

Marché intérieur et intégration :

la construction d'une jurisprudence politique contrapuntique

Soixante ans après le Traité de Rome, et vingt-cinq ans après l'annonciation de son achèvement¹, le marché intérieur serait « une évidence qui ne mobilise plus »². Sans jamais devoir être tout à fait achevé³, il apparaît désormais suffisamment arrimé pour ne plus pouvoir être remis en cause – pas même par le Brexit, puisque l'Union européenne subordonne toute coopération économique future avec le Royaume-Uni à son acceptation des quatre libertés de circulation. Siège de la méthode fonctionnaliste⁴, il a ainsi bénéficié de ses ressorts et de sa dynamique⁵, mais il pâtit aussi de ces défauts et des critiques dont celle-ci fait désormais l'objet. En effet, si le marché intérieur ne mobilise plus, il est dans le même temps loin de laisser indifférent. Avatar d'une Europe technocratique, accusé d'excès de régulation comme de dérégulation⁶, le marché et sa « dynamique

¹ Le Livre Blanc sur le marché intérieur (14 juin 1985, COM(85)340) et l'Acte unique annonçaient en effet son la réalisation d'un « grand marché unique » pour le 31 décembre 1992.

² Selon les mots de Valérie MICHEL rapportés in L. DUBOUIS, « Vingt ans de marché intérieur : le marché intérieur entre réalité et utopie », in V. MICHEL (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le Marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 193.

³ La litanie, sans fin, de la Commission en témoigne à suffisance : Communication du 20 novembre 2007, *Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle*, COM(2007)724 ; Rapport de Mario MONTI au Président de la Commission José Manuel BAROSSO, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européennes* ; Communication du 13 avril 2011, *L'Acte pour le marché unique I. Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance*. « Ensemble pour une nouvelle croissance », COM(2011)206 ; Communication du 3 octobre 2012, *L'Acte pour le marché unique II - Ensemble pour une nouvelle croissance*, COM(2012)573 ; Communication du 28 octobre 2015, *Améliorer le marché unique: de nouvelles opportunités pour les citoyens et les entreprises*, COM(2015)550. Sur l'impossibilité d'arriver à une unité absolue du marché intérieur, voir, P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le Marché intérieur entre réalité et utopie*, op. cit., p. 83-94. Le « Scoreboard » établi par la Commission permet ainsi de visualiser les efforts encore attendus de la part des Etats dans les différents champs de la gouvernance du marché intérieur (http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_overview/index_en.htm). Voir pour une analyse de la situation de chacune des libertés de circulation : M.-A. BARTHE, *Economie de l'Union européenne*, Paris, Economica, 2017, 6^e éd., p. 107-127.

⁴ N. MOUSSIS, « Théorie de l'intégration : les politiques communes comme fondement de l'intégration multinationale », *RMCUE*, 2001, n°451, sp. p. 540-541.

⁵ « Marché commun » et « unité du marché » ont ainsi pu être appréhendés comme faisant partie des « fondements de la Communauté » (Sean VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, De Boeck Université, 2001, 3^e éd., partie II, chap. 1^{er}).

⁶ A. MATTERA, « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, une assise politique d'un modèle de société humaniste », *RDUE*, 2016, n°3-4, p. 487 : « nombre d'hommes politiques [...] accusent l'Union européenne d'édifier une “super-Etat”, une sorte d’“Etat-providence” centralisé, dont les actions

matricielle »⁷, image de cette Union qui s'est faite « sans les peuples », sont bien souvent voués aux gémonies.

Pourtant, il s'en faut de beaucoup pour que la dimension fonctionnaliste suffise à expliquer l'Etat d'avancement et les limites de l'intégration économique.

Moteur d'une construction mécanique, le marché est aussi un objet politique. Il est le lieu de tous les rapports de force⁸ : entre l'économie, c'est-à-dire l'intérêt marchand, et d'autres exigences d'intérêt général, comme les questions sociales ou environnementales⁹ ; entre l'Union et le reste du monde, entre celle-ci et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres eux-mêmes ; entre l'unité et la diversité, entre l'intérêt commun et l'intérêt particulier ou spécifique...

Témoignent encore de sa nature politique, ses origines conceptuelles dans une doctrine ordolibérale, dont Michel Foucault a parfaitement montré qu'elle était un mode de gouvernementalité avant d'être un projet économique¹⁰. Le tournant du milieu des années 80 et la relance par l'Acte unique ont par la suite rappelé que le marché restait à l'évidence un sujet politique, même si l'objectif poursuivi a pu évoluer et perdre quelque peu sa dimension instrumentale¹¹. Dans le *Livre blanc sur le marché intérieur*, la Commission européenne soulignait ainsi que « l'intégration économique » ne peut se réaliser sans une « volonté politique », et que c'est cette dernière qui « doit

viseraient à uniformiser, voire à homogénéiser, les identités, les traditions, les spécificités nationales, régionales ou locales ».

⁷ L. GRARD, « Nouvelles dimensions du droit matériel de l'Union européenne ou nouveau droit des politiques de l'Union européenne », *RAE*, 2016, n°2, p. 241.

⁸ Sera considéré comme « politique », ce qui induit un *rapport de force* ou se déduit de celui-ci (voir pour une définition du politique comme une question de pouvoir : M. DUVERGER, *L'introduction à la politique*, Paris, Gallimard, 1964, p. 24).

⁹ Les clauses horizontales des articles 9 et 11 TFUE, relatives respectivement au domaine social et à l'environnement, ont ainsi des implications explicitées s'agissant du marché intérieur dès l'article 3, §2 TUE.

¹⁰ Michel FOUCAULT insiste en effet tout particulièrement dans son analyse sur le fait que l'ordolibéralisme, dans sa conception comme dans sa finalité, est d'abord un « art libéral de gouverner » (*Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil, 2004, Leçon du 7 février 1979, p. 105 et s. ; voir plus largement sur l'influence ordolibérale dans la construction européenne : C. JOERGES, « La constitution économique européenne en processus et en procès », *RIDE*, 2006, n°3, p. 245-284). Par ailleurs, depuis 2008, la crise économique, d'une part, a montré le besoin de compléter les « mécanismes d'ouverture et de concurrence » destinés à assurer la prospérité économique « par des outils de pilotage de l'économie depuis les institutions européennes », et, d'autre part, a favorisé le mouvement de mise en cause les principes de la « Constitution économique de l'Union » (J.-B. AUBY, P. IDOUX, « Introduction générale », in J.-B. AUBY et P. IDOUX (dir.), *Le gouvernement économique européen*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. XIX et XXII). Deux processus qui, sans aucun doute, relèvent eux aussi du champ politique.

¹¹ Sur la politique économique à l'origine de la relance de la construction du marché et la volonté de pousser les entreprises européennes à se restructurer, voir M.-A. BARTHE, *op. cit.*, p. 91.

précéder l'unité européenne »¹². L'actualité la plus récente atteste encore de la dimension politique d'un marché intérieur qui est au cœur de la définition du projet européen d'intégration, avec la question sensible du détachement des travailleurs et les efforts du Président de la République française pour arracher un consensus autour d'une réforme politiquement nécessaire.

Ce hiatus entre, d'une part, la dimension et le fonctionnement techniques du droit du marché intérieur victime de la critique de la technocratie, et, d'autre part, sa portée et son souffle politique, amènent à s'interroger sur le rôle des différents acteurs dans cette construction européenne. Il amène à croire qu'à l'ombre du fonctionnalisme, les institutions auront en réalité joué un rôle essentiel dans l'engendrement de cet « espace d'ouverture ». La Cour de justice étant une institution de l'Union, comme le rappelle l'article 13 du Traité sur l'Union européenne, elle est donc susceptible d'avoir pris, aux côtés du « pouvoir politique, “constituant” et législateur »¹³, une part active dans ce rôle actif. L'« idée peut sembler “paradoxe, voire hérétique” »¹⁴. Pourtant sa réalité n'échappera à personne qui connaisse un tant soit peu l'historique de la construction d'un véritable « droit du marché intérieur »¹⁵, dont les étapes fondamentales sont autant de solutions, de concepts, et de principes d'origine jurisprudentielle¹⁶. Marc Fallon voit ainsi, dans l'application en 1974 de la doctrine de l'effet direct aux dispositions du traité relatives à la libre circulation des facteurs de productions, l'acte de naissance d'un « ensemble cohérent de normes applicables à toute situation entrant dans le domaine du droit du marché intérieur, identifiable comme une discipline à part entière »¹⁷.

Le caractère jurisprudentiel du droit du marché intérieur autorise à faire un parallèle avec la relation existante entre le Conseil d'Etat et le droit administratif français¹⁸, à l'égard de laquelle la doctrine a déjà mis en lumière la nature politique du pouvoir normatif exercé par le juge. Ainsi, pour Prosper

¹² Livre Blanc préc., p. 54, § 219.

¹³ L. DUBOUIS, *op. cit.*, p. 192.

¹⁴ P. WEIL, « Préface », in D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, rééd. 2015, p. VII.

¹⁵ M. FALLON, « 1992-2012 : Etat des lieux et enjeux du droit du marché intérieur », in 1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le Marché intérieur entre réalité et utopie, *op. cit.*, p. 18 : c'est ainsi « au gré d'un processus jurisprudentiel continu » que le marché intérieur évolue de 1972 à 2012.

¹⁶ La Cour de justice paraît s'inscrire ainsi dans un « modèle » partagé par les Etats européens, dans lesquels le pouvoir juridictionnel a historiquement joué un « rôle fondamental » (G. DELLA CANANEA, « La liberté de concurrence dans l'Union européenne : Une tradition constitutionnelle commune ? », in J.-B. AUBY et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 144).

¹⁷ M. FALLON, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸ Pour une analyse dans le champ constitutionnel de la notion de « gouvernement des juges », voir M. TROPER, « Existe-t-il un gouvernement des juges ? », in S. BRONDEL, N. FOULQUIER, et L. HEUSCHLING, *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 21-37.

Weil, puisqu'il est « juge des rapports entre le pouvoir et les citoyens, entre les gouvernants et les gouvernés, il est amené par la force des choses à prendre des sentences dont la répercussion se fera sentir sur le plan politique »¹⁹. De même, Danièle Lochack souligne que les décisions du juge administratif sont *a minima* susceptibles de revêtir une portée politique par un effet de contagion : « s'il se voit reconnaître le droit de censurer certaines décisions dont la portée politique ne fait pas de doute, ses jugements risquent d'être plus que la manifestation d'un pouvoir de neutralisation et de vérification, pour prendre eux-mêmes le caractère et la portée d'actes politiques positifs »²⁰. C'est plus largement la place laissée à l'opportunité qui serait le marqueur de la dimension politique, dans la mesure où l'appréciation à l'origine du jugement dépasse le champ usuel de la légalité²¹. Mais c'est aussi dans la dimension créatrice de la jurisprudence administrative, et en particulier dans les principes dont elle est à l'origine²², que l'on trouve selon la doctrine administrative les preuves d'une « jurisprudence politique ».

Comment ne pas voir dans le marché intérieur un écho de ces observations, alors qu'il est, d'une part, l'un des domaines d'élection du principe de proportionnalité (dont on sait bien qu'il amène le juge à pousser très loin son examen), et alors, d'autre part, que les décisions de la Cour de justice sont pour l'essentiel fondées sur des notions floues²³, issues d'un traité-cadre laissant au juge une liberté d'interprétation significative (liberté textuelle qu'il n'a d'ailleurs pas hésité à dépasser en consacrant les exigences impérieuses d'intérêt général) ?

Une fois acté le principe que le juge communautaire peut, lui aussi, exercer dans le champ du marché intérieur un rôle politique, il reste à déterminer de quelle manière identifier ses manifestations les plus significatives. Quels sont les actes de *juris dictio* dans lesquels la part du

¹⁹ P. WEIL, « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1959, p. 281. Par contraste, si Michel TROPER identifie dans un sens large le gouvernement des juges à l'hypothèse où ses décisions « sont susceptibles d'avoir des conséquences pour l'organisation et le fonctionnement de la société », il précise que cette constatation n'implique pas « une prise de position sur le caractère politique ou apolitique des juridictions » (*op. cit.*, p. 33).

²⁰ D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 11.

²¹ Dans le même sens, on se référera aux travaux de Léo GOLDENBERG, *Le Conseil d'Etat juge du fait : étude sur l'administration des juges*, Paris, Dalloz, 1932, 423 p. ; et de Michel DUBISSON, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du Recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1958, 281 p.

²² Pour une analyse de l'importance des principes dans la création d'une « éthique » à laquelle le juge peut soumettre les normes écrites, voir J. RIVERO, « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Dalloz*, 1951, Chr. VI, p. 21.

²³ Danièle LOCHAK souligne à ce propos que la nature politique du pouvoir normatif du juge s'exprime « d'autant plus aisément que le caractère particulièrement souple des normes [...] lui permet de tenir compte, dans l'application de la règle de droit, non seulement de considérations juridiques, mais également de considérations politiques » (*op. cit.*, p. 15 ; voir p. 125 et p. 138 pour de plus amples développements sur les règles et catégories juridiques).

politique est la plus visible et la plus décisive ? Cette interrogation paraît d'autant plus difficile à résoudre que la masse des arrêts en matière de marché intérieur est colossale²⁴... et que les solutions jurisprudentielles sont bien souvent présentées comme le fruit d'une démarche empirique – voire erratique et parsemée de décisions dissonantes²⁵.

Il semble toutefois possible d'emprunter trois voies distinctes, et complémentaires, afin d'identifier les manifestations du rôle politique du juge.

Pour reprendre les termes de Jean Rivero, la première consisterait à chercher la présence de ce pouvoir politique dans la définition par le juge d'une « éthique », qu'il imposerait à travers l'interprétation et l'application concrète des règles juridiques dont il a la charge. Il s'agira alors de chercher à vérifier, par exemple, si la production jurisprudentielle confirme la nature libérale que l'on attribue souvent à l'action de la Cour de justice – de chercher donc s'il est possible de démontrer l'existence d'un attachement du juge de l'Union à un corps de principes traduisant une doctrine physiocratique²⁶.

Le caractère, ou du moins la portée, politique d'un arrêt est ainsi souvent dénoncé, lorsque la juridiction tranche en faveur de la libéralisation de la circulation, et plus largement, d'un règlement communautaire de la situation juridique à l'origine du litige remettant en cause des mesures de protection nationales. Dans de telles hypothèses, on fera le reproche à la Cour d'avoir appliqué de manière dogmatique ses méthodes générales d'interprétation²⁷, promouvant ainsi « l'éclosion d'une

²⁴ On décompte sur curia.eu plus de 3 000 arrêts de la Cour de justice, ainsi qu'une centaine du Tribunal de l'Union européenne, dans le champ du marché intérieur *stricto sensu*. Si les deux tiers sont postérieurs au 1^{er} janvier 1993, encore la moitié d'entre eux sont intervenus depuis l'entrée en vigueur du Traité de Nice et les élargissements qui ont suivi. En 2016, il s'agissait encore du domaine qui mobilise le plus le juge européen derrière celui de la propriété intellectuelle.

²⁵ A. RIGAUX, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie à propos des dissonances de l'arrêt *Morellato* (CJCE, 18 septembre 2003, *Tommaso Morellato c. Comune di Padova*, Aff. C-416/00, Rec. p. I-9343) », *Europe*, 2003, n°11, Chr. 13, p. 7-11.

²⁶ Voir en ce sens, P. MADDALON, « Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », in S. BARBOU DES PLACES, R. HERNU, P. MADDALON (dir.), *Morale(s) et dorits européens*, Cahiers européens n°8, Paris, Pédone, 2015, p. 125-136, spé. p. 134 : l'auteur constatant que « [l]es politiques relatives à la concurrence et aux libertés de circulation amènent à conclure que l'Union européenne véhicule une morale plus économique que politique ».

²⁷ A. SUPIOT, « Le sommeil dogmatique européen », *RFAS*, 2012, n° 1, spéc. p. 190 : l'auteur dénonce, au regard de la jurisprudence des années 2007-2008, « la conversion de la Cour de justice européenne à cette doctrine de déconstruction des droits sociaux », qui s'exprime à travers une politique « de “libération des forces du marché” ».

conscience collective européenne »²⁸ sans égard toutefois à l'esprit qui, en droit interne, pouvait guider les pratiques juridiques²⁹.

En ce sens, il a été observé que « la Cour de justice a parfois rendu, et continue de rendre, des décisions qui peuvent être considérées comme des arbitrages politiques remettant en cause “l'ensemble des équilibres du droit national” quand elle élargit le champ d'application des libertés fondamentales de circulation », ou lorsqu'elle adopte une solution qui « ne répond pas à nos traditions juridiques nationales »³⁰.

Cependant une telle approche a le défaut d'être non-discriminante : tout raisonnement juridictionnel qui touche à l'étendue et à l'intensité des principes de libre circulation sera, en raison des liens entre le marché intérieur et l'intégration européenne, susceptible d'être considéré comme de nature politique – par son objet ou par ses effets³¹. Une telle approche a encore l'inconvénient d'être en pratique trop unilatérale : elle est généralement invoquée uniquement contre la « communautarisation » des questions juridiques. Ce faisant ceux qui s'attachent à identifier l'« éthique du juge » négligent trop souvent le fait qu'une décision autorisant un Etat membre à poursuivre d'autres préoccupations que l'intérêt marchand peut aussi traduire un mouvement politique³².

Selon une deuxième approche, il faudrait s'attacher à l'intensité du contrôle juridictionnel. L'évolution de cette dernière pourrait ainsi traduire l'accaparement d'une responsabilité originellement étrangère à l'office du juge. Cependant, là encore, l'analyse risque d'être soit partielle, soit trop inclusive. En effet, tout comme le renforcement des exigences imposées au titre de la légalité, le refus du juge d'opérer un « contrôle normal » face à une appréciation politique effectuée par le législateur (dans le cadre de l'harmonisation des dispositions nationales par exemple) est le

²⁸ R. MEHDI, « L'efficacité de la norme en droit de l'Union européenne », in M. FATIN-ROUGE, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 298.

²⁹ Voir en ce sens, s'agissant du droit des transports, L. GRARD, *op. cit.*, p. 243 et s. : l'auteur identifie ainsi un « point de fixation » chaque fois qu'il faut « admettre que dans la frontière entre la vision sectorielle (voire nationale...) et la vision européenne d'une règle, c'est au juge européen d'en décider » (*ibid.*, p. 246).

³⁰ M. COMBET, « La libre prestation des services dans le domaine maritime : quand l'unité de l'ordre juridique de l'Union bouleverse les droits sociaux nationaux », *RDLA*, 2014, n° 98.

³¹ Le principe de reconnaissance mutuelle, de par sa logique comme de par les liens ténus qu'il entretient avec le respect de valeurs communes et avec l'harmonisation des standards nationaux, semble ainsi toujours recéler une dimension politique au moins implicite.

³² La reconnaissance des exigences impérieuses d'intérêt général peut ainsi être vue comme une attention portée aux considérations politiques nationales, mais peut tout aussi bien être comprise, du point de vue européen, comme la recherche d'un équilibre nécessaire à la poursuite de l'intégration.

fruit d'une norme jurisprudentielle positive³³. Si l'adoption d'un contrôle restreint à l'erreur manifeste paraît moins audacieuse, elle n'en reste pas moins le résultat d'une décision.

Justifier, au contraire, le retrait du juge par l'impossibilité pour lui d'exercer un pouvoir non juridiquement déterminé, c'est-à-dire un pouvoir s'exerçant en opportunité, ne paraît pas convaincant. L'argument se veut fondé sur une *nécessaire* distinction des opérations d'interprétation et de création du droit. C'est en ce sens que les contempteurs du « *gouvernement des juges* » dénoncent tout « *glissement de l'interprète au créateur et du créateur au gouvernant* »³⁴. Cependant une telle distinction n'est en réalité ni identifiable *a priori*, ni même vérifiable *a posteriori*. En bref, si d'un point de vue institutionnel il est possible d'affirmer que « *combler un vide juridique, interpréter une notion juridique n'est pas l'équivalent d'une option politique* »³⁵, notamment en raison des exigences attachées au principe de l'équilibre institutionnel, il semble pourtant que dans l'activité normative du juge interpréter ou combler un vide juridique puisse impliquer une option politique³⁶. En ce sens, la séparation des fonctions juridictionnelles et politiques n'est déjà que le fruit d'une conception subjective – bien que majoritairement partagée par les acteurs et les observateurs du système juridique – de ce que « *doit-être* » cette distinction³⁷. Elle est le fruit d'une évaluation, par nature politique, du rapport de force institutionnalisé à un moment donné, dans un système particulier³⁸.

³³ Ainsi Prosper WEIL écrivait : « ce n'est pas le pouvoir discrétionnaire qui conditionne le pouvoir du juge, mais la politique suivie par celui-ci qui dessine les contours du pouvoir discrétionnaire » (*Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 45).

³⁴ A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 387.

³⁵ Affirmation explicitement fondée sur la distinction « entre l'interprétation, acte cognitif et le choix politique, acte volitif » (*id.*).

³⁶ Et il n'en va pas autrement lorsque la décision prise consiste à refuser de combler un vide juridique. Ainsi, lorsque Juliane KOKOTT rejette la possibilité d'invoquer un principe général du droit pour compenser la transposition incorrecte d'une directive non-directement applicable dans un litige entre particulier, elle le justifie en affirmant que si l'« on se reportait à un principe général du droit, dont le contenu est beaucoup moins clair et déterminé, on irait à l'encontre de l'objectif d'harmonisation de la directive, on mettrait en péril la sécurité juridique recherchée et on viderait de son sens l'interdiction de ne pas appliquer directement, au détriment du particulier, des dispositions d'une directive qui n'auraient pas été transposées », au risque sinon « de saper l'effet de ces dernières et d'affecter de ce fait la séparation des pouvoirs, ainsi que de créer une insécurité juridique » (Conclusions sur CJCE, 16 décembre 2008, *Tietosuojaalututettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, Aff. C-73/07, Rec. I-9831, pt. 103).

³⁷ Le juge est en effet un « juge situé [qui] subit l'influence des passions de l'époque » (Ch. DEBBASCH, « Déclin du contentieux administratif », *Dalloz*, 1967, Chr., p. 96).

³⁸ « L'influence politique que le juge tire de sa fonction de contrôle est donc en définitive à la mesure du rapport de force qui s'instaure à un moment donné entre l'exécutif et lui-même » (*id.*). Dans le même sens, L. GOLDENBERG, *op. cit.*, p. 57 : « c'est parce qu'il existe un déterminisme politique profond des solutions adoptées, qu'il importe de ne pas lui substituer un déterminisme juridique fictif ». Voir également, S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 239.

La troisième approche envisageable entend englober les deux premières manifestations de la part active du juge dans son office, pour y ajouter un critère supplémentaire. Afin de discriminer les arrêts témoignant du « rôle politique » de la Cour de justice, il semble possible de chercher à identifier des espaces de discussion. La discussion qu'elle est susceptible d'engager – avec elle-même, entre elle et son avocat général, entre elle et les autres acteurs juridiques et notamment les juridictions nationales, bien souvent à l'origine du renvoi l'amenant à prendre position – au sujet de la solution à adopter dans un cas nouveau comme de la nécessité d'une évolution jurisprudentielle, apparaît en effet comme la manifestation d'un rapport de force en construction ou en reconstruction.

On trouvera confirmation de ce que l'existence d'une « discussion », même virtuelle et indirecte, constitue un critère pertinent dans l'attention que la doctrine porte aux conclusions des avocats généraux : « Les livraisons successives des conclusions [...] permettent souvent, même au prix d'une lecture rapide, d'établir, bien avant que soit rendu l'arrêt, une hiérarchie provisoire entre les décisions de la Cour dont l'observateur attend le prononcé avec une certaine impatience et celles dont l'intérêt sera vraisemblablement marginal »³⁹. D'ailleurs cet espace de discussion, que l'on croit pouvoir identifier comme le marqueur du rôle politique, s'étend également parfois aux méta-acteurs du droit, et en particulier à ceux qui font la doctrine. Denys Simon et Anne Rigaux, à propos de l'importance historique de la Jurisprudence *Keck et Mithouard*, n'ont pas manqué de souligner que la base de donnée de la Cour de justice recense plus d'une centaine de commentaires parus dans les revues spécialisées⁴⁰.

Avant d'en détailler les occurrences sur des points précis du droit du marché intérieur, il faut essayer d'organiser la perception d'ensemble qui s'offre à l'observateur. Une constatation s'impose : alors que la Cour de justice des Communautés européennes fut à l'origine des avancées fondamentales du droit du marché intérieur, sa jurisprudence paraît désormais – au moins sur certaines questions – davantage en retrait⁴¹ et moins audacieuse. A l'harmonisation négative et à la « nouvelle méthode » des années 90, engendrées par les arrêts de principe de la juridiction communautaire, à

³⁹ A. RIGAUX, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie », *op. cit.*, p. 7.

⁴⁰ D. SIMON et A. RIGAUX, « Visite guidée au pays de *Keck et Mithouard* dans les pas des avocats généraux : une doctrine, des doctrines, pas de doctrine ? », in *La Constitution, l'Europe et le droit : mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 942.

⁴¹ Au point les différentes communications de la Commission citées précédemment ne font pas même mention de la Cour de justice de l'Union européenne.

l'« Europe qui libère », se superpose une « Europe qui protège »⁴². Avant même qu'elle ne devienne un thème du discours politique, avant qu'elle ne trouve une possible manifestation dans le texte constitutionnel⁴³, cette nouvelle dimension s'est exprimée, notamment⁴⁴, en filigrane dans la jurisprudence de la Cour sur le principe de reconnaissance mutuelle⁴⁵.

Ce penchant nouveau – qui n'interdit pas dans certains domaines sensibles de dénoncer l'effet concret du marché, tel qu'il est assuré ou « implémenté » par la jurisprudence – se traduit par la promotion de l'idée d'équilibre dans les arrêts de la Cour : ainsi le juge s'assure-t-il, au moins formellement, qu'un « juste équilibre a été observé dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence », c'est-à-dire des intérêts particuliers comme des intérêts communs⁴⁶. Le discours déployé dans cette phase de perfectionnement apparaît sans rapport avec celui de la période de construction du marché, où la jurisprudence entendait, au nom de la libération de l'économie, remettre en cause « les habitudes de consommation » susceptibles de « stabiliser un avantage acquis par les industries nationales qui s'attachent à les satisfaire »⁴⁷. La discussion s'installant au sein de la *juris dictio*, est-ce surprenant que cette forme particulière de délibération conduite *in fine* à favoriser la construction d'un équilibre ?

Toutefois, parce qu'il se dessine dans le temps et qu'il résulte de l'expression de divergences, l'équilibre ainsi tracé par la Cour ne se présente pas de manière évidente. Il n'est par ailleurs pas neutre, mais finalisé. La jurisprudence écrit en effet une sorte de mélopée⁴⁸, dont les méandres

⁴² La première n'a pas vocation à disparaître (voir sur l'action juridictionnelle en faveur de l'ouverture de nouveaux marchés : P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 89- 94), mais elle n'est plus la seule dynamique qui anime les décisions de la Cour de justice.

⁴³ La liberté de concurrence, qui sous-tend la logique du marché intérieur et qui reste mentionnée dans une quarantaine d'articles dans les traités, a ainsi disparu du préambule du Traité sur l'Union européenne ; tandis que l'économie de marché n'apparaît pas au titre des valeurs de l'Union (article 2 TUE), mais seulement comme un de ses buts et sous la forme d'une « économie sociale de marché » (voir en ce sens G. DELLA CANANEA, *op. cit.*, p. 152).

⁴⁴ Ainsi pour Alfonso MATTERA, « depuis 1980, la Commission et les autres Institutions européennes ont lancé une nouvelle approche politico-législative fondée sur le respect des diversités, des traditions et des spécificités nationales, régionales et locales » (*op. cit.*, p. 489).

⁴⁵ Principe dont Alfonso MATTERA juge qu'il « traduit en termes concrets et opérationnels les valeurs de la subsidiarité et préserve les identités et les traditions nationales, régionales et locales, patrimoine inestimable de la Communauté » et favorise *in fine* la préservation de ces dernières face à la mondialisation (*ibid.*, p. 490).

⁴⁶ CJUE, 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, Aff. C-271/08, § 52 : à savoir en l'espèce « l'amélioration du niveau des pensions de retraite des travailleurs concernés, d'une part, et la réalisation des libertés d'établissement et de prestation des services ainsi que l'ouverture à la concurrence au niveau de l'Union, d'autre part ».

⁴⁷ CJCE, 12 juillet 1983, *Commission c. Royaume-Uni*, Aff. 170/78, Rec. 2265, pt. 8.

⁴⁸ A. RIGAUX, « Symphonie déconcertante ou Keckophonie à propos des dissonances de l'arrêt *Morellato* (CJCE, 18 septembre 2003, *Tommaso Morellato c. Comune di Padova*, Aff. C-416/00, Rec. p. I-9343) », *Europe*, 2003, Etude 13.

rendent l'ensemble difficile à appréhender. Si le mouvement est contrapuntique, pour reprendre l'image employée par l'avocat général Poires Maduro, l'équilibre atteint est de nature à nourrir le projet intégratif.

La partition de la juridiction européenne connaît des points d'orgue, espaces de discussion qui émergent de la masse des arrêts, et sur lesquels il est possible de s'arrêter afin d'identifier cette dynamique mesurée. Il nous semble qu'en réalité, derrière cette tension qui semble exister au cœur des décisions de justice relatives au marché intérieur, il est possible de découvrir, aussi bien sur le terrain de l'applicabilité du droit du marché intérieur (I) que sur celui du régime de la libre circulation⁴⁹ (II), une architecture : fait de mille et une variations, ce motif complexe dessine cependant un « équilibre centripète ».

I. La recherche d'une intégration équilibrée dans la définition du champ d'application du droit du marché intérieur

Contrairement au droit de la concurrence, dans lequel le marché est entendu comme un domaine matériel d'activité économique circonscrit en fonction d'éléments subjectifs, en matière de libre circulation, le marché est compris comme un espace⁵⁰ « auquel l'accès doit être facilité ». Il s'agit plus précisément d'« un marché Etatique, celui qui fait l'objet de la réglementation litigieuse »⁵¹. L'application du droit du marché intérieur paraît donc dépendre de la satisfaction d'un critère simple, de l'identification d'un « *territoire politique* » relevant de la juridiction d'un des Etats membres et dont l'accès est empêché ou gêné⁵². Cependant, deux caractéristiques du marché intérieur façonné par la jurisprudence contredisent cette apparente évidence. Premièrement, l'idée selon laquelle il y aurait une identité entre le périmètre du marché européen et celui des territoires politiques nationaux ne se vérifie pas. Deuxièmement, la seule présence d'un lien de rattachement

⁴⁹ Cette opposition, entre l'identification d'une entrave et la question de son éventuelle justification, est tout à fait classique en droit du marché intérieur (ainsi qu'en droit de la concurrence, domaine dans lequel « [s]'interroger sur les limites du champ d'application du droit de l'Union [...] revient à se questionner simultanément sur les marges de manœuvre dont dispose les Etats pour s'affranchir de ces règles » (P.-Y. MONJAL, « Ne pas appliquer le droit européen de la concurrence c'est encore appliquer le droit de ... l'Union », in *La Constitution, l'Europe et le droit : mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCLET*, *op. cit.*, p. 743). C'est à travers ces deux étapes qu'il faudra chercher l'équilibre en construction.

⁵⁰ Faut-il y voir une conséquence de ce que le marché intérieur lui-même se définit comme « 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 » (article 26, §2 TFUE).

⁵¹ P. MADDALON, *op. cit.*, p. 85.

⁵² *Id.* L'auteur souligne cependant que la question du domaine de l'activité en cause resurgit en réalité au moment d'apprécier l'existence d'une entrave, car il faut vérifier son caractère marchand, et que les flottements de la Cour sur ce point « affecte[nt] la force de la démonstration » mise en œuvre dans ses décisions fondées sur le critère de l'accès – lesquelles ont en conséquence pour effet d'« organiser une activité non identifiée » (*ibid.*, p. 85-88).

avec l'un des territoires nationaux ne suffit pas à justifier l'application du droit à la libre circulation. Dès lors que le marché intérieur n'est pas et ne peut pas parvenir à une homogénéité totale, c'est-à-dire satisfaire pleinement à la « loi du prix unique », des disparités perdurent nécessairement entre les différentes législations nationales, sans que cette différence en soi suffise à provoquer l'application des règles européennes. En conséquence, il faut se demander d'une part si le territoire du marché intérieur est lui-aussi de nature politique, et d'autre part, en cas de réponse positive, dans quelle mesure il transcende les espaces politiques nationaux.

La construction d'un marché intérieur à partir du territoire politique Etatique n'est donc pas suffisante pour déterminer l'emprise des principes libéraux. C'est en réalité à travers les arrêts de la Cour de justice, qui ont défini le champ d'application territoriale et le champ d'application matériel, que se dessine ainsi le périmètre du droit du marché intérieur. Or, dans cette double opération, la juridiction s'attache à respecter à la fois la nature et la méthode du projet politique d'intégration, inscrivant ainsi sa jurisprudence dans une perspective équilibrée mais respectueuse de la logique d'intégration.

A. Le champ d'application ratione loci et la nature du projet politique d'intégration

Lorsque la Cour définit le champ d'application des libertés de circulation, elle ne définit pas seulement le marché. Sa jurisprudence relative au positionnement du marché intérieur par rapport aux Etats tiers et par rapport aux Etats membres lui donne en effet l'occasion de définir, davantage que les contours du marché, la nature du projet d'intégration dont le marché est porteur.

1. Le contrôle de l'ouverture du marché intérieur aux Etats tiers

Le traitement que la Cour de justice réserve aux accords internationaux conclus entre l'Union européenne et certains Etats tiers « dans le cadre » du marché intérieur témoigne du rôle politique que la Cour peut assumer dans le cadre de son office. Il en va tout particulièrement ainsi lorsque les accords créent des liens privilégiés entre l'Union et un ou plusieurs Etats tiers, comme c'est le cas de l'accord de Porto de 1992 créant un Espace économique européen (EEE), ou encore des deux paquets d'accords de 1999 et 2004 conclus entre la Suisse et l'Union européenne qui, à travers une approche sectorielle, couvrent de vastes pans du marché intérieur. Le rôle politique de la Cour apparaît avec une acuité d'autant plus grande dans ces hypothèses dans lesquelles les accords créent, entre l'Union et l'Etat tiers, des liens étroits qui « mettent en cause » le marché intérieur. Que l'on considère que ces accords s'inspirent des règles établies au sein de l'Union européenne pour réaliser un nouvel espace de circulation, et davantage encore si l'on considère qu'ils étendant le marché

intérieur en intégrant partiellement des Etats tiers au sein de cet espace⁵³, ces accords ont conduit la Cour à jouer un rôle politique au sein de divers espaces de discussions.

C'est d'abord la procédure d'avis consultatif qui, bien qu'elle porte sur la compatibilité du projet d'accord avec l'ordre juridique de l'Union, contribue à placer la Cour dans le jeu des négociations qui conduisent à l'adoption de l'accord. La portée politique de sa réponse apparaît avec une acuité particulière lorsqu'elle précise les conditions dans lesquelles l'accord serait conforme au droit de l'Union européenne et lorsqu'elle conclut à une incompatibilité du projet d'accord⁵⁴. La négociation de l'EEE, qui était l'une des plus difficiles jusqu'alors menée par les négociateurs de la CEE⁵⁵, a notamment dû affronter l'effet retentissant de l'avis 1/91 négatif sur la première version de l'accord. La négociation d'un accord est ainsi susceptible d'être considérablement influencée par la Cour de justice⁵⁶, la portée de ses avis ne se limitant par ailleurs pas nécessairement à l'accord ayant justifié sa saisine⁵⁷.

En effet, sur le fond, la jurisprudence de la Cour, rendue dans les cadres consultatifs contentieux, a été marquée par sa volonté de s'assurer que ces accords ne conduiraient pas à une remise en cause des principes et de l'équilibre institutionnel structurant le marché intérieur⁵⁸. Cette position

⁵³ Ainsi Denys Simon évoque ces conventions qui « étendent aux relations avec des États tiers l'application substantielle des règles relatives au marché intérieur ». Tel est le cas du Traité de Porto du 2 mai 1992 « qui avait pour ambition d'intégrer au marché intérieur l'Autriche, la Finlande, l'Islande, la Norvège, la Suède et la Suisse » : Denys SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Rép. de droit eur.*, oct. 2015, pt. 21. Pour une réflexion sur la nature de l'EEE qui intègre également la jurisprudence de la Cour AELE, on se reportera notamment à l'article d'Eleftheria NEFRAMI, « L'accord sur l'Espace économique européen, porteur d'un statut propre d'Etat tiers », in I. BOSSE-PLATIERE/C. RAPOPORT (dir.), *L'État tiers en droit de l'Union européenne*, actes du colloque de Rennes les 21 et 22 juin 2012, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 299-322.

⁵⁴ Pour Marie-Clotilde RUNAVOT : « L'avis 1/78 était certainement de nature à orienter les négociations en cours » ; de même, l'avis 1/91 comporte « un guide de conduite des négociations à destination des institutions communautaires et des États membres » (« La construction européenne à travers le prisme des avis de la Cour de justice », *RUE*, 2013, n°567, p. 231-238, spéc. p. 236).

⁵⁵ Helen WALLACE, « Vers un espace économique européen », *RMCUE*, 1991, n° 351, p. 694-703, spéc. p. 700.

⁵⁶ L'avis 1/91 a conduit les négociateurs à abandonner complètement le mécanisme juridictionnel envisagé d'une Cour EEE, à repenser le système autour de deux pôles juridictionnels et à imaginer des nouveaux instruments permettant d'assurer la cohérence entre ces deux pôles.

⁵⁷ Est à cet égard particulièrement frappante, la place que conserve l'avis 1/91 dans le cadre des procédures d'avis examinant la compatibilité des projets d'accord avec les dispositions fondamentales du droit de l'Union, et parfois dans le cadre de procédures contentieuses.

⁵⁸ S'agissant de la procédure d'avis, Marie-Clotilde RUNAVOT note que « la compétence consultative confronte la CJUE à un exercice d'équilibriste. Elle s'y est livrée en tant que juge de l'intégration au même titre que dans ses compétences contentieuses et préjudicielles. (...) Telle que façonnée par la Cour, la compétence désormais consacrée à l'article 218 § 11 TFUE s'affirme, parmi et avec les autres voies de droit communautaires, comme un outil servant à la fois l'affirmation internationale de l'Union et la protection des fondements existentiels de celle-ci. La jurisprudence

institutionnelle de gardien des principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union apparaît avec force dans l'avis 1/91 alors même – ou peut-être d'autant plus clairement – que certains éléments de son raisonnement pouvaient paraître discutables. Ainsi, pour Jacqueline Dutheil de la Rochère, « *au-delà de la relative complexité technique de cet avis, et du caractère discutable de certaines analyses* », cet avis apparaît comme un positionnement de la Cour qui « *s'élève contre toute menace de dilution de l'ordre communautaire dans un ordre de nature différente* »⁵⁹. Et c'est en particulier le marché intérieur que la Cour cherchait ainsi à protéger du risque de dénaturation que représentait selon elle l'EEE, alors considéré comme un « simple » cadre international, par opposition au cadre spécifique et constitutionnel communautaire⁶⁰.

Le rôle politique de la Cour apparaît également dans l'attachement qu'elle a pu montrer, dans le cadre préjudiciel, à faire respecter les limites d'intégration au marché intérieur définies par les négociateurs politiques. La Cour a notamment eu tendance, dans les premières questions préjudicielles sur les accords Suisse-UE de 1999, à les interpréter à la lumière du contexte ayant conduit à leur adoption. Cette méthode classique d'interprétation des traités internationaux conduisait en pratique à mettre en évidence le refus – politique – de la Suisse de ratifier l'accord EEE en 1992 et, bien souvent, à justifier une interprétation restrictive de l'accord dont elle était saisie⁶¹. Ce faisant, la Cour recourait à une méthode d'interprétation des traités qui lui permettait, en cherchant à respecter « l'esprit des accords », de faire écho à la position des négociateurs

consultative oscille ainsi entre promotion externe du droit communautaire et cristallisation de l'acquis constitutionnel et institutionnel de l'Union » (*op. cit.*, p. 232).

⁵⁹ Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, « L'Espace Economique Européen sous le regard des juges de la Cour de justice des Communautés européennes », *RMCUE*, 1992, n° 360, p. 603-612, spéc. p. 605. En ce sens, Jean BOULOUIS expliquait que : « Si la force attractive, que la Communauté doit à sa réussite, explique que les Etats encore membres de l'AELE aient désormais souhaité y être associés [...] cela ne pouvait se traduire par une revanche du libre-échange, ruinant plus ou moins insidieusement, par le truchement d'un accord d'association, ce qui fait la spécificité de la construction communautaire. La prise de position de la Cour ne se limite donc pas à ce constat d'incompatibilité fondamentale, Elle constitue une sorte d'avertissement à tous ceux qui la méconnaîtraient [...] » (« Les avis de la Cour de justice des Communautés européennes sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen », *RTD Eur.*, 1992, n° 3, p. 457-463, spéc. p. 460).

⁶⁰ C'est dans cette logique que l'on peut comprendre le raisonnement de la Cour de justice mettant en cause le projet de création d'une Cour EEE (CJCE, 14 décembre 1991, *Projet d'accord portant sur la création de l'Espace économique européen*, avis 1/91, Rec. 1991, p. I-06079). En raison de l'objectif d'application uniforme de l'accord qui reprenait « une partie essentielle » du droit du marché intérieur (pt. 41), à donner une interprétation « tant des dispositions de cet accord que de celles correspondantes de l'ordre juridique communautaire » (pt. 43). De même, les liens organiques envisagés avec la Cour de justice étaient considérés pour cette dernière, moins comme une garantie pour l'homogénéité d'application de l'accord EEE avec le droit du marché intérieur qu'un risque d'atteinte à l'autonomie du cadre établi par les traité (pt. 47).

⁶¹ CJCE, 12 novembre 2009, *Grimme*, Aff. C-351/08, Rec. I-10777, pt. 27 ; CJUE, 11 février 2010, *Fokus Invest AG*, Aff. C-541/08, Rec. I-01025, pt. 27, lu en combinaison avec le pt. 32. Dans le même sens : CJUE, 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, Aff. C-70/09, Rec. I-07233, pt. 41.

européens, qui refusaient que la Suisse n'obtienne par la voie bilatérale tous les avantages qu'elle aurait tirés de son intégration dans le marché intérieur par le biais de l'EEE.

Cependant, la Cour de justice semble avoir infléchi certains principes ou barrières qu'elle avait mises entre les Etats tiers et le marché intérieur. Cette évolution est très nette à l'égard des Etats de l'AELE membres de l'EEE. En effet, dans l'avis 1/91, la Cour s'était attachée aux différences entre le traité CEE, « charte constitutionnelle d'une communauté de droit »⁶², et l'accord de Porto qui, pour l'essentiel, ne met en place qu'un « régime de libre-échange et de concurrence dans le cadre d'un traité international qui ne crée d'obligations qu'entre les parties contractantes »⁶³. Pourtant, peu de temps après, le Tribunal de Première Instance estimait que « l'accord EEE implique une intégration poussée, dont les objectifs dépassent ceux d'un simple accord de libre-échange »⁶⁴. De même, la Cour en est venue à considérer que l'un des principaux objectifs de l'accord de Porto est de réaliser de la manière la plus complète possible la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux dans l'ensemble de l'EEE, « de sorte que le marché intérieur réalisé sur le territoire de la Communauté soit étendu aux Etats de l'AELE »⁶⁵. Corrélativement, le raisonnement supportant l'interprétation a évolué. Formellement, la Cour semble conserver la position qu'elle avait établie dans son arrêt *Polydor* : les dispositions d'un accord international, matériellement identiques au traité CE, ne reçoivent pas nécessairement la même interprétation que ces dernières⁶⁶. Mais en 1991 la Cour insistait sur le fait que les dispositions devaient être interprétées « selon des approches, des méthodes et des concepts différents, afin de tenir compte de la nature de chaque traité et des objectifs qui lui sont propres »⁶⁷. Or, depuis, nombre d'arrêts se bornent à constater que le raisonnement réalisé à l'égard du traité CE (et désormais du traité FUE) vaut « mutatis mutandis » pour les dispositions correspondantes de l'accord EEE⁶⁸, ou alors, que

⁶² CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, Rec. I-6079, pt. 21.

⁶³ Avis 1/91 préc., pt. 49. De même, la Cour considérait en 1991 que « l'Espace EE doit être réalisé sur la base d'un traité international qui ne crée, en substance, que des droits et obligations entre les parties contractantes et qui ne prévoit aucun transfert de droits souverains au bénéfice des organes intergouvernementaux qu'il institue » (pt. 20).

⁶⁴ TPICE, 22 janvier 1997, *Opel Austria*, Aff. T-115/94, Rec. II-02739, pt. 107. En 2011, la Cour qualifiait en filigrane l'EEE d'« ensemble économique intégré » : CJUE, ord., 24 juin 2011, *Eva Maria Pepic*, Aff. C-476/10, Rec. I-05615, pt. 37.

⁶⁵ CJCE, 23 septembre 2003, *Margarethe Ospelt*, Aff. C-452/01, Rec. I-09743, pt. 29.

⁶⁶ CJCE, 9 février 1982, *Polydor*, Aff. 270/80, Rec. 329.

⁶⁷ Avis 1/91 préc., pt. 51.

⁶⁸ Avec parfois des formulations proches de la tautologie comme, en matière de libre circulation des capitaux, lorsque la Cour relève que, « dans la mesure où les stipulations de l'article 40 de l'accord EEE revêtent la même portée juridique que les dispositions, identiques, en substance, de l'article 63 TFUE, l'ensemble des considérations qui précèdent, relatives à l'existence d'une restriction sur le fondement de l'article 63 TFUE, est, dans des circonstances telles que

la partie défenderesse n'a pas soulevé d'arguments justifiant de s'en éloigner⁶⁹. Cet assouplissement se constate également à l'égard des accords UE-Suisse, bien qu'il soit moins net. Après une période de flottements et de positions différentes entre les avocats généraux et la Cour de justice⁷⁰, la jurisprudence pourrait s'être stabilisée sur un raisonnement moins sensible au contexte du rejet par la Suisse de l'EEE⁷¹, de sorte que la Cour retient plus facilement des interprétations similaires à celles retenues dans le cadre du marché intérieur.

Néanmoins, l'extension du marché intérieur aux Etats tiers réalisée par la Cour de justice n'est pas un processus continu, pas plus qu'il n'est uniforme pour l'ensemble des Etats tiers. D'une part, la Cour continue de souligner les spécificités qui existent entre les Etats membres au sein du marché intérieur, de sorte que les dispositions des accords, même de l'accord EEE, ne sont pas systématiquement alignées sur celles du marché intérieur⁷². D'autre part, l'accord EEE qui est celui qui admet la plus large intégration d'Etats tiers, sert lui-même de curseur, de référentiel pour contrôler l'extension du marché intérieur aux autres Etats tiers⁷³.

celles du présent Recours, transposable mutatis mutandis audit article 40 » (CJUE, 26 mai 2016, *Commission c. Grèce*, Aff. C-244-15, Rec. num., pt. 48).

⁶⁹ Ce raisonnement se retrouve dans le cadre de recours en manquement. En matière de liberté d'établissement, la Cour a pu juger que « la République fédérale d'Allemagne n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles les considérations relatives à l'entrave à la liberté d'établissement prohibée à l'article 49 TFUE et à son absence de justification ne seraient pas transposables mutatis mutandis à l'article 31 de l'accord EEE. Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que le grief invoqué par la Commission, tiré de la violation de l'article 31 de l'accord EEE, est également fondé » : CJUE, 16 avril 2015, *Commission c. Allemagne*, Aff. C-591/13, Rec. num., pt. 82. Pour un raisonnement similaire dans une affaire mettant en cause non seulement la liberté d'établissement, mais aussi la libre circulation des travailleurs (l'art. 28 EEE étant analogue à l'article 45 TFUE), voir CJUE, 21 décembre 2016, *Commission c. Portugal*, Aff. C-503/14, Rec. num., pt. 70-71).

⁷⁰ Voir, par exemple, la différence entre la position restrictive retenue par l'avocat général Niilo JÄÄSKINEN et la Cour s'agissant de l'applicabilité de la liberté de circulation des travailleurs (CJUE, 28 février 2013, *Ettwein*, Aff. C-425/11, Rec. num.). Voir également la différence entre les conclusions de Paolo MENGOLZI et l'arrêt de la Cour (CJUE, 17 octobre 2013, *Yvon Welte*, Aff. C-181/12, Rec. num.).

⁷¹ Il semble que les derniers arrêts se réfèrent moins au contexte du rejet par la Suisse de l'EEE, ou ne lui accordent pas la même valeur. Voir les arrêts cités dans la note précédente, ainsi que : CJUE, 19 novembre 2015, *Roman Bukovansky*, Aff. C-241/14, Rec. num.

⁷² Tel est le cas en matière de liberté d'établissement (voir not. CJUE, 28 octobre 2010, *Établissements Rimbaud*, Aff. C-72/09, Rec. I-10659, pt 40). La Cour fait néanmoins preuve d'un certain pragmatisme dans l'arrêt CJUE, 19 juillet 2012, *A Oy*, Aff. C-48/11, Rec. num.. En effet, elle souligne « le contexte juridique différent » qui existe entre les Etats membres de l'UE, soumis au cadre de coopération fixé par certaines directives (en l'occurrence la directive 77/799/CEE du Conseil, du 19 décembre 1977) (pt. 34). Néanmoins, elle reconnaît que les autorités d'un Etat membre et celles d'un Etat tiers peuvent, en vertu d'un traité international (en l'occurrence une convention d'assistance administrative mutuelle en matière fiscale), être soumises à un régime similaire (pt. 37), de sorte que la jurisprudence relative à la liberté d'établissement au sein de l'Union semble pouvoir, par cette « équivalence », être transposée.

⁷³ Voir, pour la Tunisie : CJUE, 24 novembre 2016, *SECIL – Companhia Geral de Cal e Cimento SA*, Aff. C-464/14, Rec. num., pt. 125.

La Cour conserve ainsi un rôle politique dans la définition des contours externes du marché intérieur, de même qu'elle en contrôle le champ par rapport aux marchés nationaux.

2. Le contrôle de la profondeur du marché intérieur à l'égard des situations nationales

Le rôle politique de la Cour de justice se mesure tout d'abord à l'aune de son approche extensive de sa compétence pour répondre à des questions préjudicielles qui ne relèvent pas – du moins directement – du champ d'application des libertés de circulation. La Cour ne subordonne en effet pas strictement sa compétence préjudicielle à l'applicabilité des libertés de circulation dans l'affaire soumise au principal devant le juge national. En ce sens, on peut considérer qu'elle cherche à favoriser la discussion autour de l'application des principes de libre circulation, et ainsi leur appropriation par les ordres juridiques nationaux. Ainsi avait-elle décidé dans l'affaire *Pistre* de ne pas suivre l'avocat général Francis Jacobs⁷⁴, et de considérer que l'article 28 du traité CE, devenu 34 TFUE, ne pouvait pas être écarté pour la seule raison que « dans un cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés à l'intérieur d'un seul Etat membre »⁷⁵. De même, dans l'affaire *Guimont*, contrairement à la position proposée par l'avocat général Antonio Saggio⁷⁶, la Cour accepte de répondre à la question préjudicielle posée par le juge français en considérant que cette réponse « pourrait lui être utile »⁷⁷. Il y a donc une volonté de la Cour non seulement d'assurer les conditions d'effectivité maximale du droit de l'Union mais aussi d'assurer la coopération juridictionnelle avec les juridictions nationales en prenant en compte la position de ces dernières, du moins telle qu'elle est connue ou envisagée. Néanmoins, les modalités concrètes de cette coopération continuent de faire l'objet d'appréciations délicates. En atteste l'affaire *Ullens de Schooten* : alors que cette fois l'avocat général Yves Bot proposait à la Cour « non pas d'appliquer strictement sa jurisprudence relative aux situations purement internes afin de déclarer le renvoi préjudiciel irrecevable, mais plutôt, conformément à l'esprit de collaboration qui caractérise cette

⁷⁴ Conclusions F. JACOBS sur CJCE, 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, Aff. jtes C-321/94 à C-324/94, Rec. I-2346.

⁷⁵ CJCE, 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, Aff. jtes C-321/94 à C-324/94, Rec. I-2343, pt 44.

⁷⁶ Celui-ci considérait « que, eu égard à la nature purement interne de la situation qui fait l'objet du litige au principal, les dispositions de droit communautaire dont le juge de renvoi demande l'interprétation ne lui sont pas applicables et qu'il n'est pas nécessaire que la Cour se prononce (sur le fond) » : Conclusions. A. SAGGIO sur CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, Aff. C-448/98, Rec. I-10665.

⁷⁷ Tel est le cas « dans l'hypothèse où 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 » : CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, Aff. C-448/98, Rec. I-10663, pt. 23.

procédure, de déclarer ce renvoi recevable »⁷⁸, la Cour, réunie en Grande Chambre ne suit pas cette position et retient une appréciation plus stricte de la recevabilité⁷⁹. Pour autant, dans cet arrêt, la Cour fait preuve de pédagogie en clarifiant les hypothèses qui peuvent la conduire à répondre à des questions posées par un juge, dans le cadre d'un litige au principal dans lequel tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un Etat membre⁸⁰. Ces tâtonnements de la Cour témoignent d'une volonté d'ajuster les termes de sa coopération avec les juridictions nationales, d'une volonté de définir les termes d'un équilibre satisfaisant entre les exigences liées à l'effectivité du droit de l'Union et le respect des compétences nationales.

Sur le fond ensuite, la jurisprudence relative aux libertés de circulation soulève des enjeux politiques dans la mesure où, en déterminant le champ d'application territorial et fonctionnel des libertés, la Cour est amenée à « positionner » les marchés nationaux par rapport au marché intérieur. En définissant les situations purement internes qui excluent l'application du droit du marché intérieur, la Cour définit les hypothèses dans lesquelles « l'Etat conserve un titre à organiser le marché national »⁸¹. A cet égard, on constate que malgré la tendance générale de la Cour à retenir des interprétations extensives du champ d'application des libertés de circulation⁸², ce mouvement n'a pas conduit à l'abandon du critère de la situation purement interne envisagé par une partie de la doctrine⁸³. Il en résulte une jurisprudence souvent considérée comme subtile, voire complexe et

⁷⁸ Conclusions Y. Bot sur CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, Aff. C-268/15, Rec. num., pt. 56.

⁷⁹ CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, Aff. C-268/15, Rec. num.

⁸⁰ Les trois hypothèses – et une variante – identifiées sont établies en prenant en compte la situation du juge national, selon qu'il est saisi d'une demande visant soit à écarter soit à annuler une réglementation nationale, ou qu'il est soumis à une obligation de non-discrimination en vertu de son droit interne. Anne-Lise SIBONY, « Chronique Marché intérieur », *RTD Eur.* 2017, p. 819.

⁸¹ Philippe MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », in V. Michel (dir.), *1992-2012 : 20 ans de marché intérieur. Le marché intérieur entre réalité et utopie*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.83-101, spéc. p. 84.

⁸² En matière de libre circulation des marchandises, l'une des affirmations les plus nettes de ce mouvement est probablement celle posée dans l'affaire *Lancry*, dans laquelle la Cour considère que « le principe même de l'union douanière (...) exige que soit assurée de manière générale la libre circulation des marchandises à l'intérieur de l'union et non uniquement le commerce interétatique » (CJCE, 9 août 1994, *Lancry*, Aff. C-363/93, Rec. I-3957). En matière de libre circulation des personnes, dans le célèbre arrêt *Bosman*, la Cour se contente du « passage avorté d'un club belge à un club français » selon les mots de l'avocat général, pour caractériser la situation européenne (CJCE 15 déc. 1995, *Bosman*, Aff. C- 415/ 93, Rec. I-4921). Voir aussi le raisonnement de la Cour, identifiant une entrave potentielle, dans une affaire où les faits de l'espèce ne présentaient aucun élément d'extranéité : CJCE, 13 janvier 2000, *Heimdienst*, Aff. C-254/98, Rec. I-151.

⁸³ F. LAGONDET, D. SIMON, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, juill. 1997, chron. 9 ; C. VOLLOT, « Vers une interprétation excessive des frontières du droit communautaire ou la disparition des situations purement internes », *LPA* 2005, n° 223, p. 10.

peu lisible⁸⁴, la synthèse de ces arrêts étant d'autant plus difficile à mener que les questions posées sont bien souvent spécifiques et qu'elles mettent aux prises le marché intérieur avec l'organisation constitutionnelle des Etats membres ou des choix de politiques nationales. En atteste la délicate opération de qualification des situations purement internes au Royaume-Uni par exemple⁸⁵. Si les contours de la notion restent modulables et dépendants des frontières régionales et des spécificités de la réglementation nationale en cause, ce qui retient l'attention ici, c'est l'attachement – voire l'acharnement – de la Cour à maintenir une position de principe selon laquelle les libertés de circulation n'ont pas vocation à régir les situations « dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre »⁸⁶. Cette position semble même s'être renforcée, probablement sous la pression des Etats émettant des observations. Alors qu'il lui arrivait de rechercher des « entraves potentielles » aux libertés de circulation, la Cour semble désormais poser une présomption « d'internalité de la situation » en exigeant que la juridiction de renvoi démontre que la mesure indistinctement applicable en cause est susceptible de produire des effets qui ne sont pas cantonnés à cet Etat membre⁸⁷. La notion de situation purement interne semble conserver une utilité dans le raisonnement du juge. Elle lui permet de positionner, selon les libertés en cause et selon les questions qui lui sont soumises, les marchés nationaux par rapport au marché intérieur. Elle évite ainsi, dans le respect des règles juridiques qui conditionnent sa légitimité fonctionnelle,

⁸⁴ Ainsi, Mathieu COMBET écrit-il à propos de la notion de situation purement interne dans le cadre du marché intérieur : « Notion bien connue des spécialistes du droit de l'Union européenne, elle demeure un objet d'analyse difficile à appréhender et constitue un sujet de crispation entre les tenants du tout marché et les partisans du droit national. Systématiser la jurisprudence de la Cour de justice sur les situations purement internes serait une tâche ingrate, voir même hasardeuse tant certaines solutions qu'elle a pu adopter ne s'apprécient pas aisément » (« La résurgence des situations purement internes sur le décloisonnement du droit de l'Union européenne », *RLDA*, 2014, n°93, p. 64-68, spéc. p. 64). C'est de même, la jurisprudence relative à la citoyenneté est « difficile à synthétiser » et laisse place à une certaine « perplexité » : Etienne PATAUT, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne », *RTD Eur.* 2011, p. 564.

⁸⁵ Dans la très remarquable affaire *Zhu et Chen*, elle avait jugé, à propos d'une ressortissante qui avait acquis la nationalité irlandaise parce qu'elle était née sur l'île d'Irlande, mais sur la partie d'Ulster rattachée au Royaume-Uni, que : « la situation du ressortissant d'un Etat membre qui est né dans l'Etat membre d'accueil et qui n'a pas fait usage du droit à la libre circulation ne saurait de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne » (CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, Aff. C-200/02, Rec. I-9925, pt 19). En revanche, en 2017, la Grande chambre juge que la prestation de services par des opérateurs établis à Gibraltar à des personnes établies au Royaume-Uni constitue, au regard du droit de l'Union, « une situation dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre » (CJUE, gde ch., 13 juin 2017, *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited (GBGA)*, Aff. C-591/15, Rec. num., pt. 43). L'extranéité de la situation n'est donc pas reconnue alors même que la Cour considère que « Gibraltar ne fait pas partie du Royaume-Uni » (pt. 35).

⁸⁶ Pour une affirmation récente et solennelle à propos des libertés d'établissement, de prestation des services et des capitaux : CJUE, 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, Aff. C-268/15, Rec. num.

⁸⁷ Arrêt *The Gibraltar Betting and Gaming Association Limited (GBGA)* préc., pt. 55, qui se réfère à l'arrêt *Ullens de Schooten*, préc., pt. 55.

de présenter ce dernier comme une construction s'étant totalement substituée aux marchés nationaux⁸⁸.

Mais, cette jurisprudence de la Cour ne conduit pas seulement à définir en creux, la place des Etats dans l'organisation de leurs marchés nationaux ; elle interroge aussi sur la légitimité des choix nationaux opérés (et peut aboutir, *in fine*, à douter de la pertinence de la place qui avait été laissée à une approche nationale). En effet, l'inapplicabilité des libertés du marché intérieur aux situations purement internes conduit à un traitement différencié, dans lequel la situation purement interne est soumise à des réglementations nationales supplémentaires par rapport à la situation européenne. Contesté par les opérateurs économiques et les particuliers qui y voient une « *discrimination à rebours* », ce traitement différencié est en revanche revendiqué par les Etats, désireux de rester maître des choix de leurs politiques économiques ou migratoires, mais aussi pour les collectivités infra-Etatiques qui légifèrent sur ces questions. La jurisprudence de la Cour revêt ainsi une dimension politique dans les enjeux qu'elle engendre à l'égard de questions qui continuent de faire l'objet d'un traitement distinct au niveau de chaque Etat membre. Les positions des avocats généraux se font l'écho des difficultés soulevées par la question des discriminations à rebours. Certains tentent de prévenir le risque de dérégulation qu'entraînerait une disparition ou une réduction excessive du critère de la situation purement interne⁸⁹. D'autres en revanche mettent en cause la disparité réglementaire qui résulte de ce cloisonnement juridique dans un espace censé être un espace de libre circulation, les critiques de ces différences de traitement recevant un écho particulier lorsqu'il s'agit de citoyens de l'Union⁹⁰. L'argumentation développée n'a peut-être pas – ou pas encore – emporté la conviction de la Cour qui admet que puisse subsister, au regard du droit de l'Union, un traitement différent pour les situations purement internes⁹¹. Néanmoins, la jurisprudence

⁸⁸ Néanmoins, en matière de libre circulation des marchandises, le mouvement jurisprudentiel de restriction des situations internes s'inscrit selon Denys Simon « dans la logique d'un marché intérieur, destiné précisément à se substituer à des marchés nationaux juxtaposés » : Denys SIMON, « Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent », *Rép. de droit eur.*, oct. 2015, pt 33. Sur les enjeux de la distinction entre marchés nationaux et marché intérieur, voir Eric CARPANO, « Le droit de l'Union comme instrument de contestation interne des réglementations commerciales restrictives : libéralisations des échanges entre les Etats membres ou libéralisation de l'économie ? », *RLDA* 2014/87, n° 4835.

⁸⁹ Voir les exemples cités par Mathieu COMBET, *op. cit.*, p. 64-68.

⁹⁰ Sont ainsi souvent citées par la doctrine les conclusions d'Eleanor SHARPSTON dans l'affaire *Gouvernement français et Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*. L'avocat général considérait paradoxal le fait 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 » (Conclusions sur CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement Wallon*, Aff. C-212/06, Rec. I-1683, pt. 116).

⁹¹ Par exemple s'agissant de la libre circulation des marchandises, elle considère que ni l'interdiction des restrictions quantitatives, ni le principe de non-discrimination en raison de la nationalité n'impliquent que les marchandises

précédemment étudiée peut être vue comme une tentative de définir un équilibre permettant de concilier les enjeux liés à la construction d'un espace de libre circulation qui laisse subsister des espaces nationaux. C'est ainsi que peut être comprise son approche de la recevabilité consistant à dissocier la question de l'applicabilité des libertés de circulation dans le litige au principal à sa compétence pour répondre à une question posée par un juge national⁹². C'est encore sous le prisme de la recherche d'équilibre que l'on peut comprendre sa modulation des contours des situations purement internes, et notamment l'approche globalement restrictive qu'elle peut retenir lorsqu'est en cause le statut de citoyenneté de l'Union et les droits fondamentaux des individus⁹³. Enfin, l'appréciation plus ou moins restrictive de l'applicabilité des libertés de circulation, mise en perspective avec leur application – notamment à travers la notion d'entrave –, peut être vue comme une modulation permettant à la Cour d'assurer sur l'ensemble de l'opération d'interprétation « *un certain équilibre* »⁹⁴.

B. Le champ d'application ratione materiae et la méthode du projet politique d'intégration

La juridiction européenne est, on l'a dit, confrontée à une « tâche délicate », induite par la coexistence au sein du marché intérieur de marchés nationaux. Si les Etats apparaissent comme des « autorités auxiliaires d'organisation du marché européen », la jurisprudence, « depuis une vingtaine d'années, peine à circonscrire ce rôle des Etats »⁹⁵. Dans le cadre de la libre circulation des marchandises, elle organise cette répartition entre le marché intérieur et les marchés nationaux en écartant les réglementations nationales relatives aux modalités de vente du champ d'application des libertés, et en ciblant les entraves à la liberté de circulation sur les réglementations qui, par leur objet ou leur effet, mettent en cause l'accès aux différents marchés nationaux. Ce faisant, la Cour

d'origine nationale bénéficient, dans tous les cas, du même traitement que les marchandises importées : CJCE, 23 octobre 1986, *Cognet*, Aff. 355/85, Rec. CJCE 1986, p. 3231).

⁹² Voir, *supra*, les remarques relatives aux arrêts *Guimont* et *Ullens de Schooten*.

⁹³ Ainsi, la Cour s'était-elle appuyée, dans le très remarqué arrêt *Métock*, sur les droits fondamentaux des citoyens pour réduire le champ des situations purement internes. Cette référence aux droits fondamentaux peut apparaître « comme un écho aux tentatives de certains avocats généraux à donner une portée à la citoyenneté de l'Union telle qu'elle pourrait induire une véritable égalité de traitement entre les citoyens de l'Union, ayant exercé ou pas la mobilité, et ainsi réduire les hypothèses de situations purement internes » : Jean-Denis MOUTON, « Droit de séjour », *Rép. de droit eur.*, déc. 2017, pt. 35. On soulignera également, au-delà du cadre du marché intérieur, la référence particulière faite à l'article 2 relatif aux valeurs de l'Union dans le cadre d'une situation au Portugal qui pouvait paraître comme purement interne dans l'arrêt CJUE, 27 février 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, Aff. C-64/16, Rec. num.

⁹⁴ Cyril NOURISSAT et Blandine DE CLAVIERE-BONNAMOUR, *Droit de la concurrence. Libertés de circulation*, Paris, Dalloz, 2016, 5^e éd., p. 116.

⁹⁵ P. MADDALON, *op. cit.*, p. 84.

propose une répartition entre le marché intérieur et les marchés nationaux qui tente d'assurer l'intégration « négative » du marché intérieur des marchandises tout en laissant au législateur le soin d'en réaliser l'intégration « positive »⁹⁶. S'instaure ainsi une dialectique entre d'une part un mouvement d'encadrement de la logique d'ouverture inhérente au marché destinée à en éviter l'instrumentalisation, et d'autre part une préoccupation de simplicité et d'efficacité de la règle juridique.

1. L'encadrement des libertés de circulation contre la tentation de dérégulation

Dans sa volonté de conférer à la liberté de circulation des marchandises une effectivité la plus large possible, la Cour avait retenu une définition large du champ d'application matériel de l'interdiction des restrictions quantitatives aux échanges posée par les articles 28 et 29 TCE (devenus 34 et 35 TFUE). L'arrêt *Dassonville* englobait ainsi sous le vocable de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (MEERQ), « toute réglementation commerciale des Etats membres, susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire »⁹⁷. La généralité de cette définition a conduit les opérateurs économiques à chercher à remettre en cause les différentes réglementations qui restreignaient la liberté commerciale des entreprises. Corrélativement, cette jurisprudence a suscité une certaine hostilité de la part des Etats membres qui voyaient ainsi considérablement diminuer leurs marges de manœuvre pour encadrer le commerce au sein de leurs marchés nationaux respectifs.

C'est très explicitement en réaction contre ces conséquences⁹⁸ que la Cour procédera, dans son arrêt *Keck et Mithouard*, à une redéfinition de la notion de MEERQ destinée à cantonner celle-ci. Sa volonté de recentrer les droits de libre circulation sur la logique du marché intérieur est telle que la Cour n'hésitera pas à présenter cet arrêt comme un revirement, en excluant du champ des MEERQ, « contrairement à ce qui a été jugé jusqu'ici », les mesures « qui limitent ou interdisent certaines

⁹⁶ Sur les notions d'intégration « positive » et « négative », voir J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur l'ordre juridico-économique de la Communauté européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE et J. VANDAMME (dir.), *Interventions publiques et droit communautaire*, Paris, Pedone, 1988, spéc. p. 35 et s.

⁹⁷ CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, Aff. 8/74, Rec. 837, pt 5.

⁹⁸ CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, Aff. C- 267 et C- 268/ 91, Rec. I-6126 : « 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 membre ». Voir pour un commentaire, D. SIMON et A. RIGAU, « Visite guidée au pays de Keck et Mithouard dans les pas des avocats généraux : une doctrine, des doctrines, pas de doctrine ? », in *La Constitution, l'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCIET*, Paris Publications de la Sorbonne, 2013, p. 941-966.

modalités de vente », du moins certaines d'entre elles : celles qui sont indistinctement applicables aux marchandises importées et aux marchandises nationales⁹⁹.

Si cette nouvelle définition a effectivement permis d'exclure du champ de l'article 28, de nombreuses mesures nationales et semble avoir été bien intégrée par les juges nationaux¹⁰⁰, sa clarté apparente a rapidement laissé place à des incertitudes quant à la qualification de certaines mesures. En effet, non seulement l'identification des modalités de vente s'avérait parfois difficile, mais en outre, l'exclusion de certaines modalités de vente, même indistinctement applicables, pouvait parfois sembler injustifiée au regard de leurs effets. La Cour a semblé hésitante quant à la manière de traiter ces difficultés ; alors que l'arrêt *Keck et Mithouard* constituait une évolution abrupte quant au champ des MEERQ, il s'en est suivi une « période beaucoup plus flottante et facteur d'une insécurité juridique certaine »¹⁰¹, la Cour procédant par tâtonnement avant, semble-t-il, de se fixer sur un critère qui, sans directement remettre en cause « l'esprit *Keck et Mithouard* », apparaît plus opératoire que l'identification des modalités de vente/l'échange.

Aussi, en raison même des difficultés de mise en œuvre de cette notion de « modalité de vente », un débat est né au sein de l'institution juridictionnelle pour savoir s'il convenait d'étendre cette logique aux « modalités d'utilisation ». Ainsi, par conclusions interposées des avocats généraux Julianne Kokott¹⁰² et Yves Bot, une discussion s'est instaurée sur la qualification des « réglementations nationales régissant le mode et le lieu d'utilisation de produits ». Le caractère artificiel de la dichotomie fondant la jurisprudence depuis 1993, dénoncé par le second, n'a pas convaincu au point d'emporter un revirement de jurisprudence sur la question des modalités de vente. Toutefois la charge qu'il effectua contre la pratique issue de cette solution suffit à démontrer aux yeux des juges statuant dans l'affaire dite « *des remorques italiennes* » la nécessité de cantonner le recours à des présomptions distinctives évacuant la qualification de MEERQ. Argumentant en faveur d'une approche plus souple de l'opération de qualification, l'avocat général soulignait ainsi que « s'il est légitime de développer des présomptions quant aux effets sur le marché de différentes

⁹⁹ Plus précisément, sont exclues de la qualification de MEERQ, les mesures relatives aux modalités de vente qui « s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et (qui) affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et ceux en provenance d'autres États membres ».

¹⁰⁰ On se reportera aux exemples donnés par C. NOURISSAT et B. DE CLAVIERE-BONNAMOUR, *Droit de la concurrence. Libertés de circulation*, Paris, Dalloz, 2016, 5^e éd., p. 131 et s.

¹⁰¹ C. NOURISSAT et B. DE CLAVIERE-BONNAMOUR, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰² Conclusions de J. KOKOTT sur CJCE, 4 juin 2009, *Mickelson et Roos*, Aff. C-142/05, Rec. I-4273, pt. 41.

catégories de mesures, l'existence d'une restriction peut dépendre également d'autres facteurs, tels que le mode d'application de la réglementation en cause et ses effets concrets sur les échanges »¹⁰³.

2. Le recentrement progressif du droit du marché intérieur sur le critère de l'accès au marché

Ce qui est intéressant dans le raisonnement de la Cour, c'est que ses arrêts ultérieurs vont, sans donc remettre frontalement en cause *Keck et Mithouard*, vont au contraire stabiliser et organiser cette jurisprudence construite par strates successives en recourant au critère de l'accès au marché.

C'est en effet autour de ce dernier que la doctrine va identifier la cohérence de la jurisprudence relative aux MEERQ, non seulement à partir de la redéfinition donnée en 1993 par l'arrêt *Keck et Mithouard*, mais aussi en remontant à l'arrêt *Dassonville* de 1974¹⁰⁴. La dichotomie proposée dans *Keck et Mithouard* apparaît dès lors comme une simple hypothèse à envisager pour le juge – lequel pourra simplement identifier une mesure entravant l'accès au marché domestique, c'est-à-dire une MEERQ, en cas de modalité de vente non-indistinctement applicable ; sans pouvoir conclure immédiatement à l'absence d'entrave dans le cas contraire.

Depuis l'affaire « *des remorques italiennes* »¹⁰⁵, il existe effectivement trois hypothèses susceptibles de constituer un obstacle non-tarifaire aux échanges. La Cour semble plus précisément distinguer deux « cas-types » de MEERQ, la troisième voie d'identification, de nature subsidiaire, reposant davantage sur l'idée générale de la catégorie des MEERQ telle qu'elle était déjà en germe dans l'arrêt *Dassonville*. La juridiction rappelle ainsi que, classiquement, sont susceptibles de constituer des entraves les mesures qui sont discriminatoires par leur objet ou leur effet, mais aussi les mesures indistinctement applicables définissant les conditions auxquelles doivent répondre les marchandises dans l'Etat membre d'importation. Mais cette liste n'apparaît désormais plus exhaustive, puisque peut encore constituer une MEERQ « toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un Etat membre des produits originaires d'autres Etats membres »¹⁰⁶. Le caractère

¹⁰³ Conclusions d'Y. BOT sur CJCE 10 février 2009, *Commission c. Italie*, Aff. C-110/05, Rec. I-519, pt. 79-80.

¹⁰⁴ Des observateurs notent en ce sens : « Présentent, de façon implicite, dans l'arrêt *Dassonville*, l'accès au marché est au cœur de l'arrêt *Keck et Mithouard* qui mentionne pour la première fois expressément l'expression » (C. NOURISSAT et B. DE CLAVIERE-BONNAMOUR, *op. cit.* p. 131).

¹⁰⁵ CJCE 10 février 2009, *Commission c. Italie*, Aff. C-110/05, Rec. I-519. Voir dans le même sens : CJCE, 4 juin 2009, *Åkeberg c. Mickelsson et Roos*, Aff. C-142/05, Rec. I-4273 ; et CJUE, 6 oct. 2011, *Bonnarde c. Agence de Services et de Paiement*, Aff. C-443/10, Rec. I-9327.

¹⁰⁶ Arrêt *Commission c. Italie* préc., pt. 37.

discriminatoire ou non de la mesure, ainsi que l'objet de la réglementation, apparaissent ainsi moins comme des critères exhaustifs et impératifs d'identification des MEERQ, que comme de simples indices susceptibles de faciliter leur identification.

Le caractère politique de cette nouvelle jurisprudence apparaît sur plusieurs points. D'abord, s'il est évident que les réglementations nationales mises en cause sont la traduction de choix de politiques, et notamment de politiques de protection des consommateurs, on soulignera l'attention du juge à l'égard des phénomènes sociétaux dans lesquels s'inscrivent ces réglementations nationales. Elle se montre en particulier attentive aux habitudes de consommation dans le marché domestique pour apprécier la portée de la mesure. Ainsi dans l'arrêt *De Agostini*, la Cour avait reconnu qu'une prohibition intégrale de la publicité pour un produit pouvait avoir une portée différente pour les produits locaux, déjà connus des consommateurs et les produits qui n'ont pas encore pénétré le marché¹⁰⁷. De même, dans l'affaire « *des remorques italiennes* », le juge a souligné l'idée qu'une interdiction d'utilisation d'un produit sur le territoire d'un Etat membre « a une influence considérable sur le comportement des consommateurs, lequel affecte à son tour, l'accès de ce produit au marché de cet Etat membre »¹⁰⁸.

Enfin, la Cour a cherché à assurer une cohérence dans sa jurisprudence relative au marché intérieur, mais aussi celle relative à la concurrence, en s'attachant non pas seulement à l'objet d'une réglementation nationale mais à ses effets¹⁰⁹. Il semble en effet que désormais, le critère général des MEERQ réside dans l'effet d'entrave dans l'accès au marché d'un Etat membre de produits originaires d'autres Etats membres ; deux catégories de mesures étant déjà reconnues comme remplissant ce critère¹¹⁰.

¹⁰⁷ CJCE, 9 juillet 1997, *De Agostini*, Aff. jointes C-34/95 à 36/96, Rec. I-03843. Voir aussi CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet International Products*, Aff. C-405/98, Rec. I-1795.

¹⁰⁸ Arrêt *Commission c. Italie* préc., pt. 56.

¹⁰⁹ Philippe MADDALON observe en effet qu'à l'image de ce qu'elle fait en matière de concurrence, la Cour s'attache moins à l'objet des réglementations nationales pour identifier une entrave, potentiellement contraire à la libre circulation, qu'à leurs effets. L'auteur renvoie en ce sens aux conclusions de l'avocat général Yves BOT, dans l'affaire dite « *des remorques italiennes* » (conclusions sur l'arrêt *Commission c. Italie* préc., pt. 108 et 109).

¹¹⁰ Il s'agit des mesures qui traitent moins favorablement les produits en provenance d'autres Etats membres ainsi que les mesures relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits. Voir aussi en ce sens : CJUE, 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, Aff. C-108/09, Rec. I-12213 (N. DE SADELEER, « Arrêt Ker-Optika : De l'ophtalmologue à l'opticien, la réglementation de la vente en ligne des lentilles de contact au regard de la libre circulation des marchandises », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2011, p. 437-446).

Enfin, et peut-être surtout, la position de la Cour semble marquée par sa volonté de faire concilier les impératifs du marché intérieur tout en respectant la méthode suivie pour le construire. Elle tente ainsi de réaliser l'intégration négative nécessaire à sa mise en place, tout en laissant la place à l'intégration positive qui relève du ressort du législateur européen et les compétences partagées avec les Etats membres. Les législations nationales encadrant les modalités d'utilisation des produits ne constitueront des MEERQ que si elles constituent des mesures entravant l'accès au marché national, de produits d'autres Etats membres.

Il reste que le traitement que la Cour réserve aux entraves est également difficile à synthétiser. Si la cohérence de la notion d'entrave peut être mise en doute¹¹¹, on peut retrouver dans les contours de l'entrave cette même logique de conciliation et de recherche d'équilibre entre l'intégration négative nécessaire à la construction du marché intérieur et les compétences incombant au législateur européen ou ressortant aux Etats membres. En atteste la catégorie prétorienne des exigences impératives d'intérêt général, qui vise paradoxalement non pas à déroger au principe de la libre circulation, mais à écarter la qualification de l'entrave. Fruit d'un « nouvel équilibre » établi par la Cour de justice, celles-ci apparaissent ainsi comme « la contrepartie d'une extension de la notion d'entrave aux mesures indistinctement applicables »¹¹².

II. La recherche d'une intégration équilibrée dans la mise en œuvre des principes du droit du marché intérieur

Dans le cadre du marché intérieur, la jurisprudence admet que les échanges « n'obéissent pas à une logique exclusivement concurrentielle »¹¹³. Au contraire, la question de la justification des entraves se présente – d'autant plus manifestement que la notion d'entrave est entendue largement – comme un temps essentiel dans le contrôle juridictionnel, comme une étape inhérente à l'application des règles et principes de la libre circulation¹¹⁴. C'est ainsi qu'« au cœur du régime des entraves », on

¹¹¹ Sur le manque de cohérence de la jurisprudence dans l'utilisation de la notion d'entrave : A. RIGAUX, « Cohérence et marché intérieur », in V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Collections de l'Université de Strasbourg, 2009.

¹¹² B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, n°1, p. 1

¹¹³ M. FALLON, *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁴ Pour une présentation d'ensemble, voir notamment V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 205-232.

trouve face au principe d'interdiction « un dispositif de dérogation par une raison d'intérêt général »¹¹⁵.

Cet intérêt général peut en réalité prendre deux formes différentes. Il peut s'agir évidemment d'un intérêt circonscrit, c'est-à-dire compatible avec les exigences du droit du marché intérieur tout en étant spécifique à un Etat et à une situation donnés. Mais l'intérêt général peut encore trouver une autre forme de manifestation, peut-être plus conforme à l'objectif attaché par les traités à la création d'un marché intérieur et qui sera donc privilégié par la Cour par rapport à l'action individuelle des Etats. Il s'agit de l'harmonisation des mesures nationales, qui permet d'assurer une protection coordonnée de l'intérêt légitime justifiant qu'il soit excipé à la libre circulation. Il découle au final de la jurisprudence que la liberté de circulation doit être mise en œuvre à l'aune de sa finalité, qui est par nature politique (A), et qu'elle peut être une valeur essentielle du marché intérieur sans devenir une exigence absolue dans la construction d'une Europe sensible au pluralisme des préoccupations politiques (B).

A. La dimension téléologique du marché intérieur et la politique d'intégration des Etats

Comme le souligne Louis Dubouis, le marché intérieur, cœur et force de l'intégration communautaire, « n'est pas un simple processus économique ayant sa finalité en lui-même, mais un instrument au service de l'Union et qui a pour fin de participer au projet politique que celle-ci constitue »¹¹⁶. Les avocats généraux n'ont pas manqué de le rappeler quand était en question l'application de la logique intégrative aux Conventions conclues avec les Etats tiers¹¹⁷. On trouve cette attention portée à la dimension fonctionnaliste dans le double mouvement qui conduit la Cour de justice à favoriser l'action commune des Etats et à repenser en conséquence la place de ces derniers dans la protection de l'intérêt général.

¹¹⁵ M. FALLON, *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁶ L. DUBOUIS, *op. cit.*, p. 193. Dans le même sens, Philippe MADDALON propose de voir la « libéralisation des échanges » comme un « implicite moral » de la construction du marché : « Le droit dérivé [...] et la jurisprudence favorisent le développement d'une pensée juridique européenne en la matière, et avec elle l'affirmation explicite ou implicite d'une morale » (« Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », *op. cit.*, p. 125).

¹¹⁷ Voir *supra* I, §A.

1. La promotion de l'unité dans la protection de l'intérêt général

Dans la défense de l'unité du marché, la Cour agit aussi bien à un niveau proprement européen, que par l'intermédiaire des mesures nationales. En effet dans la promotion du processus d'harmonisation qui peut résulter de sa jurisprudence¹¹⁸, la juridiction paraît tout d'abord faire de l'existence même d'un marché « commun » une considération d'intérêt général¹¹⁹, dès lors que celle-ci participe du rapprochement des peuples dans une union sans cesse plus étroite. Si elle autorise, à l'inverse, l'action étatique dans la poursuite d'un motif d'intérêt général, distinct et concurrent de la logique libérale, c'est toujours au terme d'un strict contrôle destiné à préserver l'objectif d'unification du marché intérieur¹²⁰. Il en résulte qu'à travers son pouvoir de censure la « Cour se saisit de la réglementation étatique pour en faire un facteur d'organisation du marché européen à un niveau national »¹²¹. C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait de manière très générale en consacrant avec le principe de reconnaissance mutuelle la règle du pays d'origine¹²² : elle a réintégré les divergences nationales dans un cadre commun permettant – sauf exception tirée d'un motif d'intérêt général invoqué sous contrôle des juridictions – d'assimiler les disparités de réglementation sans remettre

¹¹⁸ En ce sens, la Cour fait de l'absence de mesure d'harmonisation assumant la protection de l'intérêt en cause une condition préalable à la reconnaissance de la compétence nationale (voir, pour des illustrations récentes : CJCE, 30 avril 2009, *Lidl Magyarorszag*, Aff. C-132/08, Rec. I-3841 ; ou CJCE, 6 octobre 2015, *Capoda Import-Export SRL*, Aff. C-354/14, Rec. num. Voir également pour l'adoption de cette solution dans le cadre du règlement REACH : CJUE, 7 mars 2013, *Lapin luonnonsuojelupiiri*, Aff. C-358/11, Rec. num., pt. 32 ; et CJUE, 17 mars 2016, *Canadian Oil Company Sweden et Rantén*, Aff. C-472/14, Rec. num., pt. 26) – ce qui fait que les réglementations nationales doivent être appréhendées au regard du droit dérivé et non plus des stipulations du traité (CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband*, Aff. C-322/01, Rec. I-14887, pt. 64) à moins que le droit dérivé ne contienne une éventuelle autorisation au bénéfice des Etats (CJCE, 16 décembre 2008, *Lodewijk GysbRechts et Santurel Inter BVBA*, Aff. C-205/07, Rec. I-9947) comme c'est le cas en matière d'OGM (voir en ce sens la directive 2015/412 du 11 mars 2015 modifiant la directive 2001/18/CE en ce qui concerne la possibilité pour les États membres de restreindre ou d'interdire la culture d'organismes génétiquement modifiés sur leur territoire, JO L68/1 du 11 mars 2015).

¹¹⁹ Appréciation qu'elle partage avec le législateur européen, comme le rappelle la lecture des considérants de la directive « services » (Directive 2006/123 du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO L367/36 du 27 décembre 2006).

¹²⁰ Selon Takis TRIDIMAS, la juridiction a clairement affirmé cette prévalence de la logique unificatrice dès l'arrêt *Van Duyn* (CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, Aff. 41.74, Rec. 1337, pt. 18 et s.), en rappelant que les mesures nationales ne pourraient revendiquer l'utilisation des dispositions dérogatoires prévues par le Traité sans démontrer leur stricte nécessité (« Proportionality in Community Law : Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny », in E. ELLYS (dir.), *The Principle of Proportionality in the Law of Europe*, Oxford, Hart, 1999, p. 65-84). Voir dans le même sens, CJCE, 5 mai 1982, *Schul*, Aff. C-15/81, Rec. 1409 : une mesure nationale ne peut déroger au principe de libre circulation dans la mesure où elle porterait gravement atteinte à l'objectif de « fusion des marchés nationaux dans un marché unique ».

¹²¹ P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 95.

¹²² Principe consacré en matière de libre circulation des marchandises dans la célèbre affaire dite « *Cassis de Dijon* » (CJCE, 20 févr. 1979, *Reue-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Aff. 12/78, Rec. 649), avant d'être étendu à la libre prestation de services (CJCE 25 juill. 1991, *Säger*, Aff. C- 76/ 90, Rec. I-4221), puis à la liberté d'établissement (CJCE 20 mai 1992, *Ramrath*, Aff. C- 106/ 91, Rec. CJCE I- 3351).

en cause le fonctionnement du marché intérieur et de limiter l'harmonisation communautaire à l'adoption des principes essentiels nécessaires à l'instauration d'une confiance mutuelle entre les Etats¹²³.

Dans l'examen des règles applicables à une situation de circulation, la position de la Cour est évidemment particulièrement sensible au degré d'« européanité » de la réglementation en cause : ainsi, chaque fois que « la réglementation Etatique ouvre à la concurrence, la Cour la considère beaucoup plus facilement comme licite »¹²⁴, bien qu'elle soit l'œuvre d'une action isolée. Cependant, au-delà des dimensions libérale ou « intégrative » d'une mesure¹²⁵, la sévérité du contrôle juridictionnel dépend très largement du périmètre de la réglementation en cause. Le simple fait qu'une mesure soit d'origine nationale, et donc d'initiative et d'application limitées à un marché Etatique, est de nature à induire un accroissement de la rigueur avec laquelle la juridiction va procéder à l'examen de sa licéité. En effet, face à une mesure nationale poursuivant un motif d'intérêt général, le contrôle de la Cour de justice est d'une intensité largement inédite au regard de ce qu'elle pratique à l'encontre du législateur de l'Union poursuivant l'adoption d'une mesure commune¹²⁶.

Cette variation est tout d'abord sensible vis-à-vis de l'exigence de non-discrimination, qui prend la forme du principe général d'un droit à l'égalité de traitement pour les opérateurs économiques¹²⁷. Certes, toute mesure directement discriminatoire sera constitutive d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative¹²⁸. Toutefois, hors du cas des modalités de vente, les critères

¹²³ Voir en ce sens, le Livre blanc préc.

¹²⁴ P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 88.

¹²⁵ On pense ici en particulier à l'approbation par la Commission des mesures prises au titre de la compétence résiduelle qui peut être exercée en vertu de l'article 110 TFUE par un Etat dans le cadre de l'harmonisation des dispositions nationales. La Cour met en œuvre un contrôle d'une intensité réduite, dès lors que la décision de l'institution peut reposer sur des « évaluations complexes techniques » (CJUE, 6 novembre 2008, *Pays-Bas c. Commission*, Aff. C-405/07 P, Rec. I-8301).

¹²⁶ Il faut souligner l'existence de deux exceptions : d'une part, face aux conséquences patrimoniales ou à la dimension répressive des mesures contestées (voir en ce sens, M.-H. VIEU-PLANCHON, *Le principe de proportionnalité devant la Cour de justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Lille, 2000, p. 146 ; et P. Craig, *EU administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 2e éd., p. 611-614), et, d'autre part, en cas d'ingérence dans les droits fondamentaux des individus (CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, Aff. C-293/12 et 594/12, Rec. num., pt. 48-49), la Cour de justice aura tendance à renforcer l'intensité de son contrôle de proportionnalité même à l'encontre d'une mesure communautaire.

¹²⁷ K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire, un principe unique aux apparences multiples », *CDE*, 1991, p. 3.

¹²⁸ Voir par exemple, pour un rappel de l'exigence de non-discrimination à l'égard de dispositions nationales régissant les modalités de vente : CJCE, 10 février 2009, *Commission c. Italie*, Aff. C-110/05, Rec. I-519 ; et CJCE 30 avr. 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft c. LIBRO Handelsgesellschaft GmbH*, Aff. C-531/07, Rec. I-3717, pt. 17.

jurisprudentiels qui encadrent les exceptions et dérogations au principe de libre circulation sont de ce point de vue plus rigides à l'encontre des exigences impératives d'intérêt général que pour les motifs d'intérêt général prévus par le traité. Alors que pour les premières, la mesure nationale ne peut traiter directement ou indirectement¹²⁹ moins favorablement les produits importés¹³⁰ ; dans le cadre des seconds, il convient seulement que la mesure ne constitue pas selon les termes de l'article 36 TFUE une « discrimination arbitraire » ou « une restriction déguisée au commerce entre Etats membres »¹³¹.

Dans le cadre de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, n'échappent donc à la qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative que les mesures « indistinctement applicables aux produits nationaux et importés »¹³². Au contraire, pour les motifs « de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale », l'existence d'un accord commun et formalisé par les traités sur le caractère d'intérêt général de l'objectif poursuivi par la législation en cause paraît expliquer qu'il soit plus aisé de justifier l'entrave à la libre circulation.

Dans certains domaines et en particulier dans celui de l'environnement, on a pu craindre l'effet cumulé du caractère limitatif des motifs énumérés par l'article 36 – justifié par le principe d'interprétation stricte des exceptions –, et de l'interdiction des mesures distinctement applicables dans le cadre des exigences impérieuses. Afin d'éviter que ne soit entravée, en raison par exemple de difficultés d'ordre technique, la mise en œuvre de politique incitative au bénéfice de la production d'énergie verte, la Cour a cependant appliqué sa propre jurisprudence avec pragmatisme. L'avocat général Yves Bot observe ainsi qu'elle « neutralise le caractère discriminatoire, pourtant avéré, d'une mesure nationale », ou « se dispense purement et simplement

L'examen du caractère discriminatoire n'est toutefois pas systématiquement formalisé : CJUE, 17 mars 2016, *Canadian Oil Company Sweden et Rantén*, Aff. C- 472/ 14, Rec. num.

¹²⁹ CJCE, 15 février 1974, *Sotgiu*, Aff. 152/73, Rec. 753.

¹³⁰ Pour une affirmation particulièrement claire de la différence de régime : CJCE, 17 juin 1981, *Commission c. Irlande*, Aff. 113/80, Rec. 1625, pt. 11. La doctrine n'a toutefois pas manqué de souligner une pratique bien moins rigoureuse des catégories de justifications : B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*, 2012, n°1, p. 6-12.

¹³¹ Voir, pour une illustration, l'affaire célèbre des « poupées gonflables » : CJCE, 11 mars 1986, *Conegate c. HM Customs et Excise*, Aff. 121/85, Rec. 1007.

¹³² CJCE, 25 juillet 1995, *Aragonesa*, Aff. C-1/90 et 176/90, Rec. I-4151.

de rechercher si la mesure est discriminatoire ou non »¹³³. L'équilibre recherché entre l'objectif de réalisation d'un marché intérieure et la mise en œuvre de la clause environnementale¹³⁴ se fait alors au détriment de la visibilité de sa jurisprudence, dès lors qu'il n'a pas été expressément reconnu que la protection de l'environnement échappe à l'interdiction des mesures « non indistinctement » applicables.

La variation de l'intensité du contrôle est ensuite particulièrement visible dans l'application du principe de proportionnalité¹³⁵ – principe dont la « connotation politique »¹³⁶ a pu être soulignée et qui fait donc ici l'objet d'un usage politique. La proportionnalité se présente en effet comme « la clef par laquelle s'ouvre ou se ferme la porte des marchés nationaux pour les opérateurs économiques »¹³⁷. Pour les dispositions du droit dérivé qui sont susceptibles de gêner la circulation des marchandises, la Cour va développer un contrôle restreint de la proportionnalité en soulignant la responsabilité politique du législateur européen chargé d'établir un équilibre complexe entre des dynamiques contradictoires¹³⁸. Ainsi, le requérant qui entend contester une mesure d'harmonisation devra en principe prouver le caractère manifestement disproportionné de l'usage qui a été fait de

¹³³ Conclusions d'Y. BOT, sur CJUE, 11 septembre 2014, *Essent Belgium NV*, Aff. jointes C-204/12 à 208/12, Rec. num., pt. 91.

¹³⁴ L'article 11 TFUE, en vertu duquel « les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union », est par ailleurs appuyé par les articles 3 TUE, 191 TFUE, et 37 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

¹³⁵ Pour une présentation générale de ce principe, qui s'articule autour des critères de l'aptitude, de la nécessité et de la balance des intérêts, voir D. SIMON, « Le contrôle de la proportionnalité exercé par la Cour de justice des Communautés européennes », LPA, 5 mars 2009, n° spé *Les figures du contrôle de proportionnalité en droit français*, p. 17).

¹³⁶ J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2010, p. 677.

¹³⁷ C. NOURISSAT et B. de CLAVIERE-BONNAMOUR, *Droit de la concurrence. Libertés de circulation*, Paris, Dalloz, 2016, 5^e éd., p. 117. C'est en particulier le critère tenant à la nécessité de la mesure entravant la libre circulation qui constitue le verrou le plus fréquent.

¹³⁸ Une même retenue a pu être observée s'agissant de la mise en œuvre du principe de subsidiarité sous l'égide d'un contrôle restreint, dans lequel le juge paraissait « alors peu disposé à se livrer à des appréciations d'ordre politique ou économique qui l'amèneraient à s'immiscer dans l'exercice concret du pouvoir législatif » (C. BLUMANN, et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2010, 4^e, p. 457). Pour Brunessen BERTRAND, si le passage à un contrôle normal n'a pas renforcé l'effectivité du principe, cela s'explique par la nature « éminemment » politique de celui-ci. En tant que tel, il serait étranger à l'office du juge de la légalité, et il conviendrait en conséquence que la juridiction européenne adopte un contrôle maximum. Si nous ne partageons pas l'idée qui voudrait qu'en adoptant un contrôle réduit le juge s'épargne une prise de position politique (voir *supra*), nous partageons tout à fait la conclusion de l'auteur : « le rôle politique de la Cour de justice existe de tout façon déjà depuis bien longtemps » et « il n'y aurait finalement rien de nouveau à voir dans la Cour de justice un juge qui gouverne » – à ceci près que, même sans accroître l'intensité de son contrôle, elle nous semble d'ores et déjà agir « pas autrement que tout juge constitutionnel conduit, par essence, à s'immiscer dans le jeu politique » (B. BERTRAND, « Un principe politique saisi par le droit. La justiciabilité du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne », *RTD Eur.* 2012, n°2, p. 341 et p. 354).

sa compétence normative par l'Union¹³⁹, en démontrant par exemple l'existence de moyens moins contraignants pour atteindre l'objectif poursuivi¹⁴⁰.

A l'inverse, s'agissant des mesures nationales¹⁴¹, qui peuvent trouver leur fondement au sein des dispositions constitutionnelles nationales¹⁴², le juge va développer un examen poussé de la proportionnalité de la mesure, sans procéder à une modulation de l'intensité de son contrôle. En pratique, rares sont les arrêts qui constatent la proportionnalité d'une entrave causée par les dispositions nationales¹⁴³.

La protection opérée au niveau communautaire d'intérêts non (directement) économiques¹⁴⁴, par le biais d'une mesure d'harmonisation des législations nationales, fait ainsi comparativement l'objet d'une plus grande clémence dans l'exercice du contrôle de proportionnalité¹⁴⁵. En clair, à mobiles et effets identiques, mesures nationales et européennes se verraient appliquer des standards de contrôle distincts. L'affaire *FEDESA*¹⁴⁶, relative au « bœuf aux hormones », et l'arrêt *National Farmer's Union*¹⁴⁷, qui visait les mesures prises en réaction à l'épidémie de « vache folle », sont à cet égard particulièrement symptomatiques : parce qu'elles évitent des réactions nationales disparates et leurs éventuelles conséquences néfastes sur le fonctionnement effectif de la libre circulation, les dispositions prises au niveau communautaire sur le fondement d'une compétence discrétionnaire paraissent bénéficier d'un préjugé favorable et n'appeler en conséquence qu'un contrôle limité à la disproportion manifeste.

¹³⁹ CJCE, 10 décembre 2002, *American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, Aff. C-491/01, Rec. I-11453, pt. 123 ; CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, Aff. C-210/03, Rec. I-11893, pt. 48 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, Aff. C-154/04, Rec. I-6451, pt. 52.

¹⁴⁰ Voir par exemple l'affaire dite « Aménagement du temps de travail » : CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni et Irlande c. Conseil*, Aff. C-84/94, Rec. 5755, pt. 50 et s.

¹⁴¹ On soulignera également que, selon jurisprudence constante, c'est à l'Etat d'apporter la preuve du caractère proportionnée de l'atteinte au principe de libre circulation (voir par exemple, CJUE, 26 avril 2012, *ANET*, Aff. C-456/10, Rec. num., pt. 50).

¹⁴² Voir, par exemple, en matière de libre circulation des personnes : CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshaupmann von Wien*, Aff. C-208/09, Rec. I-13693.

¹⁴³ Pour des exemples, voir : CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen*, Aff. C-3602, Rec. I-9609 ; CJCE 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*, Aff. C-244/06, Rec. I-505 ; CJUE, 17 mars 2016, *Canadian Oil Company and Ranten*, Aff. C-472/14, Rec. num. ; et CJUE, 12 novembre 2015, *Visnapuu*, Aff. C-198/14, Rec. num.

¹⁴⁴ De jurisprudence constante, un motif économique ne peut être qualifié d'exigence impérieuse d'intérêt général (CJCE, décembre 1997, *Commission c. France*, Aff. C-265/95, Rec. I-6990).

¹⁴⁵ CJCE, 12 décembre 2006, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, Aff. C-380/03, Rec. I-11573, pt. 145.

¹⁴⁶ CJCE, 13 novembre 1990, *FEDESA e.a.*, Aff. C-331/88, Rec. I-4023.

¹⁴⁷ CJCE, 5 mai 1998, *National Farmer's Union e.a.*, Aff. C-157/96, Rec. I-2211.

Si l'on veut revenir ici à l'idée d'éthique du juge, il ressort donc clairement des arrêts rendus par la Cour qu'elle entend favoriser l'adoption « en commun » de solutions dérogeant aux principes de la libre circulation, par rapport à l'hypothèse d'une action individuelle des s. Elle favorise ainsi le rapprochement et l'harmonisation des pratiques nationales, en conformité avec la finalité originelle de la construction d'un marché unique à l'échelle européenne.

2. La perte d'autonomie de l'Etat dans la poursuite de l'intérêt général

Exigences impératives, ou raisons impérieuses, bénéficient d'« un mode de détermination au cas par cas » ayant favorisé leur extension, mais dont la doctrine souligne désormais une « plasticité qui confine à la confusion »¹⁴⁸. Les incertitudes quant à la qualification d'exigences impératives des motifs poursuivis par l'Etat s'accompagnent, également, d'une confusion entre le régime des exceptions jurisprudentielles et celui des dérogations textuelles¹⁴⁹, de sorte que la catégorie est conceptuellement mise en cause par la pratique juridictionnelle. A cet égard, il a pu être reproché au juge de l'Union de procéder, à travers cette « confusion totale du jus des justificatifs », à « une révision judiciaire des traités »¹⁵⁰.

Cela étant, si l'objectif de la Cour étant purement et simplement d'étendre la liste des motifs de dérogations, on peut s'interroger sur l'efficacité du procédé. N'aurait-il pas été plus opportun et plus convaincant de modifier l'interprétation historique de l'article 36 TFUE, et d'affirmer par un revirement de jurisprudence le caractère non exhaustif des motifs, ou du moins de procéder à une interprétation « vivante » de ces derniers ? Si tel n'a pas été le chemin pris par la juridiction, cela peut certainement s'expliquer par une volonté de préserver le peu de cohérence apparente de ses solutions. Mais il faut s'interroger aussi sur l'existence d'autres mobiles qui peuvent l'avoir poussée

¹⁴⁸ Philippe MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op.cit.*, spéc. p.89. Plasticité d'autant plus problématique, que des usages sémantiques erratiques favorisent la confusion avec les motifs d'intérêt général consacrés par les articles 36, 46 et 52 TFUE (voir en ce sens, V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout », *RTD Eur.*, 1998, n° 2, p. 191 ; et F. KAUFF-GAZIN, note sous CJCE, 15 mars 2007, *Commission c. Irlande*, Aff. C-54/05, *Europe*, 2007, comm. 135).

Par ailleurs, la doctrine souligne l'existence d'ambiguïté similaire autour de la notion de modalité de vente. L'objectif de réduction du nombre de renvoi préjudiciel, qui pouvait avoir inspiré la jurisprudence *Keck et Mithouard*, ne s'est pas réalisé : non seulement les juridictions nationales sont toujours amenées à saisir le juge de l'Union afin de savoir si une mesure nationale peut ou non être justifiée, mais elles le sont en outre afin de déterminer si celle-ci peut ou non, en raison de son objet, échapper à la qualification de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative.

¹⁴⁹ Plus précisément, c'est premièrement le raisonnement consistant à placer les mesures poursuivant des exigences impératives en dehors du champ d'application de la libre circulation et à neutraliser la qualification d'entrave, qui est régulièrement remis en cause. Deuxièmement, la Cour paraît admettre qu'une mesure distinctement applicable, au moins en fait, bénéficie de l'exception jurisprudentielle. Enfin, les conditions posées à la licéité de la mesure nationale sont appliquées de manière identique, c'est-à-dire *in concreto*, quelle que soit la nature du motif invoqué.

¹⁵⁰ A. RIGAUX, « note sous CJCE, 11 décembre 2008, *Commission c. Autriche* », *Europe*, 2009, comm. 75.

à cette approche englobante et non distinctive des différentes formes de prise en compte de l'intérêt général¹⁵¹. N'y a-t-il pas derrière cette absence de clarification la tentation de conserver la mainmise sur l'évolution du droit du marché intérieur ? Cette approche empirique pourrait en effet traduire une volonté de la Cour de garder de « garder la maîtrise de la notion d'entrave et de maintenir un encadrement des juridictions nationales »¹⁵².

Philippe Maddalon constate, à propos de la délimitation matérielle du marché auquel l'accès est entravé, que la Cour participe à une remise en cause de la distinction entre l'Etat et l'entreprise. Alors qu'en principe seul le premier possède « le pouvoir juridique et politique d'appliquer une réglementation sur un territoire donné », celui-ci ne conserve sa compétence qu'en fonction du marché identifié par la Cour, qu'« en raison du produit, pas du fait de son autorité intrinsèque »¹⁵³. L'Etat apparaît dès lors davantage comme une autorité de régulation sectorielle que comme un acteur horizontal responsable de l'ensemble des politiques publiques. Au regard des solutions rappelées ci-dessus, il peut sembler que le mouvement de « dévalorisation » du rôle de l'Etat est même plus large dans la mesure où l'autonomie de l'Etat, intégré dans le marché intérieur, paraît remise en cause chaque fois qu'il entend poursuivre des motifs d'intérêt général non dirigés vers le libéralisme économique.

Au sein du marché, le primat de la logique économique ne semble finalement s'effacer qu'à la condition que le droit de l'Union lui-même procède à la promotion de l'objectif d'intérêt général parmi les préoccupations essentielles de l'Union. Tel semble désormais être le cas avec l'environnement, qui bénéficie désormais d'une clause horizontale insérée dans le droit primaire et d'une jurisprudence particulièrement malléable¹⁵⁴, ou encore avec la protection des droits fondamentaux¹⁵⁵. De même, dans l'arrêt *Josemans*¹⁵⁶ la lutte contre le trafic de drogue est présentée

¹⁵¹ B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵² P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, spéc. p. 89.

¹⁵³ P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 101.

¹⁵⁴ Voir *supra*, les observations de l'avocat général Yves BOT, ainsi que les motifs développés par la Cour dans l'arrêt *Ålands Vindkraft AB c. Energimyndigheten* (CJUE, 1^{er} juillet 2014, Aff. C-573/12, Rec. num., pt. 83 et s.).

¹⁵⁵ On notera en ce sens le souci de la Cour de justice de justifier, lorsque les Etats invoquent les droits constitutionnellement protégés, le caractère « légitime » de l'intérêt poursuivi en s'appuyant sur les droits fondamentaux consacrés par le droit de l'Union : CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, Aff. C-112/00, Rec. I-5659, pt. 71-74.

¹⁵⁶ CJUE, 16 décembre 2010, *Josemans*, Aff. C-137/09, Rec. I-13019, pt. 65 et 66.

comme un objectif légitime au titre du maintien de l'ordre public « aussi bien au niveau des Etats membres qu'à celui de l'Union »¹⁵⁷.

Il existe cependant des sujets sur lesquels les Etats paraissent conserver une influence plus marquées. Les insuffisances du marché résultent ainsi pour partie d'une harmonisation insuffisante dans certains domaines de résistance, comme par exemple dans ceux des législations fiscales et sociales¹⁵⁸. Ce n'est pas un hasard si le premier « carton jaune » adressé par les parlements nationaux, au nom du principe de subsidiarité, concerna une proposition de la Commission relative aux modalités de conciliation entre le droit de grève et la liberté de circulation¹⁵⁹. S'agissant de ces questions sociales, elles pourraient par ailleurs illustrer la nécessité pour la Cour de justice de faire preuve d'une sensibilité accrue à la préservation, dans le cadre des exceptions aux principes du marché intérieur, d'un pluralisme axiologique. En ce sens, Vassilis Hatzopoulos¹⁶⁰ soulève une hypothèse à laquelle il convient de s'intéresser : même si cela révèle un phénomène d'ascendance finalement assez classique, les critiques émises à l'encontre des arrêts *Viking*¹⁶¹ et *Laval*¹⁶² auraient participé d'un mouvement jurisprudentiel favorisant l'intégration des préoccupations politiques des Etats au sein du marché¹⁶³.

¹⁵⁷ B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 7 : ce qui conduit à s'interroger sur une possible « dualité de l'ordre public, qui serait ici à la fois national et européen ».

¹⁵⁸ L. DUBOIS, *op. cit.*, p. 190.

¹⁵⁹ En mai 2012, les parlements ont en effet exprimé, par 19 voix sur les 54 allouées, leur opposition à la proposition de règlement de la Commission concernant l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services (« Monti II »), ce qui a conduit l'institution à retirer sa proposition même si elle ne reconnaissait pas l'existence d'une violation principe de subsidiarité.

¹⁶⁰ V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », in E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation. In varietate concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 205-232.

¹⁶¹ CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, Aff. C-438/05, Rec. I-10779.

¹⁶² CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e.a.*, Aff. C-341/05, Rec. I-11767.

¹⁶³ Pourrait par exemple illustrer cette évolution, la différence d'appréhension de la condition tenant à l'existence d'un salaire minimum rendu applicable par des dispositions législatives (au sens de l'article 3§1 de la directive sur les travailleurs détachés) entre les affaires *Riffert* (CJCE, 3 avril 2008, Aff. C-346/06, Rec. I-1989) et *Regio Post* (CJUE, 15 novembre 2015, Aff. C-115/14, Rec. num.) – même si l'attention portée au risque de dumping social a nécessairement des limites (CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH*, Aff. C-549/13, Rec. num.).

B. Le pluralisme axiologique dans le marché intérieur et l'intégration des préoccupations politiques des Etats

Le développement par la Cour constitutionnelle fédérale allemande de la théorie de l'*ultra vires*, ainsi que sa volonté d'assurer la préservation des structures fondamentales de l'Etat allemand¹⁶⁴, démontrent à suffisance l'impossibilité dans laquelle se trouve aujourd'hui la Cour de justice d'agir, de manière générale, sans se préoccuper des préoccupations qui lient les juridictions nationales et en particulier des impératifs constitutionnels auxquels elles sont soumises. Ceci se retrouve dans le champ du droit du marché intérieur.

Si cette réalité d'une pratique juridictionnelle sensible à son environnement politico-juridique n'est pas nouvelle¹⁶⁵, la problématique et la recherche se sont ainsi tout particulièrement formalisées autour de la question des valeurs fondamentales des différents ordres juridiques en interaction et du respect de l'identité constitutionnelle ou nationale des Etats membres. Dans un certain nombre de décisions, le recours à l'article 4, §2 TUE apparaît effectivement de nature à renforcer ou à étayer l'invocation d'un des motifs de dérogation ou d'exception à la libre circulation reconnu par le droit du marché intérieur. Toutefois, le mouvement d'« ouverture axiologique » pourrait s'avérer plus large et ne pas se limiter aux seuls motifs constitutionnellement consacrés dans les ordres juridiques internes. S'il se peut que la Cour de justice ait en ce sens accru sa sensibilité aux diverses préoccupations légitimes des Etats, elle ne l'a cependant pas fait de manière inconditionnelle. Elle s'est au contraire attachée à imposer un impératif de cohérence dans l'invocation des valeurs nationales.

1. L'ascendance des intérêts légitimes dans le cadre de l'invocation de l'identité nationale

Contrairement au droit de la concurrence, le droit du marché intérieur – peut-être parce qu'il s'agit d'un domaine de compétence partagée – connaît depuis son origine un pluralisme axiologique latent¹⁶⁶, dans lequel l'économie n'apparaît pas nécessairement et systématiquement comme une valeur définitive¹⁶⁷. L'article 36 TFUE et ses versions équivalentes pour les autres libertés de

¹⁶⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 6 juillet 2010, *Mangold-Urteil EuGH, Honeywell, BVerfG*, 2 BvR 2661/06.

¹⁶⁵ J.-C. GAUTRON, « Le droit de l'Union européenne connaît-il le phénomène des cycles ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul JACQUE*, Paris, Dalloz, 2010, p. 305-317.

¹⁶⁶ P. MADDALON, « Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », *op. cit.*, p. 126.

¹⁶⁷ Contrairement au droit de la concurrence, il n'existe ainsi aucune « règle de raison » fondée sur l'efficacité économique en matière de libre circulation (voir en dernier lieu : CJCE, 11 septembre 2008, *Commission c. Allemagne*, Aff. C-141/07, Rec. I-6935, pt. 60).

circulation, ainsi que la jurisprudence sur les exigences impérieuses et les raisons impératives d'intérêt général, instaurent en ce sens une série de motifs dérogatoires, qui, sans être « premier[s] »¹⁶⁸, n'en constituent pas moins la source d'une diversification potentielle au sein du système de valeurs applicables dans le cadre du marché intérieur¹⁶⁹.

Pendant longtemps, les potentialités ouvertes par les hypothèses de dérogations et d'exception aux règles du marché n'ont cependant pas bénéficié d'une ouverture effective dans la jurisprudence de la Cour. A cet égard, les arrêts *Viking* et *Laval*, qui mirent aux prises les libertés syndicales avec la liberté de circulation, sont apparus comme le paroxysme d'une politique jurisprudentielle qui fait la part belle au libéralisme économique et au (risque de) dumping social qu'il entraîne avec lui. L'émoi suscité lors de la réception de cette solution fut d'autant plus vif que celle-ci se démarquait de précédents dans lesquelles, à l'image de l'affaire *Schmidberger*, le juge communautaire avait semblait reconnaître le bien-fondé des intérêts légitimes invoqués par les gouvernements nationaux¹⁷⁰.

On avait, en ce sens, pu légitimement s'interroger sur la reconnaissance d'une « réserve de constitutionnalité »¹⁷¹ au bénéfice des Etats. Il faut pourtant se garder d'une lecture isolée des décisions rendues par la Cour de justice, et toujours les replacer dans la ou les dynamiques jurisprudentielles d'ensemble. Ainsi, si l'on intègre à la réflexion d'autres motivations, telles que celles développées dans les arrêts *Omega* et *Sayn-Wittgenstein*, ces différents cas d'espèce traduisent

¹⁶⁸ P. MADDALON, « Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », *op. cit.*, p. 127.

¹⁶⁹ On notera à cet égard que les entraves d'origine nationale ne sont pas examinées au regard des seules exigences du principe de libre circulation, mais sont encore tenues de respecter les droits fondamentaux garantis par le système juridique de l'Union (CJCE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató Kft e.a. contre Magyar Állam*, Aff. C-98/14, Rec. num., pt. 74 : « lorsqu'un État membre invoque des raisons impérieuses d'intérêt général pour justifier une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, cette justification doit également être interprétée à la lumière des principes généraux du droit de l'Union et notamment des droits fondamentaux désormais garantis par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...]. Ainsi, la réglementation nationale en cause ne pourra bénéficier des exceptions prévues que si elle est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect ». Voir déjà en ce sens : CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, Aff. C-368/95, Rec. I-3689, pt. 24 ; CJCE, 27 avril 2006, *Commission c. Allemagne*, Aff. C-441/02, Rec. I-3449, pt. 108 ; et CJUE, 30 avril 2014, *Robert Pflieger e.a.*, Aff. C-390/12, Rec. num., pt. 30-36).

¹⁷⁰ Les arrêts *Viking* et *Laval* sont en outre intervenus dans un domaine de compétence réservée des Etats (article 153, §5 TFUE), ce qui rend la conclusion de la Cour, selon laquelle les actions collectives ne sont pas par nature soustraites à la libre prestation des services, d'autant plus difficilement acceptable pour ceux qui considèrent que « le processus d'ouverture des marchés est allé au-delà de ce qui était nécessaire ou souhaitable » (Rapport de Mario MONTI au Président de la Commission José Manuel Barroso, préc., p. 77).

¹⁷¹ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 59 et 718. Une telle compréhension du droit au respect de l'identité nationale des Etats a été cependant écartée par l'avocat général Pedro CRUZ VILLALON dans l'affaire *Peter Gauweiler* (conclusions sur CJUE, 14 janvier 2015, C-62/14, pt. 59-60).

plus vraisemblablement une « absorption par le droit de l'Union de l'exception de fondamentalité ». Dans cette perspective, ce qui ressort avec évidence, c'est que la juridiction européenne entend maintenir un strict contrôle¹⁷². C'est effectivement toujours dans le cadre du jeu de dérogations et d'exceptions ouvertes par le droit du marché intérieur que sont appréhendées les entraves nationales motivées par des motifs issus des valeurs fondamentales des ordres juridiques nationaux.

Certes, d'un côté, face en particulier à l'invocation d'un élément inhérent à l'identité nationale, la Cour de justice semble susceptible de relativiser l'importance de la nature commune de la valeur invoquée. Ainsi, dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, a-t-elle précisé « qu'il n'est pas indispensable que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause et que, au contraire, la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un Etat membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre Etat »¹⁷³. Mais, d'un autre côté, le recours à l'article 4, §2 TUE ne fait pas échapper à l'application du droit de l'Union¹⁷⁴, et c'est uniquement dans le cadre de l'invocation d'un motif d'intérêt général reconnu, en l'espèce, par le traité que l'identité nationale vient jouer au soutien de l'interdiction des titres nobiliaires : il y a dans le raisonnement de la Cour une véritable « imbrication [...] entre ordre public et identité nationale »¹⁷⁵. On notera cependant que ledit motif peut être d'origine jurisprudentielle, dans la mesure où il est susceptible d'être déduit par le juge – comme en matière de droits et libertés fondamentaux – d'une conciliation entre différents objectifs ou principes essentiels du droit primaire. Ainsi, dans l'affaire *Runevič-Vardyn et Vardyn*, c'est au nom de « la défense et [de] la

¹⁷² E. CARPANO, commentaire sous l'arrêt *Omega*, in M. KARPENSCHIF, C. NOURRISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010, p. 317.

¹⁷³ CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, Aff. C-208/09, Rec. I-13693, pt. 91. La Cour avait déjà reconnu aux Etats membres une grande liberté pour déterminer le contenu et la portée d'un droit fondamental sur son territoire, compte tenu des spécificités nationales (arrêt *Omega* préc., pt. 37 et 38). Toutefois, il semble discutable de tirer de cette relative ouverture à la diversité la conclusion selon laquelle, en vertu de l'article 4, §2 TUE, une différence de standard dans la protection des droits fondamentaux pourrait justifier une dérogation aux règles juridiques de l'Union chaque fois que de tels droits pourraient être considérés comme relevant de l'identité nationale d'un Etat membre (voir en ce sens, L. F. M. Besselink, « General Report », *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, rapports du XXV^e congrès de la FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1, p. 136).

¹⁷⁴ Selon la Cour, l'identité nationale ne constitue pas une limite au champ d'application du droit de l'Union, mais simplement un objectif légitime qui peut justifier que soit portée atteinte aux droits que les particuliers tirent du droit de l'Union (voir en ce sens, les arrêts *Sayn-Wittgenstein* préc. pt. 92-94 ; et CJUE 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Vardyn*, Aff. C-391/09, Rec. I-3787, pt. 86-87).

¹⁷⁵ B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 7.

promotion de la langue d'un Etat membre » qu'a été invoqué l'identité nationale pour justifier l'atteinte portée à la liberté de circulation de citoyens européens et au respect dû à leur vie privée. Les juges ont considéré, à cet égard, que la politique publique de protection de la langue nationale constituait un « objectif légitime »¹⁷⁶ au sein d'une Union qui « respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique » conformément à articles 3, §3 TUE et 22 CDFUE¹⁷⁷.

Quel que soit son fondement exact, l'« intrusion de l'identité constitutionnelle dans le jeu des dérogations aux libertés de circulation n'est pas donc dépourvue d'ambiguïté »¹⁷⁸. Cela étant, il se dégage des arrêts mêlant l'identité nationale à la justification – écrite ou jurisprudentielle – d'une opposition aux principes du marché intérieur deux traits significatifs et qui participe de cette écriture contrapuntique d'un équilibre subtile par la Cour de justice.

Premièrement, il est patent que le thème de l'identité nationale est aujourd'hui sollicité de manière bien plus régulière – au risque d'ailleurs de devenir en voie de banalisation. On trouve désormais dans les conclusions des avocats généraux, des développements fréquents, et parfois sceptiques, en réponse aux arguments tirés du respect de l'identité nationale¹⁷⁹. Moins souvent, mais de manière significative désormais, c'est dans les arrêts eux-mêmes que la question de l'identité nationale se retrouve. Ainsi, en matière de marché public, la juridiction a-t-elle tenu compte de l'article 4, §2 avant d'écarter l'application de la directive 2004/18 au cas d'un transfert de compétences détenues par des collectivités publiques à un syndicat nouvellement créé et doté d'une autonomie décisionnelle et financière¹⁸⁰. De même, s'agissant du droit d'exercer la profession d'avocat dans un

¹⁷⁶ Au-delà de l'ambiguïté induite par le fait que l'expression est généralement employée, en aval de l'identification d'un motif d'intérêt général, au sein de teste de proportionnalité ; cette notion semble rejoindre celle d'« intérêt légitime » visée dans certains arrêts dans lesquels la protection des droits fondamentaux est reconnue comme étant de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit de l'Union et notamment au principe de libre circulation (voir, par exemple, les arrêts préc. *Schmidberger*, pt. 74, et *Laval*, pt. 93 ; ainsi que CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, Aff. C-438/05, Rec. I-10779, pt. 45). La notion d'« intérêt légitime » a également pu être employée à propos de l'objectif de protection des mineurs (CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, Aff. C-244/06, Rec. I-505, pt. 42) et de la lutte contre le terrorisme et le trafic de drogue (CJUE, 16 décembre 2010, *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, Aff. C-137/09, Rec. I-13019, pt. 60 et s.).

¹⁷⁷ Arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn* préc., pt. 83 et s.

¹⁷⁸ B. BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁹ Voir par exemple les conclusions rendues par l'avocat général Yves BOT sur l'arrêt « Taricco II », à propos de la conception italienne du principe de non-rétroactivité de la loi pénale (CJUE, 5 décembre 2017, *Procédure pénale c. M.A.S. et M.B.*, Aff. C-42/17, Rec. num., pt. 121 et s.) ; celles de Melchior WATHELET, à propos de l'invocation de la conception hétérosexuelle du mariage par Lettonie pour s'opposer au bénéfice de la libre circulation du « conjoint » d'un ressortissant de l'Union (conclusions du 11 janvier 2018 dans l'Aff. pendante C-673/16, *Coman e.a.*) ; ou encore celles de Miguel POIARES MADURO (CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, Aff. C-213/07, Rec. I-9999, pt. 33)

¹⁸⁰ CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord c. Region Hannover*, Aff. C-51/15, Rec. num.

Etat membre autre que celui de délivrance du titre, la Cour a-t-elle pris soin d'écarter l'argument tiré d'une méconnaissance de l'identité nationale italienne¹⁸¹.

Deuxièmement, si les cas où l'invocation de l'identité nationale participe à la justification effective d'une entrave restent largement minoritaires – dans la mesure où l'ensemble des conditions usuelles, et particulier l'exigence de proportionnalité *stricto sensu*¹⁸², continuent de s'appliquer à la législation nationale – il s'avère que l'argument tiré des valeurs constitutionnelles bénéficie d'un statut particulier au soutien des prétentions de l'Etat. Le respect de l'identité nationale est en effet reçu par la juridiction européenne avec toute l'attention, voire la déférence, requise par une ressource rhétorique de cette nature. L'argument identitaire semble en ce sens, non seulement revêtir un poids particulier dans le cadre de la balance des intérêts que le juge doit opérer¹⁸³, mais surtout il paraît en amont toujours devoir être qualifié de « but légitime »¹⁸⁴. Ainsi, lorsque l'identité nationale n'est pas de nature à justifier l'entrave identifiée, c'est uniquement sur le terrain de la proportionnalité de la mesure nationale que la Cour se prononce en évitant, en principe, de juger de la sincérité du motif invoqué¹⁸⁵. Il est possible que cette réceptivité soit de nature à favoriser une « prise en charge » des diverses préoccupations constitutionnelles des Etats membres au sein de l'Union. Si cette dynamique se confirmait, il faudrait alors s'attendre à ce que la jurisprudence étende en matière d'identité nationale le test de cohérence qu'elle a pu instaurer par ailleurs.

¹⁸¹ CJUE, 17 juillet 2014, *Angelo Alberto Torresi et Pierfrancesco Torresi c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Macerata*, Aff. jointes C-58/13 et 59/13, Rec. num.

¹⁸² Voir par exemple, CJUE, 6 avril 2013, *Antons Las c. PSA Antwerp NV*, Aff. C-202/11, Rec. num., pt. 29-33. Le respect du principe de proportionnalité a ainsi été qualifié de « question essentielle » par l'avocat Niilo JÄÄSKINEN dans les conclusions qu'il a rendues sur l'arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn* préc. (pt. 81).

¹⁸³ Voir en ce sens l'arrêt *Runevič-Vardyn et Wardyn* préc., pt. 86 et 87 : « Conformément à l'article 4, paragraphe 2, TUE, l'Union respecte également l'identité nationale de ses États membres, dont fait aussi partie la protection de la langue officielle nationale de l'État. Il s'ensuit que l'objectif poursuivi par une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, visant à protéger la langue officielle nationale par l'imposition des règles de graphie prévues par cette langue, constitue, en principe, un objectif légitime susceptible de justifier des restrictions aux droits de libre circulation et de séjour prévus à l'article 21 TFUE et peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec lesdits droits reconnus par le droit de l'Union ».

¹⁸⁴ Arrêts préc. *Sayn-Wittgenstein*, pt. 92 ; *Runevič-Vardyn et Wardyn*, pt. 86 ; CJUE, 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, Aff. C-438/14, Rec. num., pt. 73).

¹⁸⁵ Il en a été ainsi des affaires où le Luxembourg invoquait l'identité nationale pour justifier l'exclusion des ressortissants des autres États membres de l'accès aux fonctions de l'enseignement public (CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, Aff. C-473/93, Rec. I-3207, pt. 35) ; ou tirait argument de la nécessité de maintenir l'emploi de la langue luxembourgeoise dans les actes notariés pour légitimer une condition de nationalité imposée dans l'accès à la profession (CJUE, 24 mai 2011, *Commission c. Luxembourg*, Aff. C-51/08, Rec. I-4231, pt. 124).

2. L'ouverture aux intérêts légitimes des Etats suspendue à l'exigence jurisprudentielle de cohérence

Les auteurs qui voient dans les arrêts *Viking* et *Laval* un point d'orgue de la doctrine physiocrate, suivi par un basculement vers une jurisprudence plus équilibrée, prennent généralement appui sur le contentieux des jeux d'argent pour l'illustrer¹⁸⁶. Il s'agit effectivement du domaine dans lequel semble initialement avoir été adoptée par la Cour une nouvelle approche en matière d'examen de la justification des entraves nationales – laquelle paraît destinée à se répandre à l'ensemble des intérêts légitimes susceptibles d'être invoqués par les Etats membres, fût-ce sous le couvert de l'identité nationale.

Les arrêts rendus à l'encontre des législations nationales applicables aux loteries et autres paris sportifs ont été perçus comme la reconnaissance, sous condition de cohérence, d'une liberté d'interdiction ou de limitation des jeux d'argent¹⁸⁷. Une telle marge de manœuvre concédée aux Etats – jugée considérable¹⁸⁸ – découlerait de l'inapplication du troisième critère du test de proportionnalité – celui de la proportionnalité *stricto sensu* – qui aurait été remplacé par un « test d'hypocrisie »¹⁸⁹.

Dans la continuité de l'interdiction des mesures constituant une « discrimination arbitraire », la Cour s'est donc efforcée à partir de la jurisprudence *Gambelli* de prendre aux mots les préoccupations invoquées par les Etats, quant à la santé publique et au risque d'addiction de leur population, tout en examinant la « cohérence » de leur dispositif national restreignant la libre prestation de service¹⁹⁰. Ce domaine des jeux de hasard montre que si la Cour est susceptible

¹⁸⁶ Pour une présentation d'ensemble de la jurisprudence, voir C. TOADER, « Les jeux de hasard et les particularités nationales », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) : liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 663-680.

¹⁸⁷ P.-Y. MONJAL, *op. cit.*, p. 744 : « la jurisprudence récente de la Cour dans le domaine des jeux de hasard [montre] le degré élevé d'autonomie de ces législations nationales en la matière ainsi que la manière dont les règles européennes de concurrence pouvaient être mise entre parenthèses au profit d'opérateurs nationaux uniques jouissant de droits exclusifs dès lors qu'ils étaient solidement justifiés par des raisons impérieuses d'intérêt général ».

¹⁸⁸ *Ibid.*, spé. p. 676

¹⁸⁹ V. HATZOPOULOS, « La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles », *op. cit.*, p. 223. Ce « test d'hypocrisie » est décrit de la manière suivante par Paolo MENGOZZI : « Il s'agit, plus concrètement, du test classique sur le caractère adéquat et proportionnel de la réglementation visée » (conclusions sur CJUE, 8 septembre 2010, *Markus Stoß e.a. c. Land Baden-Württemberg*, Aff. jointes C-316/07 e.a., Rec. I-8069, pt. 50).

¹⁹⁰ CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, Aff. C-243/01, Rec. I-13031, pt. 67 : si des restrictions peuvent être introduites par la législation nationales au nom de raisons impérieuses d'intérêt général, encore faut-il qu'elles « soient propres à garantir la réalisation desdits objectifs en ce sens que ces restrictions doivent contribuer à limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique ». Pour des rappels plus récents, voir : CJCE, 6 mars 2007, *Procédures pénales c. Massimiliano Placanica e.a.*, Aff. C-338/04 e.a., Rec. I-1891 ; CJUE, 3 juin 2010, *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd, Ladbrokes*

d'accepter plus largement la compétence des Etats à poursuivre un intérêt général de manière spécifique, c'est-à-dire en fonction « de ses propres particularités nationales »¹⁹¹, c'est à la condition qu'ils n'en profitent pas pour réintroduire des restrictions déguisées¹⁹² au sein d'un espace toujours dominé par l'idéal de libre circulation constitué par le marché¹⁹³.

Si le caractère cohérent de la législation national est juridiquement rattaché au critère de l'aptitude développé au sein du test de proportionnalité, en termes politiques, cette condition se traduit donc tout simplement par une valeur : celle d'honnêteté. Le critère du caractère cohérent et systématique conduit à la Cour ainsi à poursuivre dans son examen la trace d'une discrimination ou à tout le moins d'un avantage volontairement conféré à un opérateur ou à une catégorie d'opérateur.

Il ne faudrait pas penser que l'exigence de cohérence soit limitée au seul domaine des jeux de hasard. Comme cela a été évoqué par l'avocat général Colomer, à propos des règles de passation des marchés publics, il n'y a pas d'espace dans le droit matériel pour les « *subterfuges illégaux* ». Pour échapper au principe libéral – en matière de circulation ou de concurrence –, c'est à la règle du jeu commune que doit se soumettre l'Etat membre, et la réussite de ses « *stratagèmes* »¹⁹⁴, légaux cette fois-ci, dépendra d'une « *connaissance parfaite* »¹⁹⁵ de la loi européenne dans le champ de laquelle il s'est placé. On ne sera donc pas surpris de constater que le test d'hypocrisie a été progressivement explicité dans les différents secteurs de la libre circulation¹⁹⁶. Son emploi c'est ainsi ultérieurement étendu pour s'appliquer au-delà des jeux de hasard aux domaines plus particulièrement sujets, ou

International Ltd c. Stichting de Nationale Sporttotalisator, Aff. C-258/08, Rec. I-4757, pt. 21 ; ou CJUE, 8 septembre 2016, *Domenico Politanò*, Aff. C-225/15, Rec. num., pt. 44).

¹⁹¹ C. TOADER, *op. cit.*, p. 679. La Cour a même souligné que, combiné avec le principe du respect de l'identité nationale, le principe de cohérence n'interdisait l'existence de solutions diverses au sein d'un Etat fédéral, dès lors que les différentes législations coexistant au sein de celui-ci respectaient le principe de proportionnalité (CJUE, 12 juin 2014, *Digibet Ltd. et Gert Albers c. Westdeutsche Lotterie GmbH & Co. OHG*, Aff. C-156/13, Rec. num., pt. 34 et 41).

¹⁹² Pour un exemple, voir : CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, Aff. C-390/12, Rec. num.

¹⁹³ Sur les soubassements moraux possibles de la prégnance de la valeur libre circulation, voir P. MADDALON, « Les implicites moraux en droit de la concurrence et des libertés de circulation », *op. cit.*, p. 132 et s.

¹⁹⁴ Damaso Ruiz-Jarabo COLOMER, conclusions sur CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa e.a.*, Aff. C-196/08, Rec. I-9913, note 7.

¹⁹⁵ P.-Y. MONJAL, *op. cit.*, p. 746 : « En tant que conception inclusive de l'appartenance à l'Union, la maîtrise des procédés juridiques de neutralisations du droit matériel révèle en réalité un degré d'implication élevé des Etats dans leur volonté de mettre en œuvre leurs obligations européennes ».

¹⁹⁶ Et même au-delà puisqu'il a pu se retrouver en matière de concurrence, s'agissant de l'interdiction des ententes (CJUE, 4 septembre 2014, *API SpA e.a. c. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e.a.*, Aff. C-184/13, pt. 53).

suspectés d'être sujets, au favoritisme¹⁹⁷, ainsi que dans le champ de la directive 2000/78 sur l'interdiction des discriminations à raison de l'âge¹⁹⁸.

Parce qu'il repose sur une logique d'honnêteté et de confiance, il est à souhaiter que ce test d'hypocrisie s'étende à l'ensemble des cas de dérogation ou d'exception au principe de libre circulation dans les divers secteurs du marché intérieur, et notamment à l'encontre de l'invocation de l'identité nationale. Il pourra ainsi prendre la forme d'une exigence générale et apparaître comme la contrepartie du développement du critère de l'accès au marché dans l'identification d'une entrave. Il est en effet de nature à reconnaître aux États une part plus importante dans l'identification des préoccupations légitimes qui doivent émerger au niveau européen, sans remettre en cause l'obligation de loyauté qui s'impose à eux dans la construction du marché intérieur.

Conclusion

S'efforçant d'éviter de provoquer une rupture, un rejet¹⁹⁹, la recherche par ajustements successifs de la jurisprudence d'un « équilibre centripète » peut ainsi être comprise comme la conséquence d'une « particularité des libertés de circulation » : par rapport au droit de la concurrence qui est davantage protecteur d'une structure de marché, « les libertés de circulation installent la concurrence là où elle n'a pas encore pu se développer, voire même exister »²⁰⁰ et elles luttent en principe pour ce faire contre l'action des États²⁰¹.

Quoi qu'il en soit de l'« équilibre matériel » ainsi construit – entre l'Europe qui libère et celle qui protège, entre l'Europe qui unifie et celle qui pacifie les différences – à travers ce processus se

¹⁹⁷ On retrouve ainsi le critère de la cohérence dans le domaine des monopoles pharmaceutiques (CJCE, 19 mai 2009, *Commission c. Italie*, Aff. C-531/06, Rec. I-4103, pt. 66 ; CJUE, 1^{er} juin 2010, *Blanco Perez et Chao Gomez*, Aff. jointes C-570 et 571/07, pt. 94 ; Aff. jointes C-171 et 172/07), dans celui de la santé (CJCE, 17 juillet 2008, *Corporación Dermotética SA c. To Me Group Advertising Media*, Aff. C-500/06, Rec. I-5785 ; CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c. Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, Aff. C-169/07, Rec. I-1701), ou encore dans celui de l'attribution de concessions de station essence (CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group Srl c. Comune di Carbognano*, Aff. C-384/08, Rec. I-2055, pt. 91).

¹⁹⁸ CJUE, 21 juillet 2011, *Gerhard Fuchs et Peter Köhler*, Aff. jointes C-159/10 et 169/10, Rec. I-6919, pt. 85.

¹⁹⁹ En ce sens Louis DUBOIS observe-t-il qu'« il est des restrictions proportionnées qui ont pour objectif de faciliter l'unité du marché et non de la rompre » (*op. cit.*, p. 190).

²⁰⁰ P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 89 : « A cet égard, lutter contre l'entrave semble susceptible de susciter plus d'intégration que s'attaquer aux restrictions de concurrence, puisque la lutte contre l'entrave va plus souvent installer la concurrence là où elle joue encore assez peu. La Cour cherche donc à créer des marchés en identifiant des courants d'échange ».

²⁰¹ Voir toutefois sur la question des entraves induites par le comportement d'acteurs privés : F. PICOD, « Les entraves aux libertés de circulation d'origine privée : une denrée communautaire », in *Promenades au sein du droit européen. Mélanges en l'honneur de Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 635-652.

produit nécessairement un mouvement politiquement significatif et dans lequel le juge européen occupe une place essentielle. En effet, si « la libéralisation suscitée par les autorités européennes ne signifie pas nécessairement moins d'intervention de l'autorité politique, mais plutôt la substitution de l'autorité européenne aux autorités nationales »²⁰², on peut penser qu'il y a tout autant d'intervention d'une autorité politique, d'un rapport de force délié à un niveau européen, lorsque les Etats sont autorisés par la Cour à réguler le marché et à freiner la circulation des facteurs de production. C'est bien, dans ce cas aussi, le pouvoir européen qui conditionne l'exercice de la compétence nationale au terme d'un processus dialogique²⁰³.

Il semble par ailleurs se dessiner, dans le discours des juges du Plateau de Kirchberg, une Europe qui reste attentive à l'identité de ses Etats membres, mais qui se protège elle-même également en évitant de perdre, dans la dynamique fonctionnaliste du marché intérieur, son identité propre, c'est-à-dire sa qualité d'organisation d'intégration destinée à favoriser une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens par l'effet d'un processus issu et nourri d'une volonté politique et affectant des Etats souverains. La discussion s'installant à l'occasion des arrêts de la Cour de justice relative au marché intérieur révèle ainsi sa portée réelle. Elle est par nature politique puisqu'elle touche à une question existentielle : celle de la nature de l'Union et à la place des Etats en son sein²⁰⁴.

²⁰² P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 83.

²⁰³ Dans le même sens, à propos des contrats *in house*, voir P.-Y. MONJAL, *op. cit.*, p. 743-803.

²⁰⁴ P. MADDALON, « Réalité politique : qui organise l'accès au marché ? », *op. cit.*, p. 84 : « les Etats doivent subsister comme autorités auxiliaires d'organisation du marché européen. Toute la difficulté consiste évidemment à déterminer l'étendue et l'intensité de cette autorité. (...). Le juge est amené à dire dans quelle mesure l'Etat conserve un titre à organiser le marché national ».