



Brugge

College of Europe  
Collège d'Europe



Natolin

# La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles

Vassilis Hatzopoulos



DEPARTMENT OF  
EUROPEAN LEGAL STUDIES

Research Paper in Law

01 / 2013



College of Europe  
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies  
Etudes Européennes Juridiques

## RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2013

Vassilis Hatzopoulos

### **La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles**

© *Vassilis Hatzopoulos, 2013*

## La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles

Vassilis Hatzopoulos<sup>(\*)</sup>

### I. Introduction

#### I. A. Revue bibliographique

Il y a un paradoxe à propos des justifications aux atteintes à la libre circulation: alors que dans la grande majorité des cas décidés par la Cour l'existence d'une entrave est facilement établie et la solution est donnée sur la base de l'existence et de la proportionnalité des justifications, la doctrine consacre immensurablement plus des développements sur la notion d'entrave que sur celle de justification. En effet, en langue française, en dehors des développements qui leur sont consacrés dans les différents manuels, les analyses sur la/les théorie(s) des justifications peuvent être comptées sur les doigts d'une main.<sup>1</sup> En langue anglaise la situation n'est guère plus impressionnante.<sup>2</sup>

En tant que responsable d'une de ces analyses, parue en 1998, je me permets d'en rappeler le titre: « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout? ». Si les termes employés semblent quelque peu « d'époque », puisqu'ils évoquent l'existence des différences entre chacune des quatre libertés fondamentales du Traité, la question posée demeure d'une actualité absolue. Aussi récemment que dans le numéro 2/2012 de la revue *Europe*, Mme Brunessen Bertrand se posait la question: « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? ».

Quatorze ans plus tard la même question est toujours d'actualité, le thème récurrent étant celui de savoir s'il existe un ensemble cohérent des principes et des règles qui permettent aux Etats membres de maintenir, voire d'introduire, des restrictions aux libertés fondamentales du Traité.

#### I. B. Méthodologie : importance de la jurisprudence « services », exclusion des affaires de taxation

Lorsqu'on était appelé à parler des justifications jurisprudentielles il y a quinze ans ou plus, on commençait par l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Communication affairante de la Commission et, en général, la jurisprudence sur les marchandises. Désormais, et de manière quelque peu provocatrice, on peut dire que la jurisprudence en matière de marchandises est « passée ». En effet, c'est en matière de services et des autres libertés personnelles, ainsi qu'en matière de citoyenneté que la jurisprudence de la

---

(\*) Professeur associé à l'Université Démocrite de Thrace (Grèce), Professeur visiteur au Collège d'Europe, Bruges (Belgique), Maître de conférences honoraire à l'Université de Nottingham (RU), Avocat au Barreau d'Athènes. Copie provisoire - à être publié dans E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (eds.), *L'unité des libertés de circulation : In varietate concordiam*, Bruxelles, Bruylant/Larcier, à paraître, 2013. Commentaires sollicités à [vasshatz@socadm.duth.gr](mailto:vasshatz@socadm.duth.gr).

<sup>1</sup> V. HATZOPOULOS, 'Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout?' (1998) 2 RTDEur 191–236 ; D. MARTIN, '« Discriminations », « Entraves » et « Raisons impérieuses » dans le traité CE: trois concepts en quête d'identité, (partie 1e)' (1998) 34 CDE 261–318 ; et plus récemment B. BERTRAND, 'Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général' (2012) 1 *Europe*, 6-12.

<sup>2</sup> J.M. FERNANDEZ MARTIN, and S. O'LEARY, 'Judicial exceptions to the free provision of services' in M, ANDENAS, and W.H ROTH, (eds), *Services and Free Movement in EU Law* (Oxford: OUP, 2002) 163–95.

Cour est effervescente : qu'on parle du fonctionnement et du financement des systèmes de sécurité sociale et de santé, des questions liées à la moralité publique, du droit syndical et social, des droits liés à la citoyenneté, des SIEGs ou, de manière plus générale, de la protection des droits fondamentaux, ce sont des affaires relatives à la libre prestation de services qui sont porteurs de l'évolution de la pensée de la Cour. Les données quantitatives ne font que confirmer la prééminence de la jurisprudence des services sur celle sur les marchandises. Selon la base des données Eur-Lex, entre 2005 et ce jour la Cour a rendu 307 arrêts classifiés sous la rubrique libre prestation de services, contre seulement 200 sous la rubrique libre circulation de marchandises. De manière plus significative, entre 2010 et ce jour, il y a eu 101 arrêts sur les services contre 54 sur les marchandises. Donc, l'analyse proposée prend en compte cette montée significative de l'importance de la jurisprudence LPS.

Par ailleurs, l'analyse exclura d'emblée les affaires de taxation. En effet, au fil d'une jurisprudence riche et de plus en plus cohérente, la Cour semble utiliser des notions de restriction et de justification quelque peu différenciées dans le domaine fiscal, sans égard à la liberté fondamentale en jeu. Pour des raisons de simplicité, la jurisprudence relative aux entraves fiscales ne sera pas prise en compte.

Sur le plan de la terminologie il convient de préciser qu'après des longues hésitations, désormais aussi bien la Cour que le législateur (dans la Directive Services) emploie les termes « raisons impérieuses d'intérêt général » (RIIGs) pour se référer aux justifications jurisprudentielles aux restrictions aux libertés fondamentales ; c'est le terme qui sera utilisé dans la suite des développements. Par ailleurs, puisque il n'est pas clair si les RIIGs opèrent *ex post* en tant que justification à des restrictions, ou *ex ante* afin de la qualification des mesures nationales, sauf indication contraire, les termes « justifié/justification » seront utilisés de manière générique pour couvrir les deux possibilités.

## **I. C. Annonce du plan**

Il y a quatorze ans, la question se posait de savoir si les quatre libertés étaient soumises chacune à un système de justification différent ou si une théorie unique et cohérente se dégageait pour toutes les quatre. Aujourd'hui si les différences entre libertés posent moins problème, l'hypothèse est plus difficile à formuler, puis vérifier, puisque ce qui fait doute n'est plus seulement les adjectifs « unique et cohérente », mais de manière plus importante, l'existence d'une « théorie » et de ses effets ; le fait même que cette « théorie » serait « justificative » est lui aussi remis en cause.

En effet, à la lecture de la jurisprudence la plus récente, on peut identifier plusieurs éléments qui tendent à l'éclatement et la déconstruction de la catégorie des RIIGs (II). Certains autres éléments, en revanche, offriraient les bases d'une théorisation, mais alors imparfaite et sur des bases quelque peu distinctes des idées généralement reçues (III). Donc on parlera de la déconstruction, puis de la reconstruction d'une théorie des RIIGs.

## **II. Déconstruction**

### **II. A. Confusion entre RIIGs/exceptions expresses**

Les exceptions expresses du traité étant d'interprétation stricte, les RIIGs sont venues offrir plus de flexibilité aux Etats pour protéger des intérêts dignes qui ne figurent point dans le texte du traité. La liste de RIIGs est bien plus longue que les quelques raisons expressément énumérées par le traité. Les RIIGs sont énumérées de manière sommaire dans l'article 4 de la Directive Services et de manière plus

étendue dans les différents manuels et analyses doctrinales.<sup>3</sup> Dans la jurisprudence de la Cour l'utilisation des RIIGs est écrasante par rapport à celle des exceptions expresses. Dans une étude quantitative en matière de services pour la période depuis les débuts de la CEE jusqu'en juin 2009, sur 283 affaires de services mettant en cause 447 mesures restrictives, plus de la moitié était justifiée. Sur un ensemble de plus de 220 mesures justifiées, seulement 47 l'ont été sur la base d'une exception expresse du traité, alors que le reste était maintenu en vertu de quelque RIIG. Cette analyse quantitative, cependant, n'a pas été facile à mener et, partant, a une valeur relative, puisque la distinction entre exceptions expresses et RIIGs se retrouve embrouillée par l'action des trois acteurs : la jurisprudence de la Cour, le législateur, et même le Constituant européens.

## II. A. 1. Dans la jurisprudence

Les RIIGs sont apparues dans la jurisprudence de la Cour pour compléter les exceptions expresses prévues dans le Traité. Il n'est pas inutile de rappeler que ces exceptions ne sont pas les mêmes pour les quatre libertés. En matière de marchandises le Traité est plus généreux avec les EM que pour les autres libertés : à côté de l'ordre et de la sécurité publics, l'article 36 TFUE prévoit aussi des exceptions justifiées par la moralité publique, ainsi que la protection du patrimoine artistique, historique ou archéologique des EM et de la propriété intellectuelle. Il est aussi plus généreux en ce qui concerne la santé, puisqu'il ne se limite pas à la protection de la santé publique mais couvre de manière plus générale la protection de la vie des personnes et des animaux et la préservation des végétaux.<sup>4</sup> Par ailleurs, l'article 65 TFUE prévoit certaines exceptions spécifiques à libre circulation des capitaux.

Ces différences textuelles ont été « corrigées » par la Cour, à un prix : la confusion entre les exceptions expresses et celles d'origine jurisprudentielle. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Schindler* et constamment depuis dans la jurisprudence des libertés personnelles, la moralité publique est traitée comme une RIIG plutôt que comme une expression de la notion d'ordre public élargie. De même, la protection de l'héritage culturel et historique des EM a été reconnue comme RIIG dans les affaires des guides touristiques.<sup>5</sup> Il en va de même pour la protection de la propriété intellectuelle.<sup>6</sup> Ainsi, une première source de confusion découle du fait que le même intérêt est protégé de manière inégale à travers les différentes libertés. En effet, à supposer que les exceptions expresses et les RIIGs ont des effets différents (ce qui est discuté plus loin), cette différence est difficile à expliquer.

La Cour, cependant, n'est pas toujours cohérente sur cette dissociation/distinction entre exceptions expresses et RIIGs et souvent marie les unes aux autres de manière peu claire. Ainsi par exemple dans l'affaire des jeux en ligne en Grèce la Cour jugea que la protection de la moralité, de l'ordre et de la sécurité publics « motifs, qui doivent être considérés dans leur ensemble, se rattachent à la protection des destinataires du service et, plus généralement, des consommateurs ainsi qu'à la protection de l'ordre social, objectifs dont il a déjà été jugé qu'ils sont au

<sup>3</sup> V. parmi les premiers, C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU* (Oxford: OUP, 2011) 149-192 et 479-518 et parmi les seconds V. HATZOPOULOS, *Regulating Services in the EU* (Oxford: OUP, 2012) 146-178.

<sup>4</sup> D'un autre côté les libertés « personnelles » excluent de leur champ d'application l'emploi et/ou la performance des activités liés à la puissance publique, alors qu'aucune clause comparable n'existe dans le Titre relatif aux marchandises.

<sup>5</sup> V. arrêts du 26 février 1991, *Commission c. France*, aff. 154/89, *Commission c. Italie*, aff. C-180/89 et *Commission c. Grèce*, aff. C-198/89, Rec. I-659 et s.

<sup>6</sup> CJUE, 18 mars 1980, *Coditel c. Ciné Vog Films*, aff. 62/79 Rec. 881.

nombre de ceux qui peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général ».<sup>7</sup>

Une troisième source de confusion réside dans le fait que la santé publique, une exception expresse du traité, a occasionnellement été traitée de RIIG.<sup>8</sup> Plus récemment et de manière plus confuse, dans les arrêts sur la mobilité des patients, la santé publique a été traitée ensemble et sur un pied d'égalité, voire comme interchangeable, avec la RIIG tenant au maintien du système de financement d'un système de sécurité sociale.

Le financement d'un système de sécurité sociale et des services publics en général, quant à lui, est une RIIG suffisamment proche et peut se confondre avec l'article 106(2) TFUE et la jurisprudence affairante de la Cour, notamment dans les arrêts *Corbeau*, *Almelo* et *Glöckner*.<sup>9</sup>

Enfin, il n'est pas toujours aisé de tracer la ligne entre les RIIGs qui visent à protéger les intérêts des Etats et la prestation des services d'Etat (comme par exemple la planification de l'infrastructure nécessaire pour les soins de santé, l'approvisionnement en des biens et services stratégiques ou encore l'équilibre des systèmes de sécurité sociale), et les situations où l'exercice d'autorité publique ou la fonction de solidarité excluent l'application des règles du traité dans leur ensemble.<sup>10</sup>

Ainsi, dans son ensemble, la jurisprudence de la Cour n'offre ni certitude ni précision concernant la détermination du domaine de RIIGs et sa délimitation par rapport aux autres considérations expresse et/ou jurisprudentielles qui permettent de mettre de côté les libertés fondamentales du Traité.

## II. A. 2. Dans la Directive Services

La confusion jurisprudentielle est davantage aggravée par un des textes du droit dérivé le plus importants en matière de libre circulation, et en même temps, les moins bien rédigés : la Directive Services. En effet, dans son Article 4 comportant des définitions, la Directive définit les RIIGs comme suit : « des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes: l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale etc ». Elle commence, donc, par énumérer en tant que RIIGs, les exceptions expresse prévues par le traité.

Comme si ceci ne se prêtait pas suffisamment à confusion, la Directive dans son Article 16 l'aggrave davantage en prévoyant que les Etats membres peuvent imposer des restrictions à la libre prestation de services pour quatre raisons, à savoir, les trois exceptions expresse du Traité (ordre, sécurité et santé publics) plus une RIIG, la protection de l'environnement. Il semble, dès lors, que les rédacteurs de la Directive ne se sont pas du tout préoccupés de la distinction entre exceptions expresse et RIIGs.

Par la même, en retenant ces quatre raisons seulement dans l'article 16, les rédacteurs de la Directive ont pensé pouvoir exclure toutes les autres RIIGs, marquant ainsi leur manque d'appréhension vis-à-vis de la fonction des RIIGs. Et ceci à un double titre. D'un point de vue juridique, si les RIIGs sont inhérentes à la

<sup>7</sup> CJUE, 26 octobre 2006, *Commission c. Grèce (jeux en ligne)* aff. C-65/05, Rec. I-10341, att 33, italiques ajoutées.

<sup>8</sup> V. par ex CJUE, 26 juin 1980, *Gilli et Andres*, aff. 788/79, Rec. p. 2071; CJUE 19 février 1981, *Kelderman*, aff. 130/80, Rec. p. 527 ; confusion dissipée déjà dans l'arrêt du 25 juillet 2001, *Aragonesa de Publicidad Exterior SA et Publivia SAE contre Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña*, aff. jtes C-1/90 et 176/90, att. 12-13.

<sup>9</sup> CJUE, 19 mai 1993, *Procédure pénale c Paul Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. p. I-2533 ; CJUE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo ea c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, aff. C-393/92, Rec. p. I-1477 ; CJUE, 25 octobre 2011, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, aff. C-475/99, Rec. p. I-8089.

<sup>10</sup> CJUE, 17 juin 1997, *Sodemare SA et al.*, aff. C-70/95, Rec. p. I-3395; CJUE, 22 mai 2003, *Freskot*, aff. C-355/00, Rec. p. I-5263.

notion de « restriction » et découlent directement de l'interprétation du Traité, comment est-il possible d'en exclure le jeu par un texte du droit dérivé ? D'un point de vue politique, comment est-il possible de mettre de côté la responsabilité des Etats membres vis-à-vis de leurs citoyens à protéger les intérêts jugés dignes, alors même que ces mêmes intérêts ne sont pas suffisamment défendus par l'UE elle-même ?<sup>11</sup>

### II. A. 3. Dans le TFUE : les effets incertains du « mainstreaming » de certaines RIIGs

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, certaines des RIIGs ont été constitutionnalisées, en trouvant leur place notamment dans les dispositions horizontales « d'application générale » (Articles 7-17) du TFUE). Il s'agit en particulier de la protection de l'emploi, la protection sociale, l'éducation et la formation ainsi que la santé (Article 9), de la protection de l'environnement (Article 11), des consommateurs (Article 12), du bien-être des animaux (Article 13) et des modes de financement des services publics (Article 14). Bien que ces dispositions d'application générale ne risquent pas d'avoir d'effets directs, il ne peut être exclu que cette « constitutionnalisation » sélective des certains des intérêts reconnus en tant que RIIGs introduit davantage des clivages et d'incertitudes quant à l'existence d'un corpus unitaire de RIIGs.

## II. B. Incertitude quant aux effets des RIIGs

### II. B. 1. Exclure ou justifier

Le débat lancé, il y a déjà 22 ans, par M. Mattera sur la fonction spécifique des RIIGs n'est toujours pas clos. Cet auteur, en se basant sur une série d'affaires jugées dans les suites de *Cassis de Dijon*, a pu soutenir que les RIIGs n'opèrent pas *ex post* en tant que justifications, mais *ex ante* en ôtant aux mesures sous examen leur qualification de restrictions, évitant ainsi entièrement le jeu des règles de l'UE.<sup>12</sup> Cette vision a un fondement logique solide, puisqu'elle est basée sur l'idée que seul le législateur/constituant peut prévoir/ajouter des exceptions aux libertés fondamentales du traité, alors que la jurisprudence peut seulement agir en amont, au niveau de la qualification des mesures, en admettant que la poursuite d'un intérêt digne exclue la qualification d'entrave. Cette idée trouve davantage de support dans la littérature, surtout américaine, qui veut que seulement les mesures protectionnistes constituent des violations aux accords de libre échange, alors que celles qui poursuivent quelque intérêt légitime, voire un choix particulier, n'en sont pas justiciables.<sup>13</sup>

Cette analyse, cependant, ne se trouve pas appuyée par la jurisprudence la plus récente de la Cour. En effet, dans certains arrêts la Cour traite ensemble les exceptions expresses et les RIIGs, comme ayant un effet justificatif *ex post*. Ainsi, par exemple, dans les arrêts concernant la mobilité des patients la Cour s'exprime de la manière suivante : « il importe de s'assurer, en cas de *justification* tirée d'une exception prévue par le traité, comme, au demeurant, d'une raison impérieuse

<sup>11</sup> Il est rappelé d'ailleurs, que même si l'UE a harmonisé les intérêts en question mais de manière non exhaustive, les EM maintiennent le droit d'intervenir de manière subsidiaire pour réglementer le surplus, v. récemment, CJUE, 28 février 2009, *Commission c. Italie (assurances automobiles)*, aff. C-518/06, Rec. p. I-3491.

<sup>12</sup> A. MATTERA, *Le Marché Unique Européen: ses règles, son fonctionnement* (Paris: Jupiter, 1990), 274-5.

<sup>13</sup> D. REGAN, 'Judicial Review of Member-State Regulation of Trade within a Federal or Quasi-federal system: Protectionism and Balancing, *Da Capo*' (2001) 99 *Michigan L Rev* 1853-902; D. REGAN, 'What Are Trade Agreements For?: Two Conflicting Stories Told by Economists, with a Lesson for Lawyers' (2006) 9 *J Int Economic L* 951-88.

d'intérêt général, que les mesures prises à ce titre n'excèdent pas ce qui est objectivement nécessaire ». <sup>14</sup> Dans d'autres arrêts, cependant, notamment les arrêts récents concernant les jeux de hasard, la Cour distingue entre les exceptions expresses et les RIIGs de la manière suivante : « Il convient d'examiner dans quelle mesure la restriction en cause au principal peut être *admise* au titre des mesures dérogatoires expressément prévues aux articles 45 CE et 46 CE, applicables en la matière en vertu de l'article 55 CE, *ou justifiée*, conformément à la jurisprudence de la Cour, par des raisons impérieuses d'intérêt général ». <sup>15</sup> Dans ces affaires la Cour semble adopter la vision inverse de celle exprimée par M. Mattera. Dans d'autres arrêts tout aussi récents, la Cour semble accepter cette même thèse qu'elle nie dans les arrêts susmentionnés, qu'une « restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services peut être *admise* s'il s'avère qu'elle répond à des raisons impérieuses d'intérêt général ». <sup>16</sup> De manière encore plus surprenante, voire inquiétante, dans son arrêt récent sur les jeux de hasard en Autriche, la Cour commence par énoncer la règle générale qu'une « telle restriction à la libre prestation des services peut être *admise* à titre de mesure dérogatoire expressément prévue aux articles 45 CE et 46 CE, ... ou *justifiée*, conformément à la jurisprudence de la Cour, par des raisons impérieuses d'intérêt général » pour ensuite admettre que la mesure en cause « constitue une restriction discriminatoire qui ne peut, dès lors, être *justifiée* que par l'un des motifs énoncés à l'article 46 CE, à savoir la protection de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique ». <sup>17</sup>

En vue de la jurisprudence qui vient d'être évoquée il peut être assumé que la Cour est agnostique quant au débat théorique lancé par M. Mattera, débat pourtant ayant un fondement intellectuel solide et des conséquences normatives importantes.

## II. B. 2. Mesures discriminatoires ou non discriminatoires ?

Si la distinction entre mesures admises/justifiées peut être mise de côté comme étant dénuée d'effets juridiques concrets – une vision que personnellement je ne partage pas – il n'en va certainement pas de même pour la question de savoir si les RIIGs peuvent sauver seulement des mesures non-discriminatoires ou si, au contraire, elles peuvent aussi servir de justifications à des mesures discriminatoires. Or, à ce propos aussi, la Cour semble manquer de cohérence.

Différentes tendances peuvent se dégager. Dans plusieurs cas, comme il a été relevé, la Cour traite ensemble les exceptions expresses et les RIIGs sans distinguer si la mesure visée est discriminatoire ou non. <sup>18</sup> Dans d'autres cas, la Cour applique uniquement les RIIGs sans que la question ne soit posée, ni répondue, de la nature (discriminatoire ou non) des mesures. <sup>19</sup> Les cas où la Cour permet le maintien des mesures discriminatoires sur la base des RIIGs ne manquent pas. <sup>20</sup> Enfin, il y a des

<sup>14</sup> CJEU, 13 mars 2003, *Müller Fauré*, aff. C-385/99, Rec. p. I-4509, att. 68.

<sup>15</sup> V. par exemple CJUE 8 septembre 2009, *Ligva Portuguesa c. Bwin*, aff. C-42/07, Rec. I-p. 7633, att. 55.

<sup>16</sup> V. par exemple *Commission c. Italie (assurances automobiles) supra* n. 11, att. 72.

<sup>17</sup> CJUE, 15 septembre 2011, *Dickinger et Ömer*, aff. C-347/09, nep, att. 42 et 79, respectivement.

<sup>18</sup> V. par exemple les affaires de santé, de manière plus représentative CJUE, 28 avril 1998, *Köhl*, aff. C-158/96, Rec. p. I-1931; CJUE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, Rec. p. I-5473; CJUE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré et E.E.M. van Riet*, aff. C-385/99, Rec. p. I-4509; CJUE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, Rec. p. I-4325; v. aussi CJUE, 13 juillet 2004, *Commission c. France (publicité des alcools)*, aff. C-262/02, Rec. p. I-6569.

<sup>19</sup> CJUE, 15 mai 1997, *Futura Participations SA & Singer c. Administration des Contributions* aff. C-250/95, Rec. I-2471; CJUE, 28 avril 1998, *Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas Län*, aff. C-118/96, Rec. p. I-1897; v. aussi *Köhl*, dans la note précédente.

<sup>20</sup> CJUE, 28 février 1992, *Bachmann c. Belgique*, aff. C-204/90, Rec. p. I-249.

cas où la Cour « travestit » de non-discriminatoire une mesure clairement discriminatoire afin de pouvoir la sauver par une RIIG.<sup>21</sup>

Dans la grande majorité des cas, cependant, la Cour suit l'orthodoxie inaugurée depuis les arrêts *Van Binsbergen* et *Cassis de Dijon*, selon laquelle les RIIGs peuvent seulement sauver des mesures non-discriminatoires.<sup>22</sup> Cette orthodoxie, occasionnellement mise de côté, comme décrit ci-dessus, fait un retour en force dans la jurisprudence récente de la Cour.<sup>23</sup> Il s'agit là d'une règle historiquement fondée sous deux perspectives, au moins. Puisque les RIIGs ont été inventées pour compenser le fait que des mesures non discriminatoires puissent tomber sous le coup des libertés du traité, il est tout à fait logique que les RIIGs ne servent de justification qu'aux seules mesures non-discriminatoires. De plus, les mesures discriminatoires, par nature contraires à la logique d'un marché intérieur ne devraient être qu'exceptionnellement maintenues, en vertu d'exceptions expresses restrictivement admises.

Cette orthodoxie, cependant, devrait être relativisée du moins pour trois séries de raisons. D'une part, il y a un grand corps de jurisprudence qui ne supporte pas une distinction entre mesures discriminatoires/non discriminatoires. En effet, l'expérience de plus de 50 ans d'application du droit de l'Union a bien montré qu'il peut y avoir des objectifs nationaux légitimes qui ne peuvent être poursuivis effectivement que par des mesures introduisant quelque degré de discrimination. Dans de telles situations la Cour joue avec la notion de discrimination, de deux manières : soit elle ferme les yeux à la nature discriminatoire des mesures en cause,<sup>24</sup> soit, de manière plus sophistiquée, elle joue avec la règle selon laquelle une discrimination existe lorsque on traite de manière différente des situations similaires ou de manière similaire des situations différentes. Dans les deux cas la Cour porte préjudice à la cohérence et à la sécurité juridique. Deuxièmement, le fait que la notion de discrimination elle-même soit extrêmement fluide et qu'il y ait autant des définitions/gradations de la discrimination qu'il y a des auteurs écrivant à ce sujet, rend toute règle subséquente basée sur cette distinction très imprécise et d'application incertaine. Cette distinction est davantage obscurcie, troisièmement, par le fait qu'aussi la distinction entre exceptions expresses et RIIGs est loin d'être claire.<sup>25</sup>

En concluant sur ce point, on peut dire que la jurisprudence de la Cour en matière des RIIGs est assez floue sur la question de savoir si celles-ci peuvent, à côté des mesures non-discriminatoires, justifier aussi des mesures discriminatoires. Même si dans la jurisprudence la plus récente une réponse négative semble se dégager, elle-même avec des nuances et des astérisques, celle-ci ne peut, par définition, être systématique puisque la notion de discrimination est peu claire en soi.

### III. Reconstruction d'une théorie des RIIGs

#### III. A. Une catégorie nécessaire

##### *III. A. 1. Par ses couches – un conditionnement à l'application du jeu de la reconnaissance mutuelle*

<sup>21</sup> CJUE, 9 juillet 1992, *Commission c. Belgique (Déchets Wallons)*, aff. C-2/90, Rec. p. I-4431.

<sup>22</sup> CJUE, 3 décembre 1974, *van Binsbergen*, aff. 33/74, Rec. p. 1299 ; CJUE 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, Rec. 649.

<sup>23</sup> CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, Rec. p. I-11767, att. 117 ; CJUE, 1 octobre 2009, *Commission c. Belgique (travailleurs détachés)* Rec. p. I-9213 ; CJUE, 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne (taxation des jeux et paris)*, aff. C-153/08, Rec. p. I-9735.

<sup>24</sup> Comme par ex. dans l'affaire des *Déchets Wallons*, *supra* n. 21.

<sup>25</sup> V. les développements ci-dessus sous III.A.

L'existence des RIIGs a été reconnue par la CJEU, pour la première fois, dans les mêmes arrêts fondateurs qu'a instaurés le principe de reconnaissance mutuelle. Selon les termes de cette jurisprudence la reconnaissance mutuelle est une obligation générale, imposée aux Etats membres dans toute circonstance, notamment en l'absence de toute harmonisation.<sup>26</sup> L'obligation ainsi imposée au domaine d'application *a priori* indéterminé, n'est cependant pas absolue. Les Etats membres maintiennent la possibilité, pour des RIIGs, de résister à cette obligation. Chaque fois que la même RIIG n'est pas protégée dans l'Etat membre d'origine et dans celui d'accueil, ou qu'elle n'est pas poursuivie avec une rigueur comparable, l'Etat d'accueil est en droit de refuser le jeu de la reconnaissance mutuelle.<sup>27</sup>

En revanche, les Etats membres ne sont pas en droit d'imposer leurs propres exigences, et donc de refuser la reconnaissance mutuelle, lorsque les intérêts en présence sont déjà protégés par un texte du droit de l'Union. Dans le domaine de compétences mixtes, l'action autonome des États membres visant à la protection des intérêts légitimes est exclue au fur et à mesure que ces intérêts sont pris en charge par la législation de l'Union.<sup>28</sup> En d'autres termes l'application des RIIGs est soumise au principe de la préemption européenne. Cette évidence, déjà exprimée dans les arrêts fondateurs (*Van Binsbergen* et *Cassis de Dijon*) a été rappelée par la Cour à maintes reprises.<sup>29</sup> L'harmonisation européenne, cependant, n'exclut les pouvoirs des Etats membres que pour autant qu'elle est complète ; dans le cas d'harmonisation partielle ou minimale les Etats membres gardent des pouvoirs résiduels pour protéger les intérêts non couverts par l'harmonisation, ou pour atteindre un niveau plus élevé de protection que celui assuré par le texte commun.<sup>30</sup>

### *III. A. 2. Par les besoins d'application actuels du droit de l'UE – une contrepartie au dépassement du critère de discrimination*

C'est sur la base des arrêts fondateurs dans *Dassonville*, *Van Binsbergen* et *Cassis de Dijon* et de la jurisprudence postérieure en matière de services,<sup>31</sup> des travailleurs salariés<sup>32</sup> et des travailleurs indépendants<sup>33</sup> que la Cour a consacré le principe que les libertés fondamentales du traité n'épuisent pas leurs effets aux seules mesures discriminatoires des Etats membres, mais prohibent aussi des simples restrictions.

Cette position, pourtant clairement exprimée dans la jurisprudence de la Cour, n'a pas été reçue sans difficulté par la doctrine. En effet, les écrits positivistes de G. Marengo<sup>34</sup> qui trouvait que toutes les affaires où une mesure nationale avait été censurée par la Cour impliquaient une discrimination – ne serait-ce indirecte ou discrète – ont été suivis par des écrits plus normatifs doutant de la capacité et de la

<sup>26</sup> Pour une analyse approfondie du rôle du principe de la reconnaissance mutuelle en matière de services v. V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services* (Athènes/ Bruxelles: Sakkoulas/ Bruylant, 1999) ; et plus récemment v. par le même auteur, 'Le principe de la reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services' (2010) 45 *CDE* 48-93.

<sup>27</sup> Pour une expression claire de cette idée v. *Dickinger et Ömer* att. 96-98.

<sup>28</sup> V. E. CROSS, 'Preemption of Member States in EEC: A framework for analysis' (1992) *CMLRev* 447.

<sup>29</sup> V. par ex en matière de biens CJUE, 23 février 1988, *Commission c. France* (« Succédanés de lait en poudre ») aff. 216/84, Rec. p. 793, att. 6 ; en matière d'établissement v. CJUE, 28 avril 1977, *Thieffry*, aff. 71/76, Rec. p. 765, att. 16 ; en matière de services v. CJUE, 29 mai 1997, *Paul Denuit*, aff. C-14/96, Rec. p. I-2785.

<sup>30</sup> V. récemment, et de manière quelque peu contestable, *Commission c. Italie (assurances auto)*.

<sup>31</sup> CJUE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, Rec. p. I-4221.

<sup>32</sup> CJUE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. p. I-4921.

<sup>33</sup> CJUE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165.

<sup>34</sup> G. MARENCO, 'Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative' (1984) 19 *CDE* 291-364.

légitimité de l'UE à intervenir sur des mesures nationales qui ne sont aucunement protectionnistes.<sup>35</sup> Ces voix ont été reçues par la Cour et ont soutenu le revirement spectaculaire de la Cour dans *Keck et Mithouard*.<sup>36</sup> C'est pour faire face à ces critiques que l'Avocat Général Jacobs avait proposé un critère *de minimis* dans ses fameuses conclusions dans l'affaire *Leclerc-Siplec*.<sup>37</sup> Ces mêmes voix, sont devenues davantage plus puissantes et plus convaincantes en vue de la crise de confiance des citoyens envers l'UE, et en vue de l'évaporation de la confiance mutuelle entre les Etats membres dans la conjoncture actuelle de crise économique et financière.<sup>38</sup>

Ce sont ces mêmes voix qui se trouvent derrière la jurisprudence récente en matière des jeux de hasard où la Cour relaxe de manière « violente » les obligations de reconnaissance mutuelle pesant sur les EM de même que son propre contrôle de la proportionnalité des mesures nationales.

A bien y voir, dans sa jurisprudence la plus récente, aussi bien en matière de biens<sup>39</sup> qu'en matière de services,<sup>40</sup> la Cour affiche son attachement au critère de « l'accès au marché » qui va bien au-delà de la non-discrimination.<sup>41</sup> Par la même, cependant, la Cour se rend compte du fait qu'elle ne peut pas censurer toute mesure nationale ayant quelque incidence sur la circulation des marchandises, des services et des personnes, sans laisser aux Etats membres une certaine marge de manœuvre pour protéger des intérêts tout aussi dignes que les libertés de circulation. Ainsi, d'un côté la Cour affirme sa détermination à étendre son contrôle sur des mesures nationales non discriminatoires (affaires d'accès au marché),<sup>42</sup> mais d'un autre coté elle affiche sa déférence accrue vis-à-vis des mesures nationales justifiées par une RIIG (affaires des jeux du hasard).

Dans ces conditions, aujourd'hui plus que jamais, l'existence d'une théorie des RIIGs accommodant la marge de manœuvre des Etats membres apparaît comme la contrepartie indispensable pour le dépassement du critère de discrimination dans le cadre des libertés fondamentales de l'UE.

### III. B. Un domaine d'application de plus en plus précis : l'applicabilité des RIIGS sur des mesures ayant un objectif économique

<sup>35</sup> E.L. WHITE, 'In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty' (1989) 26 *CML Rev* 235–80.

<sup>36</sup> CJUE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. join. C-267 et 268/91, Rec. I-6097.

<sup>37</sup> CJUE, 9 février 1995, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité et M6 Publicité*, aff. C-412/93, Rec. p. I-179, conclusions de l'AG Jacobs présentées le 24 novembre 1994.

<sup>38</sup> C. BARNARD, 'Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?' (2009) 68 *Cambridge LJ* 575–606 et J. SNELL, 'The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?' (2010) 47 *CML Rev* 437–72.

<sup>39</sup> CJUE, 10 février 2009, *Commission c. Italie (remorques)*, aff. C-110/05, Rec. p. I-519; CJUE, 4 juin 2009, *Åklagaren c. Percy Mickelsson and Joakim Roos*, aff. C-142/05, Rec. p. I-4273, att. 28; ainsi que CJUE, 10 avril 2008, *Commission c. Portugal (films pour parebrises)*, aff. C-265/06, Rec. p. I-2245.

<sup>40</sup> *Commission c. Italie (assurances automobiles)* supra n. 11.

<sup>41</sup> Sur cette jurisprudence récente v. entre autres A. FROMONT, et CH. VERDURE, 'La consécration du critère de l'« accès au marché » en matière de libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?' (2011) *RTDEur* 47 :4, 717-48 ; De N. SADELEER, 'L'examen, au regard de l'article 28 CE, des règles nationales régissant les modalités d'utilisation de certains produits' (2009) 162 *Journal du droit européen* 247-50; A. RIGAU, 'Définition des mesures d'effet équivalent' (2009) 19:4 *Europe* 20-2 ; T. HORSLEY, 'Annotation: Case C- 110/05, Commission v Italy (trailers) [2009] nyr' (2009) 46 *CML Rev* 2001-19; M. DERLEN, and J. LINDHOLM, 'Article 28 EC and rules on use: a step towards a workable doctrine on measures having equivalent effect to quantitative restrictions' (2010) 16 *Columbia J of Eur L* 191-231; C. BARNARD, 'Trailing a new Approach to free Movement of Goods?' (2009) 68 *Cambridge L J* 288-90; E. SPAVENTA, 'Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in Commission v Italy and Mickelsson and Roos' (2009) 15 *EL Rev* 914-32; L. GORMLEY, 'Free movement of goods and their use – What is the use of it?' (2010) 33 *Fordham Int'l L.J.* 1589-628; P. OLIVER, 'Of Trailers and Jet-Skis: Is the Case law on Article 34 TFEU Hurling in a New Direction' (2010) 33 *Fordham Int'l LJ* 1423-71.

<sup>42</sup> Cités ci-dessus n. 39.

Selon les termes de sa jurisprudence, la Cour n'applique pas les RIIGs pour justifier des mesures nationales de nature économique. La réalité est quelque peu plus nuancée. En effet, dans certains cas la Cour<sup>43</sup> a) fait une interprétation étroite de la notion de restriction afin d'éviter la question de la justification dans son ensemble,<sup>44</sup> b) associe la raison économique avec d'autres exceptions expresses telle que la santé publique,<sup>45</sup> c) applique les RIIGs à des mesures de nature économique sans admettre qu'elle le fait.<sup>46</sup> Dans l'autre extrême, il y a des cas où la Cour privilégie le caractère économique de certaines mesures en ignorant, par la même, d'autres intérêts qui sont mis en jeu.<sup>47</sup>

Il est soumis, cependant, que cette jurisprudence qui a l'air alambiquée au premier abord, dévient relativement cohérente d'après le critère de répartition suivant : sont admises par la Cour des mesures structurantes du marché ayant des effets macro, telles la continuité de l'approvisionnement en bien ou service important pour la société, la cohérence du système fiscal, l'équilibre du système de sécurité sociale, mais ne le sont pas des mesures conjoncturelles ayant des effets microéconomiques.

### III. C. Un contrôle de proportionnalité aux confins de plus en plus visibles

#### III. C. 1. Un test bien poussé

L'application des RIIGs est soumise au respect du principe de proportionnalité. Cette évidence découle non seulement des termes de la jurisprudence de la Cour, mais aussi – et surtout – de la logique du traité. Comme l'explique T. Tridimas, « du moment où les règles sur la liberté de circulation vont au-delà de l'égalité de traitement et exigent que l'accès au marché soit assuré, tout obstacle à la libre circulation devient une restriction illégitime, sauf s'il est objectivement justifié. Sous ce modèle la proportionnalité s'avère comme le critère décisif pour déterminer la ligne de partage entre restrictions légitimes et illégitimes ».<sup>48</sup>

#### III. C. 1. a. Le double/triple test

La notion de proportionnalité, par nature extrêmement flexible, a nourri un débat doctrinal sur son contenu exact et sur les tests concrets qu'elle comporte. Selon la vision dominante le test de proportionnalité comporte deux branches, à savoir un qualitatif de la *capacité* de la mesure d'atteindre l'objectif affiché, et un quantitatif de la *nécessité* du niveau de restriction imposée par la mesure en cause.<sup>49</sup> Cette vision semble être supportée par la formule *Gebhard*, constamment reprise dans les arrêts de la Cour.<sup>50</sup> Selon ces termes le contrôle de proportionnalité n'examine pas la validité de l'objectif réglementaire poursuivi par l'Etat membre, mais se limite à l'examen des mesures alternatives qui pourraient atteindre ce même objectif.

<sup>43</sup> Pour les trois tendances décrites v. de plus amples exposés dans J. SNELL, 'Economic aims as justifications for restrictions to free movement' in A. SCHRAUWEN, (ed), *Rule of Reason: Rethinking Another Classic of European Legal Doctrine* (Groningen: Europa Law Publishing, 2005) 37–56, p. 37.

<sup>44</sup> CJUE, 17 juin 1997, *Sodemare SA et al.* aff. C-70/95, Rec. p. I-3395.

<sup>45</sup> *Smits Peerbooms*, supra n. 18.

<sup>46</sup> *Köhl*, supra n. 18.

<sup>47</sup> CJUE, 5 juin 1997, *SETTG c. Ypourgos Erasias*, aff. C-298/95, Rec. p. I-3091.

<sup>48</sup> T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law* (Oxford: OUP, 2006, 2nd éd), p. 196, traduction du présent auteur.

<sup>49</sup> *Ibid*, p. 139, où référence est faite à plus de jurisprudence.

<sup>50</sup> CJUE, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard v Consiglio dell' Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165, att. 37.

Certains auteurs, cependant, inspirés par la doctrine allemande de proportionnalité soutiennent que, tantôt au sein de l'examen de la *nécessité*, tantôt de manière autonome, la Cour opère occasionnellement un troisième test, celui de la proportionnalité *stricto sensu*. Ce test consisterait à mettre sur la balance d'un côté les objectifs servis par la mesure nationale et d'autre part ceux poursuivis par l'UE. Plusieurs arrêts de la Cour supportent une telle vision, commençant par l'arrêt fondateur *Säger*,<sup>51</sup> où la Cour a jugé que la protection des détenteurs des brevets ne pouvait pas l'emporter sur la liberté de circulation ; en passant par les arrêts sur les travailleurs détachés, tel l'arrêt *Mazzoleni* et *Portugaia Construções* où la Cour a jugé que l'objectif d'assurer l'égalité de rémunération des travailleurs devrait être mesuré contre la charge administrative et financière que cela représentait pour l'employeur ;<sup>52</sup> pour finir avec les arrêts *Viking* et *Laval* où la Cour a expressément mesuré la valeur du droit à l'action collective contre celle de la libre circulation.<sup>53</sup>

Il est évident que si un tel troisième test de proportionnalité devrait être généralisé, cela mènerait à des situations de concurrence réglementaire sauvage, puisque les objectifs réglementaires d'un Etat membre seraient régulièrement mesurés contre ceux des autres Etats membres et de l'UE. Par la même, le rôle du juge, national et européen, serait dramatiquement augmenté au dépens du rôle du législateur. Enfin, la répartition verticale des compétences, entre Etats membres et UE, en serait profondément affectée. La Cour semble consciente de ce risque, notamment à la suite des critiques exprimées à l'occasion des arrêts *Viking* et *Laval*. Ainsi, dans les arrêts récents concernant les jeux du hasard la Cour prend clairement ses distances vis-à-vis d'un tel test de vraie proportionnalité. Elle déclare de manière péremptoire que « la nécessité et de la proportionnalité des dispositions ... doivent seulement être appréciées au regard des objectifs poursuivis par les autorités compétentes de l'Etat membre concerné et du niveau de protection qu'elles entendent assurer ».<sup>54</sup>

### III. C. 1. b. Le contrôle de la cohérence et de la systématique

Ce test externe et dangereux pourrait être complètement abandonné et être remplacé par le test, systématiquement développé ces dernières années par la Cour, de la cohérence et de la systématique des mesures nationales restrictives. Ce test introduit pour la première fois de manière expresse dans l'arrêt *Gambelli* de 2003, a été constamment repris depuis.<sup>55</sup> Le test de la cohérence est interne à la réglementation et examine si la restriction imposée fait partie d'un ensemble des mesures poursuivant le même objectif ou si elle est imposée de manière isolée et/ou arbitraire (auquel cas la mesure aura un parfum protectionniste). C'est à ce test qu'a échoué la législation autrichienne dans *Hartlauer*, puisqu'elle prohibait l'établissement de nouvelles cliniques dentaires alors qu'elle permettait l'implantation des pratiques de groupe ayant les mêmes caractéristiques.<sup>56</sup> De même la législation espagnole dans *Dermoestetica* a échoué à ce même test, puisqu'elle prohibait la

<sup>51</sup> Supra n. 31.

<sup>52</sup> CJUE, 15 mars 2001, *Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, aff. C-165/98, Rec. p. I-2189 ; CJUE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Lda*, aff. C-164/99, Rec. p. I-787.

<sup>53</sup> CJUE, 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. p. I-10779 ; CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, Rec. p. I-11767.

<sup>54</sup> CJUE, 15 septembre 2011, *Dickinger et Ömer*, aff. C-347/09, nep, att. 97.

<sup>55</sup> CJUE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, Rec. p. I-13031. Pour ce test v. G. MATHISEN, 'Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member State Measures Restricting Free Movement' (2010) 47 *CML Rev* 1021-48.

<sup>56</sup> CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, Rec. p. I-1721.

publicité de services de chirurgie esthétique dans la presse nationale mais la permettait dans la presse locale.<sup>57</sup>

Le test de la systématique, d'un autre côté, est externe à la mesure en cause et examine comment celle-ci s'intègre dans l'ensemble du cadre réglementaire affectant l'activité en question dans l'EM concerné. Ainsi, par exemple, dans les affaires des jeux du hasard en Italie, les mesures pénales pour la poursuite des activités de ce type ne forment pas un ensemble suffisamment systématique avec des politiques expansives pour la diffusion de ces mêmes jeux.<sup>58</sup>

Ce test de cohérence et de systématique peut-être très utile, à trois titres. D'abord il opère à l'intérieur de chaque ordre juridique national et ne sonne pas les trompettes de la concurrence réglementaire sauvage. Ensuite, il s'agit d'un test moins abstrait que ceux de la capacité et de la nécessité, permettant de sonder l'essence même des mesures nationales restrictives. Ainsi il apparaît plus objectif et plus prévisible, tout en servant de « test d'hypocrisie », ou tout le moins de test d'efficacité du cadre réglementaire national.<sup>59</sup> C'est sur ce point qu'il convient d'insister, troisièmement : l'identification des mesures réglementaires incohérentes et/ou contradictoires est un objectif de tout système réglementaire moderne. Plusieurs instruments sont mis en œuvre à cette fin dans le cadre des efforts de réforme réglementaire entrepris systématiquement ces derniers ans au niveau national, à celui de l'UE et de l'OCDE. Le contrôle par le juge, national et de l'Union, y ajoute encore un moyen.

### III. C. 2. Catégories spéciales

#### III. C. 2. a. Moralité – Solidarité

Il est certaines catégories des RIIGs qui échappent au contrôle poussé de proportionnalité. Il en est notamment ainsi de la moralité et de la solidarité. Alors que les raisons politiques pour la déférence affichée par la Cour courent en parallèle, la situation juridique se décrit en des termes différents pour chacune de ces raisons justificatives.

La moralité publique a été soulevée devant la CJUE pour des affaires concernant les biens pornographiques, la prostitution, les jeux de hasard et d'autres activités portant atteinte à la dignité humaine.<sup>60</sup> La moralité publique apparaît comme exception expresse dans l'article 36 TFUE pour les marchandises, alors qu'elle a été instituée en tant que RIIG dans le cadre de toutes les autres libertés. Une première conséquence de cette différence textuelle a été que, dans les libertés autres que les marchandises, la moralité n'a pas été traitée comme une manifestation de l'ordre public, mais comme une RIIG à part entière. Déjà dans les affaires de biens pornographiques (où la Cour applique l'article 36 TFEU), puis dans les affaires des jeux de hasard commençant par *Schindler* (où la Cour érige la moralité en RIIG), la Cour exprime l'idée que les différences d'ordre morale justifient une grande latitude d'appréciation en faveur des États membres et, corrélativement, un contrôle très

<sup>57</sup> CJUE, 17 juillet 2008, *Corporación Dermoestética SA*, aff. C-500/06, Rec. p. I-5785.

<sup>58</sup> V. *Gambelli supra* n. 55 ; CJUE, 6 mars 2007, *Placanica e.a.*, aff.jtes C- 338, 359 et 360/04, Rec. p. I-1891 ; et, plus récemment, CJUE, 16 février 2012, *Costa et Cifone*, aff.jtes C-72 et 77/10, nep.

<sup>59</sup> Le terme 'test d'hypocrisie' a été introduit par l'AG Mengozzi dans ces conclusions dans les aff. jtes C-316/07, C-409–410/07 & C-358-360/07 *Markus Stoß, Avalon Service-Online-Dienste GmbH and Olaf Amadeus Wilhelm Happel v Wetteraukreis and Kulpa Automatenservice Asperg GmbH, SOBO Sport & Entertainment GmbH and Andreas Kunert v Land Baden-Württemberg* [2010] nyr (AG), par. 50.

<sup>60</sup> Pour le rôle de la moralité publique dans la jurisprudence de la Cour relative à la libre circulation v. P. HETSCH, 'Émergence de valeurs morales dans la jurisprudence de la CJUE' (1982) 18 *RTDEur* 511–25 ; et avant ça, L. CATCHPOLE, and A. BARAV, 'The Public Morality Exception and the Free Movement of Goods: Justification of a Dual Standard in National Legislation?' (1980) 7 *LIEI* 1–21.

limité de la proportionnalité de la part de la CJUE. Par ailleurs, la Cour se déclare prête à reconnaître l'existence de différences importantes entre les Etats membres dans ce domaine. Son contrôle s'applique à la marge, et porte surtout sur la « cohérence » des mesures nationales : si l'activité moralement répréhensible est tolérée,<sup>61</sup> ouvertement pratiquée, voire même activement encouragée,<sup>62</sup> lorsqu'elle est pratiquée par les nationaux de l'Etat membre en question, la mesure nationale en cause sera condamnée. Dans tous les autres cas les Etats auront une grande marge d'appréciation aussi bien du niveau que du contenu de la moralité publique qu'ils entendent protéger.

Les activités qui constituent des manifestations de la solidarité ont un double traitement sous le droit de l'UE. Si la solidarité est clairement prééminente les activités sont, en tant que telles, qualifiées de non-économiques et sont d'emblée, exclues du champ d'application du traité. Les critères qui sont pris en compte par la Cour afin de déterminer le degré de solidarité des différentes activités sont peu clairs et opèrent au cas par cas.<sup>63</sup> Ainsi des caisses d'assurance obligatoire pour la vieillesse (*Poucet*), les accidents du travail (*Kättner*) ou les intempéries (*Freskot*), ainsi que l'organisation des maisons de vieillesse (*Sodemare*) ont été considérées comme échappant aux règles du traité.<sup>64</sup> Du côté opposé des caisses d'assurance vieillesse supplémentaire ont été jugées comme relevant des règles du traité (trilogie).<sup>65</sup> Ces dernières affaires expriment la deuxième fonction que la solidarité peut avoir, lorsqu'elle n'est pas prééminente au point d'exclure une activité dans son ensemble des règles du traité : celle d'une RIIG.

Les Etats membres, en fonction de leurs traditions sociales et de leurs majorités politiques, sont les principaux décideurs du degré de solidarité qui sera incorporé dans les différentes activités ; ce sont les Etats membres qui décident quelles activités seront organisées en tant que « services d'intérêt général non économiques » et « services d'intérêt économique général ». Comme avec la moralité publique, le contrôle de la Cour opère à la marge et est limité au contrôle de l'erreur manifeste.<sup>66</sup>

### III. C. 2. b. La question des droits fondamentaux

Le fait que la protection des droits fondamentaux préoccupe de manière croissante la Cour est amplement documenté et il n'est pas nécessaire d'y revenir dans le cadre

<sup>61</sup> CJUE, 18 mai 1982, *Adoui et Cornuaille c. Belgique*, aff. jtes 115 et 116/81, Rec. p. 1665.

<sup>62</sup> Elément soulevé dans tous les arrêts concernant la législation italienne des jeux du hasard, cités ci-dessus à la n. 58.

<sup>63</sup> V. pour un essai de systématisation v. le paquet Almuna récemment adoptée : Communication sur les l'application des règles sur les aides publiques à la prestation des SIEGs, [2012] OJ C 8/4; Décision de la Commission sur l'application de l'article 106(2) TFUE [2012] OJ L 7/3; Communication 'Encadrement européen' [2012] OJ C 8/15; et un projet de Règlement pour les aides *de minimis* liées aux SIEGs [2012] OJ C 8/23; pour une première discussion de ce paquet v. L. IDOT, 'SIEG' *Europe* 2012 (2), Com. 87 ; D. GERADIN, 'Editorial for the new SGEI Package' (2012) *Journal of European Competition Law and Practice*; v. aussi le n° spécial de la revue *Concurrences* 4-2011 'Vers un nouveau droit européen des services d'intérêt (économique) général?'.

<sup>64</sup> CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH*, aff. C-350/07, Rec. p. I-1513; CJUE, 22 mai 2003, *Freskot*, aff. C-355/00, Rec. p. I-5263; CJUE, 17 juin 1997, *Sodemare SA et al.*, aff. C-7095, Rec. p. I-3395.

<sup>65</sup> Arrêts du 21 septembre 1999, dans les affaires C-67/96 *Albany*, Rec. I-5751; aff. jtes C-115–157/97 *Brentjens Handelsonderneming BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen* Rec. p. I-6025; et C-219/97 *Maatschappij Drijvende Bokken BV v Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer-en Havenbedrijven* Rec. p. I-6121; sur ces affaires v. L. IDOT, 'Droit Social et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation: A propos de quelques développements récents'(1999) 9:11, *Europe* 4–8.

<sup>66</sup> CJUE, 12 février 2008, *BUPA*, aff. T-289/03, Rec. p. II-81.

de la présente contribution.<sup>67</sup> Cette remontée en importance des droits fondamentaux influe sur leur rôle en tant que modérateurs du fonctionnement du marché intérieur.

Le fait que les droits fondamentaux peuvent être invoqués pour limiter les libertés du traité a été reconnu pour la première fois de manière expresse dans *Schmidberger*.<sup>68</sup> Dans cette affaire mettant à la balance la liberté d'expression et d'assemblée (articles 10 et 11 CEDH) d'un côté et la libre circulation des marchandises de l'autre, la Cour, après un contrôle étendu de la proportionnalité, jugea en faveur de la mesure nationale privilégiant la CEDH. Dans *Omega*,<sup>69</sup> quelques années plus tard la Cour évita tout contrôle de proportionnalité et jugea en faveur de la mesure allemande qui restreignait la prestation de services afin de protéger (une version quelque peu poussée de) la dignité humaine. Dans *Viking* et *Laval* où le droit fondamental de grève était en balance contre la libre prestation de services, la Cour effectua un contrôle de proportionnalité assez poussé, comme dans *Schmidberger*, mais cette fois-ci conclut en faveur de la liberté de circulation. Il n'est pas facile d'expliquer de manière cohérente l'approche de la Cour dans ces trois affaires.<sup>70</sup> Il s'agirait là de prendre en compte non seulement les contraintes découlant du TFUE, mais aussi celles découlant du dialogue que la CJUE entretient, de manière très visible ces dernières années, avec la Cour EDH.<sup>71</sup>

La Cour obscurcit davantage le rôle qu'occupent les droits fondamentaux dans le droit du marché intérieur en maintenant une ambivalence quant à leur statut en tant que justification des mesures nationales. En effet, dans *Omega* la Cour considéra que la protection du droit fondamental en jeu (en l'occurrence : la dignité humaine) relevait de la notion d'ordre public et n'a pas considéré pertinent d'examiner si la mesure introduisait quelque sorte de discrimination. Dans *Laval*, au contraire, elle a considéré qu'aucun des droits fondamentaux invoqués par les Etats membres (en l'occurrence : le droit de négociations collectives et le droit de grève) ne constituaient des raisons d'ordre, de sécurité et de santé publics ; en tant que RIIGs ces droits fondamentaux n'ont pas pu servir de justification aux mesures en cause jugées discriminatoires.<sup>72</sup>

Ainsi, alors qu'il est clair que les droits fondamentaux peuvent être invoqués pour limiter les libertés de circulation, il n'est pas du tout clair s'ils constituent des RIIGs,<sup>73</sup>

<sup>67</sup> V. entre autres, A. VON BOGDANDY, 'The European Union as a human rights organisation? Human rights and the core of the European Union' (2000) 37 *CML Rev* 1307-38; K. LENAERTS, 'Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union' (2000) 6 *Columbia J of Eur L* 1-25; N. WEUWAHL, and A. ROSAS, (eds), *The EU and Human Rights* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1995); T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law* (Oxford: OUP, 2006) surtout son chapitre 7, où davantage des références peuvent être retrouvées.

<sup>68</sup> CJUE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, Rec. p. I-5659.

<sup>69</sup> CJUE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, aff. C-36/02, Rec. p. I-9609.

<sup>70</sup> Pour un effort d'explication, pourtant non-conclusif, v. HATZOPOULOS *op. cit.* à la n. 3, p. 163-5.

<sup>71</sup> V. p. ex. S. DOUGLAS-SCOTT, 'A Tale of Two Courts; Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis' (2006) 43 *CML Rev* 629-65; sur un ton plus critique concernant les relations entre les deux ordres juridiques et les deux juridictions v. S. GREER, and A. WILLIAMS, 'Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards « Individual », « Constitutional » or « Institutional » Justice?' (2009) 15 *ELRev* 462-81.

<sup>72</sup> *Laval* att. 119.

<sup>73</sup> Il y a un argument convaincant pour assimiler les droits fondamentaux aux RIIGs : les premiers sont censés offrir des garanties aux individus face aux actions que les autorités publiques entreprennent sous prétexte de servir l'intérêt général, il serait donc quelque peu absurde d'assimiler les droits fondamentaux (individuels) à la protection de l'intérêt général, laquelle généralement est invoquée pour limiter ces droits. Il se peut que les termes « intérêt particulier » souvent utilisés par la Cour dans les arrêts mettant en cause la protection des droits fondamentaux correspondent implicitement à cette distinction (pour l'introduction de cette nouvelle terminologie et la question si elle correspond à une catégorie distincte v. BERTRAND ci-dessus n. 1).

des exceptions expresses ou une source autonome de justifications, alors qu'il est encore moins clair quel type de contrôle de proportionnalité leur est applicable.

#### **IV. Conclusion : Repositionnement, par rapport aux autres moyens d'accommoder les intérêts des Etats membres**

L'existence d'une théorie des RIIGs est rendue nécessaire par le dépassement, en droit du marché intérieur, du critère de la discrimination comme critère d'emprise du droit de l'Union. Cette théorie est destinée à laisser aux Etats membres la marge nécessaire pour poursuivre au niveau national des politiques et/ou protéger des intérêts qui ne sont pas protégés au niveau de l'Union. Elle est soumise à un test de proportionnalité dont les confins sont de plus en plus clairs, à quelques exceptions près.

Si la théorie des RIIGs ne va pas aussi loin que de constituer une véritable clé de répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union<sup>74</sup> et si elle demeure soumise au principe de préemption européenne, elle a pour effet d'exclure l'applicabilité automatique des règles européennes sur certaines réglementations des Etats membres. En tant que telle la théorie des RIIGs ne devrait pas être examinée isolément, mais dans le contexte plus général des autres méthodes employées par la Cour afin d'assurer aux Etats membres la marge de manœuvre nécessaire à la poursuite de leurs intérêts vitaux. A cet égard il convient d'évoquer trois autres tendances récemment exprimées dans la jurisprudence qui jouent un rôle parallèle à celui des RIIGs.

Dans un premier temps, il convient de mentionner la jurisprudence dans laquelle la Cour exclut du domaine d'application des règles du traité certaines activités en vue de leur nature particulière. Il s'agit surtout des activités liées à l'exercice des pouvoirs d'autorité publique et celles dominées par le principe de solidarité. Pour cette dernière, en particulier, il a été déjà démontrée qu'elle sert tantôt en amont pour exclure d'emblée l'application des règles du traité, tantôt en aval, en tant que RIIG. De la sorte, les relations étroites qu'entretient cette jurisprudence avec celle sur les RIIGs n'a pas besoin d'être davantage soulignée. Il suffit juste de noter que les mêmes deux principes, l'exercice d'autorité publique et la solidarité, peuvent aussi exclure, dans des conditions bien circonscrites, l'application des règles de concurrence.<sup>75</sup>

Ensuite, il y a les arrêts où la Cour exclut l'application des règles du traité non pas au vu de la nature *de l'activité* en question, mais plutôt en tenant compte de la nature non économique *des règles* qui introduisent des restrictions. C'est ainsi, par exemple qu'elle a refusé d'appliquer les règles sur le marché intérieur dans l'affaire *Meca Medina*, concernant la réglementation anti-dopage du Comité Olympique International.<sup>76</sup> De même elle a refusé de soumettre à la prohibition d'ententes et d'accords de l'article 101 TFUE le système suédois de négociations collectives dans l'affaire *Laval*, puisque par définition ce système devrait aboutir à la conclusion d'un accord entre les partenaires sociaux. Dans la même logique la Cour a jugé que le transfert des fonds vers une entreprise chargée d'une mission de SIEG n'est pas qualifié d'aide publique lorsqu'il ne fait que compenser le coût de ce service.<sup>77</sup> Ainsi, des mesures édictées pour de raisons non économiques, typiquement liés à

<sup>74</sup> Il est rappelé que selon une jurisprudence non contestée de la CJUE, l'invocation des RIIGs n'opère pas une « réserve de compétences ».

<sup>75</sup> V. par ex que l'application de l'article 102 TFUE sur l'abus de position dominante a été évité dans les affaires *Eurocontrol* et *Selex*, concernant la sécurité de l'aviation civile (exercice d'autorité publique) et *Poucet*, concernant un régime d'assurance vieillesse obligatoire (solidarité).

<sup>76</sup> CJUE, 18 juillet 2006, *Meca Medina et Mcjen*, aff. C-519/04P, Rec. p. I-6991; v. aussi CJUE, 11 avril 2000, *Deliège*, aff. jtes, C-51 et C-191/97, Rec. p. I-2549.

<sup>77</sup> CJUE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, aff. C-280/00, Rec. p. I-7747.

l'organisation de la société et à l'intérêt général, échappent complètement du champ d'application du traité, par leur objet même.

Enfin, le fait que l'article 106(2) sur les SIEGs sert d'exception pour l'ensemble des règles du traité découle à la fois de ses propres termes, mais aussi de la jurisprudence de la Cour.<sup>78</sup> Il complète ainsi la théorie des RIIGs en étant très proche de la RIIG du maintien de l'équilibre financier.

Dans l'ensemble il peut être dit que dans le contexte actuel de crise de confiance dans l'UE, de crise économique et de resurgissement des préférences (pour ne pas dire protectionnismes) nationales la Cour est amenée à lâcher de plus en plus de lest en faveur des Etats membres. Etant donné qu'elle n'est pas prête à revenir sur sa jurisprudence en matière d'entraves/discriminations et qu'elle insiste sur le critère d'accès au marché pour toutes les quatre libertés fondamentales, l'ajustement opère non seulement à travers la théorie des RIIGs, mais aussi par la mise en œuvre de moyens brièvement évoqués ci-dessus. Sous cette perspective la théorie des RIIGs apparaît comme le pilier principal d'un système plus compréhensif permettant aux Etats membres d'exercer leurs pouvoirs. En revanche, si l'on cherche de systématiser la manière dont cette théorie opère au cas par cas, des incertitudes importantes apparaissent. Lesquelles, désormais, ne résident plus tellement dans la comparaison entre les différentes libertés, mais de manière plus déroutante, dans les conditions d'application et les effets – donc l'existence même – d'une théorie des RIIGs.

---

<sup>78</sup> V. pour les libertés de circulation Case C-266/96 *Corsica Ferries c. La Spezia* [1998] ECR I-3949 ; pour les règles de concurrence v. Case C-320/91 *Corbeau* [1993] ECR I-2562 ; Joined cases C-147 & 148/97 *Deutsche Post AG* [2000] ECR I-825 ; Case C-475/99 *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz* [2001] ECR I-8089 ; et pour les aides d'état v. Case T-106/95 *FFSA e.a. v Commission* [1997] ECR II-229 et Case C-341/06P 342/06P *Chronopost SA et La Poste c. Union française de l'express (UFEX) e.a.* [2008] ECR I-4777.



College of Europe  
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies  
Etudes Européennes Juridiques

## RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2003, Dominik Hanf et Tristan Baumé, "Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention".

2/2003, Dominik Hanf, "Der Prozess der europäischen Integration in Belgien. Voraussetzung und Rahmen der Föderalisierung eines ehemaligen Einheitsstaats".

3/2003, Dominik Hanf, "Talking with the "pouvoir constituant" in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice".

4/2003, Horst Dippel, "Conventions in Comparative Constitutional Law".

5/2003, Ludwig Krämer, "Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4".

6/2003, Ludwig Krämer, "Überlegungen zu Ressourceneffizienz und Recycling".

7/2003, Ludwig Krämer, "The Genesis of EC Environmental Principles".

8/2003, Takis Tridimas, "The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?".

1/2004, Dominik Hanf et Pablo Dengler, "Accords d'association".

2/2004, David Mamane, "Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?".

3/2004, Donald Slater and Denis Waelbroeck, "Meeting Competition : Why it is not an Abuse under Article 82".

4/2004, Jacques Bourgeois and Tristan Baumé, "Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law".

5/2004, Rostane Mehdi, "Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire".

1/2005, Jacques Pelkmans, "Subsidiarity between Law and Economics".

2/2005, Koen Lenaerts, "The Future Organisation of the European Courts".

3/2005, John A.E. Vervaele, "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration".

4/2005, Christine Reh and Bruno Scholl, "The Convention on the Future of Europe: Extended Working Group or Constitutional Assembly?"

5/2005, John A.E. Vervaele, "European Criminal Law and General Principles of Union Law".

6/2005, Dieter Mahncke, "From Structure to Substance: Has the Constitutional Treaty improved the Chances for a Common Foreign and Security Policy?"

1/2006, Dominik Hanf, "Le développement de la citoyenneté de l'Union européenne".

2/2006, Vassilis Hatzopoulos, Thien Uyen Do, "The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services : 2000 – 2005".

3/2006, Dominik Hanf, "Réformes institutionnelles sans révision du traité?", (document de discussion).

4/2006, Elise Muir, "Enhancing the effects of EC law on national labour markets, the Mangold case".

5/2006, Vassilis Hatzopoulos, "Why the Open Method of Coordination (OMC) is bad for you: a letter to the EU".

6/2006, Vassilis Hatzopoulos, "The EU essential facilities doctrine".

7/2006, Pablo Ibáñez Colomo, "Saving the Monopsony: Exclusivity, Innovation and Market Power in the Media Sector".

1/2007, Pablo Ibáñez Colomo, "The Italian Merck Case".

2/2007, Imelda Maher, "Exploitative Abuses: Which Competition Policy, Which Public Policy?"

3/2007, Vassilis Hatzopoulos, "With or without you... judging politically in the field of Area of Freedom, Security and Justice?"

4/2007, Matteo Pierangelo Negrinotti, "The AstraZeneca Case".

5/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Que reste-t-il de la directive sur les services?"

6/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Legal Aspects in Establishing the Internal Market for services".

7/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Current Problems of Social Europe".

1/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems".

2/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Casual but Smart: The Court's new clothes in the Area of Freedom Security and Justice (AFSJ) after the Lisbon Treaty".

3/2008, Takis Tridimas and José A. Gutiérrez-Fons, "EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism: The Judiciary in Distress?"

4/2008, Ludwig Krämer, "Environmental judgments by the Court of Justice and their duration".

5/2008, Donald Slater, Sébastien Thomas and Denis Waelbroeck, "Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?".

1/2009, Inge Govaere, "The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: Kadi and the autonomy of the EC legal order".

2/2009, Vassilis Hatzopoulos, "Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services".

3/2009, Dominik Hanf, "L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt « Lisbonne » de la Cour constitutionnelle fédérale".

1/2010, Vassilis Hatzopoulos, "Liberalising trade in services: creating new migration opportunities?"

2/2010, Vassilis Hatzopoulos & Hélène Stergiou, "Public Procurement Law and Health care: From Theory to Practice"

3/2010, Dominik Hanf, "Vers une précision de la *Europarechtsfreundlichkeit* de la Loi fondamentale - L'apport de l'arrêt « rétention des données » et de la décision « Honeywell » du BVerfG"

1/2011, Nicoleta Tuominen, "Patenting Strategies of the EU Pharmaceutical Industry – Crossroad between Patent Law and Competition Policy"

2/2011, Dominik Hanf, "The ENP in the light of the new "neighbourhood clause" (Article 8 TEU)"

3/2011, Slawomir Bryska, "In-house lawyers of NRAs may not represent their clients before the European Court of Justice - A case note on UKE (2011)"

4/2011, Ann Fromont et Christophe Verdure, "La consécration du critère de l'« accès au marché » au sein de la libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?"

5/2011, Luca Schicho, "Legal privilege for in-house lawyers in the light of AKZO: a matter of law or policy?"

6/2011, Vassilis Hatzopoulos, "The concept of 'economic activity' in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts"

1/2012, Koen Lenaerts, "The European Court of Justice and Process-oriented Review"

2/2012, Luca Schicho, "Member State BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?"

3/2012, Jenő Czuczai, "The autonomy of the EU legal order and the law-making activities of international organizations. Some examples regarding the Council most recent practice"

4/2012, Ben Smulders and Katharina Eisele, "Reflections on the Institutional Balance, the Community Method and the Interplay between Jurisdictions after Lisbon"

5/2012, Christian Calliess, "The Future of the Eurozone and the Role of the German Constitutional Court"

1/2013, Vassilis Hatzopoulos, "La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles"