d'échapper à l'application de celles des autres Etats membres.

Ces facultés de choix de lois sont également nouvelles en ce qu'elles trouvent à s'appliquer dans des domaines que les Etats considéraient pourtant comme impératifs. Il s'agit ici principalement des réglementations de droit public relatives à l'exercice d'une activité économique. Cependant, depuis quelques temps, la Cour de justice semble vouloir étendre ces nouvelles facultés de choix de lois à certaines réglementations impératives de droit privé.

- 844.** Parallèlement à l'émergence de ces nouvelles facultés de choix de loi indirectes, la Cour de justice a développé une notion d'**abus en matière de libertés de circulation**, qu'elle caractérise comme un recours anti-fonctionnels aux libertés de circulation. Ce faisant, elle indiquait souhaiter **limiter** la possibilité pour les opérateurs économiques de se prévaloir des libertés de circulation et donc, également, **les nouvelles facultés de choix de loi** en découlant.

Cependant, cette limite de source communautaire aux nouvelles facultés de choix de loi n'a, à l'heure actuelle, qu'une portée relative. En effet, la Cour de justice se montre toujours très réticente à dénier effectivement aux opérateurs économique le droit d'invoquer les libertés de circulation. **Si la notion d'abus est bien consacrée, sa sanction est encore rarement mise en œuvre.**

- 845.** Or, nous avons expliqué que le développement de nouvelles facultés de choix de loi et le rétrécissement consécutif des domaines d'impératif nationale renouvelait la problématique du pouvoir de la volonté individuelle et de celui de la Loi, ainsi celle du champ d'application des libertés économiques de circulation.

En d'autres termes, pour être acceptable, **la création de nouvelles facultés de choix de loi par le droit communautaire doit être légitime.**

Il nous a alors semblé que l'autorité du droit national serait mieux préservée si le droit communautaire à l'origine de ces nouvelles facultés de choix de loi était indéniablement applicable à l'opérateur économique souhaitant exercer un tel choix de loi.

C'est pourquoi, il nous paraît absolument indispensable que la Cour de justice modifie sa jurisprudence en matière d'abus de droit. En subordonnant la sanction de l'abus de droit à la seule preuve d'une utilisation anti-fonctionnelle des libertés de circulation, la Cour de justice délimiterait plus précisément les situations relevant du droit communautaire par opposition à celles n'en relevant pas. Ce faisant, elle préserverait mieux la légitimité des nouvelles facultés de choix de loi qu'elle consacre.

## CONCLUSION GENERALE

**846.** A l'origine de cette étude se trouvaient les doutes émis par certains sur le caractère conciliable des libertés de circulation économiques et de la pluralité juridique (comprise comme l'existence d'une diversité de droits nationaux et d'une pluralité des droits nationaux).

Nous avons donc tout d'abord recherché, si le droit communautaire témoignait d'une certaine **hostilité à l'encontre de la pluralité juridique**. Cette première étape de notre raisonnement nous a conduit à rappeler que le traité CE prévoyait deux modes de régulation du marché intérieur : d'une part l'intégration positive correspondant à l'harmonisation des législations nationales et, d'autre part, l'intégration négative faisant peser sur les Etats membres la charge de légiférer et sur la Cour de justice celle de juger *a posteriori* de la pertinence de l'exercice par les Etats de leur compétence normative.

Or, dès les années 1980, la Communauté a indiqué ne pas souhaiter procéder à des harmonisations totales, tant et si bien que le maintien de la pluralité juridique apparaissait non seulement **inévitable mais éventuellement même encouragée** par le droit communautaire.

**847.** Dans un deuxième temps, nous nous sommes donc demandé si, en dépit de l'absence d'hostilité de principe du droit communautaire à l'encontre de la pluralité juridique, il ne fallait pas néanmoins admettre que la **pluralité juridique générerait nécessairement des violations du droit des libertés de circulation**.

Les libertés de circulation prohibant tant les discriminations, que les atteintes injustifiées au bon fonctionnement du marché intérieur, il fallait donc vérifier si la pluralité juridique pouvait être à l'origine de l'une de ces deux interdictions.

L'étude de la jurisprudence de la Cour a alors révélé que la Cour de justice refusait de déduire l'absence de conformité au droit des libertés de circulation d'une réglementation nationale de son caractère divergent d'une autre réglementation nationale.

En revanche, il est apparu que le caractère impératif de certaines réglementations ainsi que leur application successive pouvaient souvent être sources d'une violation du droit communautaire.

Nous sommes donc parvenus à la conclusion que la pluralité ne pouvait éventuellement être problématique pour le bon fonctionnement du marché intérieur qu'en sa composante, **multiplicité de règles impératives**.

**848.** Comment dès lors le droit communautaire entendait-il gérer cette difficulté ?

Nous avons alors mis en lumière que pour concilier pluralité juridique et bon fonctionnement du marché intérieur, la Cour de justice **amoindrissait les domaines d'impérativité nationale**. Ce faisant, parallèlement et **indirectement, elle ouvrait de nouvelles facultés de choix de loi**.

Le développement du mécanisme de la reconnaissance mutuelle a ainsi conduit la Cour de justice à autoriser les opérateurs économiques à se placer dans le champ d'application d'une loi jugée par eux favorable et d'opposer ensuite à tous les autres Etats membre ce choix de loi.

Ces facultés de choix sont véritablement nouvelles car elles trouvent principalement à s'appliquer en des matières desquelles elles étaient absolument exclues, à savoir des réglementations de droit public le plus souvent. Depuis quelques temps, la Cour de justice développe par ailleurs des facultés similaires dans des matières impératives de droit privé (droit des sociétés, droit social).

**849. Or, la limite au champ d'application matériel des libertés de circulation étant extrêmement difficile à tracer, ne fallait-il pas craindre que la Cour de justice dénie, petit à petit, toute faculté aux Etats membres d'édicter des réglementations impératives ?** L'expansion de ces facultés de choix de loi ne risquaient-elle pas, à terme, de placer l'opérateur économique au même niveau que le législateur ? L'autorité des lois nationale était-elle à ce point remise en question qu'il aurait été permis d'affirmer que les libertés de circulation auraient en fait pour fonction de générer une concurrence législative ?

La jurisprudence de la Cour de justice en matière d'**abus de droit** démontre qu'il convient de répondre par la **négative** à cette interrogation.

En effet, par ce biais la Cour de justice a précisé qu'elle avait conscience de l'importance de tracer une limite au champ d'application des libertés de circulation. Elle a également permis à la Cour de rappeler que **l'objet des libertés économiques de circulation est bien de promouvoir certaines formes de mobilité au sein de la Communauté**.

Si le mode de sanction de l'abus de droit n'est pour l'heure pas satisfaisant, son émergence nous semble, en tout état de cause, positive car elle tend à poser une limite au domaine de compétence communautaire et à rappeler que la finalité des libertés de circulation reste avant tout de permettre la mobilité.

Nous proposons donc que, pour assurer une plus grande portée à l'abus de droit et une meilleure délimitation du domaine d'application des libertés de circulation, la Cour de justice modifie sa jurisprudence et dénie aux opérateurs économiques faisant un usage

anti-fonctionnel des libertés de circulation le droit de se prévaloir du droit communautaire, indépendamment du contenu de la loi nationale évincée.

**En conclusion donc, pluralité juridique et libertés de circulation sont conciliables et conciliées par le développement de nouvelles facultés de choix de loi. Ces dernières ne mettront pas à mal l'autorité de droit national si la Cour de justice garantit qu'elles trouvent leur légitime fondement dans le droit communautaire dont le champ d'application ne peut pas, et donc ne doit pas, être illimité.**

## BIBLIOGRAPHIE

### I. OUVRAGES, MONOGRAPHIES, THÈSES, COURS

#### A

- Allan D. et Rials S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Dicospoche, Lamy, Puf, 2003.
- Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, Théorie de la justice, trad. J. Barthélémy Saint-Hilaire, Le livre de poche, 1992, p. 201.
- Asser et Rivier, *Elément du droit international privé ou du conflit de lois*, Paris 1884.
- Aubert J.-L., *Introduction au droit*, Puf, 1981.
- Aubert J.-L., Savaux E., *Introduction au droit*, Sirey université, 12<sup>ème</sup> éd. 2008.
- Aubert J.-L., *Introduction au droit*, PUF, 1981.
- Aubry-Caillaud F., *La libre circulation des marchandises, nouvelle approche et normalisation européenne*, Pedonne, Paris, 1998, ss. la direction de Gautron J.-C.
- Audit B., *Droit international privé*, Economica, coll. Droit Civil, 5<sup>ème</sup> éd. 2008.
- Audit B., *La fraude à la loi* Thèse, Paris II, Dalloz, 1974.

#### B

- Badiali, *Le droit international privé des Communautés européennes*, R. C. A. D. I. 1985.
- Balassa B., *The Theory of Economic Integration*, London 1961.
- Baron F., *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, thèse 1998, ss. la direction de Moreau M.-A., Presse Universitaire d'Aix-Marseille.
- Batiffol H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, réédité et présenté par Lequette Y. en 2002, Dalloz,
- Beitone A., Cazorla A., Dollo C., Dray A.-M., *Intégration économique*, Dictionnaire des sciences économiques, Armand Colin dictionnaire, 2001.
- Bergé J.-S., Robin-Olivier S., *Introduction au droit européen*, Thémis Droit Puf, 2008.
- Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, Paris Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd. 2003.
- Bernel A., *Le principe d'équivalence ou de reconnaissance mutuelle en droit communautaire*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, thèse, 1995.
- Berrod F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Nouvelle bibliothèque de Thèses, Dalloz 2003.
- Billard J.-N., *Droit du contentieux communautaire, système et marché intérieur*, Ellipses, coll. Université Droit, 2006.
- Blanquet M., *L'article 5 du Traité CEE: recherche sur les obligations de fidélité des Etats membres de la Communauté*, Thèse, L.G.D.J., 1994.



Boskovits K., *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses Etats membres*, Bruylant, 1999.

Bossion, *Du conflit de lois en ce qui concerne la substance des obligations conventionnelles*, Thèse Paris 1884.

Bossuyt M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant 1976.

Burdeau G., *Le libéralisme*, coll. Points-Politique, Seuil, Paris, 1979.

Bureau D. et Muir Watt H., *Droit international privé*, Thémis Droit, Puf, 2007, tome II.

## C

Carbonnier J., *Droit civil* t. 1, Puf, coll. Quadrige manuels.

Cartou L., Clergerie J.-L., Gruber A., Rambaud P., *L'Union européenne*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2004, Coll. Précis, Droit public, science politique.

Cerexhe E., *Le droit européen, la libre circulation des personnes et des entreprises*, éd. Nauwelaerts, 1982.

Chaltiel F., « La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français. Recherche sur la souveraineté de l'Etat membre », L.D.G.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 99, 2000.

Clavel S., *Droit international privé*, Dalloz, Hypercours.

Constantinesco V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, L.G.D.J., Bib. de droit international, t. LXXIV, 1974.

Constantinesco V., Pierré-Caps S., *Droit constitutionnel*, Thémis Droit, Puf, 3<sup>ème</sup> éd. 2007.

Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 8<sup>ème</sup> éd. 2007.

Cornut E., *Théorie critique de la fraude à la loi*, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, tome 12, 2006.

## D

Dabin, *Le droit subjectif*

Decocq A., Decocq G., *droit européen des affaires*, L.G.D.J. manuel, 2003.

Defalque L., Pertek J., Steinfeld P., Vigneron P. *Commentaires Mégret*, éd. Institut d'études européennes 2006, 3<sup>ème</sup> éd.

Despagnet, *Précis de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd. Paris, 1891.

*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., ss. la dir. Arnaud A.-J.

*Dictionnaire Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2009.

Druesne G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, Puf, coll. Droit fondamental, 8<sup>ème</sup> éd. 2006.

Dubey B., *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Bruylant, L.G.D.J., 2002.

Dubouis L., Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne*, 2006, 4<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, Domat Droit public.

Dubouis L., Bluman C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Domat, Droit Public, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> ed. 2006.

Dutheil de la Rochère J., *Droit matériel de l'Union européenne*, Hachette Supérieur, 3<sup>ème</sup> éd. 2006.

Dutheil de la Rochère J., *Introduction au droit de l'Union européenne*, Hachette, coll. Les Fondamentaux 4<sup>ème</sup> éd. 2005.

## E

Enchelmaier S., *Europäisches Wirtschaftrecht*, Kohlhammer, coll. Studiumreiche Rechtswissenschaft, 2005.

## F

Fallon M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>ème</sup> édition, Bruylant, 2002.

Favret J.-M., *Droit communautaire du marché intérieur*, Gualino éditeurs, Mémentos, 2001.

Favret J.-M., *Droit et pratique de l'Union européenne*, coll. Manuel, Gualino éditeur, 5<sup>ème</sup> éd. 2005.

Fiore, *Droit international privé*, traduit par Antoine C., Paris 1890.

Françq S., *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant 2005, LGDJ, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain.

Fuente (de la) F. « Dictionnaire juridique de l'Union européenne, Bruylant, ed. 1998, p. 290, « *interprétation du droit communautaire* ».

## G

Gallat H. *L'article 177 du traité de Rome, quarante ans après*, thèse non publiée, Université Jean Moulin (Lyon III) 1998.

Gavalda C. et Parleani G., *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd. 2006.

Gény F., *Méthode d'interprétation*.

Gerkrath J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 1997.

Ghestin J., Goubeux G., Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil*, L.D.G.J., 4<sup>ème</sup> éd. 1996.

Girault, *Traité des contrats par correspondance*, Paris 1890.

Gosselin-Gorand A., *L'influence des règles communautaires de libre circulation sur les règles nationales de conflit de lois*, Thèse dactylographiée sous la direction de Bureau D., Caen, 2001.

Gounot, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé*, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, thèse Paris 1912.

Grossman E., Irondele B., Saurugger S., *Les mots de l'Europe, lexicque de l'intégration européenne* », « *intégration* ».

## H

Haguenau C., *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, coll. Droit international, Bruylant, éd. Université de Bruxelles, 1995.

Hatzopoulos, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruxelles 1999.

Hayek, *La Constitution de la liberté*, Litec 1993.

Hernu R., *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Préface Soulier G., LGDJ, Bibliothèque de droit public, tome 232, 2003.

Heuzé V., *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes* ; 1989; GLN éd. JOLY.

Homann K., *Rationalität une Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1988.

## I

Isaac G., Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 9<sup>ème</sup> éd. 2006.

## J

Jacqué J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2006 Série Droit public, coll. Cours.

Jacquet J.-M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, economica, 1983.

Jarassé, *De la substance et de l'effet des conventions en droit international privé*, Thèse Poitiers 1886.

Jazotte G., *La notion d'exigences impératives dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : contribution à l'étude du principe de libre circulation*, Thèse 1997 Université science sociales Toulouse I sous la direction du professeur Saint-Alary Houin C.

Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 1<sup>ère</sup> éd., 1939 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz 2006.

## K

Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>ème</sup> édition 1960, traduction Eisenmann C., Paris, réimpression Bruylant.

Kingreen, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1999.

## L

Lainé, *Etude sur le titre préliminaire du Projet de révision du code civil belge*, Bulletin de la Société, des législations comparées t. XIX, 1889-1890.

Laurent, *Le droit civil international*, 1881.

*Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, éd. 2009.

Lecourt R., *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976.

Léger P., *Commentaire article par article des traités UE et CE*, Bruylant Bruxelles, 2000.

Léger P., *Commentaire article par article*, Hebling & Lichtenhahn, Dalloz, Bruylant, 2000.

Lenaerts K., *Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruylant, Bruxelles, 1988.

Loiseau, *Du domicile comme principe de compétence législative dans la doctrine et la jurisprudence depuis le Code civil*, Thèse Paris 1893.

Loussouarn Y., et Bourel P., *Droit international privé*, Précis Dalloz, 2001.

Lucas de Leyssac C., Parleani G., *Droit du marché*, Thémis, Droit privé, Puf Droit, 2002.

## M

Maitrot de la Motte A., *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, Préface Buisson J., 2005, L.G.D.J. , Bibliothèque de science financière, tome 44.

Mastrullo M.-T., *Le droit international des sociétés dans l'espace régional européen*, Thèse Paris I, 2007.

Materra A., *Le marché unique européen, ses règles son fonctionnement*, 2<sup>ème</sup> éd. 1990.

Maubernard C. « Droit matériel de l'Union européenne », Ellipses, coll. Tout le droit, 2007.

Mayer P., Heuzé V., *Droit international privé*, Domat Montchrestien 9<sup>ème</sup> éd. 2007.

Mazière P., *Le principe d'égalité en droit privé*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003, préface Teyssié B.

Meade J.-E., *Case Studies in European Economic Union*, The Mechanics of Integration, London, 1962.

Menjuq M., *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, Domat Droit privé, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.

Menjuq M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, L.G.D.J., bibilothèque de droit privé, tome 285, 1997.

Mercier P., *L'Union européenne et la libre circulation de marchandises*, (les échanges entre les Etats membres, vol. 4), coll. Dossiers de droit européen, coll. Dirigée par Jacot-Guillarmod O., et Mercier P., ed. Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 1995.

Michel V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, 2003.

Molinier J., De Grove-Valdeyron N., *Droit du marché intérieur européen*, L.D.G.J. coll. Systèmes Droit, 2008, 2<sup>ème</sup> éd.

Moulin R. Brunet P., *Droit public des interventions économiques*, L.G.D.J., col. Droit des affaires, 2007.

Muir Watt H., *Aspects économiques du droit international privé*, Rec. des cours, Académie de droit international, La Haye, 2004.

## N

- Najm M.-C., *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations, relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, pref. Lequette Y., Dalloz 2005.
- Niboyet M.-L., de Geouffre de La Pradelle G., *Droit international privé*, L.G.D.J. coll. Manuel 2007.
- Noblet A., *La lutte contre le contournement des droits nationaux en droit communautaire*, Thèse 2004, Université de Rouen, sous la direction de Bergé J.-S.
- Nourissat C., *Droit communautaire des affaires*, Dalloz, coll. HyperCours, 2003.
- Nuyts A., *L'exception de forum non conveniens*, Coll. De la faculté de droit, université libre de Bruxelles, Bruylant, L.G.D.J. 2003.

## P

- Papadopoulou R.-E., *Principes généraux du droit communautaire, origines et consécration*, Bruylant, Bruxelles, 1996.
- Poillot-Peruzzetto S., Luby M., « Le droit communautaire appliqué à l'entreprise », Dalloz, 1998
- Perelman Ch., *Droit, moral et philosophie*, L.G.D.J., 1976.
- Perelman Ch., *Ethique et droit*, éd. De l'Université de Bruxelles, 1990.
- Pertek J., *Droit matériel de l'Union européenne*, Puf, coll. Thémis Droit, 2005.
- Pertek J., *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire*, Litec, 2001.
- Pescatore P., *Le droit de l'intégration* Bruylant 2005, coll. Grands écrits, droit de l'Union européenne, chap.2 : *Réaménagements des souverainetés*.
- Picod F., *Reglementations nationales et libre circulation intracommunautaire des marchandises*, B. D. I.C., Tome 110, L.D.G.J., Paris 1999.
- Pommier J.-C., *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, coll. Droit civil dirigée par Larroumet C., 1992.
- Porcherot (E.) *De l'abus de droit*, Thèse Dijon 1901.
- Puljak M.-P., *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse 2003, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Y. Lequette.

## R

- Raclet A., *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de Thèse, 2002.
- Ranouil V., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, Puf, 1980.

Riesenhuber K., *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts*, Berlin, De Gruyter Recht, 2003.

Ripert et Boulanger, *traité de droit civil*, d'après le traité de Planiol, tome 2, 1957, L.G.D.J..

Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, n°122.

Rita Saulle M., *Diritto internazionale privato et diritto comunitario*, Naples, Giannini, 1983 et, *Saggi di diritto comunitario e di diritto internazionale privato e processuale*, Naples, Giannini, 1986.

Robin-Olivier S., *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Thèse 1999, Presse universitaire d'Aix-Marseille, institut de droit des affaires, préface Moreau M.-A., p. 218.

Rodière P., *Traité de droit social de l'Union européenne*, L.D.G.J., 2008.

Rosamond B., *Theories of European Integration*, Londres, Macmillan, 1999.

## S

Schapiro J., Le Tallec G., Blaise J-B., Idot L., *Droit européen des affaires*, tome 2, 5<sup>ème</sup> éd. 1999, Puf.

Schubert, *Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff – Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrag*, 1999.

Sfez, L., *Leçon sur l'égalité*, Puf, 1984.

Simon D., *Le système juridique communautaire*, Puf. 2002.

Sonnenberger H-J., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, international Privatrecht*, Munich 1999, 3<sup>ème</sup> éd. Verlag C.H. Beck.

Steindorff E., *EG-Vertrag und Privatrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996.

Stoffel-Munck P., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Bibliothèque de droit privé, tome 337, 2000, L.G.D.J..

## T

Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*

Tinbergen J., *International economic integration*, Elsevier, Amsterdam-London-New York, 1965, 2<sup>ème</sup> éd.

Travaux de l'Association Capitant (H.) et des amis de la culture juridique française, *Les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire*, 1961-1962, t. XIV, Librairie Dalloz

Triantafyllou D., *Des compétences d'attribution au domaine de la loi, étude sur les fondements juridiques de l'activité administrative communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

## V

Viangalli F., *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2004.

Vidal J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Thèse, Toulouse, Dalloz, 1957.

Vignal T., *Droit international privé*, Armand Colin, éd. Dalloz, Série Droit privé, 2005.

Vignal T., *La part de la volonté dans les règles de conflits de lois hors des contrats*, th. Paris II, 1993.

Viner J., *The Customs Union Issue*, New-York/London, 1950.

von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 1862.

## W

Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, t. IV, 2<sup>ème</sup> éd. 1912.

## II. ARTICLES, COMMUNICATIONS, CHRONIQUES, RAPPORTS

### A

Arminjon P., « La fraude à la loi en droit international privé » *J.D.I.*, 1920, sp. p. 417.

Audit B., « Fraude à la loi », *Juris-Classeur international*, fasc. 535, éd. 1995, pt. 6.

Audit M. « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois », *J.D.I.*, 2006, n°4, 1333-1363, pt. 51, p. 1353.

Azzouz Z., « L'abus de droit dans les pays de la CEE : compte rendu de la conférence organisée l'Insitute for International Research », *Les petites affiches*, 1991, n°7, pp. 31-37.

### B

Bachelier M.-N., « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, « Le droit international privé : esprit et méthodes » Dalloz, 2005, p. 475-491, p. 477.

Badiali, « Le droit international privé des Communautés européennes » *R. C. A. D. I.* 1985, t. 191, p. 181.

Barav A., « une anomalie préjudicielle » in *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, 2004, pp. 773-801, p. 801.

Basedow J., « Der kollisionsrecht Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt »: favor offerentis, *RabelsZ.* 1995, p.1.

Basedow J., « Un droit commun des contrats pour le marché commun », *Rev.int.dr.comp.*, n°1, Janvier-mars 1998, pp. 7-28, p. 13.

Basedow. J « A Common Contract Law for th Common Market », *C.M.L.R.*, 1996, pp. 1169-1195, sp. 1179 ;

Batiffol H., « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », première publication in *Festschrift Hans Lewald*, Verlag Hebling & Lichtenhahn, 1953, p. 219 et s., et in *Choix d'articles* Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, pp. 265-269

Batiffol H., « Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique » in *Mélanges à Gabriel Marty*, 1978, pp. 35-44, p. 40.

Batiffol H., « Signification de l'égalité pour la philosophie du droit » in *Choix d'articles*, 1976, p. 488.

Batiffol, « Egalité et discrimination en droit interne et en droit international privé français » in *Travaux de l'association Henri Capitant, journées de Luxembourg, Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, t. XIV, 1961-1962, pp. 460-467, p. 467.

Batiffol, « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux », in *Choix d'articles, L.G.D.J.* 1976, pp. 199-212, pt. 19, p. 212.

Bauer-Bernet H., « Notions indéterminées et droit communautaire » in *Les notions à contenu variable en droit*, ss. la dir. de C. Perelman et R. Van der Elst, Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 264.

Behar-Touchais « Rapport intriductif » in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque tenu le 20 mars 1998 à l'Université Paris V, L.P.A. 30 septembre 1998, n° spécial, p. 3, sp. n°1.

Béraud R.-C., « Les mesures d'effet équivalent au sens des articles 30 et suivants du Traité de Rome », *R.T.D.E.* 1968, pp. 265-292, p. 289.

Bergé J.-S. « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* », Dalloz 2005, pp. 113-136, sp. pt. 10, p. 121.

Bernard N., « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *C.D.E.* 1998, p. 11-45, p. 22.

Bernard N., « Discrimination and Free Movement in EC Law », *International and Comparative Law Quaterly*, 45, 1996, p. 82

Boutarde-Labarde M.-C., « note sous les affaires 300/90 et 204/90 », *J.D.I.* 1992, pp. 439-456, sp. p. 446.

Boutard-Labarde M.-C., « Abus du droit communautaire (à propos de l'arrêt CJCE 12 mai 1998 Kefalas ) », *La semaine juridique édition générale*, 1998, n°52, I-189, p. 2260-2261 ; 5) ;

Bribosia H., « Subsidiarité et répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres, commentaire sur l'article 3 B du Traité de Maastricht », *R.M.U.E.*, 4/92, pp. 165-230, p. 174.

Buchanan, « Europe's Constitutional Opportunity » in *Europe's Constitutional future*, Institute of Economic Affaire Readings, n°33, 1990, p. 11.

Metsmäcker, « On the legitimacy of European Law » *RabelsZeitschrift*, vol. 58, 1994, p. 615.

Bureau D., « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois » in *L'avenir du Droit, Mélanges Terré F.*, Dalloz 1999, p. 286.



## C

- Cadiet L. et Toumeau P., « Abus de droit », *Rep. Civ. Dalloz*, mai 2002, pt. 25.
- Cerehxe E., « La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté Economique Européenne », *R.M.C.* 1968, n°110, p. 585.
- Cerexhe E., « La problématique juridique des phénomènes d'intégration », in *Mélanges Fernand Dehousse*, volume 2, « la construction européenne », 1979, pp. 11-17.
- Charmont J., « L'abus de droit » *R.T.D. civ.* 1902, p. 124.
- Chaumont C., « La signification du principe de spécialité des organisations internationales » in *Mélanges Rolin*, 1964, p. 55.
- Chevallier J., « Contractualisation et régulation » in *La contractualisation de la production normative* ss. la dir. de S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz 2008, pp. 83-93, pt. 1, p. 83.
- Claret H., « Quelques remarques sur le champ d'application du droit communautaire : a propos du principe de liberté de circulation des marchandises et des situations purement internes » in *Mélanges R. Decottignies, PUG*, 2003, p. 107.
- Colin J-P. et Sinkomodo M., « Principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit international et en droit communautaire », *Rev du Marché Commun et de l'Union européenne*, n°364, janv. 1993, p. 36.
- Combeaud S., « Quelle répression contre la fraude communautaire », *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 2001, n°453, pp. 695-702 ; 5) ;
- Constantinesco V., « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire » in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, éd. Nomos Verlagsgesellschaft, Bade,-Baden, 1987, pp. 97-114.
- Cornut E. « Forum shopping et abus de droit du for en droit international privé », *Clunet* 2007, n°1, pp. 27-55.

## D

- d'Esperson C.-A., « *Le droit international privé dans la législation italienne* » *J.D.I.* 1882, p. 270.
- Da Cruz Vilaça J.-L., « On the Application of Keck in the field of free Provision of Services » in *Services and Free Movement in EU law*, Oxford University Press, 2002, p. 25-40.
- Dana-Demaret S., « Peut-on commettre un abus de droit en demandant à une juridiction nationale d'assurer le respect et l'application du droit communautaire ( à propos de l'arrêt CJCE 12 mai 1998 Kefalas ), *Revue des sociétés*, 1998, n°4, pp. 794-804.
- Dati R. JCP éd. G., I, 1998, p. 15.

de Beys J., « le droit communautaire est-il applicable aux situations purement internes, à propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *Journaux des tribunaux, droit européen* 2001, p. 137-144.

de Beys J., « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? » *Journaux des tribunaux, droit européen*, 2001, pp. 137-144, p. 138.

de Schutter O., « Le concept de discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Union européenne et nationalité*, sous la dir. E. Bribiosa, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 13-44, pt. 4, p. 14.

de Vareilles-Sommière P., « Fraude à la loi », *Répertoire International Dalloz*, 1998, p. 10, n°54.

de Vareilles-Sommière P., « Un droit international privé européen ? » in *Le droit privé européen*, Economica, p. 136, 1998.

de Vareilles-Sommières P., « La communautarisation du droit international privé des contrats », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* », Dalloz 2005, pp. 781-801, p. 782.

Defalque L., « Le concept de discrimination en matière de libre circulation des marchandises », *C.D.E.* 1987, pp. 471-491.

Defalque L., « les restrictions quantitatives et les mesures d'effet équivalent », in *Commentaires J. Mergret*, vol. 1, pt. 268, p. 244.

Defalque L., Pertek J., Steinfeld P., Vigneron P. « Libre circulation des personnes et des capitaux, rapprochement des législations », *Commentaires J. Mergret*, éd. Institut d'études européennes 2006, 3<sup>ème</sup> éd.

Deguée J.-P. « Forum shopping, usage ou abus de la liberté d'établissement (à propos de l'arrêt CJCE 9 mars 1999 Centros Ltd) ? » *Rev. Pratique des Sociétés*, 2000, p. 60.

Dehousse R., « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité » in *Le principe de subsidiarité*, sous la direction de Monsieur Francis Délpérée, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2002, actes des « Journées juridiques Jean Dabin », pp. 361-366.

Dewost J.-L. « Témoignages », *R.A.E. – L.E.A/2003-2004/1*, p. 23-25, p. 23.

Dony M., « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes » in *Union européenne et nationalité*, sous la dir. E. Bribiosa, E. Dardenne, P. Magnette et A. Weyembergh, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 45.

Dubouis J.-L. « Du bon usage du droit communautaire », *R.D.S.S.*, 1991, n°2, p. 217.

Ducouloux-Favard C., « Fraude et droit d'établissement dans l'Union européenne (à propos de l'arrêt CJCE 9 mars 1999 Centros LDT) », *Petites affiches* 1999, n°226, pp. 5-11.

Dumoulin, « Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus » in *Omnia Opera*, t. 3, pp. 554 et s., traduit par Gruber-Magiot.

Durand Cl.-F., « *Le principe de subsidiarité* », in *Commentaire Mergret*, vol. 1, ULB, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 425 ss.

## E

Elhoueiss J.-L., « L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé », *J.D.I.* 2003, pp. 39-85, p. 39.

## F

Fallon M., « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », p. 31 à 80, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* sous la direction d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, édition Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires.

Fallon M., « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes » in *La loyauté, mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, ed. Larcier, 1997, sous la direction de Joe Verhoeven, 165-188, p. 180.

Fallon M., « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *Receuil des cours, Académie de droit international, La Haye*, 1995, tome 253, pp.9-282, pt. 149, p. 258.

Fallon M., « Variation sur le principe d'origine en droit communautaire et en droit international privé » in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 187-221, sp. pts. 3 et 5.

Fallon M., « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *Mélanges Vander Elst*, t. 1. , pp. 285-322, p. 286, pt. 2.

Fallon M., « Vers un principe général de liberté de circulation? Pour une approche unitaire du droit du marché intérieur », *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1996, Bruylant, pp. 73-115.

Fallon M., et Meeusen J., « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *R.C.D.I.P.* 2002, p. 435.

Favret J.-M., « La primauté du principe communautaire de proportionnalité sur la loi nationale », note ss. T. A. de Caen 8 avril 1997, *R.F.D.A.* 1997, p. 389

Fernandez-Maublanc L.-V., « L'évolution contrastée des compétences retenues par les Etats membres » in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle, Etudes en l'honneur de Jean Claude Gautron* », éd. Pedone, 2004.

Fourgoux J.-C. « la fraude communautaire, de l'arrêt de la Cour du 21 septembre 1989 au nouvel article 209 A » *Dalloz* 1992, Chronique pp. 348-350

Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *R.C.D.I.P.*, 1966 p.1.

Frison-Roche M.-A., « Définition du droit de la régulation » in *Les régulations économiques légitimité et efficacité*, vol. 1, 2004, Presse Sciences Po. et Dalloz, pp. 5-15, pt. 3, p. 9.

## G

- Gaja G., « les discrimination à rebours : un revirement souhaitable », *Mélanges M. Waelbroeck*, vol. II, Bruylant 1999, coll. Etudes de droit européen et international, pp. 993-1000.
- Garabiol-Furet M.-D., « Plaidoyer pour le principe du pays d'origine », *R.M.U.E.* 2006, pp. 82-87 et « Vrais et faux semblants de la « Directive Services », *R.M.U.E.* 2006, P. 219-220.
- Garrone P., « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale » *R.T.D.E.*, 1994, p. 425.
- Gaudin H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *R.A.E. – L.E.A/* 2003-2004/1, p.7-20, p. 12.
- Gerkrath J., « Egalité de traitement » in *Rep. communautaire Dalloz*, janvier 2002, spé. points 31 à 33.
- Gervasoni S., Puissochet J.-P., « Droit communautaire et Droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne » in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoule, « juger l'administration, administrer la justice »* Dalloz 2007, 882 p., pp. 717-732, p. 718.
- Goldman B., « La reconnaissance mutuelle des sociétés dans la Communauté Economique Européenne », *R.T.D.E.* 1968, n°1, p. 405.
- Grundmann S., « The Structure of European Private Law », *4 E.R.P.L.* 505 (2001).
- Guyon Y., « sociétés » *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit communautaire* 1992, p. 14, n°20.

## H

- Hart H. L. A. « L'importance des définitions en droit » in *Le positivisme juridique* ss. la direction de C. Grzegorzczuk, F. Michaut, M. Trier, *L.G.D.J.* 1992.
- Hatzopoulos V., « Que reste-t-il de la directive sur les services ? », *C.D.E.*, 2007, n° 3-4, p. 299 et s., sp. p. 340.
- Hatzopoulos V., « annotation to case C-384/93 » *C.M.L. rev.* 1995, 35, 1427-1445.
- Hatzopoulos V., « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, de théories, ou pas de théorie du tout ? », *R.T.D.E.* 1998, pp. 191-236, p. 207.
- Heuzé V., « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou anti-droit européen » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde, « Le droit international privé : esprit et méthodes »* Dalloz, 2005, p. 393-415, p. 414.
- Heuzé V., « L'honneur des professeurs de droit » *J.C.P. G.* 2007, I, 116.
- Hopt K., « l'entreprise et le droit européen », *Revue Sociétés*, 2001, n°2, p. 313
- Huglo J.-G., « Reconnaissance, établissement et libre prestation de services des sociétés », *Juri-classeur Europe*, fasc. 800, éd. 2005.
- Huglo J.-G., « commentaire », *R.T.D.E.*, 1995, 827-834.
- Huglo J.-G., « Droit d'établissement et libre prestation de services », *R.T.D.E.* 1993, p. 665.
- Huglo J.-G., « Liberté d'établissement et libre prestation de services », *Juris-Classeur Europe*, fasc. 710

## I

Idot L., « Le champ d'application dans l'espace du droit européen des affaires » *T.C.F.D.I.P.*, 1991-1993, p. 145.

Idot L., « Droit communautaire et contrats » in *Vers une culture juridique européenne ?*, Montchrestien, 1998, pp. 47-60, pt. 1, p. 47.

Idot L., « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthode, mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005 p. 431, pt. 23, p. 442.

Idot L., « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé » in « Le droit international privé communautaire », actes du colloque de Toulouse du 22 mars 2002, *L.P.A.*, 2002, n°248, p. 29.

Idot L., « Rapport introductif », in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Actes du colloque tenu les 28 janvier et 1<sup>er</sup> février 2003, éd. Bruylant 2003.

## J

Jacqué J.-P., « Le principe d'égalité en droit économique », *F.I.D.E.* La Haye, 1984, II, pp. 12-13, n°3, p. 1.

Jobard-Bachellier M.-N., « La activités régulées : les services » in *Conflit de lois et régulation économique : l'expérience du marché intérieur* » ss. la dir. de M. Audit, H. Muir Watt, E. Pataut, LGDJ, 2008.

Jobard-Bachellier M.-N., « La portée du test de compatibilité communautaire » in *Le droit international privé : esprit et méthode* », Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz 2005, pp. 475-491, p. 477.

Joerges C., « The Market without a State ? » *EUI Working Paper*, n°2/1996, p. 1-6.

## K

Kalinowski G., « Logique et philosophie du droit subjectif » in *Archives de Philosophie du droit*, n° 9, 1964, pp. 37-43, p. 37.

Karayannis V., « L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire (à propos de l'arrêt Kefalas) » *C.D.E.* 1999, n°5-6, p. 521.

Kassedjian C., « Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne », *R.A.E.* 2002, p. 411.

Kingreen et Störmer « Die subjektive-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrecht », *Europe*, 1998, sp. p. 263 et 274.

Kjellgren A., « On the border of abuse: the jurisprudence of the european Court of Justice on Circumvention, Fraud, Abuses of Community Law », in *Services and free movement in EU law*, M. Andenas and W.-H. Roth (dir.) BIICL Oxford University Press, 2002, pp. 245-277;

Kohler C., « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international privé », *T.C.F.D.I.P.*, 1995, p. 71.

Kovar R., « Dassonville, Keck et les autres, de la mesure avant toute chose » *R.T.D.E.* 42 (2), avr.-juin 2006, p. 213-247, p. 215.

Kovar R., « Compétences des Communautés européennes », *Juris-Classeurs Europe*, 2, fasc. 420, pt. 11, p. 3.

## L

Lagarde P. Rapport de synthèse in *Le droit international privé communautaire : émergences et incidences* » Petites affiches, 12 décembre 2002, n°248.

Lagarde P. Rapport de synthèse, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. Fuchs, d'H. Muir Watt et E. Pataut, Paris Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004.

Lagarde P., « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjonctures », *Rebels Z.*, 2004, pp. 225-243, p. 233.

Lagarde P., « La reconnaissance mode d'emploi » in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* » Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz 2008, pp. 481-501, sp. pt. 3 p. 483.

Lagarde P., « Rapport de synthèse » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction d'A. Fuchs, H. Muir-Watt et E. Pataut, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003, édition Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, pp. 283-295, p. 287.

Lagondet « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chroniques d'une mort annoncée » *Europe* juillet 1997, chron. n°9.

Lagondet F., « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *Journaux des tribunaux, Droit européen* 2003, n°95, pp. 8-11, p. 9.

Lagondet F., « la CJCE confirme la possibilité de faire jouer les règles nationales écartant l'application du droit communautaire en vertu de la théorie de l'abus de droit », *Europe* 1998, n°7 p. 9 ;

Lagrange M., « Intervention » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Journées de Luxembourg des 31 mai au 4 juin 1961, travaux de l'association Henri Capitant, tome XIV, Paris, 1965, Dalloz, pp. 427-428.

Mancini L., « de l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traité internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *J.D.I.*, 1874, p. 221.

Lecourt, R., « Avant-propos » in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, éd. Nomos Verlagsgesellschaft, Bade,-Baden, 1987, pp. 17 à 23, p. 18.

Leleux P., « Le rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *C.D.E.*, 1975, pp. 129-164, p. 130.

Lenaerts K., « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *C.D.E.*, 1991, p. 3.

Lochak (D.) « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit Social*, 1987, n°11, p 778.

Louis J.-V., « Quelques réflexions sur la répartition des compétences entre la Communauté et ses Etats membres » *Revue d'intégration européenne*, 1979, II, n°3, pp. 355-374.

## M

Mancini F., « Short Note on Abuse of Procedure in Community law » in *Abuse of Processual Rights : comparative standards of processual Fairness* (direc. M Taruffo) Kuwer Law International, 1999, p. 233.

Mansel H.-P., « Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums », *RechtsZ.* 2006, p. 651.

Marengo G., « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative » *C.D.E.* 1984, pp. 291-364.

Mariatte F., « commentaire » in *Europe* novembre 2006, n°314, p. 18-20, p. 20.

Martin D., « Discriminations, entraves et raisons impérieuses dans le traité CE : trois concepts en quête d'identité », *C.D.E.*, 1998, n°1, p. 261 à 318 et n° 2 p. 561 à 637.

Martin D., « réflexions sur le champ d'application matériel de l'article 48 TCE », *C.D.E.*, 1991, n°5-6, p. 555.

Martin P., « La portée fiscale des libertés de circulation » in *D.F.*, 2000, n°44, p. 1448

Masclat J.-C., « La répartition des compétences dans l'Union européenne » in *L'Etat-nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne* Quebec, A.G.M.V., Marqui, coll. Etudes européennes, 1997, 346 p. , pp. 179-203.

Masclat J.-C., *R.T.D.E.* 1982, p. 324, « note relative à l'arrêt Souvenir d'Irlande » pt. 11, p. 329.

Masclat J.-C., « Les articles 30, 36 et 100 du Traité C.E.E. à la lumière de l'arrêt Cassis de Dijon », *R.T.D.E.* 1980, pp. 611-631, p. 628.

Masclat J.-C., « Libre circulation des marchandises, interdiction des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives, exceptions, harmonisation des législations » in *Juris-Classeur, Europe*, fasc. 551, 1997.

Mattera A., « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon, et le principe de reconnaissance mutuelle », *R.M.U.E.*, 1992, n°4, pp. 13-71, p. 32.

Mattera A., « L'élimination des barrières techniques et la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle », *R.M.C.*, 1990, pp. 80-92, p. 88.

Mattera A., « Les principes de proportionnalité et de la reconnaissance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services : de l'arrêt « Thieffry » aux arrêts « Vlassopoulou », « Mediawet », et « Dennemeyer » », *R.M.U.E.* 1991, n°4, pp. 191-203 ; p. 201.

Mayer P., « les lois de police étrangères », *J.D.I.* 1981, pp. 277-345.

Mazeaud H. et L., Mazeaud J., Chabas F., « Introduction à l'étude du droit » in *Leçons de droit civil*, Montchrstien, 10<sup>ème</sup> éd. 1991, pt. 4, p. 16.

Mengozzi M., « Règles communautaires et règles impératives en tant que limites et contre limites imposées à l'autonomie contractuelle », *R.M.U.E.* 1999, p. 169.

Menjucq M., « La notion de siège social » in *Droit et actualité, Etudes offertes à J. Béguin*, Litec, 2005, pp. 499-506, p. 501.

Menjucq M., note sous arrêt *D.* 1999, n°37, p. 556,

Menjucq M., note sous arrêt, *J.D.I.* 2004, 3, pp. 923-929, p. 926.

Mertens de Wilmar J., « Reflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », in *Interventions publiques et Droit communautaire*, ss. la dir. de Madame J. Dutheil de la Rochère et Monsieur J. Vandamme, Pedone, 1988, p. 35.

Metsmäcker « On the legitimacy of European Law » in *RabelsZeitschrift*, vol. 58, 1994, p. 615.

Michel V., « 2004 : le défi de la répartition des compétences » *C.D.E.* 2003, n°1, pp. 27-86, p. 21.

Molinier J., « Les méthodes en droit communautaire », in *Vers une culture juridique européenne*, actes de colloque, sous la direction de S. Poillot-Peruzzetto, 1998, Montchrestien pp. 111-120, p. 113.

Molinier J., « Le principe d'égalité » in *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Puf, Droit et Justice, 2004, pp. 232-250, p. 238.

Monaco « Problemi di diritto internazionale privato negli ordinamenti delle Comunità europee », *Riv. Int.* 1975, p. 205.

Muir Watt H. « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. des cours, Académie de droit international*, La Haye, 2004, tome 307, pp. 29-383, pt.68, p. 113.

Muir Watt H. « L'entrave à la prestation transfrontière de services » in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin*, Litec 2005, pp. 543-565.

Muir Watt H., « Choice of law in integrated and interconnected markets : a matter of political economy », *Col. J. Eur. L.* 2003, p. 383-410 ;

Muir Watt H., « Concurrence d'ordre juridique et conflits de lois privés » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, pp. 615-633.

Muir Watt H., « L'expérience américaine » in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003 sous la direction de Muir-Watt.H et Pataut E., Dalloz 2004, pp. 145-169.

Muir Watt. H., « Concurrence d'ordres juridiques et conflit de lois de droit privé » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 615-633.

Muir-Watt.H et Pataut.E, actes du colloque tenu les 17 et 18 novembre 2003 , édition Dalloz, 2004, in coll. Thèmes et commentaires, pp. 283-295, p 287.

Mülbert Peter O., « Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt – Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung im EG-Binnenmarkt », in *Z.H.R.* 159 (1995), 2-33



Müller-Graff, « Les perspectives d'un droit privé européen » in *R.E.A.-L.E.A.*, 1998, p. 242, sp. p. 243.

## N

Neville-Brown L., « is there any principle of Abuse of Rights in the European Community Law » in *Essays in honour of Henry Schermers*, MNP, vol. II, 1994, pp. 551-604 ; 14)

Niboyet M.-L., « La théorie de l'Autonomie de la Volonté », *R.C.A.D.I.*, 1927, vol. I, pp. 5-116, p. 12.

Nuyts A., « *L'application des lois de police dans l'espace* », *R.C.D.I.P.* 1999, n°1, p. 31-74, n°2, p. 245-265, pt. 2, p. 34.

## O

Ogus A., « Economic Analysis and Comparative Law » in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, éd. Sté de lég. Comp. 2000, p. 169.

## P

Papadopoulou R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant », *C.D.E.* 2002 pp. 96-129. p. 106.

Pataut E., « note sous arrêt », *Rec. Dalloz* 2004, n°7, pp. 491-494, p. 493.

Lagondet F., « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *Journal des tribunaux, Droit européen* 2003, n°95, pp. 8-11, p.11.

Pataut E., « note sous CJCE 15 mars 2001, Mazzoleni et Isa », *R.C.D.I.P.*, pp. 503-512, p. 511

Perelman Ch., « De la justice » in *Justice et raison*, Bruxelles, Presse Universitaire 1963, p. 21 ;

Perelman Ch., « Egalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. I, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 319.

Pescatore P. « l'effet des directives communautaires, une tentative de démythification » *D.* 1980, p. 171-176.

Pescatore P., « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration » *C.D.E.*, 1976, 1, p. 148.

Pescatore P., « The doctrine of effet direct. An infant disease of Community law », *European Law Review*, 1983, p. 155.

Pescatore P., « Avant-propos » in *compétence et pouvoir dans les Communautés européennes* de V. Constantinesco 1974, p. XI.

Pescatore P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la CJCE » in *Mélanges G. Van der Meersch*, t. II, p. 330.

Picard « de la valeur et de l'effet des actes passés en pays étranger d'après la législation belge » *J.D.I.* 1881, p. 473.

Picod F., « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *R.T.D.E.* 1998, pp. 169-189.

Picod F., « Libre circulation et situation interne », *R.A.E* 2003-2004, I, pp. 47-54, p. 48.

Pillet, « Essai d'un système général de solution des conflits de lois », *Clunet* 1895 p. 938-945, p. 943.

Pipkorn J., « Le rapprochement des législations dans la CEE » in *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Préface de François Rigaux, éd. Maison F. Larcier, Bruxelles, 1981. pp. 13-47, p. 19.

Poillot-Peruzzetto S., « Les concepts en droit communautaire » in *Vers une culture juridique européenne*, Montchrestien, 1998.

Poilvache P., « Compétence préjudicielle et dispositions nationales inspirées du droit communautaire », *J.T.D.E.*, 1998, p. 121.

Putman E. « Marché unique et libre circulation des travailleurs indépendants : rapport introductif » in *L'Europe des professions* actes du colloque organisé le 24 janvier 1992 à Aix-en-Provence, Presse Universitaire d'Aix-Marseille.

## R

Radicati di Brozolo, L., « L'influence sur les conflits de lois des principes communautaires en matière de libre circulation », *R.C.D.I.P.* 1993, p. 401.

Radicati di Brozolo, L., « Libre circulation dans la Communauté » in *L'europanisation du droit international privé*, sous la direction de Messieurs P. Lagarde et B. von Hoffman, Publication de l'académie de droit européen de Trèves, 1996.

Constantinesco V., Michel V., « Compétences communautaires », *Répertoire communautaire Dalloz*, sept. 2002, pt. 178, p. 30.

Dintilhac F., « Rapprochement des législations », *Répertoire communautaire Dalloz*, oct. 1996.

Rigaux F., « Droit international privé et droit communautaire » in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 341 -354, pt. 10.

Ripert « abus et relativité des droits » *Rev. Crit.* 1929, p. 33.

Ritleng D., « Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires », *A.J.D.A.*, 1999, p. 645, sp. 652.

Rivero J., « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français » in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, travaux de l'association Henri Capitant, t. XIV, 1961-1962, Dalloz, 1965.

Rodière P., « Le domaine spatial du droit social européen », *T.C.F.D.I.P.* 1990-1991, p. 45 et s.

Roth W.-H., « Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrecht auf das IPR », *RabelsZ.* 55 (1991), 623ff.

Roth, W.-H., « the European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services : Is Keck Relevant ? » in *Services and Free Movement in EU Law*, ss. la direction de Andenas M., Roth, W.-H., Oxford University Press., 2002, pp. 1-24, p. 10.

Rouast, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés » *R.T.D. civ.* 1944, p. 1 et s.

Rouhette G., « Liberté contractuelle et droit constitutionnel en France » in *Freedom of contracts and Constitutionnal Law*, ss. la dir. de A. Mordechai Rabello et P. Sarcevic, H and M Sacher Institute for Legislative Research & Comparative Law, Faculté de droit de Jerusalem, 1998, p. 66.

## S

Saggio A., « Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario » *Riv. Dir. euro.* 1996, p. 215.

Salah M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux », *R.I.D.E.*, 2001, n°3, p. 251.

Saleilles, « de l'abus de droit rapport présenté à la première sous commission de la commission de révisions du code civil, *Bull. soc. Etudes législatives*, 1905, p. 339, 345, 348.

Schapira J., « Concepts économiques et droit européen », *J.D.I.* 1972, p. 6.

Schmitter C., « Le principe de non discrimination et ses limites » in *Union européenne et nationalité* 1999.

Schwartz I., « De la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne » *R.T.D.E.* 1967, pp. 238-242.

Simon D., « Vers la reconnaissance progressive de la théorie de l'abus de droit communautaire de de l'abus de droit », *Europe*, 2001, n°2, Commentaire 52, pp. 14-15.

Simon D., « L'usage des concepts élastiques dans la jurisprudence internationale : impréssionnisme ou réalisme ? » in *Mélanges Constantinesco*, Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 716.

Simon D., et Rigaux A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges G. Isaac*, PUSS, 2004, pp. 561-587, p. 579.

Sinopoli L., « Atelier de droit international privé – conflit de lois » in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruylant 2003, p. 306-314, p.307.

Steindorff E., « Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt », *Z.H.R.* 1986, 687.

Streit et Mussler, « the Economic Constitution of EC – From Rome to Maastricht » in *European law journal*, vol. 1, 1995, p. 5.

Struycken A., « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *R.C.A.D.I.*, 1992, t. 232, p. 257.

## T

Tagaras H., « règles communautaires de la libre circulation, discriminations à rebours et situations dites « purement internes » », in *Mélanges M. Waelbroeck*, vol. II, Bruylant 1999, coll. Etudes de droit européen et international, pp.1499-1538.

Travaux de l'Association Capitant (H.) et des amis de la culture juridique française, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire », 1961-1962, t. XIV, Librairie Dalloz.

Triantafyllon D. « Abuse of Rights versus Primacy » *C.M.L.R.*, 1999, p. 157.

Triantafyllou D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, 2002, pp. 611-632.

## V

van Ommeslaghe P. et Piessevaux V., « Marché intérieur », *Rep. Dalloz dr. comm.*, pt. 18.

Verhoeven J., « Abus, fraude ou habileté (à propos de l'arrêt Poulsen de la Cour de justice) », in *La loyauté, Mélanges en l'honneur de E. Cérexhe*, Larcier 1997, pp. 407-425.

Vignes D., « Quarante années d'évolution communautaire dans la poursuite de l'intégration économique : le point de l'intégration communautaire Maastricht compris » in *perspectives convergentes et divergentes sur l'intégration économique*, 16<sup>ème</sup> colloque de la S.F.D.I. (Quebec), Paris, Pedone, 1993, pp. 159-191, spéc. P. 159.

Villani U., « l'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato » *Riv. Di. Dir. eur.*, 1981, p. 373.

von Bar « Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts » 1862 ; en langue française : Brocher *Clunet* 1872.

Pillet, « Essai d'un système général de solution de conflit de lois », *Clunet* 1895 p. 938-945.

## W

Waelbroeck D., « la notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », *mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, institut d'études européennes, éd. Université libre de Bruxelles, 2003, vol. 2, pp. 595-616.

Waelbroeck M., « Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles applicables aux entreprises dans la CEE », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Bade, 1987, pp. 781-803.

Waelbroeck M., « Mesures d'effet équivalent, discrimination formelle et matérielle dans la jurisprudence de la Cour de justice » *Liber amicorum Frédéric Dumont*, Kluwer, Anvers, 1983, II, p. 1329.

Wagner G., « The Economics of Harmonization : the Case of Contract Law », *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, p. 995.

Wengler « Les principes généraux du droit international et leurs conflits », *R.C.D.I.P.* 1952, p. 595 et *R.C.D.I.P.* 1953, p. 37.

Wilderspin M., Lewis X., « Les relations entre droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », *Rev. crit. dr. internat. privé*, janvier-mars 2002, pp. 1-37, p. 19.

## PLAN DETAILLE

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>7</b>
<b>PREMIERE PARTIE : LA DIFFICILE CONCILIATION DE LA PLURALITE JURIDIQUE AVEC LES LIBERTES DE CIRCULATION.....</b>	<b>25</b>
<b>TITRE I: LES PRINCIPES REGISSANT L'ARTICULATION DES COMPETENCES COMMUNAUTAIRES ET ETATIQUES.....</b>	<b>26</b>
<b>CHAPITRE I: LE MAINTIEN DES COMPETENCES ETATIQUES SOUS CONTROLE COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>26</b>
<b>Section I: L'origine de la pluralité juridique.....</b>	<b>27</b>
<b>§ I. La pluralité juridique inquiétée par la compétence communautaire en matière de marché intérieur.....</b>	<b>28</b>
A. Le principe des compétences d'attribution de la Communauté.....	28
B. La compétence de la Communauté en matière de marché intérieur expliquée par le concept d'intégration.....	31
<b>§ II. La pluralité juridique par le partage des compétences étatiques et communautaires en matière de marché intérieur.....</b>	<b>39</b>
A. L'affirmation d'une compétence partagée .....	39
B. La résolution du conflit de compétence au profit de la Communauté par le principe de préemption.....	43
C. L'exercice raisonnable de sa compétence par la Communauté.....	45
<b>Section II: Le contrôle communautaire de l'exercice des compétences étatiques.....</b>	<b>46</b>
<b>§ I. Le fondement du contrôle communautaire.....</b>	<b>47</b>
A. Le mécanisme de l'intégration négative .....	47
B. La mise en œuvre du mécanisme de l'intégration négative par la Cour de justice .....	52
<b>§ II. Le contenu du contrôle communautaire.....</b>	<b>53</b>

A. L'obligation générale de ne pas faire déduite des libertés de circulation.....	54
B. L'obligation de faire à la charge des Etats membres.....	56
1. Rappel des grands principes communautaires encadrant les compétences nationales .....	56
2. Déduction de l'obligation de faire des grands principes communautaires et des libertés de circulation.....	59
<b>Conclusion du Chapitre I.....</b>	<b>61</b>
<b>CHAPITRE II : L'ETENDUE INCERTAINE DU CONTROLE COMMUNAUTAIRE PAR LES LIBERTES DE CIRCULATION.....</b>	<b>63</b>
<b>Section I : Le caractère inévitablement incertain du champ d'application matériel.....</b>	<b>64</b>
<b>§ I. L'impossibilité de retenir un critère matériel d'application.....</b>	<b>65</b>
A. La déduction logique d'un critère d'applicabilité spatio-économique.....	66
B. La conséquence : l'indifférence aux qualifications juridiques nationales .....	72
1. L'indifférence à la matière dont relève la réglementation .....	72
1.1. La référence générale à la notion de compétence retenue .....	72
1.2. L'examen de toutes les matières au regard du seul critère spatio-économique d'applicabilité.....	75
2. L'indifférence à la qualification de loi de police .....	76
<b>§ II. Les fluctuations de la jurisprudence de la Cour de justice dans l'interprétation du critère d'applicabilité.....</b>	<b>79</b>
A. L'élargissement du champ d'application matériel des libertés de circulation par la substitution du critère d'applicabilité spatio-économique à celui de la discrimination.....	79
1. L'impossibilité logique de retenir le critère de la discrimination .....	80
2. L'abandon jurisprudentiel de toute référence à la discrimination.....	84
B. Les tentatives d'interprétation plus stricte du critère d'applicabilité spatio-économique .....	87
1. L'exclusion des réglementations ayant un effet trop indirect ou aléatoire sur la libre circulation .....	88

2. L'exclusion des réglementations relatives aux modalités de vente.....	94
<b>Conclusion de la section I.....</b>	<b>102</b>
<b>Section II : Le caractère inutilement incertain des critères d'applicabilité des libertés de circulation à l'égard des opérateurs économiques.....</b>	<b>104</b>
<b>§ I. L'extension du champ d'application des libertés de circulation aux opérateurs économiques.....</b>	<b>105</b>
A. L'effet direct des libertés de circulation, source des droits subjectifs .....	106
1. Le principe de l'effet direct .....	107
2. Les conséquences et fonctions de l'effet direct .....	112
B. Les bénéficiaires des droits subjectifs .....	115
1. Libre circulation des marchandises .....	116
2. Libre circulation des travailleurs .....	117
3. Liberté d'établissement et libre prestation de services.....	117
<b>§ II. L'exigence incertaine d'un critère spatial d'applicabilité .....</b>	<b>119</b>
A. Le critère spatial d'applicabilité <i>a priori</i> imposé par la lettre du traité CE.....	120
B. L'incohérente interprétation jurisprudentielle du critère spatial d'applicabilité.....	124
1. Le critère spatial d'applicabilité en libre circulation des personnes .....	125
2. Le critère spatial d'applicabilité en libre circulation des marchandises .....	128
2.1. L'impossible assimilation des conditions de recevabilité d'une question préjudicielle aux conditions d'applicabilité du droit communautaire .....	129
2.2. L'exigence variable d'un critère spatial d'applicabilité du droit communautaire déduit de la jurisprudence de la Cour de justice .....	137
2.3. Analyse critique de la jurisprudence de la Cour et proposition d'un critère de localisation spatiale unique d'applicabilité du droit communautaire .....	139
<b>Conclusion du Chapitre II.....</b>	<b>142</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE I.....</b>	<b>144</b>

**TITRE II : APPRECIATION CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE EN MATIERE D'ATTEINTES NEES DE LA PLURALITE JURIDIQUE.....146**

**CHAPITRE I : PLURALITE JURIDIQUE ET VIOLATION DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION.....146**

**Section I : Détermination des discriminations sanctionnées.....150**

**§ I. Fonction économique de la sanction par la discrimination.....152**

**§ II. Contenu de la sanction communautaire par la discrimination.....157**

**A. Le contrôle du respect de l'égalité dans la loi.....157**

1. La notion d'égalité dans la loi .....157
2. Le contrôle effectué par la Cour de justice.....161

**B. Le contrôle des discriminations matérielles .....163**

1. Le choix de la distinction discrimination matérielle / discrimination formelle .....164
2. Les difficultés terminologiques .....164
3. Confrontation des notions retenues à la jurisprudence de la Cour .....166

**Section II : Identification des discriminations liées à la pluralité juridique.....170**

**§ I. Pluralité juridique et inégalité de traitement.....171**

**A. L'exclusion du champ d'application du principe de non-discrimination des inégalités de traitement engendrées par la seule diversité juridique.....172**

**B. L'appréhension par le principe de non-discrimination des inégalités de traitement engendrées par l'application successive des lois des Etats membres .....176**

**Conclusion du § I. ....183**

**§ II. Pluralité juridique et caractère injustifié de la règle de droit.....184**

**A. Analyse théorique.....184**

1. Présentation de la thèse .....187
2. Réfutation de la thèse .....189

**B. Les manifestations.....193**

**Conclusion du § II.....197**



<b>Conclusion de la Section II.....</b>	<b>198</b>
<b>Conclusion du Chapitre L.....</b>	<b>199</b>
<b>CHAPITRE II : PLURALITE JURIDIQUE ET RESTRICTION NON DISCRIMINATOIRE INJUSTIFIEE A LA LIBRE CIRCULATION.....</b>	<b>200</b>
<b>Section I: Les restrictions injustifiées liées à la multiplicité des réglementations nationales impératives.....</b>	<b>201</b>
<b>§ I. Le refus explicite de la Cour de condamner les divergences de législations.....</b>	<b>201</b>
A. Les divergences de législations ne permettent pas de préjuger de leur effet restrictif.....	202
B. Les divergences de législations ne permettent pas de préjuger de leur caractère injustifié.....	206
<b>§ II. La condamnation des réglementations impératives dans un contexte de pluralité juridique.....</b>	<b>210</b>
A. Manifestations de la défiance de la Cour à l'encontre des réglementations impératives.....	211
B. Manifestations de la préférence accordée par la Cour aux réglementations supplétives.....	219
1. L'arrêt Boussac Saint-Frères SA.....	219
2. L'arrêt Alsthom.....	221
<b>Section II: La possible solution à la multiplicité des réglementations nationales impératives.....</b>	<b>224</b>
<b>§ I. La consécration de multiples formes de choix de loi.....</b>	<b>225</b>
A. Le choix de loi ostensible : la loi d'autonomie.....	226
B. Le choix de loi occulte : la conception extensive du choix de loi.....	229
1. Le choix de loi par la manipulation du critère d'application de la loi.....	230
2. Le choix de loi par la mobilité.....	231
<b>§ II. Le risque de remise en question de l'autorité de la loi à la lumière du concept de l'autonomie de la volonté.....</b>	<b>232</b>

A. Le concept d'autonomie de la volonté .....	233
B. Les critiques du concept.....	234
<b>Conclusion du Chapitre II.....</b>	<b>238</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE II .....</b>	<b>239</b>
<b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....</b>	<b>240</b>
<b>SECONDE PARTIE : LA CONCILIATION PAR LES NOUVELLES FACULTES DE CHOIX DE LOI DEDUITES DES LIBERTES DE CIRCULATION .....</b>	<b>243</b>
<b>TITRE I: LA RECONNAISSANCE MUTUELLE, UNE NOUVELLE MODALITE DE CHOIX DE LOI .....</b>	<b>244</b>
<b>CHAPITRE I: LE DEVELOPPEMENT LOGIQUE ET APPRECIABLE DE NOUVELLES FACULTES CHOIX DE LOI FONDEES SUR L'EQUIVALENCE DES REGLEMENTATIONS.....</b>	<b>248</b>
<b>Section I: Le choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en libre circulation des marchandises.....</b>	<b>249</b>
<b>§ I. L'application de principe d'une seule loi au sein de la Communauté.....</b>	<b>249</b>
A. Détermination du contenu de la notion au regard de la jurisprudence.....	250
1. L'arrêt Cassis de Dijon.....	250
2. L'apport de la communication interprétative de la Commission .....	252
B. Détermination du contenu de la reconnaissance mutuelle au regard de son fondement juridique.....	255
1. Les enjeux du rattachement aux différents fondements .....	255
2. La thèse de l'article 28 du traité CE .....	257
3. La thèse de l'article 30 du traité CE .....	258
4. La proposition d'un double fondement .....	260
<b>§ II. Un principe offrant de nouvelles facultés de choix de loi encore trop restreintes aux opérateurs économiques .....</b>	<b>266</b>
A. Le champ d'application matériel restreint de la reconnaissance mutuelle.....	267
1. Les domaines de principe.....	268

2. Les domaines exclus ou incertains .....	277
2.1. L'exclusion des modalités de vente.....	278
2.2. La matière contractuelle .....	280
B. Le caractère trop restrictif des facultés de choix de loi .....	283
1. Le possible choix de loi d'un Etat tiers .....	284
2. Eléments en faveur d'un abandon progressif de l'exigence d'un lien entre la loi choisie et l'activité économique .....	287
2.1. L'hypothèse du produit fabriqué conformément aux règles de l'Etat de provenance .....	288
2.1.1. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication lorsque la marchandise y est commercialisée .....	289
2.1.2. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de fabrication lorsque la marchandise n'y est pas commercialisée.....	290
2.2. L'hypothèse du produit fabriqué conformément aux règles d'un autre Etat membre que celui de fabrication.....	294
2.2.1. La faculté de choix de loi de l'Etat membre de commercialisation lorsque la marchandise n'y est pas fabriquée.....	294
2.2.2 La faculté de choix de loi de n'importe quel Etat membre sans exigence de fabrication ou de commercialisation .....	297
<b>Section II : La reconnaissance mutuelle en matière de diplômes et formations professionnelles .....</b>	<b>302</b>
<b>§ I. L'application de principe d'une seule loi au sein de la Communauté.....</b>	<b>304</b>
A. L'interprétation extensive du champ d'application matériel du mécanisme.....	305
B. L'interprétation souple du fondement juridique du mécanisme.....	308
<b>§ II. Un mécanisme offrant de nouvelles facultés de choix de loi aux opérateurs économiques.....</b>	<b>312</b>
A. Détermination des Etats dont la réglementation peut faire l'objet d'un choix de loi.....	312
1. Acquisition d'un titre dans un Etat tiers.....	313
2. Acquisition d'un titre dans un Etat membre.....	314
B. Les facultés de choix de loi opposables par un opérateur économique à l'encontre de son propre Etat .....	315

<b>Conclusion de Chapitre I.....</b>	<b>317</b>
<b>CHAPITRE II: LE CHOIX DE LOI JUSTIFIE PAR LA SEULE LIBERTE DE CIRCULATION.....</b>	<b>319</b>
<b>Section I: Le choix de loi créé par le système de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services.....</b>	<b>321</b>
<b>§ I. L'impérativité des lois remise en cause par l'existence du mécanisme de la reconnaissance mutuelle.....</b>	<b>322</b>
A. Les éléments caractérisant le principe de la reconnaissance mutuelle en libre prestation de services .....	323
B. La portée variable de la reconnaissance mutuelle sur l'impérativité des lois.....	326
1. La portée absolue.....	327
1.1. Le fondement : l'équivalence des législations.....	327
1.2. L'interprétation extensive de la notion d'équivalence par la Cour de justice .....	329
2. La portée relative.....	332
2.1. Le fondement : l'effet utile du droit communautaire.....	332
2.2. Illustration.....	334
<b>§ II. L'étendue des facultés de choix de loi créée par la reconnaissance mutuelle .....</b>	<b>338</b>
A. Une manifestation de l'ouverture de facultés de choix de loi en droit public.....	338
B. Une manifestation de l'ouverture des facultés de choix de loi en droit privé.....	341
1. Exemple d'une application de la reconnaissance mutuelle en droit privé.....	341
2. Exemple d'une réserve dans l'utilisation de la reconnaissance mutuelle en droit des contrats.....	349
C. Modalités d'exercice du choix de loi .....	353
<b>Section II : Le choix de loi créé par la reconnaissance mutuelle en matière de liberté d'établissement des sociétés.....</b>	<b>355</b>

<b>§ I. Un mécanisme imposant la reconnaissance des sociétés constituées dans un autre Etat membre .....</b>	<b>357</b>
A. L'étendue de la reconnaissance mutuelle.....	358
1. La légitimité de la Cour de justice à déduire la reconnaissance mutuelle des dispositions du Traité en matière de liberté d'établissement des sociétés.....	358
2. Mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en matière de liberté d'établissement à titre principal .....	360
3. La mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en liberté d'établissement à titre secondaire.....	367
3.1. L'interdiction de refuser l'immatriculation de la succursale d'une société fictive : affaire Centros.....	367
3.2. L'interdiction de soumettre l'exercice de l'activité commerciale par la succursale d'une société fictive à des conditions particulières : l'affaire Inspire Art.....	370
B. La portée importante de la reconnaissance mutuelle.....	372
1. Au regard de son fondement .....	373
2. Au regard de ses exceptions.....	377
<b>§ II. Un mécanisme offrant de nouvelles facultés de choix de loi aux opérateurs économiques.....</b>	<b>380</b>
A. Le domaine matériel du choix de loi.....	381
B. Les modalités d'exercice du choix loi .....	385
1. Un choix de loi indirect : reconnaissance d'un droit acquis : nécessité de circuler.....	386
2. L'impact de l'obligation de reconnaissance de la théorie de l'incorporation : la faculté de choix de loi sans exigence d'une localisation du siège réel dans l'Etat membre de constitution.....	388
<b>Conclusion du Chapitre II.....</b>	<b>390</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE L.....</b>	<b>391</b>
<b>TITRE II: L'ABUS DE DROIT, UNE LIMITE INSUFFISANTE AUX NOUVELLES FACULTES DE CHOIX DE LOI.....</b>	<b>394</b>
<b>CHAPITRE I: LA DEDUCTION CASUISTIQUE DE L'ABUS DE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>396</b>

<b>Section I : Les hypothèses de sanction de l’usage des libertés de circulation par les opérateurs économiques.....</b>	<b>397</b>
<b>§ I. La condamnation lorsque les opérateurs économiques cherchent à évincer l’application du droit national .....</b>	<b>397</b>
<b>§ II. La condamnation en l’absence d’une mobilité économique réelle et effective .....</b>	<b>400</b>
<b>Section II : La qualification d’abus de droit.....</b>	<b>404</b>
<b>§ I. Les qualifications envisageables.....</b>	<b>405</b>
A. La notion de fraude à la loi .....	406
B. La notion d’abus de droit.....	407
C. Le critère principal de distinction entre les notions de fraude et d’abus de droit .....	410
<b>§ II. Les éléments en faveur de la qualification d’abus de droit communautaire .....</b>	<b>410</b>
A. Arguments doctrinaux.....	410
B. Arguments tirés de la jurisprudence de la Cour de justice .....	413
1. Rejet de la qualification fraude .....	414
2. L’adoption d’une conception finaliste de l’abus de droit par la Cour de justice.....	415
<b>Conclusion de Chapitre I.....</b>	<b>417</b>
<b>CHAPITRE II : LA PORTEE RELATIVE DE L’ABUS DE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>418</b>
<b>Section I : La fausse limite : une sanction rarement retenue.....</b>	<b>419</b>
<b>§ I. La portée possible de l’abus subordonnée à son mode de sanction.....</b>	<b>419</b>
A. L’abus de droit, critère d’applicabilité du droit communautaire.....	420
B. L’abus de droit critère de conformité du droit national au droit communautaire.....	421
C. Enjeu de la distinction .....	423

**§ II. La portée réelle par la prise en considération de l'abus de droit dans le cadre du contrôle de conformité.....424**

A. Identification du mode de sanction par le dépassement des ambiguïtés terminologiques .....424

1. L'assimilation erronée des cas d'inapplicabilité du droit communautaire à ceux de la conformité au droit communautaire .....425

2. La référence trompeuse à la « fraude » ou à « l'abus » pour traiter de l'impact des mobiles sur l'applicabilité du droit communautaire .....428

B. L'impact d'une sanction de l'abus de droit au stade du contrôle de conformité .....430

**Section II : La limite artificielle : une notion difficilement caractérisée.....433**

**§ I. Les éléments indifférents ou insuffisants à la caractérisation de l'abus de droit .....434**

A. L'élément subjectif.....434

1. Les arguments doctrinaux en faveur du caractère nécessaire de l'élément subjectif de l'abus de droit .....435

1.1. L'argument du caractère inhérent de l'élément subjectif à l'abus de droit selon la conception finaliste .....435

1.2. L'argument du motif illégitime prétendument consacré par la Cour de justice .....437

1.3. L'argument de l'objectivisation de la preuve de l'élément subjectif.....438

2. Analyse critique de la doctrine fondée sur le refus de la Cour de connaître des mobiles des opérateurs économiques. ....440

2.1. Le refus de prendre en considération les mobiles de l'opérateur économique.....440

2.2. L'identification d'un motif illégitime : la volonté de contourner le droit national .....441

2.3. L'affirmation que la volonté d'échapper à l'application d'une loi est un mobile conciliable avec les libertés de circulation.....442

B. Le droit national évincé .....444

Conclusion du § I. ....446

**§ II. L'abus, un détournement des libertés de circulation de leur fonction .....447**

A. L'unanimité quant à la caractérisation de l'abus par le détournement des libertés de circulation communautaire de leur fonction .....	448
B. Analyse critique des thèses faisant de l'intégration négative la fonction des libertés de circulation.....	449
1. Bref rappel de la notion d'intégration négative.....	450
2. La réfutation catégorique de la thèse de l'assimilation des libertés de circulation à un outil de coopération entre la Cour de justice et les opérateurs économiques .....	451
2. 1. Présentation de la thèse.....	451
2.2. Analyse critique de la thèse .....	453
3. Réfutation difficile de l'analyse des libertés de circulation sous l'angle de la théorie du fédéralisme économique .....	454
3.1. Présentation de la théorie du fédéralisme économique.....	454
3.2. La difficile critique de la thèse du fédéralisme économique .....	456
C. La déduction casuistique de la fonction des droits subjectifs issus des libertés de circulation .....	457
1. L'objectif général de mobilité .....	457
2. Les différentes formes de mobilité.....	458
2.1. Le droit d'exercer une activité économique réelle et effective dans un autre Etat membre .....	459
2.1.1. Libre circulation des marchandises .....	459
2.1.2. Libre circulation des travailleurs.....	460
2.1.3. Liberté d'établissement à titre principal.....	461
2.2. Le droit d'exercer des activités économiques impliquant plusieurs Etats membres. ....	463
2.2.1. Libre prestation de services.....	463
2.2.2. Liberté d'établissement à titre secondaire.....	475
<b>Conclusion du Chapitre II.....</b>	<b>479</b>
<b>CHAPITRE III : PROPOSITION EN VUE DE GARANTIR UNE MEILLEURE EFFECTIVITE DE L'ABUS DE DROIT COMMUNAUTAIRE.....</b>	<b>480</b>
<b>Section I : L'argument de la légitimité de l'atteinte à l'autorité du droit national par les opérateurs économiques.....</b>	<b>481</b>



<b>Section II : La sanction de l'abus de droit par l'encadrement des critères d'invocabilité des libertés de circulation.....</b>	<b>484</b>
<b>Conclusion du Chapitre III .....</b>	<b>488</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE II .....</b>	<b>490</b>
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....</b>	<b>492</b>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>494</b>

## INDEX

(les numéros renvoient aux pages de la thèse)

### **Abus de droit, 394**

Caractère artificiel de l'élément transfrontalier, 421  
Conception finaliste, 415  
Critère de conformité du droit national au droit communautaire, 422  
Critère principal de distinction, 410  
Détournement des libertés de circulation de leur fonction, 448  
Droit national évincé, 445  
Élément subjectif, 435, 436, 439  
Faute, 408  
Fonction des droits subjectifs issus des libertés de circulation, 458  
Fonction sociale, 409  
Fraude à la loi, 412  
Intégration négative, 450, 451  
Limite artificielle, 433  
Mobiles, 415, 429, 435, 440  
Mobilité réelle et effective, 457  
Motif illégitime, 437, 442  
Notion, 407  
Notion autonome, 417  
Objectif de mobilité, 454  
Portée réelle, 424  
Portée relative, 418  
Qualification, 404  
Sanction, 419

### **Autonomie de la volonté, 225, 233, 237**

### **Autorité de la loi, 201, 225, 233, 235, 416**

### **Champ d'application**

Champ d'application matériel, 7, 22, 64, 66, 80, 305  
Champ d'application personnel, 63, 105

### **Choix de loi**

Choix de loi occulte, 230  
Choix de loi ostensible, 226

### **Compétence**

Compétence d'attribution, 28, 38, 63  
Compétence partagée, 39  
Compétence retenue, 73, 74

### **Critère d'applicabilité, 65, 66, 79, 80, 87**

**Critère d'applicabilité spatial, 88, 119, 129, 137**

**Critères d'invocabilité des libertés de circulation, 485**

**Détournement des libertés de circulation, 401**

**Discrimination, 12, 20, 80, 84, 138, 147, 157, 171**

Discrimination directe, 165

Discrimination formelle, 81, 164

Discrimination indirecte, 165

Discrimination matérielle, 81, 163, 164

Discrimination sanctionnée, 150, 167, 170

Fonction économique, 151, 152

**Droit acquis, 247, 332, 386**

**Droit dérivé, 10, 27, 43**

**Droit public, 67, 212**

**Droit subjectif, 48, 105, 107, 116, 141, 485**

**Effet utile, 58, 61, 113**

**Egalité, 148, 152, 157, 158**

**Élément localisateur, 299, 312**

**Élément transfrontalier, 125, 131**

**Fonction des libertés de circulation, 446, 487**

Liberté d'établissement à titre principal, 462

Liberté d'établissement à titre secondaire, 476

Libre circulation des marchandises, 460

Libre circulation des travailleurs, 461

Libre prestation de services, 464

**Fraude à la loi, 14, 406**

**Harmonisation, 10, 17, 35, 45, 50, 62**

**Intégration, 20, 21, 28, 31, 47, 52**

Intégration économique, 21, 28, 32

Intégration négative, 34, 47, 52

Intégration positive, 34, 47

**Légitimité du droit communautaire, 482**

*Lex societatis*, 381

**Livre blanc, 17**

**Loi d'autonomie, 226**

**Loi de police, 72, 76, 77, 229**

**Matière contractuelle, 219**

**Modalité de vente, 94**

**Nouvelle approche, 45, 144**

**Objectif de mobilité, 21, 22, 23**

**Ordre public, 212**

**Perelman, 82, 158**

**Principe d'équivalence, 245**

**Question préjudicielle, 73, 95, 129**

**Reconnaissance mutuelle, 15, 20, 21, 23, 45, 244, 255, 299**

Champ d'application matériel, 267

Contrats, 349

Dépassement du principe d'intégration, 332

Diplômes et formations professionnelles, 302

Droit privé, 341

Droit public, 338

Effet utile, 332

Fondement, 255

Impérativité des lois, 326

Liberté d'établissement des sociétés, 355

Libre circulation des marchandises, 249

Libre prestation de services, 321

Matière contractuelle, 280

Modalités de vente, 278

**Règle de conflit de lois cachées, 246, 346**

**Régulation par le droit, 28, 34**

**Société fictive, 367**

**Subjectivisme, 235**

**Téléologique (interprétation), 11, 20, 21, 151**

**Théorie de l'incorporation, 365, 388**

**Théorie du fédéralisme économique, 454**

**Théorie du siège, 362**